

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 (Secretaría General Técnica)
y Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 87'00 € (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: 27'00 € (más gastos de envío)

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: (91) 390 20 82 / 4429 / 2187

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVIII, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2005

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2006

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

NIPO (BOE): 007-06-001-4
NIPO (M. de Justicia): 051-06-002-4
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

IN MEMORIAM

Ignacio Serrano y Serrano

El pasado 11 de junio, a los noventa y siete años de edad, ha muerto en Valladolid, ciudad donde nació el 11 de febrero de 1908, el ilustre civilista don Ignacio Serrano y Serrano, al que, con todo afecto, admiración y respeto, me parece oportuno dedicar este recuerdo, desde las prestigiosas páginas del *Anuario de Derecho Civil*, como obligado homenaje a su larga y cuajada trayectoria académica.

Don Ignacio ha llegado hasta el final de su vida en plena lucidez mental, soportando con entereza y naturalidad, durante los últimos tiempos, las inevitables limitaciones de la edad, en modo que para nada han modificado, en lo esencial, hasta el último momento, su característica manera de ser: su educación exquisita, su amable cordialidad circunspecta y, en definitiva, su rectitud de auténtico *vir bonus* actuando en plena sencillez, dispuesto siempre, por encima de todo, al cumplimiento de sus deberes pero, por ello mismo, abierto generosamente a los demás, en modo que ser su discípulo, su amigo o su compañero ha sido uno de esos verdaderos regalos que, a los que hemos tenido tal suerte, y lo mismo podrán decir otros muchos, la vida nos ha dispensado generosamente, de lo cual, todos, nos sentimos muy agradecidos y satisfechos y, además, unos cuantos, sus muchos discípulos, especialmente orgullosos.

Por otra parte, hasta el último momento, ha sabido mantener su curiosidad por saber, por estar enterado de todo, como había hecho durante toda su vida, a lo largo de los grandes cambios que le ha tocado vivir, para llegar, en cada momento, mediante una adecuada composición de lugar, con la seguridad, certeza y rigor del verdadero jurista, a formarse un criterio razonable y certero de las situaciones y de los problemas, desde un discreto distanciamiento de cualquier entusiasmo, y desde una gran tolerancia, pero sin abdicar de los principios y convicciones que constituyen el *bagage* de un auténtico cristiano, muy bien formado, y que ejerció y practicó,

como tal, muy generosamente, pues era, más que nada, un trabajador infatigable, como ha demostrado a lo largo de una vida ejemplar. Este era el hombre, el maestro que siempre tenía a mano, con la mayor delicadeza imaginable, un buen consejo, una observación oportuna, una sapiente indicación, dicha con la mayor naturalidad, pero que tenía la virtud de descubrir un dato desconocido o inexplicablemente preterido, y al que siempre merecía la pena acudir, pues, salía uno confortado y animado, bien para iniciar un trabajo o para seguir adelante con el que se había atascado o que parecía insoluble.

Don Ignacio cursó el Bachillerato en el Colegio de San José (PP Jesuitas) de Valladolid, realizando brillantemente los estudios de Licenciatura en Derecho y en Filosofía y Letras en la propia Universidad castellana. Como hijo del ilustre Notario don Rafael Serrano, su vocación por el Derecho civil debe mucho, sin duda, a la inspiración paterna, aunque fuera fomentada, también, por sus maestros universitarios, a los que siempre ha recordado con reconocimiento y afecto: el romanista don José Ferrández González y los civilistas don Calixto Valverde y Valverde y don Vicente Guilarte González, del que, después, fue compañero de Facultad durante muchos años. Hizo el Doctorado en la entonces Universidad Central, teniendo como mentor al ilustre hipotecarista don Jerónimo González Martínez que va a influir decisivamente en su Tesis Doctoral y en sus primeros trabajos científicos y, a la larga, en la orientación pedagógica de sus cursos de Derechos reales, animado por los grandes cambios legislativos que se inician por entonces, completándose en las décadas de los cuarenta a los sesenta del pasado siglo, con el desarrollo técnico del Derecho inmobiliario registral y de todo el *sistema* de los derechos reales, del que don Ignacio era, por sus importantes trabajos de investigación sobre el particular, como concienzudo docente, un expositor moderno y muy autorizado, siendo una lástima que sus discípulos no hayamos sabido conservar, como se merecen, sus apuntes de clase. Pero lo mismo puede decirse de las otras partes del Derecho civil, pues, en todas ellas, demostraba un conocimiento minucioso y profundo.

En 1930 se incorpora muy joven al claustro de profesores de la Facultad vallisoletana, completando su formación en diversas Universidades europeas. Primero, de enero a octubre de 1931, en Suiza, para continuar con sus estudios de Derecho inmobiliario en las Universidades de Friburgo, Berna y Zurich y, tres años más tarde, en diversas Universidades italianas, para estudiar fundamentalmente cuestiones de Derecho romano. En 1935 obtiene por opo-

sición la Cátedra de Derecho civil en la Universidad de Salamanca, pasando por concurso de traslado a la de Valladolid en 1941, donde ha permanecido hasta su jubilación en 1978. Desempeñando, entre otros, los cargos de Decano de la Facultad de Derecho (1943-1946) y de Rector de la Universidad (1957-1960), pero desarrollando también fuera de su ámbito una infatigable actividad, como Presidente del Tribunal Tutelar de Menores, durante muchos años, y de la Casa de Beneficencia, cargos a los que ha dedicado, generosamente, mucho tiempo, aparte de ejercer como Abogado, con gran prestigio dedicación y acierto, casi hasta sus últimos años.

Entre sus obras más importantes destacan, entre las de su primera época, el libro, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*, Valladolid, 1934 (con prólogo de Jerónimo González) y su precioso trabajo «*Justa causa traditionis*», aparecido en las páginas de la *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1934 y 1935. En 1939 publica un extenso libro titulado, *El Fuero del Trabajo. Doctrina y Comentario* que constituye, más que una obra de circunstancias, como a primera vista pudiera creerse, un verdadero *status quaestionis* de las diversas teorías que traducen las crisis ideológicas y de conciencia de la época de entreguerras, en contraste con la doctrina social de la Iglesia que don Ignacio conocía perfectamente. Pero, sin duda, de todos sus libros, hay que destacar el que publica sobre *La ausencia en el Derecho español*, Madrid (RDP), 1943, que es una monografía verdaderamente modélica, sin olvidar, por su sobriedad metodológica, su Discurso de Apertura de Curso, en la Universidad de Valladolid (1956-1957), sobre «*El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo XIX*».

También habría que mencionar aquí, sus diversos artículos en el *Anuario*, en la *Revista de Derecho Privado*, o en obras colectivas, actas de congresos, jornadas o seminarios, especialmente sobre adopción, Derecho de familia, Derecho agrario, Derecho urbanístico, etc., y, sobre todo, sus numerosos prólogos, bien a las más de dos docenas de tesis doctorales por él dirigidas, o a otras obras de sus numerosos discípulos. Ya que don Ignacio, aparte de ser un profesor concienzudo y asiduo, tanto en la Licenciatura como en el Doctorado, a lo largo de más de cuarenta años, en las Universidades de Salamanca y Valladolid, siempre estaba dispuesto a ayudar a cuantos llamaran a su puerta. En tal modo que llegó a crear una numerosa escuela a la que pertenecerán, por orden de antigüedad, los catedráticos Manuel Gitrama González, el autor de estas líneas, Gabriel García Cantero, Vicente Guilarte Zapatero, José Manuel Lete del Río, su hijo, Ignacio Serrano García, Teodora Torres

García y al mercantilista, Vicente Santos, sin olvidar a su hijo Javier Serrano García y entre otros profesores titulares, a José Alberto Rodríguez Carretero y, en especial, a Segundo Velasco García y a Jerónimo López Pérez, muy vinculados al maestro.

Otras muchas cosas podrían añadirse de la vida y de la obra de don Ignacio, pero voy a terminar estas líneas permitiéndome evocar, únicamente, su imagen, ejemplar y muy admirada por todos, de padre y cabeza de numerosa familia, dedicando mi testimonio de afecto y respeto a su distinguida esposa, Maximina, y a sus hijos y nietos, a los que expreso, una vez más, mis condolencias y sentimientos más cordiales y sinceros.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS

Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ

I. INTRODUCCIÓN. PROBLEMAS QUE PLANTEAN ESTOS RECONOCIMIENTOS

Recientes sentencias del Tribunal Supremo (seis, al menos, entre mayo y julio de 2004) y alguna de Audiencias Provinciales, han vuelto a poner de actualidad los reconocimientos de complacencia, no sólo por notorios desacuerdos entre aquéllas sino porque aluden directamente a las dificultades de algunas cuestiones relacionadas con esos reconocimientos. Ya antes de éstas, la STS de 26 de noviembre de 2001 dijo que «ni la doctrina ni la jurisprudencia han interpretado pacíficamente los criterios de impugnación de los reconocimientos de complacencia» (y tiene razón)¹; y una curiosa sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.^a) de 14 de julio de 2003 hace un planteamiento teórico –aunque parcial en la perspectiva que adopta– acerca de la naturaleza de esos reconocimientos y su impugnación, y habla también de que «[el reconocimiento de complacencia] tiene una difícil subsunción dentro de las normas que gobiernan la impugnación de la paternidad».

Los desacuerdos aludidos en sentencias varias que tendré ocasión de examinar se refieren, sobre todo, a reconocimientos de complacencia seguidos o precedidos de matrimonio, con lo que determinan filiación matrimonial (art. 119 CC). No obstante su proximidad –algunas sentencias, con pocos días de distancia entre ellas, y dos del mismo día–, no se ponen de acuerdo en el tipo de acción adecuada para la impugnación y las normas aplicables: unas

¹ Cfr. la crítica de J. R. GARCÍA VICENTE a ese respecto en su comentario a esa sentencia, en *CCJC*, núm. 59 (2002), p. 585.

veces se trata de impugnación del reconocimiento y otras de la filiación; en ocasiones se apoyan directamente en el artículo 140 CC, prescindiendo del artículo 119; otras excluyen el artículo 140, desplazado por el 119 y 136 y siguientes CC; en algunas se apela al artículo 138, relacionado con el 140 o con el 141; hay desacuerdos también en cuanto a caducidad y otros extremos.

En cambio, cuando el reconocimiento de complacencia determina filiación no matrimonial la cuestión es menos controvertida: la norma aplicable es sólo el artículo 140 CC, y no ha lugar al 141 (que las partes litigantes o los tribunales inferiores a veces invocaron); pero persiste la confusión entre impugnación de la filiación o de su título de determinación.

La STS de 26 de noviembre de 2001, en el pasaje citado, alude sólo a dificultades en relación con la impugnación de estos reconocimientos mendaces, en que su autor es consciente de que no es progenitor del reconocido. En realidad, los problemas son anteriores a ese momento jurídico y de más envergadura. Lo que ocurre es que todos ellos hacen crisis con ocasión de la impugnación, y es entonces cuando la doctrina y los tribunales se preguntan por la naturaleza y otros aspectos de esos reconocimientos: es decir, si el reconocimiento es nulo de pleno derecho, si es simulado o es anulable; y, en consecuencia, se discute acerca de la acción procedente para su impugnación por esa causa y normas aplicables (ya que el CC nada dice al respecto); y se ha cuestionado si cabe o no la impugnación del reconocimiento de complacencia (que algunos niegan con argumentos varios). Hay, paralelamente, cuestiones de caducidad de la acción impugnatoria, caducidad invocada o apreciada que a veces es sólo pantalla tras la que se esconde alguno de los problemas de fondo apuntados, que importa más.

Por si fueren pocos, al lado de los sustantivos aparecen también problemas procesales, que han aflorado en las sentencias recaídas al respecto: los de compatibilidad de distintas acciones impugnatorias (entre ellas las de los arts. 140 y 141 CC), vinculación de la norma invocada por el impugnante a efectos de congruencia de la sentencia, casos de incongruencia omisiva, etc.

Aun hay otras cuestiones importantes que esa jurisprudencia no ha detectado, pero son verosímiles en su presentación práctica: posibilidad de conflictos de paternidad, posibilidad también de que algunas de esas conductas puedan quedar tipificadas penalmente (delito contra el estado civil de las personas: cfr. art. 401 CP), consecuencias del triunfo de la impugnación para el hijo (alimentos, indemnización del perjuicio moral). Y en el terreno de los principios, el del interés del menor, objeto este último a veces de manipulaciones interesadas de quienes debieran pensar más en él, y sin

otro protagonismo del hijo que encontrarse con un padre que no lo es, y luego sin él con la misma arbitrariedad.

Todo eso hace de los reconocimientos de complacencia una de las cuestiones más interesantes hoy entre las muchas implicadas en la filiación por naturaleza. Los numerosos problemas apuntados, que multiplican más que suman las cuestiones jurídicas debatidas o irresueltas, adquieren notable relevancia vivencial y práctica y ponen de manifiesto algunas deficiencias del régimen de la filiación en el CC que habían pasado un tanto desapercibidas. No deja de sorprender, sin embargo, la poca atención que hasta hace muy poco² ha dispensado a esos reconocimientos la doctrina española, donde no contamos con ninguna monografía a ellos dedicada (la hay en otros países)³ y donde las relativas al reconocimiento o la filiación apenas los nombran o abordan sus problemas (sólo lateral o indirectamente aludidos, cuando ha lugar). Tienen, en todo caso, más enjundia de lo que parece y, desde luego, de lo que puedo abordar yo en este trabajo, que sólo pretende explorar sus principales cuestiones al hilo de la jurisprudencia a que me referí al principio, causa próxima de las reflexiones que siguen.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. DISFUNCIONES QUE DE ELLA DERIVAN

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

1.1 La cuestión de fondo

De cuanto antecede se infiere –como ya habrá entendido quien leyere– que al lado y tras las cuestiones apuntadas hay otras subyacentes no menos importantes: a) fácticas y sociales unas, como es el

² El autor citado, GARCÍA VICENTE, se ocupó de la cuestión en el comentario aludido. La prof. GETE-ALONSO la abordó antes en su trabajo «Reconocimiento de complacencia; impugnación de la filiación e impugnación del reconocimiento (a propósito de la STSJC de 16 de diciembre de 1997)», en *Tribunal*, 1997-III, pp. 33 ss. (46 ss.). Muy recientemente (redactado ya prácticamente este trabajo) han aparecido los comentarios de GARCÍA VICENTE a la STS de 12 de julio de 2004, y de QUIJOS MOLINA a la de 14 de julio de 2004, en *CCJC*, núm. 67 (enero-abril 2005), pp. 437 ss., y 454 ss., respectivamente, que abordan también aquella cuestión, objeto de tales resoluciones.

³ Tal, la de André GOGUEY, *Les reconnaissances et légitimations de complaisance*, París, 1959. La doctrina francesa es la que ha prestado más atención a esta cuestión, tanto en obras generales como en monografías (M. J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, París, 1970) y trabajos sobre cuestiones próximas (por ejemplo, M. VERON, «Volonté de père et reconnaissance d'enfant», *RTDrCiv*, 1967-III, pp. 521 ss.). Uno de los primeros fue el de Jean SAVATIER, «Les légitimations de complaisance», *Dalloz*, 1950, Chron., pp. 9 ss.

gran incremento de reconocimientos de complacencia (e impugnaciones de los mismos) en las últimas décadas, y los móviles correspondientes, muy variados, y a veces ilícitos; b) meramente jurídicas otras: el amplio espacio dejado a la voluntad individual en la determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial, la desproporción entre los pocos requisitos para determinar por ese procedimiento la filiación y los muchos y graves efectos que de ésta derivan, el descontrol legal en el establecimiento de la filiación, que deja abierta la puerta al fraude, y un largo etcétera.

De todo ello se puede colegir que en el aspecto jurídico, normativo, la causa principal de todos los problemas derivados de los reconocimientos de complacencia –lo tengo dicho en alguna otra ocasión– es el excesivo margen dejado a la autonomía de la voluntad en la determinación extrajudicial de la filiación (sobre todo, de la no matrimonial); lo demás son algunas de sus consecuencias.

En efecto. Frente al principio de veracidad que informa la concepción de la filiación en nuestro sistema jurídico y, con más claridad, en cuanto al régimen de determinación judicial de la filiación, hay una concepción estrictamente voluntarista del reconocimiento, no sujeto, prácticamente, a control alguno –sólo en casos excepcionales, a que aludiré, por los Encargados del Registro Civil–; y si ello era explicable en otro tiempo y bajo otra idea general de la filiación (criterios individualistas y formalistas a partir del presupuesto de la dificultad de prueba de la paternidad y del principio de gran restricción de la investigación judicial de la filiación), y era comprensible entonces que no se exigiera ningún requisito objetivo para el reconocimiento, por razones de política legislativa –dar las máximas facilidades para establecer la filiación, cuando era infrecuente hacerlo y estaba casi vedada la reclamación judicial–, eso no resulta hoy tan justificado ni comprensible bajo una nueva realidad y sensibilidad social y un marco constitucional y normativo muy distintos.

Esa concepción de la filiación y modo de determinación de la no matrimonial procede del Derecho francés, en el que, por sus propios precedentes (siglo XVIII, sobre todo), el *Code Civil* en su redacción de 1804 partía de la idea de que la filiación natural (terminología de entonces, que mantiene) no debía ser impuesta al padre o a la madre: sólo podía proceder de un acto voluntario, el reconocimiento, por medio del cual su autor confesaba su paternidad o su maternidad respecto del reconocido y expresaba su intención de aceptar las cargas que ello acarrearía⁴. Ese principio, que

⁴ Cfr. GHESTIN-HAUSER-HUET WELLER, *Traité de Droit Civil. La famille*, París, 1993, p. 491.

desde el primer momento admitió una excepción para la filiación materna (en defecto de reconocimiento, la maternidad podía ser reclamada judicialmente), era absoluto en cuanto a la filiación paterna hasta la reforma de 1912 que autorizó la *action en recherche de paternité*⁵.

La conocida influencia del *Code* en esta materia trajo a nuestro Derecho (CC de 1889) tales ideas y concepción, de las que la reforma de la filiación de 1981 no ha sabido desprenderse, y hoy, además de anacrónicas, crean serios problemas. A fines del siglo XIX, incluso adentrado el siglo XX, cuando sólo atribuían cargas al reconocedor, reconocía un hijo prácticamente sólo quien se creía progenitor, y los reconocimientos de complacencia eran relativamente excepcionales y no merecía la pena ponerles demasiados inconvenientes, sino propiciar la determinación de la filiación –muy limitada en vía judicial–. Cuando se producían eran casos atípicos, anormales, en el marco de un sistema relativamente coherente (en su concepción de la filiación) de determinación extrajudicial de la misma. Mas aquella situación y concepción han cambiado profundamente después de 1978, y esta institución se rige hoy por presupuestos fácticos y sociales y principios jurídicos completamente distintos: frente a concepción formalista de la filiación, concepción realista (principio de veracidad: artículo 39.2 CE y jurisprudencia bien consolidada); frente a ignorancia y dificultad de prueba, facilidad y seguridad de la misma; frente a limitación en la reclamación judicial, amplia apertura actual. Bajo este nuevo sistema jurídico postconstitucional aquella incontrolada facilidad para reconocer es perfectamente incongruente no sólo con los mencionados principios y nuevas realidades sociales, sino dentro del propio régimen legal de la filiación, donde la determinación extrajudicial se mueve todavía según esquemas formales y voluntaristas muy alejados de los que presiden la institución y la determinación judicial de la filiación, que buscan la verdad biológica siempre que sea posible.

1.2 Límites de la autonomía de la voluntad en la determinación de la filiación

Llegados a este punto, y dados los problemas que crea, parece obligado preguntarse: ¿hasta dónde puede llegar la autonomía de la

⁵ Incluso después de esa ley de 1912, el reconocimiento voluntario continuó siendo en Francia el único medio de establecer la filiación natural al margen del proceso; no se concedía ningún valor probatorio al acta de nacimiento ni a la posesión de estado de hijo natural, que tan amplio juego ha dado luego. Ese sistema se mantuvo esencialmente por la ley de 1972.

voluntad en la determinación de la filiación?; ¿cuáles son los límites de la misma en esta materia?; ¿cabe someterla a algún control?

Aunque tales preguntas y esa cuestión⁶, de gran calado, requerirían un examen más general y detenido, que no es posible aquí, creo que a los solos efectos que ahora interesan cabe hacer estas afirmaciones:

a) La autonomía de la voluntad es propia y particularmente adecuada a las relaciones jurídicas e intereses disponibles; muy poco apta, en cambio, en el ámbito de la filiación, dada no sólo la indisponibilidad de la misma y del estado civil⁷ sino de la cualidad personal del hijo, inherente y estrictamente vinculada a valores y derechos fundamentales de la persona⁸;

b) La autonomía privada (autorregulación de intereses) debe ser compatible y particularmente respetuosa, en materia de filiación, con otros principios generales que informan la institución –veracidad, interés del menor, estabilidad e indisponibilidad del estado civil– y con los valores eminentes que presiden nuestro ordenamiento jurídico (dignidad de la persona, y derivados): para evitar riesgos y excesos que los pongan en peligro debe haber un control público de aquella autonomía, no por controvertido menos necesario;

c) Los límites de la autonomía de la voluntad (hasta donde pueda así llamarse y llegar) son aquí los generales (art. 1255 CC): la ley (poco explícita), la moral (social) y el orden público –configurado éste, sustancialmente, por el sistema de valores superiores y reglas básicas del ordenamiento jurídico en el momento actual,

⁶ Sobre esta cuestión –tratada, inevitablemente, en cualquier obra general de Derecho de familia–, véase, por lo que aquí concierne, y todavía en un plano general, Díez-PICAZO, «El negocio jurídico de Derecho de familia», *RGLJ*, 1962, pp. 171 ss.; y *Familia y Derecho*, Madrid (Civitas), 1984; LACRUZ BERDEJO, «Un nuevo contractualismo en el Derecho de familia», *La Ley*, 1982, pp. 727 ss. En relación con la filiación, cfr. GARCÍA VICENTE, «Los principios del Derecho de las acciones de filiación», *Aranzadi Civil*, 2004 (5), pp. 24-26 –es uno de los pocos autores que han dedicado atención a la cuestión en este ámbito concreto–. En otro contexto (más patrimonial), DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 987 ss. (en particular, pp. 1021 ss., y 1029 ss.). Aun en el mismo terreno (eminentemente patrimonial), es útil la lectura de Werner FLUME, *El negocio jurídico*, trad. de Miquel González y Gómez Calle, Madrid, 1998, pp. 28 ss.

⁷ Véase lo que dijo la STS de 28 de noviembre de 1992 a este respecto: «[...] es de resaltar que las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, son cuestiones de orden público y quedan sustraídas, en principio, a la autonomía de la voluntad (art. 1814 CC), que sólo puede desplegar su eficacia dentro de los límites excepcionales que en cada caso marca la ley, por lo que carecen de trascendencia a los efectos ahora contemplados todas las declaraciones de la madre en aquellos procesos sobre la filiación de su hija». Esa es la línea general de nuestra jurisprudencia.

⁸ Cfr. GOGUEY, *op. cit.*, pp. 195 ss., y Ugo MAJELLO, *Filiazione naturale e legittimazione*, Bolonia-Roma, 1982, p. 28.

presididos por los principios constitucionales (aquí, sobre todo, los de los arts. 10, 14 y 39)–, entendidos o interpretados esos límites más ampliamente (y más restrictiva la autonomía de la voluntad) que en materia patrimonial por ser indisponibles los intereses afectados e imperativas las normas que los disciplinan (su función organizativa de la vida social no puede verse desbordada o desnaturalizada en su propia finalidad por la posible arbitrariedad de los interesados); y

d) En la determinación de la filiación la voluntad individual puede llegar hasta donde pueden hacerlo los tribunales en la declaración judicial (positiva o negativa) de la filiación (también medio de determinación de la misma), no más allá, respetando en todo caso el conjunto de reglas cardinales y valores cuyo desconocimiento desvirtuaría su régimen legal: estoy aludiendo, sobre todo, a la indisponibilidad de las acciones de filiación en el ámbito judicial (art. 751.1 LEC) y al principio de veracidad, que exige adecuar la filiación legal a la biológica en cuanto sea posible, como han expresado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en muchas sentencias (cfr., entre las más próximas, las SSTS de 27 de mayo de 2004 y 12 de julio de 2004, relativas precisamente a reconocimientos de complacencia).

Si de ese plano general pasamos al más concreto del reconocimiento de la filiación, hay que relacionar los límites de la autonomía de la voluntad de su autor con aquellos parámetros normativos y con la propia idea de la institución. Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento es un título de determinación de la filiación, de establecimiento legal de una filiación que el ordenamiento presume o supone que biológicamente existe, no una creación artificial a partir de una realidad inexistente. Se trata de dar vida y realidad jurídica a algo que no aparecía antes en esa realidad o mundo legal, pero que estaba ahí (relación biológica), ya que la filiación jurídica *por naturaleza* no es creada *ex novo*, sino constatada a efectos legales. Se trata de dejarla establecida –hoy mucho más fácil y seguro que otrora– o determinada legalmente, pero en la realidad prejurídica existía ya (cfr. art. 112 CC). Por tanto, el reconocedor no crea nada ni puede inventar la filiación por naturaleza, porque no es una entelequia o ficción; puede equivocarse (reconocimiento inexacto), como los tribunales en su valoración y decisión; pero no cabe el reconocimiento conscientemente mendaz, creando una filiación conocidamente irreal.

Resulta, así, en fin, que por afectar el reconocimiento a una situación prejurídica de que parte, y a ámbito y materia jurídicamente indisponible, la discrecionalidad del acto del reconocedor

está vinculada a la veracidad o verosimilitud del hecho, de acuerdo con la función propia del reconocimiento de determinar (constatar jurídicamente la existencia de) la filiación⁹. En ese terreno deben estar sus límites, y a él, paralelamente, alcanzar su control.

2. CONSECUENCIAS DE LA EXCESIVA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DE LOS RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA

Ese excesivo margen dejado a la voluntad individual para la determinación de la filiación, de que es exponente máximo y específico el reconocimiento de complacencia, tiene muy amplio alcance y comporta graves consecuencias, en los que creo que no ha reparado el legislador ni han ponderado suficientemente los comentaristas. He aquí uno y otras –que me limito a apuntar sucintamente ahora–:

a) El reconocimiento de complacencia subvierte, ya de entrada, la idea inicial de filiación por naturaleza –otra cosa es la adopción– y el concepto mismo de reconocimiento. Es valor entendido (y aceptado, inevitablemente) que no siempre coinciden filiación jurídica y filiación biológica (múltiples supuestos y causas que no es preciso recordar, algunas de ellas también superadas), de lo que es ejemplo el reconocimiento objetivamente inexacto. Pero lo grave en nuestro caso (reconocimientos de complacencia) es que la permisividad legal y autonomía de la voluntad para crear la relación jurídica de filiación se traduce en la consagración institucionalizada *a priori* de la no coincidencia, comporta la autorización legal directa y consciente de una filiación jurídica sabiendo que no hay relación biológica, en contra de la propia idea de filiación (por naturaleza).

b) La abierta posibilidad de los reconocimientos de complacencia, sin control alguno –la exigencia de ciertos consentimientos complementarios y aun de las aprobaciones judiciales, tal como están concebidos y funcionan en la realidad, no es verdadero control–, supone el abrir la puerta al engaño y la mentira y, de ahí, al fraude, más grave y trascendente en materia de orden público (estado civil de las personas), tantas veces invocado a otros efectos con menos motivo. Crea también una no menos seria inseguridad jurídica en cuanto al estado de filiación del reconocido, ya que ese reconocimiento, aun formalmente irrevocable, en la práctica per-

⁹ Véase U. MAJELLO, *op. cit.*, p. 29.

mite al reconocedor dejarlo sin efecto a voluntad (y no le resulta difícil, pues sabe que no es progenitor) dada la posibilidad, que los reconocedores de complacencia no desaprovechan, de impugnación de la filiación resultante en condiciones (acción, legitimación, plazos) mal definidas legalmente para este caso. Esa inseguridad jurídica y la proximidad a la revocación ha llevado a algunos tribunales a dudar de o negar directamente la posibilidad de impugnación del reconocimiento de complacencia por su autor.

c) Por ese conducto (fraude) el reconocimiento de complacencia permite eludir las normas (también imperativas) relativas a la adopción, que es la institución legal e idónea para crear una relación jurídica de filiación sin la relación biológica correspondiente. Esta es la consecuencia más grave. Tal elusión no tendría tanta importancia si fuera sólo de los requisitos formales, pero sí la tiene, en cambio, en cuanto al control judicial de la misma en lo que respecta a prohibiciones (art. 175.1 CC), idoneidad del adoptante, consentimientos (incluido el del propio hijo a partir de los doce años) y asentimientos, audiencias de ciertas personas y del adoptando cuando éste no deba consentirla, y la de la preservación del interés del hijo; sin que sea argumento suficiente el de la menor dificultad del reconocimiento frente a la adopción, muy facilitada ahora ésta para el marido de la madre (cfr. art. 176 CC). Con el reconocimiento elude aquél también la irrevocabilidad de la adopción (porque sabe que podrá impugnar la filiación), y, en su caso, la extinción y la exclusión a que se refieren los artículos 179 y 180 CC, y demás garantías (entre otras, las que afectan al verdadero progenitor). Graves consecuencias todas ellas –insisto–, en general desapercibidas, no obstante la infracción directa o indirecta de importantes normas de *ius cogens*¹⁰.

d) Los reconocimientos de complacencia pueden originar conflictos de paternidad específicos: por ejemplo, entre el reconocedor mendaz y el progenitor biológico (sea matrimonial o no matrimonial), que puede situar a éste en dificultades para establecer su verdadera paternidad (por problemas de legitimación cuando no tenga posesión de estado), y en el caso de reconocimientos sucesivos, si el auténtico padre no ha inscrito en el Registro Civil su reconocimiento (por retraso, por oposición de la madre, por no aprobación judicial), y luego sobreviene un reconocimiento de

¹⁰ Esa es la razón que ha llevado al legislador francés a añadir un párrafo al artículo 339 del *Code* (que en el primero dice que el reconocimiento puede ser impugnado por todos los que tengan interés en ello, incluido su propio autor): legitima al Ministerio público a impugnarlo «*lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption*» (redacc. ley 96-604, de 5 de julio de 1996).

complacencia consentido por esa misma madre (que prefiere el segundo acaso por interés personal, o porque sabe más vulnerable esa paternidad para cuando quiera hacerla desaparecer). Aunque esos conflictos no son irresolubles y es posible que termine imponiéndose la verdadera paternidad, los crea artificial e innecesariamente esta presentación patológica del reconocimiento, en detrimento de principios jurídicos ya bien asentados en nuestro ordenamiento ¹¹.

e) Graves disfunciones y problemas también en orden a la impugnación de estos reconocimientos, que no tienen prevista en el CC norma ni acción específica –sí, en cambio, el Código de familia catalán, artículo 110 y su acción de nulidad absoluta–, lo que obliga en la mayor parte de los casos a los interesados, para asegurar el éxito de la acción, a llevar la impugnación no ya al título de determinación (como procedería, por su invalidez) sino al terreno de la relación biológica, como en el reconocimiento meramente inexacto (discusión sobre la verdadera filiación); es decir, a ejercitar una acción de impugnación *stricto sensu* (distinta, y con régimen diferente), cuando lo procedente sería atacar la validez del título –acción declarativa negativa, como es (para otro caso) la de impugnación del consentimiento por vicios, del artículo 141 CC, que por algo está tipificada–.

f) Consecuencias vinculadas a los muchos efectos derivados de la filiación establecida con este reconocimiento (que van más allá de la simple relación de filiación): por ejemplo, en cuanto a efectos sucesorios, ámbito en que el hijo fraudulento (reconocido quizá con esa deliberada finalidad) va a interferir el régimen normal de la sucesión *mortis causa* del reconocedor (a veces, del reconocido), y donde los herederos conforme a Derecho pueden encontrar serias dificultades para expulsar al reconocido (o al reconocedor); o en cuanto a una adopción por otra persona, o en una reclamación judicial de paternidad, que el reconocedor mendaz obstaculiza con su reconocimiento; o cuando un reconocimiento de complacencia crea nuevas obligaciones alimenticias para el reconocedor (respecto del reconocido) con objeto de disminuir otra idéntica respecto de hijos anteriores de un matrimonio roto ¹².

g) *Last but not least*: el interés del hijo, perfectamente manipulado de forma un tanto desaprensiva, casi siempre con la com-

¹¹ Sobre estos conflictos de paternidad, cfr. GOGUEY, *op. cit.*, pp. 68 a 102. Yo me ocupé también de ellos en mi libro *Los conflictos de paternidad en Derecho comparado y Derecho español*, Barcelona (Ed. Ariel), 1971, pp. 132 ss. (si bien referido ese estudio a la legalidad entonces vigente).

¹² Cfr. los casos judiciales que cita GOGUEY, *op. cit.*, pp. 8 ss. (y notas 18 a 21).

plicidad de la madre (que incita unas veces al reconocimiento, o lo consiente otras sabiéndolo mendaz): hijo de cuya opinión se prescinde y al que se da un padre que no lo es y se le quita cuando aquellos dos se enfadan o separan. No desautorizan estas palabras, aparentemente un poco fuertes, el que en no pocos casos haya habido buena intención inicial en el reconocedor y en la madre: mas las buenas intenciones no bastan en el ámbito del Derecho, y para darles curso (por ejemplo, un padre legal al niño que no lo tiene) hay otros caminos más rectos ética y jurídicamente, menos onerosos para el hijo y para el Derecho, mejor acomodados a principios y a la sensibilidad social actuales. Pero aún hay más: tras la ruptura apuntada, ¿qué pasará en cuanto a las responsabilidades asumidas por el reconocedor?; ¿alimentos?; ¿afectos del niño, rotos por la misma conducta desaprensiva?; ¿Habrà lugar a indemnización de daños morales por este último motivo? ¹³.

En conclusión: La sola relación de algunas consecuencias derivadas de los reconocimientos de complacencia, vinculadas al régimen legal de determinación extrajudicial de la filiación muestra cómo el excesivo margen dejado a la iniciativa privada y voluntad individual acaba vulnerando los más importantes principios (aun no absolutos) que informan la filiación en nuestro ordenamiento jurídico: los de veracidad, interés del menor y seguridad jurídica; no sale mejor parada la dignidad de la persona (en cuanto al hijo, casi objeto de tráfico). Con esta crítica no se trata de ahogar aquella autonomía, que bien entendida puede dar un buen juego (y a veces, resultar necesaria o aconsejable); sino de delimitarla legalmente y someterla a un control público razonable –precisamente público, como garantía de valores e intereses superiores ¹⁴–, de forma que no quede en manos de voluntades particulares la propia filiación y, con ella, valores e intereses que trascienden lo estrictamente privado y afectan a principios que informan nuestro ordenamiento jurídico.

¹³ Es curioso y sintomático: no hay ningún caso en la jurisprudencia española en que la madre, representante legal del hijo menor impugnado, haya reclamado para éste indemnización de esa clase. Me ocupo de esta cuestión en el apartado IV.6. Cfr. la «respuesta a la reprochable conducta del reconocedor de complacencia que impugna» que GARCÍA VICENTE propone en su coment. STS 26 noviembre 2001, *loc. cit.*, pp. 592 ss.

¹⁴ Cfr. GHESTIN-HAUSER, *op. cit.*, p. 493, para el Derecho francés; y Cyril HEGNAUER, *Droit suisse de la filiation*, Berna (Ed. Staempfli), 1990, p. 54; en ambos ordenamientos sobre casos y controles indirectos, parecidos a los que ejercen en nuestro país los Encargados del Registro Civil y la DGRN a que me refiero más adelante, apart. III.2.2.

III. NATURALEZA Y RÉGIMEN DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA

1. CONCEPTO. ETIOLOGÍA

1.1 Concepto. Casos no comprendidos

Reconocimiento de complacencia es, sustancialmente, aquél en que el reconocedor es consciente de la falta de relación biológica con el reconocido¹⁵. Empleo esos términos generales y abiertos para que quede comprendido también el reconocimiento de complacencia de la madre (teóricamente posible), aunque en la realidad es casi exclusivo el de paternidad. Debe reunir, por lo demás, los otros requisitos típicos del reconocimiento formal (art. 120 ss. CC; 93 y concord. CFCat.), el que determina directamente filiación. Lo específico de aquél no es tanto la inexistencia de relación biológica entre reconocedor y reconocido (como parece sugerir alguna sentencia: tal, la de la AP de Asturias de 20 de septiembre de 1994), lo que se produce también en el reconocimiento meramente inexacto, cuanto la consciente falta de relación biológica subyacente, el engaño o la mentira, que conoce *ab initio* el reconocedor; y esto lo distingue de otros reconocimientos: algunos otorgados con vicio del consentimiento y, sobre todo, con el inexacto.

No ha lugar, por tanto, a este reconocimiento en los varios tácitos que conoce nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la filiación matrimonial (arts. 117 y 118 CC) como en la no matrimonial (el del anterior art. 135 CC, ahora art. 767.3 LEC2000), porque ellos solos, *per se*, no determinan directamente la filiación jurídica. Lo cual no obsta a que en los reconocimientos aformales o tácitos que contemplan esos preceptos pueda haber también engaño por parte del supuesto padre, quien, consciente de su no paternidad biológica, expresa o da a entender (hechos concluyentes) que es padre sin serlo. En tales supuestos la determinación legal y efectiva de la paternidad se produce *ope legis* en los casos del artículo 117 o del 118 CC (y del 90.2 ó 94 CFCat.), o por la sentencia judicial que

¹⁵ La STS 669/2004, de 12 de julio, se refiere al «llamado reconocimiento de complacencia (*rectius*, de conveniencia interesada)» con estas palabras: «es decir, cuando los intervinientes en ese acto formal están de acuerdo o admiten (si bien no lo expliciten [*sic*] —pues ello sería hasta contradictorio con su voluntad emitida—), que la verdad biológica no coincide con el designio de ese acto, porque, ambos, reconociente y reconocido, se repite, eran conscientes de que su contenido no se correspondía con la verdad material» (FJ. 5.º). No es ciertamente muy afortunada la idea ni la expresión con que pretende definirse ese reconocimiento.

declara la paternidad a partir de aquella actitud del sedicente progenitor (art. 767.3 LEC.). En esos casos no hay verdadero reconocimiento de complacencia en la inteligencia y contexto que ahora contemplo; mas la actitud o declaración mendaz del presunto padre permite impugnar la paternidad que la ley deduce de ella; pero eso será impugnación de una paternidad así determinada, no del reconocimiento como título de determinación (porque no «determina»).

Tampoco ha lugar a reconocimiento de complacencia en el caso de reconocimiento erróneo, en que el varón reconoce como suyo a quien cree ser su hijo o hija, pero no lo es en la realidad¹⁶; y donde digo error, léase también reconocimiento inducido por dolo o bajo intimidación o violencia. Es posible, sin embargo, que concurren la actitud mendaz del reconocedor y la influencia o presión externa sobre éste. Sus efectos variarán según el orden en que se produzcan y su resultado: si precede el dolo o la intimidación a la declaración del reconocedor, y resultan eficaces, no ha lugar a reconocimiento de complacencia, porque ha habido vicio del consentimiento que ha precedido a la declaración; si no han sido eficaces (el engaño o la intimidación no son causa determinante de la declaración) y el reconocedor declara libremente su paternidad consciente de no ser progenitor, sí hay aquel reconocimiento de complacencia. La actividad de tercero posterior a este reconocimiento (engaño de la madre como más verosímil) resulta jurídicamente inocua; igual que la connivencia de la madre, o su comparecencia conjunta ante el Registro Civil (él para reconocer, ella para consentir el reconocimiento del hijo menor o incapacitado), pues cada declaración es autónoma (funciona como unilateral), con valor distinto cada una.

Otro caso de doble irregularidad es el de reconocimiento mendaz emitido por un menor de edad (art. 121 CC), o sin la forma legal. En el primero el reconocimiento es inválido si no se adecua a lo previsto en dicho precepto: antes de que recaiga aprobación judicial no existe reconocimiento; llegada la aprobación judicial *ex* artículo 121, deviene formalmente reconocimiento válido en cuanto a tal extremo (capacidad), y de complacencia si el reconocedor lo emitió consciente de su no paternidad. Por lo que atañe a defecto

¹⁶ La STS de 17 de junio de 2004 casó la SAP de Granada que había apreciado caducidad de la acción de impugnación de paternidad. Estimó aquélla como reconocimiento tácito el hecho de contraer matrimonio e inscribir el marido como propia una hija nacida a los ciento sesenta y siete días del matrimonio. Sólo más adelante (más de un año tras el nacimiento) conoció el marido su imposibilidad de procrear, e interpuso acción de impugnación dos meses después de saberlo. La STS de 17 de junio de 2004 estimó aplicable los artículos 117, 138 y 141 CC y que la acción se había interpuesto dentro del plazo del artículo 141 (error en el reconocimiento), y declaró la no paternidad.

de forma, no determina filiación legal, y reconduce la situación a la mencionada del reconocimiento aformal.

Los reconocimientos de complacencia pueden determinar no sólo una filiación no matrimonial *ex* artículo 120 CC, sino también una filiación matrimonial, en el caso del artículo 119, una vez haya matrimonio del reconocedor con la madre legal del reconocido, tengan lugar las nupcias antes o después del reconocimiento¹⁷. Más adelante aludiré a si es posible, o hasta qué punto, darles un trato distinto en uno y otro caso.

1.2 Etiología. Móviles

Los reconocimientos de complacencia no son, desde luego, cosa exclusiva de nuestro tiempo; son, en todo caso, más frecuentes de lo que algunos piensan¹⁸, y parece que han aumentado notablemente en nuestro país —como muestra la jurisprudencia y casos ante tribunales inferiores— con los cambios sociales y jurídicos de las últimas décadas (parejas no casadas, separaciones, divorcios, segundos matrimonios), que propician la convivencia del varón con mujer que tiene hijo anterior sin paternidad determinada, y para el que aquél ofrece o ésta exige una paternidad legal, concertada entre ellos y facilitada por el régimen muy liberal del reconocimiento voluntario.

¹⁷ Hipótesis muy semejante es la del artículo 118 CC en el caso de que el marido que da el consentimiento, junto con su esposa, para la inscripción como matrimonial del hijo nacido después de los trescientos días de la separación legal o de hecho de aquéllos, sea consciente de su no paternidad y, ello no obstante, consienta. Ese consentimiento marital no es, en puridad, reconocimiento; mas su proximidad conceptual y funcional al mismo permite aplicarle la mayor parte de las normas de éste, entre ellas las relativas a su impugnación (no, en cambio, los consentimientos complementarios). (Cfr. mi coment. art. 118 en *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. I, p. 457).

¹⁸ Dice GOGUEY que una encuesta realizada por él ante una centena de encargados del Registro civil había revelado que sobre 51 reconocimientos paternos realizados en los años 1952, 1953 y 1954, 29 tenían carácter mendaz, es decir, más del 50 % (*op. cit.*, p. 2). El mismo insiste en el gran número de estos reconocimientos. GHESTIN-HAUSER dicen a este respecto: «En ausencia de control previo, es extremadamente frecuente que un hijo natural sea reconocido de forma mendaz (*mensongèrement*), unas veces por motivos interesados, lo más frecuente por complacencia y con la finalidad *a priori* laudable de permitir su legitimación. Generalmente, tales reconocimientos de complacencia son suscritos por el marido o por el futuro marido de la madre, más raramente por la mujer» (*op. cit.*, p. 511). No creo que sea distinta la situación y forma de producirse (incluida la proporción) los reconocimientos de complacencia en nuestro país —PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS dice que son «muy frecuentes»—, donde algún estudio sociológico aseguraba ser frecuente, en el siglo XIX y en la primera mitad del XX, en Galicia, que ciertos varones reconocían a cambio de dinero (cantidades casi siempre modestas) a hijos no sólo de solteras (caso más habitual) sino de esposas de marineros y de emigrantes nacidos durante la ausencia de éstos, para evitar el pasar por la entonces afrentosa situación de hijos sin padre; eran poco menos que «reconocedores profesionales», de los que me señalaron uno (persona seria me lo aseguraba) en cierto pueblo gallego.

Los móviles pueden ser muy diversos, como ocurre con toda motivación subjetiva (varían en función de las personas y las circunstancias concretas). Hay que pensar, en primer lugar, en móviles y factores afectivos: es muy fácil llegar a amar a un niño con quien el marido o compañero no casado de la madre se relaciona a diario y, por iniciativa propia, darle el estatuto jurídico legal de hijo (a quien quizá llama y trata así). Otras veces ocurre a sugerencia discreta o petición más o menos insistente de la madre, que puede llegar a condicionar su relación con el varón al reconocimiento por éste de su hijo (de otro origen): sea aquella petición interesada, o incluso por cierto sentido del deber (dar un padre a su hijo), por anacrónico que parezca. En esos casos hay, o puede encontrarse, ciertos sentimientos nobles que justificarían inicial y quizá éticamente (?) estos reconocimientos inexactos, mendaces, aunque, como tengo dicho, no me parece razón suficiente, pues el sentimiento no justifica un camino ilegal y un fraude cuando el fin pretendido puede conseguirse más rectamente y con menos riesgos y consecuencias perversas (los sentimientos juegan esas malas pasadas, y en ellos se integran los resentimientos).

Pero al lado de esos móviles, inicialmente comprensibles y aun en alguna forma justificables, puede haber, y hay a veces, otros menos honorables, más egoístas, incluso ilícitos: por ejemplo, el reconocimiento de complacencia con fines sucesorios *mortis causa*, sea para cambiar el curso de una herencia o disminuir la que correspondería a ciertas personas, ya para poder recibir por el conducto de una filiación mendaz atribuciones sucesorias que no cabría recibir en otro caso¹⁹. Puede haber otros móviles igualmente fraudulentos, como pagar menos impuestos por una atribución patrimonial *inter vivos* o *mortis causa*, o el impedir una adopción o un reconocimiento por distinta persona²⁰ o interferir una reclamación judicial de filiación por el progenitor²¹, o disminuir la cuantía

¹⁹ Cfr. GOGUEY, *op. cit.*, p. 9, donde se refiere a un caso juzgado en Francia (S. Trib. civ. Seine, 5 de junio de 1924) en que una niña, nombrada legataria universal por una tal «dame Walter», que preveía adoptarla, fue reconocida por el portero y una antigua sirvienta de aquella para hacerse con la herencia de madame Walter (la sentencia trata de impositores a los reconocedores, quienes «ont essayé de mettre la main sur l'importante fortune laissée par la dame Walter à sa jeune protégée»).

²⁰ Véase el caso de que conoció la Cour d'Appel de Paris en S. de 16 de abril de 1982 (*Dalloz*, 1983, I.R. 331, coment. HUET-WEILLER), sobre acción de impugnación ejercitada por una esposa de un reconocimiento llevado a cabo por su marido durante el pleito de divorcio de un niño que vivía en el hogar conyugal con vistas a su adopción (que obstaculizó ese reconocimiento no veraz). En cuanto a la obstrucción de otro reconocimiento, cfr. GOGUEY, p. 65.

²¹ Cfr. SAP Barcelona (Secc. 18) de 25 de septiembre de 2003, donde aparece un caso y reconocimiento con ese propósito, al parecer (por lo que se infiere de tal resolución).

de alimentos debidos a hijos de anterior matrimonio²², o de obtención de nacionalidad no sólo del reconocido sino de otros miembros de su familia (madre, y otros); o semejantes. Este caso es, por otro lado, particularmente apto para el fraude de ley (Ripert lo ponía como ejemplo de tal).

2. NATURALEZA Y VALIDEZ DE ESTE RECONOCIMIENTO

2.1 Estructura del reconocimiento. El defecto de relación biológica

Prescindo ahora de la vieja discusión acerca de la naturaleza jurídica del reconocimiento –declaración de ciencia, teoría de la admisión y de la confesión, etc.– para centrar la atención en la declaración (¿de voluntad?) que hace el reconocedor, y contrastarla con lo que ocurre en el reconocimiento de complacencia. Se ha prestado muy poca atención al objeto o contenido de esa declaración; mas es evidente que, como toda declaración negocial, debe referirse a algo (lo declarado, lo querido), tener un objeto (como cualquier acto jurídico): el reconocimiento no es una declaración vacía, aséptica y sin contenido (mero *flatus vocis*), sino referida a algo –como, salvadas las distancias, la compraventa se refiere a cosa y precio, el testamento a unos bienes u otro objeto, la aceptación de un legado a una cosa concreta–: el reconocimiento alude, ciertamente, a un hijo, a una paternidad o maternidad respecto de alguien (no otro parentesco ni de otra persona), que se pretende que quede fijada o determinada jurídicamente; y tratándose de filiación por naturaleza, va referida a una relación biológica de esa clase (no otra; no adopción).

Me preocupa ahora menos si el reconocedor declara lo que sabe (declaración de ciencia), confiesa un hecho o una paternidad (maternidad), o sencillamente quiere dejar establecida una relación de filiación y tener por propio al que cree hijo suyo²³. Todo ello debe aludir, en términos jurídicos, a un *quid* concreto, debe tener

²² Cfr. S. Cour Cass. francesa de 7 de enero de 1992 (*R.T.D.C.*, 1992, p. 750, coment. HAUSER), en que la esposa de un primer matrimonio impugnaba un reconocimiento de complacencia realizado por el marido para hacer disminuir la obligación de alimentos respecto de los hijos matrimoniales.

²³ Sobre mi idea acerca del reconocimiento, véase lo que he dicho en LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV-2.º (ed. 1989), pp. 108-109; y más recientemente, en *Comentarios al CC* (coord. Rams Albesa), t. II-2.º, Barcelona, Bosch, pp. 1226-1227.

un objeto; no es una declaración, o confesión o querer vacuo. Ese objeto no es otro (no puede ser otro) que la existencia del hecho de la procreación del que se dice haber nacido el reconocido; o sea, la relación biológica padre (madre)-hijo: se habla más o menos directamente de eso, no de crear con la mera declaración (aunque fuere de voluntad) lo que no existía –para esto hay otra institución y otro camino: la adopción–. La ley, aun sin mencionarlo, entiende que se trata de eso precisamente, en la determinación de la filiación *por naturaleza*.

Igual que en cualquier acto jurídico de tipo negocial –pienso que el reconocimiento es eso– hay una estructura y elementos determinados cuya concurrencia y requisitos examinamos al estudiar su corrección y validez (elementos personales, objetivos, formales), también deben (tienen que) existir en el reconocimiento en cuanto acto jurídico para que resulte válido y eficaz. El CC, donde aparecen con claridad los elementos personales y la forma, es menos explícito acerca del objeto del reconocimiento, aquel *quid* jurídico objeto de la declaración del reconocedor. Este dato tiene, sin embargo, particular importancia en el reconocimiento de complacencia, caracterizado porque el reconocedor sabe que no hay lo que dice, que él no es lo que implícitamente confiesa o manifiesta (progenitor del reconocido).

Vistas las cosas más de cerca, esa cuestión no es ajena a nuestro ordenamiento, y aunque el Código no exija explícitamente que el reconocedor sea progenitor, habla, con ocasión del reconocimiento, de «progenitor(es)» en los artículos 122 y 125, de «padre» (reconocedor) en el 124-2.º y de «hijo» (reconocido) en el 123; y esos «progenitor», «padre» e «hijo» van referidos a persona que lo es antes de la eficacia del reconocimiento, no al que resulta después de perfeccionado éste y devenido eficaz.

Habida cuenta de todo ello, ¿es requisito necesario e institucional del reconocimiento que el reconocedor sea verdadero o al menos posible progenitor del reconocido, como objeto de su declaración?

La cuestión es discutida en nuestra doctrina; debate que se prolonga luego en cuanto a las consecuencias procesales (acción hábil) derivadas de la falta de veracidad. Hay, por un lado, un importante sector que estima que no es elemento esencial al reconocimiento la veracidad de la filiación reconocida: así, Peña Bernaldo de Quirós y de la Cámara²⁴, y, entre los más recientes comentaristas, Quicios

²⁴ PEÑA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid (Tecnos), 1984, p. 911, y en *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo), t. IV-3.º, Madrid (Edersa), 1996, pp. 187-188; DE LA CÁMARA, *Comentarios al CC ...* (Edersa),

Molina y García Vicente²⁵. Hay, a su vez, otros autores que consideran esencial que el reconocimiento sea veraz y que exista la filiación biológica, de lo que deducen directamente la nulidad del mismo a falta de ese dato: tal, Albaladejo, Sancho Rebullida, Lledó Yagüe, Gete-Alonso²⁶. Algunos autores limitan esta cuestión con excesiva generalidad al ámbito de la ineficacia del reconocimiento no veraz²⁷.

Creo, por mi parte, que en términos generales el hecho natural de la filiación, la calidad de progenitor en el reconocedor o de hijo en el reconocido, en cuanto objeto (real o posible) de la declaración de su autor, es elemento básico o sustancial del supuesto de hecho del reconocimiento (simple mecanismo de determinación legal de esa filiación), que por principio debe darse, siquiera sea sólo por la correspondencia que debe haber entre realidad sustancial y realidad formal en todo acto o título de determinación de esa clase; en coherencia, por otro lado, con la vocación de nuestra actual legalidad por la adecuación de la filiación formal a la verdad biológica —cuestión relacionada con valores fundamentales (art. 10 CE, identidad de la persona) de que he hablado en otro lugar—.

Ahora bien: a efectos de su trascendencia jurídica (negativa) pienso que hay que distinguir dos aspectos:

a) en tanto que título de determinación de la filiación, y con los requisitos subjetivos y formales que la ley exige, hay reconocimiento (y filiación legal e inicialmente establecida) aunque en el caso concreto no haya efectiva relación biológica (supuesto del reconocimiento inexacto, que determina filiación hasta que sea impugnada);

cit., t. IV-1.º (ed. 2000), p. 891: «En rigor, el reconocimiento es un medio de determinar la filiación y, por tanto, no puede decirse, en puridad, que su validez o eficacia dependan de que sea exacto.»

²⁵ QUICIOS MOLINA, coment. STS de 14 de marzo de 1994, *CCJC*, núm. 36 (1994), pp. 873 ss., y coment. S. 14 de julio de 2004, *CCJC*, núm. 67 (2005), pp. 460-461 (con menos claridad, en su *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcelona, 1997, pp. 29-30); GARCÍA VICENTE, coment. STS 26 de noviembre de 2001, y S 12 de julio de 2004, *CCJC*, núm. 59, pp. 587 ss., y núm. 67, pp. 439 ss., respectivamente.

²⁶ ALBALADEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, p. 127, y *Curso de Derecho civil*, t. IV (*Derecho de familia*), Barcelona, 2002 (9.ª ed.), pp. 217-218 y 244-245; SANCHO REBULLIDA, en «*Derecho de Familia*» (con LACRUZ BERDEJO), t. IV de *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, 1984, pp. 649 y 663; LLEDÓ YAGÜE, *Compendio de Derecho civil. Familia*, Madrid (Dykinson), 2000, p. 437; C. GETE-ALONSO CALERA, *op. loc. cit.*, p. 39.

²⁷ RODRÍGUEZ ADRADOS, tras decir que el primer requisito del reconocimiento es que el reconocido sea hijo del reconocedor, añade, con cita de Carresi, que «el hecho de la procreación debe incluirse entre los elementos impositivos y no entre los elementos constitutivos del reconocimiento» («La filiación», *R.D.Not.*, 1983, núm. 120, p. 322). La SAP Asturias de 20 de septiembre de 1994 alude, en ese sentido, a la «doctrina mayoritaria», y a que esa posición ha repercutido en la jurisprudencia.

b) cuestión distinta es la de la relación biológica como contenido de la declaración del reconocedor: el acto jurídico que es el reconocimiento, la declaración en que consiste, requiere contemplar la filiación como objeto de la misma. No hay acto jurídico sin objeto, y en este supuesto además de inexistencia objetiva, prescinde de él el reconocedor en su declaración.

2.2 La cuestión de la falta de relación biológica en el reconocimiento de complacencia

Vuelvo a la distinción que acabo de hacer:

Sub a) En la primera hipótesis hay reconocimiento (acto jurídico, título de determinación) aunque no haya filiación biológica. La ausencia de ésta lo deja vacío de contenido, mas la falta del elemento objetivo sólo trasciende a la eficacia del reconocimiento y de la filiación por medio de la impugnación de ésta. El reconocimiento no es directamente nulo, sino impugnabile (distinción sutil, pero legal); su defecto, además, es sanable si la filiación no es impugnada por persona legitimada y en tiempo hábil (algo parecido a la anulabilidad). Se trata, en este supuesto, del *reconocimiento inexacto*.

Sub b) Si la propia declaración que constituye el reconocimiento prescinde de la relación biológica, y ésta es totalmente ajena al reconocimiento –no la hay en el acto jurídico; tampoco en la realidad–, no hay reconocimiento, porque la declaración carece de objeto y porque la filiación por naturaleza no es institución que se «invente». Este es el *reconocimiento de complacencia*: es radicalmente nulo *ab initio*, e insanable; cualquier persona interesada y en cualquier momento (sin término de caducidad) puede pedir la declaración de su nulidad (destruir la mera apariencia jurídica).

Quedémonos ahora en este concreto reconocimiento.

Incluso un autor como Peña Bernaldo de Quirós, que estima que no es necesario que haya realidad biológica para la eficacia del reconocimiento (cfr. las citas de la nota 24), añade que «no debe resultar de las circunstancias biológicas notorias la imposibilidad de que el reconocimiento responda a la verdad» (y pone varios ejemplos): «en estos casos, el reconocimiento, por no responder notoriamente a su causa –la proclamación de la propia paternidad– sería nulo como tal, con nulidad absoluta, *ipso iure* e insubsanable». Y con referencia directa al reconocimiento de complacencia, dice: «Si el verdadero propósito práctico de tales reconocimientos [conseguir los efectos jurídicos de la filiación, a pesar de que no se corresponde con la realidad] fuera demostrable, el reconocimiento

sería en sí mismo nulo en cuanto título de determinación legal (cfr. R. de 6 de noviembre de 1993) y procedería a petición de cualquier interesado la declaración de su nulidad»²⁸.

En efecto: la Dirección General de los Registros y del Notariado, a pesar del limitado control por parte del Registro civil en cuanto a la veracidad de la filiación reconocida (cfr. RR de 8 de septiembre de 1992 y 6 de noviembre de 1993), ha declarado nulo y rechazado la inscripción del reconocimiento «cuando del título formal acompañado y, en su caso, de las diligencias comprobatorias oportunas (cfr. art. 28 LRC) se desprenda que el autor del reconocimiento no es padre biológico del reconocido» (R 8 de septiembre de 1992); en términos semejantes, las RR de 6 de noviembre de 1993, 11 de noviembre de 2002 y 2 de febrero de 2004: «no hay duda –dice esta última– de que la regulación de la filiación en el CC se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad». La misma tesis y posición inicial mantienen las RR de 6 de noviembre de 1993, 28 de diciembre de 2002 y 15 de enero de 2004 (nulidad de pleno derecho del reconocimiento no veraz), si bien no deniegan la inscripción cuando sólo hay sospechas de que el reconocimiento no responde a la verdad. Cfr. también las RR de 29 de enero de 2001 y 3 de junio de 2003. Lo más importante a nuestros efectos de esa posición de la Dirección General de los Registros es que la denegación de la inscripción en el Registro Civil del reconocimiento de complacencia, en los casos y resoluciones citadas, no es un juicio de valor respecto de la filiación (como sí se hace en la impugnación judicial), sino referido al propio acto jurídico, que es considerado nulo, como dicen expresamente, y, como título jurídicamente inexistente, no inscribible.

La jurisprudencia, con menos precisión en algunos casos, tiene dicho, desde la sentencia (no reciente) del TS de 20 de enero de 1967, que no puede reconocer el no padre ni ser reconocido el que no sea hijo, «y si se hace sería nulo por ir contra lo dispuesto en la ley», añadiendo que «es indudable que el reconocimiento impugnado [en el caso de autos] es *contra legem* ...». En términos parecidos, las SSTs de 28 de marzo de 1994 («...llevan a esta Sala al fundado convencimiento de no ser la menor R. hija biológica del

²⁸ *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo), t. IV-3.º, Madrid (Edersa), 1996, pp. 196-197.

demandante, lo que determina la nulidad del reconocimiento por su falta de exactitud») y 31 de octubre de 1997 (que declaró igualmente la nulidad del reconocimiento por no existir relación biológica entre reconocedor y reconocido). Las SS de 27 de mayo de 2004 y 12 de julio de 2004 (la 811/2004) han aplicado el criterio de la verdad biológica para resolver los problemas de los respectivos reconocimientos de complacencia. Las SSTSJCat. de 16 de diciembre de 1997 y 29 de junio de 1998 abundaron en la misma idea (nulidad del reconocimiento por defecto de relación biológica), tesis también de la SAP Barcelona (Secc. 18) de 10 de marzo de 2000 y SAP Barcelona (Secc. 14) de 8 de abril de 2003; como de la SAP de Asturias de 20 de septiembre de 1994 –por poner sólo algunos ejemplos de «jurisprudencia menor», ya que en muchos casos no llega su conocimiento al TS–.

De todo lo anterior se deduce que la existencia de relación biológica de filiación no es en línea de principio objetivamente imprescindible en el reconocimiento (pues hay reconocimientos formales válidos que luego resultan inexactos), sino que aparezca como objeto veraz de ese acto jurídico, es decir, que el reconocedor que afirma o declara propia paternidad crea en ella, o sea verosímil o siquiera posible. Lo que no cabe –según pienso– es el reconocimiento-acto jurídico en que su autor sabe que no es progenitor, que no hay relación biológica *a priori*. En lo normativo, la ley lo da como supuesto o sobreentendido, por obvio o evidente –porque, como tengo dicho, el reconocimiento comporta declarar que ha existido el hecho de la procreación del cual ha nacido el reconocido–: de ahí que emplee con naturalidad las palabras «progenitor», «padre», «hijo», en los artículos arriba mencionados²⁹: el reconocedor «habla» de su progenitura, declara ser padre.

Aun no explicitada en nuestro CC la exigencia legal del elemento objetivo (relación biológica real o verosímil) para el reconocimiento, pienso que a los efectos del mismo va implícito en la idea de filia-

²⁹ En congruencia con cuanto antecede, aunque el Código no tome excesivas precauciones para que sólo reconozcan los verdaderos progenitores, hay, sin embargo, importantes límites y una (relativa) legal preocupación al respecto, pues: 1.º, es necesario que la paternidad o maternidad del reconocedor sea, al menos, posible, o que no quede excluida *ab initio*: ningún notario autorizaría, ni juez alguno aprobaría o encargado del Registro inscribiría un reconocimiento en que el reconocido fuera mayor que el reconocedor o su diferencia de edad tal que resulte imposible la relación de filiación entre ellos, aunque nada dice el Código a ese respecto (luego es valor entendido que la paternidad o maternidad de quien reconoce ha de ser, al menos, posible); 2.º, no cabe la inscripción en el Registro Civil de un reconocimiento de persona cuya paternidad se infiere, por otro lado, de una presunción legal de paternidad que la atribuya a otra distinta (art. 185 RRC; cfr. también art. 113-2.º CC); lo cual significa que el propio ordenamiento rechaza una filiación cuando ya hay otra que goza de una presunción de exactitud.

ción por naturaleza de que parte el legislador y que ese acto pretende dejar determinada (por ello, las menciones legales de «progenitor», «padre» e «hijo»). La ausencia de relación biológica en el reconocimiento-acto jurídico (en la declaración del reconocedor) equivale a «no paternidad (maternidad)»; es una *contradictio in terminis*, que el reconocimiento de complacencia institucionaliza³⁰.

En congruencia con tal planteamiento, la paternidad o filiación que del reconocimiento de complacencia pueda resultar es meramente aparente –la filiación por naturaleza no es una creación artificial–, con una presencia formal que no pasa de sola apariencia –como la venta por un gracioso de la catedral de Sevilla, o la que hace de una cosa propia un niño de seis años–, aunque sea legal (en el peor sentido de este término); no llega a la realidad verdadera de que en aquel acto jurídico se trata: el Derecho no puede jugar a engañarse, ni dar valor alguno a lo que él mismo conoce *a priori* que es inexacto, que no hay ni es lo que pretende decir³¹.

2.3 ¿Cabe una filiación jurídica sin relación biológica?

Planteo esta pregunta para precaver la potencial objeción que podría hacerse de que el elemento objetivo de que hablo es invención mía (la ley no lo exige), y que la filiación en nuestro ordenamiento no se levanta ya sobre la idea de relación biológica,

³⁰ No se puede separar ese elemento biológico de la idea de reconocimiento y de la propia filiación *por naturaleza* (para distinguirla nítidamente de la adoptiva), donde el Derecho se limita a disciplinar acerca de una realidad subyacente, de la que parte, y respecto de lo que el reconocimiento no es más que un medio o instrumento formal que no inventa, sino que constata o establece legalmente lo que la propia ley presupone existente (porque su autor así lo declara). El hecho de que el legislador no regule ese extremo (necesidad de relación biológica) no debe interpretarse como que no sea dato o elemento exigible, o que prescinda olímpicamente de ello –como no se dice para el reconocimiento, ni en el contrato u otro acto jurídico, que deba coincidir lo declarado con lo querido (por poner un ejemplo)–; sencillamente, porque lo da como implícito, lo presupone como punto de partida en la propia declaración del reconocedor (que habla de paternidad real).

³¹ En mi opinión –dije en otra ocasión: *Comentario al CC, cit.*, p. 1246–, no es correcto insistir excesivamente, sacándolo de contexto, en el hecho cierto de que en nuestro ordenamiento no se exija en ningún lugar ni momento lo que he llamado elemento objetivo, y que sean posibles los reconocimientos de complacencia, o que por la caducidad de la acción de impugnación u otros problemas formales subsisten reconocimientos claramente no veraces (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 431). Unos y otros tienen explicación sin comprometer aquella regla general: unas veces se debe a razones de política jurídica (facilitar los reconocimientos, aun a riesgo de que sean ajenos a la realidad); otras, a exigencias de seguridad jurídica (ante la que debe ceder a veces el principio de veracidad). Mas son, ésas, manifestaciones de una inevitable patología del sistema, como las que se producen por medio de otros mecanismos de determinación de la filiación (no impugnación de una paternidad que se sabe inexistente). No ignoro, sin embargo, la eficacia (claudicante) del reconocimiento no veraz en tanto no sea impugnado con éxito.

sino que sería más una relación jurídica y funcional basada en un rol social encargado por la ley a una persona que asume la función (social y legal) de la paternidad (maternidad), prescindiendo de la relación biológica subyacente; es decir, institución exclusivamente legal, formal, con independencia de esa realidad.

De forma más directa y concreta, podría objetarse a la tesis que mantengo en el apartado anterior que no sea necesaria la existencia de relación biológica, habida cuenta de los casos en que hay filiación jurídica sin aquélla (filiaciones legales inexactas y no impugnadas, impugnaciones frustradas por caducidad de la acción no obstante ser clara la no paternidad o maternidad). Otra razón alegable en este mismo sentido podría ser el que la ley considera directamente padre al marido o compañero que da su consentimiento formal para la inseminación artificial de la esposa o compañera con material genético de donante: en este caso hay paternidad legal (del varón que consiente) conociendo a priori que no hay relación biológica.

Pienso, a ese respecto, que hay que distinguir esos dos casos, muy diferentes. En el primero –filiaciones inexactas no impugnadas o devenidas definitivas por caducidad de la acción o defecto de prueba– se trata, en mi opinión, de situaciones anómalas y filiaciones excepcionales dentro de un sistema forzosamente imperfecto, que las permite por razones no siempre lógicas pero válidas en Derecho (que sólo pretende resolver conflictos de intereses según criterios varios, no busca la verdad ni siquiera la justicia), y en materia con fuertes componentes metajurídicas, que van, entre otras, desde las de política legislativa (limitación de legitimación activa, intimidad y paz familiar, estabilidad del estado civil) a las de seguridad jurídica (caducidad, cosa juzgada). Son casos, pues, de una inevitable patología del propio sistema jurídico –resultado de un juego imperfecto de sus normas, al ser actuadas por los afectados (de la misma forma que hay deudas que no se pagan y testamentos ológrafos que no aparecen)–; orden normativo que parte de y no renuncia, en principio, a la coincidencia de filiación jurídica y biológica, sino que la contempla como normal y la busca siempre que sea posible; mas no siempre lo es en la realidad social. Aquellos desacuerdos no contradicen la esencia institucional de la filiación; son sólo excepciones inevitables, propias de su complejidad, que no pueden sorprender ni es permitido sacar de contexto.

El segundo supuesto aludido, de las procreaciones asistidas, es completamente diferente. Cuando se trata de inseminación artificial con donante de gametos, la paternidad del varón que la consiente es puramente formal, legal (consciente y legalmente no genética; la descendencia biológica y herencia genética la propor-

ciona el donante de gametos: de ahí ciertas normas, como la que permite conocer datos biogenéticos en interés de la salud del hijo). No se trata de filiación por naturaleza; está mucho más próxima a la adoptiva. Digo más próxima, y no directamente adoptiva, porque no es ésta; pero tampoco es filiación por naturaleza. La ley da valor determinante al consentimiento del varón expresado en determinada forma y a ese solo fin, no otro. Es filiación por consentimiento, no por sangre. Se trata, quizá, de un *tertium genus*, entre filiación por naturaleza y filiación por adopción: si no es esta última, tampoco es la primera –Trabucchi la llama *filiación civil*, frente a las otras dos–.

Una prueba clara de que la filiación resultante de esa procreación asistida consentida por el varón no es ni se rige por las normas de la filiación por naturaleza es que «ni el marido ni la mujer [...] podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido *por consecuencia de tal fecundación*» (art. 8.1 ley 35/1988, de 22 noviembre, de técnicas de reproducción asistida); en idénticos términos, el artículo 111.2 CFCat. Esa concreta no impugnación de esta filiación equivale a la irrevocabilidad de la adopción –no ha lugar al *actus contrarius*–, pues sí cabe una impugnación de aquella basada en que la procreación y el nacimiento han tenido lugar por relación sexual con tercero y no por fecundación artificial (más clara la expresión del art. 111.2 CF). En esas procreaciones asistidas la filiación y la paternidad deriva, pues, del solo consentimiento, no más, ni es otra cosa (ni la requiere). No es filiación por naturaleza.

En conclusión: no contradice la exigencia de una relación biológica subyacente a la filiación jurídica (por naturaleza) el hecho de que haya casos anómalos en que (excepcionalmente) no exista; o que tampoco la haya en las procreaciones asistidas con material genético de donante: en este caso la paternidad resultante es meramente formal, legal (civil), no la filiación por naturaleza que aquí consideramos. Esos supuestos son manifestación de algo distinto de lo que aquí abordo y no obstan a mi línea argumental. Pienso que sigue vigente la exigencia del aludido «elemento objetivo de la filiación», y que su inexistencia en el reconocimiento de complacencia supone la falta de un elemento esencial del acto jurídico y de la filiación resultante.

2.4 La ecuación eficacia-ineficacia en el reconocimiento de complacencia

El Derecho distingue perfectamente las categorías jurídicas de validez y eficacia. Hay actos inválidos, con distintos tipos o grados

de invalidez, y que son provisionalmente eficaces (innecesario poner ejemplos). En ese terreno pienso que debemos situar la cuestión que nos ocupa —no ignoro las particularidades de la invalidez del reconocimiento (y otros actos de Derecho de familia), y su diferencia con el contrato, a que aludiré—: es compatible que el reconocimiento tenga una eficacia provisional y claudicante una vez obtenga los requisitos formales que la ley previene, y otra (en un plano distinto) que sea nulo: en ocasiones porque ha sido otorgado por un loco incapacitado total, o bajo la amenaza de una pistola o por engaño flagrante; otras porque es a priori no veraz —el reconocedor es consciente de que no es progenitor y, ello no obstante, reconoce al no hijo—. Es obvio que en ninguno de esos casos es válido tal reconocimiento, igual que no lo es otro acto jurídico de índole negocial en idénticas circunstancias; los cuales, sin embargo, producen efectos provisionales —como son los del reconocimiento de complacencia, no más— hasta que sean declarados inválidos y dejen de producirlos legal y retroactivamente. Su eficacia, provisional y claudicante, es la de un acto aparente por reunir los requisitos formales.

No basta, por tanto, con remitir la cuestión del reconocimiento de complacencia al ámbito de la impugnación de la filiación (por no veracidad), como hacen a veces indiscriminadamente doctrina y jurisprudencia (con pocas excepciones), porque son cosas distintas —el reconocimiento es causa (título de determinación) y la filiación, relación jurídica por él determinada (efecto jurídico del acto)—. Aquella remisión puede ser adecuada para el caso del reconocimiento inexacto, que también existe jurídicamente; pero el reconocimiento de complacencia es otra cosa. Su problema es anterior a ese momento jurídico; su defecto es estructural e inicial, del propio acto jurídico, no sólo de su resultado (la filiación). Al terreno de dicha impugnación (determinación negativa) corresponde la cuestión de la no paternidad en esa relación jurídica, como al de la reclamación de filiación atañe su determinación positiva cuando existe la realidad prejurídica pero no la filiación legal. Mas ésa, insisto, es cuestión distinta: afecta a la relación de filiación (establecida o por establecer). La que ahora propongo es la de la validez o no del acto-título de determinación de la filiación: ese medio o procedimiento que el ordenamiento jurídico pone a disposición del sedicente progenitor para determinarla con la veste y estructura jurídica de un acto jurídico, el cual, en pura juricidad, debe reunir ciertos presupuestos y requisitos.

No se diga que el legislador no distingue la nulidad del título de determinación de la impugnación de la filiación: ahí están los artícu-

los 138.1.º y 141 CC, que contemplan la nulidad del reconocimiento por vicios del consentimiento, como medio específico para hacer decaer la relación de filiación por él determinada. Sin mencionarla, es evidente que tampoco es ajena al pensamiento del legislador ni al régimen de la filiación la nulidad del reconocimiento (indiscutible, por defecto de forma o de capacidad), aun no regulada entre las acciones de filiación. No me parece lícito afirmar que como no está prevista esa nulidad en el CC, no cabe, y que el único medio de hacer decaer la filiación en caso de reconocimiento de complacencia es la vía de la impugnación de aquélla: el jurista no puede prescindir del razonamiento jurídico y de la aplicación de las reglas generales por las que se rigen los actos jurídicos, a menos que ello esté directamente excluido por la ley; y aquí no hay tal exclusión.

La especial naturaleza del reconocimiento, y la de la propia relación de filiación, comporta que a la hora de su impugnación coincidan en este caso ambos planos –título constitutivo y relación jurídica–por falta del elemento común (la no paternidad/maternidad); e impugnado con éxito el reconocimiento nulo decaiga la filiación así determinada, o que, demostrada la no paternidad (maternidad), resulte nulo el reconocimiento por defecto de ese dato –que es lo que vienen a decir las sentencias del TS y tribunales inferiores a que he aludido poco ha–.

El jurista puede y debe distinguir los dos planos mencionados, las respectivas impugnaciones, y sus causas y sus consecuencias. Mientras subsista formalmente el reconocimiento, o la filiación legal, gozan uno y otra de la eficacia que les da su propia legalidad (formal) y la presunción de veracidad de que inicialmente goza cada uno de ellos. Mas decaído el reconocimiento, declarado judicialmente nulo, decae la filiación por él determinada; e impugnada con éxito la filiación legal, queda demostrado que el reconocimiento era no veraz, sin realidad material (su objeto): por eso dicen los tribunales con toda naturalidad que es nulo (por esa causa). Por ello mismo digo yo que es nulo el reconocimiento de complacencia (por defecto del objeto): es vacío y sin objeto o realidad material por definición. Sólo reclamo que pueda ser declarado nulo como tal acto, autónomo (con acción propia): porque lo es.

3. NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA. CAUSA LEGAL Y JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE TAL NULIDAD

Prescindamos ahora del anterior planteamiento, un tanto dogmático. Volvamos al terreno fenomenológico, al del concreto reco-

nocimiento de complacencia. Habida cuenta del abierto y consciente desacuerdo, desde el primer momento y por definición, entre realidad legal y biológica, y también del engaño y fraude institucional, parece inevitable preguntarse si el de complacencia es, en realidad, verdadero reconocimiento o si se trata sólo de un reconocimiento aparente (como ya he sugerido), por la posible y directa nulidad absoluta en que enseguida hay que pensar.

Hay en ello, en términos jurídicos, una cuestión y varias preguntas importantes: ¿hay verdadero reconocimiento por defecto consciente (que no mera inexactitud) de relación biológica³² en esta filiación por naturaleza?; ¿es reconocimiento directamente nulo, del que sólo hay que suprimir la apariencia de tal?; ¿cuál es la causa jurídica de la invalidez del reconocimiento de complacencia?

Conste de nuevo, antes de pasar adelante, que los esquemas jurídicos habituales sobre nulidad negocial (los del contrato, sobre todo, mejor elaborados) no son aplicables a este reconocimiento de forma lineal, pues es valor entendido que la invalidez y la ineficacia depende, en primer lugar, de la naturaleza de cada acto (muy particular la del reconocimiento) y de su régimen legal específico (aquí, deficiente). En esa inteligencia abordo las cuestiones apuntadas.

Desde varias perspectivas cabe considerar la posible invalidez del reconocimiento de complacencia.

3.1 Acto *contra legem* (por falta del elemento objetivo)

La primera consideración posible sería que la nulidad de este reconocimiento radica en el defecto relativo al elemento (estructural) objetivo³³: falta consciente (ya en la propia declaración) del requisito de la filiación (biológica) en el reconocido (pues se reco-

³² Hablo reiteradamente de defecto *consciente* de relación biológica en el reconocimiento de complacencia porque el reconocimiento es un acto jurídico consciente (al que es esencial lo que se declara), y para distinguirlo de otros casos en que falta la relación biológica y tiene otra trascendencia esa objetiva ausencia: por ejemplo, en el reconocimiento meramente inexacto, o cuando la filiación (biológica) es presumida *ex lege* (art. 116 CC; incluso en el reconocimiento formal). Para estos casos está reservada la acción de impugnación de filiación; para aquél se puede hablar de (acción de) nulidad del reconocimiento.

³³ He aquí cómo razona, para el Derecho italiano, Gilda FERRANDO a este respecto: «La previsión de la impugnación por defecto de veracidad confirma la naturaleza de acto *di accertamento* propia del reconocimiento, porque permite anularlo cada vez que la realidad documentada en el acto resulte en contradicción con la realidad de la relación de filiación. De ahí la irrelevancia de la posición subjetiva, de buena o mala fe, del autor del reconocimiento» [*La filiazione naturale e la legittimazione*, en el *Trattato di Diritto privato* (dir. P. Rescigno), vol. 4-III, Torino, 1982, p. 164].

noce a un hijo); situación muy parecida, salvadas las distancias pertinentes, a la inexistencia de objeto en el contrato. A ello no obsta el que la ley no tome demasiadas precauciones para ello, ni exija probarlo al tiempo de reconocer, por las razones que fuere –ya apuntadas, como otras distinciones conocidas–. Es lo que Sancho Rebullida llamaba «nulidad por falta del presupuesto fáctico de paternidad, en base al artículo 6.3 CC»³⁴; y lo que en Derecho italiano se llama «impugnazione del riconoscimento per difetto de veracità» (art. 263 de su CC), con tratamiento separado (de otras impugnaciones del reconocimiento) y régimen propio³⁵.

Así lo ha visto también, y lo han dicho explícitamente, la STS de 20 de enero de 1967, antes citada –que califica de *contra legem* y nulo ese reconocimiento–, como las de 28 de marzo de 1994, 31 de octubre de 1997 y demás mencionadas; y la S. TSJCat. de 16 de diciembre de 1997: «...legalmente no puede reconocer quien no es padre, ni ser reconocido quien no es hijo, por lo cual el reconocimiento hecho en estas condiciones de inveracidad es ineficaz e inválido, con nulidad absoluta». En el mismo sentido y términos, la S. TSJCat. de 29 de junio de 1998³⁶.

Comparto esa tesis de la nulidad del reconocimiento realizado por quien no es padre, del que no es hijo (que es la del reconocimiento de complacencia). Mas ¿cuál sería su explicación jurídica, razonando en el mismo plano en que lo calificamos de *nulidad absoluta*?

En mi opinión, la nulidad del reconocimiento de complacencia proviene de que es un acto *contra legem*, contraviene abiertamente normas imperativas y principios del ordenamiento jurídico –los que conforman la idea de filiación por naturaleza y su determinación por medio del reconocimiento–, e incluso el orden público –en los términos que dije: sistema de valores superiores y reglas básicas del ordenamiento jurídico en cuanto a esa institución, que no

³⁴ En *Derecho de Familia* (con LACRUZ BERDEJO), t. IV de *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, 1984, p. 663. También la STS de 20 de enero de 1964 consideró nulo, como acto *contra legem*, el reconocimiento hecho por persona que no podía ser progenitor por no conocer a la madre en la época de la concepción. La misma idea está presente en la STS de 28 de marzo de 1994.

³⁵ Cfr. G. FERRANDO, *op. loc. cit.*, pp. 164 ss.

³⁶ También la SAP Barcelona (Secc. 18) de 10 de marzo de 2000, que declaró nulo el reconocimiento formal por no paternidad biológica del reconocedor (aplicó el art. 106 CFcat.). La SAP Zaragoza, Secc. 4.ª, de 13 de enero de 2003, dijo: «Esta inexistencia de la relación de paternidad biológica, entre don T. y la menor R., determina la nulidad del reconocimiento determinante de la filiación.– Estamos ante un reconocimiento no veraz, en el que no se da la correspondencia necesaria entre la realidad formal, registral, y la material, hecho biológico de la procreación, y por tanto viciado con nulidad absoluta por falta del requisito objetivo esencial de paternidad en el reconocedor» (FJ. 3.º). Cfr. también la SAP Asturias (Secc. 1.ª) de 17 de abril de 2000, en idéntico sentido.

pueden ser subvertidos sin desnaturalizarla— como límite esencial a la autonomía de la voluntad en esta materia (y el excederlo ya es de por sí *contra legem*).

La infracción o contradicción de las normas imperativas (comprendido el orden público, que queda integrado en ellas) no es mero desajuste o discordancia en un aspecto parcial, sino contradicción radical, ya que supone el desconocimiento pleno de la esencia y régimen (imperativo) de la institución: la filiación por naturaleza —he dicho— no es una mera categoría formal, creación artificial *ex nihilo*, sino la expresión jurídica de una realidad prejurídica que el reconocimiento se limita a constatar por un procedimiento que la ley considera apto y suficiente para los fines pretendidos (trascendencia social y jurídica). A diferencia de otros actos, que prescinden de realidades subyacentes (la adopción) o que crean una nueva realidad legal antes inexistente a partir de declaraciones de voluntad (el matrimonio, el testamento), en el reconocimiento el acto jurídico (la declaración de reconocedor) y la relación biológica son realidades distintas *a se* que deben coincidir al menos como posibles para su relevancia jurídica ya que aquélla se limita a aflorar o constatar en términos legales la segunda, hipotéticamente posible e imprescindible por definición a la idea de filiación por naturaleza (recuérdese la distinción, relevante también aquí, entre reconocimiento meramente inexacto y reconocimiento mendaz).

Tal contravención frontal de normas imperativas —no cabe duda que lo son las que gobiernan la filiación— comporta la nulidad de pleno derecho del acto-reconocimiento (de complacencia), para lo que la ley, por otro lado, no establece un efecto distinto de la nulidad (art. 6.3 CC)³⁷. Como acto *contra legem* ha considerado la jurisprudencia los reconocimientos de complacencia en numerosas sentencias, ya citadas; también, de forma más directa, otros tribunales inferiores³⁸.

³⁷ Opina de otra forma QUICIOS MOLINA (coment. S. de 14 de julio de 2004, *loc. cit.*, pp. 456-457), que distingue entre la nulidad inicial (art. 6.3 CC), antes de determinar la filiación, y la validez posterior a ésta, «pues la aplicación a las instituciones de Derecho de familia (matrimonio y filiación) de los conceptos generales de ineficacia puede modularse en atención a los intereses personales atendibles» (e invoca como ejemplo el matrimonio putativo). No comparto la argumentación ni la oportunidad del ejemplo.

³⁸ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Manacor, en su sentencia de 26 de junio de 1999 —que dio lugar, en su momento, a la del TS 669/2004, de 12 de julio—, razonaba así: «[...] En el supuesto enjuiciado no se trata, en rigor, de revocación entendida como cambio de voluntad con el que pretende despojar al reconocido de un *status filii* por una mutación de los deseos del reconocedor. Se trata, en puridad, de desvelar la inexistencia de un requisito objetivo (el de la paternidad) que debe concurrir al reconocimiento, en la medida que éste afirmaba una realidad biológicamente inexistente; en otras palabras, el reconocimiento encerraba un acto *contra legem*, que, como tal, comporta la nulidad abso-

3.2. ¿Simulación absoluta?

En la búsqueda de una explicación acerca de la naturaleza del reconocimiento de complacencia y su verosímil invalidez cabe preguntarse también: ¿se trataría de un caso de simulación absoluta? Así lo sugiere alguna sentencia, siquiera sea de pasada³⁹. Tengo la convicción de que se trata de una nulidad absoluta (causa y argumentación recién vista), pero no creo que pueda llegarse a ella directamente por conducto de la simulación (absoluta), aunque todo huele en el reconocimiento de complacencia a mentira, amén de la ausencia de filiación. La dificultad técnico-jurídica principal para predicar la simulación absoluta estriba en la necesidad de acuerdo simulatorio para esa anomalía, lo que determina que –en los negocios patrimoniales, al menos– no quepa esa simulación, en puridad de principios, en los negocios unilaterales no recepticios⁴⁰; y (segunda exigencia de la simulación) que quien emite la declaración de voluntad no quiere efectivamente lo que declara. En cambio, en el reconocimiento de complacencia el reconocedor sí desea la determinación de la filiación y sus efectos, y no hay ni cabe acuerdo simulatorio (aunque lo haya con la madre que va a consentir el reconocimiento, pero éste es otra cosa, no se trata de negocio bilateral, sino dos declaraciones unilaterales y autónomas).

En consecuencia, en pura dogmática (construcción doctrinal y jurisprudencial de la categoría de simulación) no es argumento decisivo la simulación absoluta como causa técnico-jurídica de la nulidad de este reconocimiento; la simulación a efectos jurídicos sería otra cosa. Sin embargo, el supuesto de hecho apenas difiere en la realidad jurídica: declaración del reconocedor de algo que él sabe inexistente, y que aprovecha a sus fines particulares por no

luta del mismo; y con apoyo en el artículo 141 CC el propio reconocedor está legitimado para impugnar la filiación, desvelando que es otra la realidad biológica; y ello aunque de tal circunstancia ya fuera consciente al momento del reconocimiento» (FJ. 3.º). La SAP de Palma de Mallorca (Secc. 5.ª) de 28 de enero de 2000 revocó la anterior, con el siguiente argumento (*ratio decidendi*, dice la del TS que la casó): «Lo que no acepta la Sala es que, so pretexto de que coincida la verdad material con la formal, pueda el Sr. B. cuando le convenga (no por haber concurrido error en las circunstancias del reconocimiento que fue de complacencia) desdecirse de lo que de forma tan solemne y libre manifestó en su día ante el Encargado del R.C., ...». Ya he mostrado mi desacuerdo con este razonamiento.

³⁹ La SAP Zaragoza (Secc. 2.ª) de 14 de julio de 2003 lo plantea como hipótesis: «En estos supuestos la declaración de voluntad sería nula de pleno derecho por mediar simulación absoluta en la declaración y por lo tanto, no estaría sometida la misma a plazos de caducidad (un año o cuatro, *ex arts.* 141 y 140 CC.) sino al general de prescripción de quince años, según afirma cierto sector doctrinal, con mejor criterio que aquellos otros que consideran la acción imprescriptible». Cfr. también la STS de 28 de noviembre de 2002, en que la acción de impugnación del reconocimiento ejercitada lo era por simulación absoluta.

⁴⁰ Cfr. LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho civil*, t. I-3.º, Madrid (Dykinson), 2000, p. 182.

exigirse explícitamente en la ley la efectiva existencia de la filiación biológica. De ahí que se haya pensado en no pocas ocasiones (por los interesados o por los tribunales) en la simulación como causa de nulidad del reconocimiento de complacencia.

3.3 Acto en fraude de ley

¿Sería el reconocimiento de complacencia un caso de fraude de ley, habida cuenta de que con él se establece una filiación puramente formal o legal al margen de las reglas previstas para ésta (la adopción)? Vengo hablando reiteradamente de fraude (en sentido vulgar, de engaño), y lo hay, evidentemente. Pero ¿es fraude apto para pensar en su invalidez, es decir, técnicamente fraude de ley *ex* artículo 6.4 CC?

Pienso que puede haberlo en este caso y forma de establecimiento de la filiación; que se trata también de fraude de ley, visto el fenómeno jurídico desde otra perspectiva (distinta de la del acto *contra legem*), pues se dan en el reconocimiento de complacencia y filiación legal que determina los requisitos que menciona el artículo 6.4 CC:

a) Actúa el reconocedor «al amparo del texto de una norma» que no dice nada sobre la exigencia de realidad biológica; mas el defraudador no puede ampararse en el contenido negativo de esa norma, en lo que no dice expresamente, para ir contra su mandato intrínseco y su espíritu («texto», se ha dicho, no quiere decir literalidad, sino estructura normativa);

b) El reconocedor «persigue un resultado contrario al ordenamiento jurídico», ya que éste conoce y regula una institución y un mecanismo jurídico destinados a crear una relación jurídica de filiación sin base o relación biológica subyacente, que es la adopción, para la que dispone ciertos requisitos, controles, ineficacias y demás con normas imperativas; y es esto lo que se salta el reconocedor mendaz, que persigue y obtiene, apoyándose en normas destinadas a la creación de una filiación por naturaleza, un efecto contrario al ordenamiento jurídico para su caso dentro del contexto en que se produce;

c) ¿Intención de defraudar?: aunque es discutible su exigencia específica (la STS de 13 de junio de 1959 la excluía; en idéntico sentido, De Castro; *contra*, Lacruz), pienso que se da en la mayor parte de los supuestos, si no en todos: quizá no siempre hay un «dolo específico» o intención directa y finalística de defraudar, pero difícilmente puede dejar de pensar el reconocedor que crea una relación de filiación que sabe engañosa, no veraz, y que él no

es «padre» del reconocido –si no hay *consilium fraudis*, él sí es *consciis fraudis*–;

d) Por otro lado, no estamos en un caso en que la ley proteja el fraude y haga conscientemente válido el acto fraudulento: el régimen legal del reconocimiento está previsto para algo distinto de lo que hace el reconocedor de complacencia; éste se aprovecha de lo que la ley no dice explícitamente por su propia deficiencia (exigencia del requisito objetivo de la relación biológica) para obtener algo que está reservado a otra institución legal (la adopción).

Si este razonamiento es correcto, como creo, la consecuencia jurídica parece clara: el acto fraudulento no impedirá la debida aplicación de la norma defraudada (imperativa, por supuesto), la de la estricta filiación formal (adopción), las reglas que exigen unos requisitos y una constitución judicial para que surja la relación (artificial, legal, no biológica) de filiación, tanto para garantizar el interés del menor, el más importante, como por la trascendencia de los efectos que de esa filiación derivan. Ahí, en el reconocimiento de complacencia, no hay realmente filiación, ni por naturaleza (por hipótesis) ni meramente legal (adoptiva), ya que no se ha constituido conforme a Derecho. Hay sólo apariencia de filiación: es nula de pleno derecho la (aparentemente) constituida⁴¹.

Este es otro argumento y conducto más –junto con la nulidad como acto *contra legem*, en otro contexto e inteligencia– para defender la invalidez del reconocimiento de complacencia, que es lo que intento justificar legalmente.

4. INCIDENCIA DE LOS CONSENTIMIENTOS COMPLEMENTARIOS EN ESTE RECONOCIMIENTO

Los consentimientos complementarios de los artículos 123 y 124 CC, y la aprobación judicial, en su caso, no afectan a la estructura esencial del reconocimiento, ni a su validez; sólo a su

⁴¹ GARCÍA VICENTE, al contemplar el fraude de ley, entiende que no cabría proceder a la «debida aplicación de la norma infringida» dentro de la acción de impugnación en razón de los principios de justicia rogada y de congruencia (coment. S. de 12 de julio de 2004, *loc. cit.*, p. 443). No es la acción de impugnación, ciertamente, la más idónea para hacer valer la aplicación de la norma infringida; pero sí la acción declarativa, que es como se opera en otros casos y actos en fraude de ley. Recuérdese (nota 10) que el artículo 339 CC francés concede legitimación al Ministerio público para impugnar «el reconocimiento efectuado en fraude de las reglas que rigen la adopción» (redacc. ley 96-604, de 5 de julio de 1996); reforma que respondía a una necesidad social ante casos abusivos; ha sido aplaudida por la doctrina francesa.

eficacia, porque son, efectivamente, requisitos de esta clase, no más. La validez o nulidad del reconocimiento, acto unilateral, depende de sus elementos estructurales (capacidad, objeto, forma), a los que nada añaden ni quitan aquellos consentimientos complementarios. La nulidad, en su caso, es insanable.

Son exigidos estos últimos, todavía, en nuestro ordenamiento, por razones históricas. Criticado el del actual artículo 123 ya en la vieja legalidad (Albaladejo, *Peré Raluy*), no parece hoy, bajo nuevos presupuestos constitucionales y otra concepción de la filiación, muy clara su justificación. Piensan algunos que la exigencia del consentimiento del reconocido mayor de edad atiende a su interés o conveniencia (así, antes, STS de 22 de marzo de 1928 y R. 9 de septiembre de 1969), y con ella podrá impedirse reconocimientos no veraces sin necesidad de tener que impugnarlos judicialmente, o los tardíos o egoístas del progenitor que sólo se acuerda del hijo cuando éste es rico, o célebre, o si necesita de él⁴². En cuanto al artículo 124 CC tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia lo justificaron como salvaguarda o garantía de los intereses del reconocido⁴³.

Mas esos argumentos no resultan convincentes, pues una relación jurídica tan importante como es la de filiación, con graves repercusiones en distintos ámbitos (más allá incluso de sus titulares), no puede quedar tan fácilmente al albur de conveniencias o interés (subjektivamente valorados) del hijo y (caso del art. 124) de su representante legal⁴⁴.

En realidad, forman parte todos esos consentimientos de una serie de componentes voluntaristas que perviven en el régimen de la determinación extrajudicial de la filiación, a que me referí, cuya persistencia hoy parece más perturbadora que justificada. El con-

⁴² Justifícanlo otros como concesión al reconocido ante el aspecto unilateral del reconocimiento y frente a la exclusiva iniciativa del progenitor: «guarda paralelismo con la importancia que la ley da a la voluntad del que reconoce para fundar sobre ella un título de determinación legal de la filiación», dice PEÑA.

⁴³ La DGRN dijo que la aprobación judicial «no tiene como finalidad la de atender al interés público en la legalidad de los títulos inscribibles [...], sino exclusivamente la de atender al interés y conveniencia del reconocido en tanto que éste, por su edad, no puede personalmente proveer por sí» (R. de 9 de septiembre de 1969). Cfr. también RR. 27 de enero de 1970 y 4 de octubre de 1966.

⁴⁴ Me parece este último precepto y consentimiento tanto o más incomprensible, y menos justificado incluso que el del artículo 123, ya que supone subordinar la eficacia del reconocimiento al consentimiento del representante legal del menor o incapacitado, que casi siempre será el otro progenitor, cuya negativa obedecerá las más de las veces a disimulado o indisimulado egoísmo propio (quizá a pretender quedarse el hijo para él solo, bajo su exclusivo cuidado y control) más que a defensa del verdadero interés del hijo, a quien puede privar de padre, lo que no se compadece bien con un sistema de filiación presidido eminentemente por el principio de veracidad. Sobre esta cuestión, cf. mi comentario de los artículos 123 y 124 CC en los *Comentarios al CC, cit.*, pp. 1232 ss.

sentimiento que dé la madre a un reconocimiento de complacencia, consciente ella como el reconocedor de la imposible paternidad de éste, apenas significa jurídicamente otra cosa que la complicidad en el fraude, por nobles que sean los sentimientos y móviles de esa madre al consentirlo (como requisito legal de eficacia) –dar un padre a su hijo, permitir que éste se vea arropado socialmente por un padre, etc.–. Pienso que incluso en este último caso (el mejor de los posibles) supone una carga excesiva de subjetivismo y de componentes metajurídicas añadidas a las muchas que ya integran de suyo la relación de filiación, y que ese lado positivo corre el riesgo de volverse fácilmente en sentido contrario (y contra el hijo) cuando los sentimientos de la madre cambien (respecto del reconocedor, sobre todo), y arrastren en su caída la filiación así determinada (impugnación). «De tels arrangements ont la fragilité des unions qui les ont suscités», dice G. Cornu.

Aquellos consentimientos (el del hijo mayor de edad, el de la madre, más frecuente, sobre todo) no controlan ni aseguran de verdad la eficacia del reconocimiento, sino que, en sentido contrario a lo que prevé nuestro legislador, inficionan de subjetivismo y aleatoriedad el propio reconocimiento y la filiación resultante y los hacen más vulnerables, ya que la carga metajurídica aludida va a proyectarse muchas veces en su vida jurídica futura, que queda subordinada con demasiada frecuencia a la de la relación personal de la madre y el reconocedor: de ahí la gran cantidad de impugnaciones judiciales de estos reconocimientos, paralela a las crisis de la pareja.

Ese control, que la realidad que conocemos lo hace cada día más necesario, se puede conseguir por otro conducto sin detrimento de la institución ni del principal interés (el del hijo, que es el más necesitado de protección): en lugar de aquellos consentimientos, que poco garantizan y a veces se vuelven contra el fin buscado por el legislador, cabe pensar desde ahora en un control externo que actúa el propio tiempo como requisito de eficacia: la aprobación judicial del artículo 124 CC, pero entendida de forma distinta a como funciona ahora (con el asentimiento de doctrina muy valiosa): según criterios de verosimilitud de la filiación reconocida, y no de conveniencia u oportunidad. Volveré sobre ello.

5. CÓMO JUEGA EL INTERÉS DEL HIJO EN LOS RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA

Algunas sentencias relativas a impugnaciones de estos reconocimientos hacen referencia, a veces marginal, al interés del hijo en

tales casos. Así, la STS núm. 669/2004, de 12 de julio de 2004 (atención: hay otra sobre estos reconocimientos de la misma fecha: la 811/2004), en un caso de impugnación de reconocimiento de complacencia, relaciona el conocimiento de la verdad material «con el beneficio de los propios hijos, objetivo que, en el presente recurso, no puede decirse que se cumpla ...». Otras se han pronunciado de forma más directa en el mismo sentido.

Ciertamente, el del hijo es el interés más necesitado de protección, aunque no sea el único que considerar, aquí como en otros casos y procedimientos de determinación de la filiación; y es el que teóricamente tienen en cuenta (hay que suponerlo) quienes intervienen en estos reconocimientos, con uno u otro protagonismo. Sin embargo, si examinamos los supuestos de hecho que aquí conciernen, se observará que juega tal interés en la realidad un papel marginal en muchos casos, y que en otros, tras el interés del hijo, se disimulan algunos menos claros, o uno mal entendido (demasiado subjetivo). Por otro lado, en la determinación efectiva de tal interés (tan difícil siempre, y más aquí), o en cómo le afecta, ¿consultan, acaso, al hijo el reconocedor, o la madre antes de dar su formal consentimiento, como tiene establecido nuestro ordenamiento y exige la jurisprudencia⁴⁵, y es necesario hacer en la adopción (sea para que el mayor de doce años dé su consentimiento personal, o sea oído por el juez que ha de aprobarla)?. Evidentemente, no; y algo tendrá que decir el hijo a quien le van a dar un padre (que, además, no lo es en realidad).

Ítem más: ¿en qué consiste el interés del hijo en estos casos (reconocimiento, por un lado, y consentimiento complementario)?; ¿es el representante legal del hijo la persona más adecuada para erigirse en intérprete del interés de éste a tal efecto, cuando casi siempre entrará en conflicto el del hijo con el de la madre (siquiera sea en el aspecto afectivo, tan importante aquí)?; ¿no sería más oportuno que juzgara sobre ese interés en este caso concreto una

⁴⁵ «El derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses –dice la STC 71/2004, recogiendo doctrina constitucional anterior– integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de forma constante (la última, en la STC 178/2003, FJ. 3.º, recordando pronunciamientos anteriores del mismo orden), derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el artículo 9 de la L.O. 1/1996 [...]». Por otro lado, el Tribunal Supremo en no pocas sentencias ha dicho que el interés del hijo consiste en la determinación de su verdadera filiación (cfr., entre otras, las de 5 de junio de 1997 y 2 de noviembre de 2002), o en conocer su propio origen (S. 21 de septiembre de 1999 y las allí citadas), o en garantizarle la protección que le corresponde y como medio de que quienes lo han traído al mundo cumplan los deberes que la paternidad o maternidad les impone (STC 7/1994, de 17 de enero).

persona u órgano que pueda ser objetivo y valorarlo con más asepsia e independencia?

No es éste el lugar ni momento oportuno para detenerme en tan compleja cuestión⁴⁶, porque no me interesa ahora ese problema concreto, aunque general de la filiación, cuanto el dejar de manifiesto cómo en los reconocimientos de complacencia pasa casi siempre a segundo término el interés efectivo más relevante y necesitado de protección, por uno u otro motivo, con grave infracción de ese principio general de derecho en materia de familia que es el del *favor filii* o el del *interés del menor*. Esto es realmente grave, y poco acorde, además, con la filosofía que informa la institución y un mínimo de sensibilidad y justicia (exigibles a la hora de su determinación voluntaria: queden los desacuerdos inevitables para otros casos).

IV. IMPUGNACIÓN DE LOS RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA

1. PROCEDENCIA DE ESTA IMPUGNACIÓN. ¿ESTÁ LEGITIMADO EL RECONOCEDOR?

Lo planteo así, de entrada, porque se ha cuestionado –doctrina, jurisprudencia⁴⁷– la procedencia de la impugnación de estos reconocimientos cuando el impugnante sea el propio reconocedor (mayoría de los supuestos): *a*) para unos, porque en tal caso

⁴⁶ Véase mi opinión a ese respecto en mi libro *El interés del menor*, Madrid (Dykinson), 2000, *passim*, y pp. 175 ss.

⁴⁷ Discutida esta cuestión en la doctrina italiana, véase STELLA RICHTER y SGROI, *Delle persone e della famiglia*, Turín (Utet), 1967 (2.ª ed.), pp. 175 ss.; y MAJELLO, *op. cit.*, pp. 135 y 140. Cfr., en la nuestra, QUICIOS MOLINA y GARCÍA VICENTE, obras y lugares mencionados. En cuanto a los tribunales, cabe citar, a título de ejemplo, la SAP de Palma de Mallorca (Secc. 5.ª) de 28 de enero de 2000 (que dio lugar en casación a la del TS de 12 de julio de 2004), que, al estimar el recurso de apelación, razonaba: «lo que no acepta la Sala es que, so pretexto de que coincide la verdad material con la formal, pueda el Sr. B. cuando le convenga (no por haber concurrido error en las circunstancias del reconocimiento que, como se ha dicho, fue de complacencia) desdecirse de lo que de forma solemne y libre manifestó en su día ante el Encargado del Registro civil, obligándose a las consecuencias de comportarse como padre de la reconocida aceptando ser tenido como tal aun sabiendo que biológicamente no lo era. En definitiva, dada la importancia extrema que cuestiones como la presente poseen, resulta evidente que, formulado el reconocimiento con todas las garantías, no puede quien así quiso expresarse, retractarse después caprichosamente o al menos sin justificación del aparente motivo que invoca, queriendo revocar su declaración».

podría significar que es o comporta una especie de revocación del reconocimiento (en la práctica no difiere demasiado), por lo que no cabría esta impugnación *ex voluntate*, y sí sólo la de por vicios del consentimiento; *b)* por otro lado, porque parece que la impugnación por el reconocedor supone ir éste contra sus propios actos (antes reconoció; ahora pretende lo contrario, desdiciéndose); lo que obliga a preguntarse si es aplicable a este caso la conocida doctrina de los actos propios.

1.1 Impugnación versus revocación del reconocimiento

No obstante su proximidad práctica, jurídicamente no puede confundirse la impugnación del reconocimiento (de cualquier clase) con la revocación de éste. La primera está abierta a toda clase de causa y acción, para todo legitimado legalmente; la revocación del reconocimiento está directamente prohibida (cfr. art. 741 CC y numerosa jurisprudencia: a título de ejemplo, STS de 20 de enero de 1967 y R. 27 de enero de 1970)⁴⁸. La revocación es un *actus contrarius*; acto unilateral que pretende dejar sin efecto otro anterior, y sólo posible respecto de un acto válido, y en los casos en que la ley lo permite⁴⁹. La impugnación del reconocimiento, sea directa, atacando ese título de determinación, sea indirecta, impugnando la filiación de él resultante, no es sino el ejercicio de un acto lícito (art. 24.1 CE) que pretende dejar sin efecto el reconocimiento por un defecto propio (nulidad absoluta, especie de anulabilidad por vicios), en un caso, o la relación de filiación por no ser veraz, lo que indirectamente comporta la ineficacia de aquél. No hay, pues, en la impugnación del reconocimiento de complacencia revocación del mismo –conceptualmente diferente y legalmente prohibi-

⁴⁸ Así vio esta cuestión la STS de 14 de julio de 2004: «Y es que, al fin y a la postre, lo que late en la demanda, y tal vez de ahí su confusionismo, es un intento de revocar el reconocimiento y en definitiva de disponer así del estado civil, lo cual, además de no estar permitido por la ley como se desprende del artículo 741 CC, es rotundamente rechazado por esta Sala en su S. de 26 de marzo de 2001, mereciendo citarse igualmente la de 26 de noviembre de 2001 en cuanto calificó de matrimonial la filiación determinada por reconocimiento otorgado el mismo día del matrimonio de la madre, ...».

⁴⁹ Véase CICU, *La filiazione*, Turín (Utet), 1951, pp. 167-168; STELLA RICHER-SGROI, *op. cit.*, pp. 175-176; MAJELLO, obra *cit.*, p. 140. Cfr., sin embargo, SAP Palma de Mallorca de 28 de enero de 2000 (citada en notas 35 y 44), y SAP Teruel de 3 de abril de 2003, que, ejercitada –según dice– acción de impugnación del reconocimiento (de complacencia), y constatada la no paternidad, tras argumentar acerca de la irrevocabilidad de ese acto (con cita de jurisprudencia en su apoyo, la desestimó por no concurrir vicio alguno del consentimiento («si perdería el reconocimiento realizado su fuerza legal si se acreditara que se ha incurrido en vicio de la voluntad [...], pero nunca por el solo hecho de no ser A. hija biológica del actor, pues esta circunstancia ya era conocida por él cuando efectuó el reconocimiento»)).

da—, sino impugnación del título o de la filiación, legítima siempre que se acomode a los presupuestos legales⁵⁰.

En consecuencia, no cabe encontrar, por ese camino y causa, inconveniente a la viabilidad de la acción ni a la legitimación del reconecedor para impugnar el reconocimiento que me ocupa.

1.2 Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios

Tampoco ha lugar a aplicar a este caso la doctrina de los actos propios. La STS de 28 de noviembre de 1992 dijo a este respecto que «[...] es de resaltar que las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, son cuestiones de orden público y quedan sustraídas, en principio, a la autonomía de la voluntad (art. 1814 CC), que sólo puede desplegar su eficacia dentro de los límites excepcionales que en cada caso marca la ley, por lo que carecen de trascendencia a los efectos ahora contemplados todas las declaraciones de la madre en aquellos procesos sobre la filiación de su hija». Antes de esa sentencia otras se habían ocupado de la (no) aplicación de la doctrina de los actos propios a la filiación. La STS de 20 de enero de 1967, relativa a un reconocimiento de complacencia, impugnado (que la Audiencia había declarado nulo de pleno derecho), tras otras consideraciones de interés sobre ese reconocimiento y sus requisitos objetivos —«no puede ser reconocido ni el no natural ni el no hijo, y si se hace sería nulo por ir contra lo dispuesto en la ley»—, añadió: «es indudable que el reconocimiento impugnado es *contra legem*, y como el reconecedor puede atacarlo, al estar legitimado para ello por el artículo 138 citado, dado el perjuicio moral y material que tal negocio jurídico puede causarle, sin que por ello rija el principio de los actos propios [...]»⁵¹.

Hay otra razón de más peso para concluir la inaplicación a la filiación de esa doctrina: la exigencia, para que pueda ser aplicada, de que haya habido una «conducta vinculante» con una determinada relevancia jurídica⁵². En efecto: tiene dicho la jurisprudencia de

⁵⁰ Otra cosa puede inferirse de la STS de 14 de julio de 2004 en un desafortunado pasaje (por la redacción y por el fondo que se adivina) de su FJ. 2.º Menos mal que es un claro *obiter dictum* que no guarda relación con la *ratio decidendi*.

⁵¹ Y antes de ésta, la STS de 27 de mayo de 1919 se había ocupado también de esta cuestión. Sobre mi posición en esta materia, cfr. mi coment. STS de 28 de noviembre de 1992 en *CCJC*, núm. 30 (sept.-dic. 1992), pp. 1069-1070.

⁵² La STS de 25 de octubre de 2000 dijo a este respecto que «la regla *neminem licet adversus sua facta venire* tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce; han de ser, por ende, los actos vinculantes, causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos sino revestidos de solemnidad».

forma reiterada –aunque a veces con expresión deficiente– que los actos realizados por una persona constituyan una conducta vinculante que tenga repercusión en una relación jurídica de forma jurídicamente eficaz, de manera que «no puede hablarse de contradicción de actos propios cuando los primeramente realizados no son jurídicamente eficaces» (STS de 21 junio 1945; cfr. también las de 21 de enero de 1922 y 14 de diciembre de 1956).

En función de esa exigencia y doctrina, quedan excluidos de dicha consideración (de «conducta vinculante») los supuestos en que los actos no tienen relevancia jurídica o son ineficaces, bien porque atañen a bienes y derechos indisponibles –como es el estado civil y la filiación–, en cuyo caso la conducta inicial tampoco puede quedar autovinculada, ni frente a terceros, en los que no puede crear aquel acto una razonable confianza en razón de esa indisponibilidad del objeto. En esa línea parece estar la STS de 20 de julio de 1981: «la exigencia de atenerse a las consecuencias de los actos propios es tanto más insoslayable cuanto el contenido de tales actos esté en la disponibilidad de quien así se manifiesta»; idea que comparte la S. de 28 de noviembre de 1992 antes citada⁵³.

Por tanto, siendo inaplicable en este ámbito el principio que prohíbe ir contra los actos propios, nada impide por ese lado (tampoco) que el reconocedor (o el progenitor que lo consiente *ex art.* 124 CC) pueda impugnar su propio reconocimiento (de complacencia).

2. RELACIÓN DE SU IMPUGNACIÓN CON LA NATURALEZA DEL RECONOCIMIENTO Y DE LA FILIACIÓN

2.1 Planteamiento. Distinciones

Como estamos hablando de nulidad y de impugnación del reconocimiento de complacencia, y paralelamente de impugnación de

⁵³ La SAP Zaragoza (Secc. 2.ª) de 14 de julio de 2003 aborda, como una de las «posiciones (que) han sido tenidas en cuenta por la doctrina y por la jurisprudencia», la de la doctrina de los actos propios, e invocando la STS de 25 de octubre de 2000, dice que el reconocedor «no podría desvincularse de su declaración, ya que fue consciente de su emisión, y el retractarse podría perjudicar los derechos de terceros. En los supuestos de filiación, ya lo peor, se vulneran los derechos del hijo a ser alimentado por quien ha dicho libre y conscientemente que es su progenitor, además si acaso esto es objetivamente un bien, a perder el status familia que hasta entonces tenía. Todavía, en este punto, cabría alegar que la materia de filiación, sea ésta considerada o no como un estado civil, es en todo caso indisponible, y por ello, no es posible ni la revocación ni la impugnación del reconocimiento de complacencia (vgr. SAP Baleares, Secc. 5.ª, 28 de enero de 2000)». Huelga casi diga que estoy en absoluto desacuerdo con esta última afirmación (no impugnación del reconocimiento de complacencia).

filiación, hay que distinguir claramente –porque la cuestión es importante y sutil– la *impugnación del reconocimiento*, sea por vicios del consentimiento o por nulidad absoluta (acción declarativa negativa), de la *acción de impugnación de filiación* en sentido estricto, en que se discute y hay que probar la inexistencia de relación biológica (paternidad o maternidad de esa clase) –por la misma razón que no se confunden título de determinación y relación jurídica determinada, causa y efecto–⁵⁴. (Sobre sus analogías y diferencias, autonomía y compatibilidad, habré de volver más adelante).

He aquí algunas notas de esa distinción de tales acciones tanto en general como en cuanto referidas al reconocimiento⁵⁵:

a) La primera es una acción meramente declarativa (de la invalidez del acto, para remover su apariencia y eficacia provisional), que afecta al título y no discute procesalmente acerca de la filiación real –lo que no impide que declarado nulo el título decaiga la filiación por él determinada, por la relación de causa a efecto apuntada–. Tanto la clase de acción como su régimen jurídico (sobre todo, en cuanto al objeto) y efectos, son distintos de los de la acción de impugnación de filiación. Por lo que se refiere a efectos, la declaración de nulidad del título comporta su desaparición del mundo jurídico, y deja imprejuizada (directamente) la filiación, que no ha sido (y mientras no lo haya sido) objeto del proceso: esa filiación puede ser determinada por otro medio o forma, judicial o extrajudicial, ya que no es procesalmente «cosa juzgada» –en general: digo esto porque en la impugnación del reconocimiento de complacencia puede abordarse la inexistencia de relación biológica, en cuyo caso entra en juego el artículo 222.1 LEC–.

⁵⁴ Quedan completamente aparte, y no pueden confundirse con ellas, las cancelaciones o rectificaciones judiciales (arts. 114 CC y 92 ss. LRC) de las inscripciones de filiación en el Registro civil. La sola mención en lo que aquí concierne y junto a las acciones de impugnación y de nulidad del reconocimiento, como se ha hecho en algún caso, me parece grave e incomprensible error.

⁵⁵ Me detengo en este punto porque, no obstante las particularidades de la invalidez del reconocimiento (respecto de los negocios jurídicos patrimoniales), no basta remitirla a la mera «impugnación» como categoría nueva y totalmente distinta de las generales y de los esquemas y razonamientos propios de ese ámbito. El artículo 141 CC menciona la «impugnación» por vicios –como se habla de la impugnación de un testamento–, sin que ello lo sitúe fuera del ámbito de la invalidez (cfr. art. 110 CF). Tampoco es lícito extrapolar al terreno de la validez o invalidez del reconocimiento, acto jurídico, las especificidades de la filiación (su sanación por la caducidad de la acción de impugnación, el que la falta de relación biológica no impida la presunción de paternidad o la caducidad de las acciones que la protegen, etc.). Son evidentes las particularidades de la invalidez y la ineficacia del reconocimiento, *ma non troppo*, porque siguen vigentes y le alcanzan, sustancialmente (lo contrario es excepcional), las reglas de la validez o no de los actos jurídicos, en tanto que declaración de voluntad, aunque sea también con alguna especificidad, obviamente.

b) La segunda es una acción de impugnación *stricto sensu*, de la relación jurídica de filiación, en la que se debate precisamente si existe o no la paternidad (maternidad) que formalmente se atribuye a una persona; el objeto de la pretensión actuada y de prueba es esa filiación, justamente la filiación como relación jurídica. El ser acción diferente de la anterior determina que su respectivo régimen jurídico (legitimación, objeto, caducidad) sea distinto. Sus efectos lo son también: la cosa juzgada afecta directamente a la filiación; de ahí que no pueda ser discutida con el mismo alcance (negativo) en un nuevo proceso *ad hoc* (art. 764.2 LEC).

Esas diferencias son (inicial y teóricamente) bien conocidas en la jurisprudencia, aun no siempre tenidas en cuenta. Como ejemplos notorios de la distinción, la STS de 5 de julio de 2004 lo dice con claridad casi pedagógica⁵⁶; la S de 4 de junio de 2004 distingue la acción ejercitada, de impugnación de filiación, y no del reconocimiento (en que se centraba el recurso de casación); y la S de 23 de diciembre de 1987 declaró bien denegada la práctica de la prueba biológica en un caso en que la acción ejercitada era la de nulidad del reconocimiento por vicios del consentimiento (intimidación) y basándose en que no se debatía sobre la paternidad real.

Viniendo ya a lo que aquí interesa, y en cuanto al reconocimiento de complacencia, se trata sólo de la primera de las dos acciones comentadas; y más en concreto, la *acción de nulidad del reconocimiento* –por invalidez del acto, para remover su apariencia de validez y posible eficacia (de que goza, por su inscripción en el Registro civil), que no la impugnación de éste por vicios (la del art. 141 CC)⁵⁷. En ella centro mi atención a partir de ahora.

Que es posible una genérica acción de nulidad de pleno derecho del reconocimiento en nuestro sistema jurídico, me parece evidente (cfr. arts. 24.1 CE y 5.1 LEC): no sólo en el caso que nos preocupa, sino en otros, que nadie discute⁵⁸.

⁵⁶ Dice esa sentencia: «Según dispone el artículo 138 CC, tratándose de una filiación matrimonial [...] cabe una impugnación del título de determinación, por la existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad, mediante la llamada acción declarativa negativa que regulan los artículos 138 y 141, y una impugnación por causas distintas, entre ellas la inexistencia de una realidad biológica (mediante una acción de impugnación en sentido estricto) [...]».

⁵⁷ Sobre tales diferencias, véase la STS de 4 de junio de 2004 y jurisprudencia que cita (FJ 3.º).

⁵⁸ En términos generales, cabe pensar en los siguientes casos y causas de nulidad del reconocimiento como acto jurídico: a) Defecto de forma esencial del reconocimiento (el reconocimiento es un acto formal). b) Nulidad por defecto esencial del instrumento público (o privado) en que se reconozca –SANCHO REBULLIDA cita la falta de autografía en el testamento ológrafo o actuación de notario incompetente–; esta nulidad arrastra en algunos casos (quizá no siempre) la del reconocimiento, y es distinta de la del supuesto anterior. c) Defecto de capacidad del reconecedor: comprende tanto el caso del reconecedor

Frente a la posición de quienes sostienen que en el reconocimiento de complacencia la única posibilidad impugnatoria es la de la acción de impugnación de la filiación *stricto sensu*, por la remisión que hace el artículo 138.2.º CC⁵⁹, me permito reiterar cuanto dije (apart. III.2.3) sobre la nulidad del reconocimiento, en general: no basta la no tipificación de la nulidad del reconocimiento no veraz, ni esa remisión –que no queda vacía de contenido si no comprende nuestro caso, pues caben otros–, porque tampoco están tipificadas otras acciones de nulidad del reconocimiento (por falta total de consentimiento, defecto de forma o de capacidad legal), y sin embargo son posibles tales nulidades y la oportuna acción declarativa.

Pienso que no ha lugar aquí a una lectura literal de la ley en cuanto omite sin excluir expresamente, ni prescindir del juego razonable de principios y reglas generales aplicables a los actos jurídicos. Las especificidades del reconocimiento y de la filiación que él determina no son tan absolutas que permitan dejar de razonar jurídicamente. ¿Quién remitiría a la acción de impugnación de paternidad el caso y nulidad absoluta de un reconocimiento con grave defecto de forma o realizado por un subnormal profundo (quizá, incluso, verdadero progenitor), e inscrito en el Registro? El principio de especialidad y el de no redundancia –en mi opinión– no son tan rígidos como se pretende⁶⁰ ni se oponen a la acción de nulidad de actos jurídicos perfectamente insostenibles en pura juricidad (aun no prevista legalmente): aquellos principios tienen otros ámbitos y manifestaciones, bien particulares en cuanto al régimen de las acciones de impugnación *stricto sensu* (que no cierran el paso, por cierto, a la nulidad *ex art.* 141 CC)⁶¹.

El problema práctico en nuestro caso es que así como la de impugnación por vicios sí está tipificada en el artículo 141, la de nulidad absoluta del reconocimiento no lo está en el CC (sí, en cambio, en otros: no es, pues, cosa tan estrambótica), lo que obliga

que no tiene la capacidad que exige el artículo 121 CC como aquél en que no recae la aprobación judicial que cita el art. 121 CC –pienso que en este tipo y causa de nulidad debe incluirse no sólo el caso del reconocedor mencionado en ese precepto sino aquél en que se trate de un incapaz natural (edad mental menor de dicha edad cronológica) no incapacitado–. *d)* Ausencia total de consentimiento en el reconocedor, por carecer en absoluto de discernimiento, o que actúe bajo una *vis física* que anule totalmente su voluntad. *e)* La simulación absoluta: el consentimiento es de persona capaz y no viciado, pero el reconocedor no quiere lo que dice.

⁵⁹ Es la posición de QUICIOS MOLINA y GARCÍA VICENTE, en las obras y lugares citados.

⁶⁰ Cfr. GARCÍA VICENTE, coment. S 26 de noviembre de 2001, *loc. cit.*, p. 591.

⁶¹ Otra cosa es que no satisfagan a algunos, desde su personal perspectiva, ciertas consecuencias del régimen de la nulidad absoluta; mas eso, aun discutible, es culpa de una deficiencia legislativa que debe corregir, en su caso, el propio legislador.

a veces, por un inevitable pragmatismo procesal, a los impugnantes de nulidad a recurrir, para hacer decaer la filiación determinada por reconocimiento, a la más segura y sí tipificada acción de impugnación de la filiación *stricto sensu*, a falta de medio y norma más idónea⁶². Mas ésa no es una correcta solución en Derecho constituido, si se pretende como solución y acción única; y tal confusión práctica –que deriva de paralela confusión entre reconocimiento inexacto y reconocimiento nulo (sea por vicios, sea el de complacencia)– determina muy graves consecuencias (en materia de legitimación y de plazo de ejercicio de la acción, únicos extremos regulados), que creo que pueden y deben ser superadas.

Con la preocupación expresada, ¿es posible encontrar un medio o acción que permita, en el marco del CC, reclamar la declaración de nulidad del reconocimiento de complacencia?

Me ocupo de su viabilidad y régimen más adelante (IV.4-5). Veamos mientras tanto ciertas cuestiones previas (seguidamente), y su tratamiento jurisprudencial reciente a partir de la mencionada situación legal (siguiente apart. 3).

2.2 Impugnación según que la filiación determinada por el reconocimiento sea matrimonial o no matrimonial

Es conocido y tengo anticipado que el reconocimiento puede determinar tanto filiación no matrimonial (caso general) como la matrimonial: ésta en el caso de que el reconocimiento vaya precedido o seguido de matrimonio de los que figuren como padre y madre; es el caso de los artículos 117, 118 y 119 CC, sobre todo de este último. Así lo constatan y entienden también varias de las sentencias que he de comentar.

En nuestro ordenamiento hay un régimen distinto de impugnación de la paternidad (no para la maternidad: cfr. arts. 139 CC y 112 CFcat.) según se trate de filiación matrimonial o no matrimonial. Creo innecesario detenerme en este punto; baste remitir a los artículos 136 y 137, y 138 y 140 CC. La cuestión es si hay que

⁶² El hecho de que en el CC haya habido que recurrir a la impugnación de la filiación según el artículo 136 o el 138 o el 140, a falta de norma específica para la nulidad de pleno derecho, permite comprender las dificultades práctico-procesales y que resulte más o menos justificado el trato diferente que aparece en muchas sentencias (que no me convence). Pero creo que ello es por culpa de nuestra deficiente legalidad, y no porque deba ser así. Es más: pienso que ésa es una de las razones para tratar de encontrar un mecanismo jurídico que permita impugnar el reconocimiento de complacencia de forma y con acción autónoma, basada en defecto estructural del mismo y con alcance idéntico para todo reconocimiento de esa clase, sin distinción según la filiación que haya determinado.

hacer idéntica distinción cuando se trata de impugnación del reconocimiento de complacencia.

Pienso que no ha lugar cuando se trata de su nulidad, porque el reconocimiento (causa determinante) es idéntico en ambos casos como acto jurídico, que es lo que se impugna (no la filiación, directamente). Es contrario a toda lógica someter a distinto régimen de impugnación un mismo reconocimiento según determine una filiación u otra (y esto por algo ajeno a él), ya que en este caso se trata de impugnación del título o acto jurídico (acción declarativa negativa), no de impugnación de la filiación *stricto sensu*; y se impugna por problemas de su estructura como acto, no por problemas (relación biológica) de la filiación. Sirva en apoyo de esta tesis el que ya en la acción de nulidad del reconocimiento por vicios no se distingue: si determina filiación matrimonial, el artículo 138 CC remite al 141, con lo que es idéntico el régimen de su impugnación sea la filiación determinada matrimonial o no matrimonial. Por tanto, tampoco procederá distinguir cuando se trate de nulidad absoluta del reconocimiento por defecto de veracidad.

2.3 Impugnación por vicios del consentimiento

Otra cuestión debe quedar clara –aunque a estas alturas parezca obvia– antes de pasar adelante: la impugnación del reconocimiento de complacencia nunca puede basarse en el error a que alude el artículo 141 CC, pues por hipótesis no se trata de esto, ya que el reconocedor sabe desde el primer momento que el reconocido no es hijo biológico suyo, no hay error (el vicio más invocado). Sólo en el caso de que haya vicio distinto (dolo, violencia o intimidación, por ejemplo), podría ejercitarse esa acción *ex* artículo 141; mas en ese caso no estaríamos ya ante un reconocimiento de complacencia, sino ante un reconocimiento normal arrancado mediante engaño, o amenaza más o menos grave. Pero eso, insisto, no es reconocimiento de complacencia.

3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RECAÍDA SOBRE IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTOS DE COMPLACENCIA

3.1 Apreciación general

La jurisprudencia relativa a impugnación de los reconocimientos de complacencia ha sido un tanto errática cuando la filiación deter-

minada deviene matrimonial (art. 119 CC), tanto en lo que concierne a normas aplicables como a caducidad de la acción ejercitada y *ratio decidendi*; más lineal y coherente se ha mostrado cuando aquella filiación era no matrimonial, como veremos enseguida⁶³.

Pero, por lo que aquí concierne –nulidad del reconocimiento de complacencia–, lo más sorprendente y grave es que, siendo perfectamente conocida la distinción entre acción (declarativa) de nulidad del título de determinación y acción de impugnación de filiación, en no pocos casos no ha habido una coherencia mínima en la argumentación y en las normas aplicadas, y unas veces aplica las reglas de la impugnación de paternidad (el art. 140 CC, sobre todo) a pretensiones de nulidad del reconocimiento⁶⁴, y otras declara la nulidad del reconocimiento tras el ejercicio de la impugnación de paternidad⁶⁵; en ocasiones se confunde una y otra, mencionadas conjunta o alternativamente⁶⁶, o declara la inexistencia de la paternidad impugnada y, como consecuencia, la nulidad del reconocimiento⁶⁷.

Como se infiere de las sentencias estudiadas, problemas y dudas semejantes a los de los tribunales tuvieron los abogados que instaron la impugnación y en el razonamiento de sus motivos de casación, pues las acciones ejercitadas son varias: unas veces, la meramente declarativa de nulidad del reconocimiento por vicios *ex* artículo 141 CC, y otras la de nulidad por inexistencia de verdadera

⁶³ El presente estudio de esa jurisprudencia no pretende ser exhaustivo (imposible aquí y ahora), sino de un grupo de sentencias recientes –motivo próximo de este trabajo–, representativas de aquella e indicativas de los problemas, dudas y argumentos que maneja nuestro más Alto Tribunal al encarar en los últimos años las numerosas impugnaciones de reconocimientos de complacencia; suficientes esas sentencias para las reflexiones y comentario que sigue.

⁶⁴ Así, en la STS de 27 de mayo de 2004, en que ejercitada una acción de impugnación de paternidad extramatrimonial y solicitado que «se declare la nulidad del reconocimiento», tras justificar la aplicación del artículo 140 CC, declara «la nulidad del reconocimiento realizado de la paternidad biológica del menor C. R.»; la STS 669/2004, de 12 de julio, en que solicitado por la parte actora que «se decrete la nulidad del reconocimiento realizado por...», y argumentada la aplicación del artículo 140, cuyos requisitos decía que cumplía el actor, acaba justificando el éxito de la demanda en el principio de la verdad biológica y el artículo 39 CE; también la STS de 31 de octubre de 1997, y la SAP de Alicante (Secc. 6.ª) de 30 de enero de 2004 (que aplica el art. 140 a una nulidad del reconocimiento de complacencia).

⁶⁵ Cfr. STS de 28 de marzo de 1994 (acción de impugnación de paternidad, y declara la nulidad del reconocimiento); SAP de Asturias de 20 de septiembre de 1994 (idénticos términos) y SAP de Pontevedra de 25 de marzo de 1998 (que dio lugar en casación a la del TS de 4 de junio de 2004).

⁶⁶ Así ocurre en las SS AP de Zaragoza 14 de julio de 2003 (impugnación de paternidad en caso de reconocimiento de complacencia, que considera anulable sólo por vicio del consentimiento), AP de Barcelona (Secc. 12) de 29 de septiembre de 1996, y AP de Alicante (Secc. 6.ª) de 30 de enero de 2004, en que se confunde todo en materia de reconocimiento.

⁶⁷ Cfr. SS TSJCat. de 16 de diciembre de 1997 y de 29 de junio de 1998, y AP de Barcelona (Secc. 14) de 8 de abril de 2003.

filiación, y aun otras la acción de impugnación de paternidad *stricto sensu*; en ocasiones se impugnaba como filiación devenida matrimonial, a veces como filiación no matrimonial (*ex art. 120.1.º*). Casos hay también en que la parquedad de los «antecedentes de hecho» de la sentencia de casación apenas permiten saber la acción efectivamente ejercitada –y sentencias que dicen «trátese de la acción X o Y», o que la pretensión ejercitada ha caducado, «ya sea por el mecanismo establecido en el artículo 141 CC o por el determinado en el 136» (STS 811/2004, de 12 julio).

Pienso que en algunos casos no es ajeno a tales errores de planteamiento (en las demandas y en los recursos de casación) y en las sentencias del TS y de tribunales inferiores la confusión entre reconocimiento meramente inexacto, para el que sólo procede la vía de la impugnación de filiación, y el reconocimiento de complacencia, respecto del que cabe hablar de nulidad y de acción de esta clase. La situación normativa en nuestro CC ha complicado aun más el panorama.

En todo caso, la jurisprudencia que comento distingue perfectamente la impugnación del reconocimiento de complacencia de la impugnación del mismo por vicios de la voluntad (casi siempre, por error); y tiene dicho en numerosos casos que no es aplicable a aquél el artículo 141 CC, que queda reservado a este último, determine filiación matrimonial o no matrimonial⁶⁸. No hay la misma claridad de ideas en algunas jurisdicciones inferiores.

3.2 Reconocimientos que determinan filiación matrimonial

A) Normas aplicables

Se aprecia en este punto –como ya tengo anticipado– cierta contradicción entre sentencias muy próximas entre sí en el tiempo, por aplicarse unas veces el régimen de impugnación de la filiación matrimonial y otras el de la no matrimonial. Aunque la razón fundamental de ello es conocida –la falta de una acción de nulidad que guíe al demandante obliga a buscar caminos indirectos en el planteamiento de la impugnación y en la motivación de los recursos de casación, que condiciona a su vez la argumentación y la *ratio decidendi* de las sentencias del Supremo– sería deseable una mayor coherencia entre las de la misma Sala, distantes entre sí algunas apenas unos días.

Hay, así, notables contradicciones entre sentencias sobre hechos y pretensiones idénticas y con sólo dos días de diferencia, como

⁶⁸ Cfr. SSTS de 28 de marzo de 1994, 31 de octubre de 1997, 26 de noviembre de 2001, 27 de mayo de 2004 y 4 de junio de 2004.

son las 811/2004, de 12 de julio, y la de 14 de julio de 2004 (la primera declaró nulo el reconocimiento, la segunda válido). También declararon nulo el reconocimiento de complacencia las SSTs de 28 de marzo de 1994 y 31 de octubre de 1997 (nulidad en ambas, precisamente por inexactitud), y la de 27 de mayo de 2004 (idéntico razonamiento). Adoptaron, en cambio, posición contraria, sin razón suficiente, las de 27 de octubre de 1993 y 26 de marzo de 2001, con argumentación varia.

Puede verse, por otro lado, que hay sentencias (las más) que cuando el reconocimiento de complacencia del hijo antematrimonial va precedido o seguido de matrimonio y, por esa razón, deviene matrimonial, opta el Tribunal Supremo por la calificación en este sentido de la filiación (art. 119) y a efectos de la impugnación aplica los artículos 136 ó 138, directa o indirectamente: S de 14 de julio de 2004 –muy confusa en su argumentación, pero acaba «enunciando la cuestión» en el artículo 138 CC–, la núm. 811/2004, de 12 de julio (muy parca en su razonamiento)⁶⁹, la de 5 de julio de 2004⁷⁰; en otras ocasiones dice que no es aplicable el artículo 140 CC (Ss. de 26 de noviembre de 2001 y de 28 de noviembre de 2002)⁷¹. Véase, en jurisdicciones inferiores, las SSAAPP de Alicante (Secc. 6.ª) de 31 de diciembre de 2002 y AP de Barcelona (Secc. 18) de 16 de marzo de 2002 y de Barcelona (Secc. 14) de 8 de abril de 2003.

Hay sentencias, en cambio, que basándose en que la determinación de la filiación es por medio del reconocimiento de hijo no matrimonial (en el momento de realizarlo), aplican el artículo 140 CC, con una u otra argumentación: así, las SS de 27 de mayo de 2004⁷²

⁶⁹ «En el presente caso –dice esta sentencia– la situación del hijo en cuestión ha devenido en matrimonial, por ello la parte actora y ahora recurrente tenía que haber ejercitado la acción de impugnación de reconocimiento del artículo 119 CC, y no la de reconocimiento de complacencia del artículo 120.1 de dicho cuerpo legal. Por tanto, en uno como en otro caso, la pretensión de la parte recurrente ha caducado, ya sea por el mecanismo establecido en el artículo 141 CC, o por el determinado en el artículo 136.»

⁷⁰ En esta sentencia (cfr. nota 56), ejercitada acción en que se suplicaba que se declarase que el niño E. no era hijo biológico de don J. y la nulidad del reconocimiento (de complacencia) prestado por éste, se aplicó el artículo 136 CC para desestimar la demanda.

⁷¹ La S de 26 de noviembre de 2001 dice, por lo que aquí concierne: «Desde esta perspectiva el recurrente no puede apoyarse en el artículo 140 CC para fundar su pretensión, dado que la filiación tiene el carácter de matrimonial, mientras que las hipótesis prevenidas por el expresado precepto son las referidas a filiación no matrimonial. Por ello, ha de desestimarse la demanda, al conocer de la misma. Ni el actor está legitimado, ni concurren objetivamente los presupuestos fácticos para que prospere la acción». Razonamiento parecido en la S de 28 de noviembre de 2002.

⁷² Esta sentencia se refiere a un reconocimiento de complacencia con matrimonio; la parte actora ejercitó acción de impugnación de paternidad no matrimonial y suplicaba «se declare la nulidad del reconocimiento realizado por el actor». Entre otros pronunciamientos, dice: «Partiendo de que sea aplicable al caso de autos el referido artículo 140 y no el 141, como se razonará, y, desde el punto de vista teórico, el plazo de los cuatro años que

y la 669/2004, de 12 de julio⁷³. Cfr. también S AP de Zaragoza (Secc. 4.ª) de 13 de enero de 2003.

La norma aplicada en cada caso de los indicados va a determinar el régimen de la impugnación (legitimación, caducidad, razonamiento). Veamos algo de esto.

B) *Legitimación activa para impugnar*

Esta cuestión no ha creado muchos problemas. Casi siempre acciona el reconecedor, y las SS de 28 de marzo de 1994 y de 27 de mayo de 2004 concedieron legitimación al padre sin que hubiera posesión de estado de tal, al amparo del artículo 140 CC. La misma norma pudo justificar la legitimación para impugnar de otro padre, de quien no aparecía con claridad si había posesión de estado, en la STS 669/2004, de 12 julio, en que se ejercitó acción de nulidad de reconocimiento (claramente de complacencia).

En el caso de la S de 28 de noviembre de 2002 accionaba una hija del reconecedor, hermana del hijo reconocido, ejercitando una acción de nulidad radical del reconocimiento por simulación absoluta, y otra de impugnación de filiación; la sentencia, en flagrante confusión entre acción de impugnación y de nulidad del reconocimiento, le denegó legitimación argumentando que era un supuesto del artículo 119 CC, y aplicable el artículo 136, y no el 140 (único que podía justificarla, y no el primero, más restrictivo). No me parece justa ni jurídicamente correcta esa solución, que dejó incólume un reconocimiento radicalmente nulo, aplicando a esa impugnación el régimen de la matrimonial *ex* artículos 119 y 136 CC –y justificó la denegación de legitimación a la hermana en la necesidad de preservar la paz familiar (!) y la intimidad de las relaciones matrimoniales.

el mismo establece no ha transcurrido, efectuando el cómputo desde la fecha del reconocimiento de la filiación que queda dicho a la presentación de la demanda que tuvo lugar el 12 de julio de 1995, por lo que el motivo se acoge, [...]. No ha de olvidarse que el artículo 140 reconoce legitimación activa a quien aparece como progenitor y es precepto no equiparable sino distinto del 119 [...] dando a entender que se trata de padre y madre reales y que se casan con posterioridad al nacimiento del hijo o hijos habidos de una unión extramatrimonial precedente [...]. El artículo 140 ha de relacionarse con el artículo 120 que contempla una filiación no matrimonial, estableciendo los presupuestos para su determinación legal, entre ellos el reconocimiento, como aquí ha sucedido».

⁷³ La actora solicitaba la declaración de nulidad del reconocimiento (también de complacencia, y con matrimonio), y así se declaró en la sentencia de primera instancia, revocada luego en apelación. La S 669/2004 dio lugar a casación aplicando el artículo 140, cuyos requisitos cumplía –dice– el actor, «al tratarse en rigor de una impugnación de filiación extramatrimonial (y dentro del plazo de un año en cuanto a la caducidad prescrito por el art. 141 –que, aunque no aplicable, asimismo se observa– si es que el litigio versara sobre la existencia de un vicio invalidatorio en el consentimiento, lo que literalmente no es posible habilitarlo como fundamento de la pretensión), [...]».

C) *Caducidad*

También aquí hay distintas soluciones en las sentencias que he estudiado, donde la apreciación de la caducidad, siempre en el marco de acciones de impugnación de paternidad, viene condicionada por la calificación de la filiación de que parte cada sentencia y la norma que aplica.

La STS 811/2004, de 12 julio, abordó directamente la cuestión de la caducidad de la acción –su brevedad y la parquedad de datos no permite ver con claridad qué acción se había ejercitado–, pues todo parece indicar que la desestimación inicial de la demanda y del recurso de apelación fue por tal caducidad. Se trataba de un reconocimiento de complacencia con matrimonio; el recurso de casación se fundaba en la infracción del artículo 119 en relación con el 140. Esta sentencia dice: «en el presente caso la situación del hijo en cuestión ha devenido en matrimonial, por ello la parte actora tenía que haber ejercitado la acción de impugnación de reconocimiento del artículo 119 CC, y no la de reconocimiento de complacencia del artículo 120.1. Pero tanto en uno como en otro caso, la pretensión de la parte recurrente ha caducado, ya sea por el mecanismo establecido en el artículo 141 CC o por el determinado en el artículo 136 CC».

En cambio, otras sentencias han llevado la cuestión a la aplicación (o no) del artículo 140 y la argumentación ha girado acerca del plazo de cuatro años de dicho precepto. Así, la S de 27 de mayo de 2004, en que se había ejercitado una acción de nulidad del reconocimiento (de complacencia) y en proceso en que desde el primer momento se centró el debate en la caducidad de la acción (que apreciaron el Juzgado y la Audiencia) (cfr. nota 72), dice aquélla que «partiendo de que sea aplicable al caso de autos el referido artículo 140 y decididamente no el 141, como se razonará, y, desde un punto de vista teórico el plazo de cuatro años que el mismo establece no ha transcurrido, efectuando el cómputo desde la fecha del reconocimiento de la filiación a la presentación de la demanda que tuvo lugar el 12 de julio de 1995, por lo que el motivo se acoge» (FJ 1.º).

En la STS 669/2004, de 12 de julio (también por acción de nulidad de reconocimiento) no se aborda directamente la caducidad, pero de la exposición fáctica que hace se infiere que la demanda impugnatoria se interpuso casi seis años después del reconocimiento (27 de enero de 1999 y de 25 de marzo de 1993, fechas respectivas). Sin embargo, de su confusa redacción parece deducirse que el plazo que se toma en consideración es el de un año a

contar desde que el actor tuvo constancia de su no paternidad (a que aludía el motivo de casación), lo que sorprende tratándose de un caso claro de reconocimiento de complacencia –sobre cuya terminología y concepto se permite divagar con poca fortuna esa sentencia–. (La decisión final quedó vinculada a la probada no paternidad.)

No más luminosa es la S de 28 de noviembre de 2002, pues aunque califica la filiación de matrimonial *ex* artículo 119 CC y desestima la aplicación del artículo 140 (que invoca el recurrente en casación), termina su argumentación: «[...] esa acción habría caducado por el transcurso de los cuatro años que el precepto señala y la caducidad, aparte de ser aplicable de oficio, también fue alegada en la contestación a la demanda».

D) *Ratio decidendi*

En general va ceñida a la de la norma o normas aplicadas. Quiero destacar que la S de 27 de mayo de 2004, que aplicó el artículo 140 apoyándose en el reconocimiento del artículo 120 CC (no obstante el matrimonio de los padres), centró su razonamiento, para el éxito de la impugnación, en el «dato objetivo de la realidad biológica y su prevalencia o no respecto a la filiación normal», recordando seguidamente la jurisprudencia de la Sala que ha dado prioridad a la verdad biológica (con cita de la reforma de 1981 y del art. 39 CE, y sentencias varias). En términos muy semejantes, y con amplia reproducción de párrafos de la anterior, la S 669/2004, de 12 de julio (la esposa había reconocido en su confesión judicial la no paternidad del marido reconecedor, dato que no debió ser ajeno a la decisión del Tribunal).

No deja de ser sorprendente –empleo la expresión crítica más suave– que en ambas sentencias, relativas al explícito ejercicio de sendas acciones de nulidad del reconocimiento de complacencia, se lleve el razonamiento y la *ratio decidendi* última al ámbito de la prioridad que jurisprudencia anterior había dado a la verdad biológica (y demás dicho) como si se tratara de acción de impugnación de paternidad *stricto sensu*, y sin relacionar (como hubiera sido fácil y parece inevitable, amén de exigible a la Sala 1.^a del TS) el defecto de veracidad y de paternidad con la nulidad del reconocimiento (*petitum* del actor).

En un caso prácticamente igual a los anteriores, la S de 28 de marzo de 1994 –citada con poca fortuna por la de 27 de mayo de 2004, pues ésta era de impugnación de paternidad y no de reconocimiento, y referida a filiación no matrimonial– decretó la nulidad del reconocimiento por su falta de exactitud, una vez que

resultó probado que la menor reconocida no era hija biológica del recurrente reconocedor.

3.3 Reconocimiento determinante de filiación no matrimonial

Cuando el reconocimiento (de complacencia) determina filiación no matrimonial, a la hora de su impugnación el Tribunal Supremo aplica el artículo 140 CC, y no el 141 (cuya diferencia subraya): así, en la S de 4 de junio de 2004, como antes lo había hecho en las sentencias de 28 de marzo de 1994 y 31 de octubre de 1997 –todas muy semejantes en el aspecto fáctico.

La fundamentación jurídica para el éxito de la impugnación, en esas tres sentencias, se apoya en el principio de veracidad (con cita del art. 39.2 CE, art. 127 CC y jurisprudencia correspondiente). Y en cuanto al plazo de caducidad de la acción, es reconducido al del artículo 140 mencionado (cfr. SS de 28 de marzo de 1994 y de 31 de octubre de 1997). Dígase lo mismo en lo que concierne a la legitimación activa (cfr. de nuevo la STS de 28 de marzo de 1994).

3.4 Cuestiones procesales relativas a estas acciones

En este punto, un tanto marginal aquí, quiero dejar constancia únicamente, por cuanto guardan relación con lo dicho, sólo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales:

a) Además de la diferencia entre ellas (cfr. SSTS de 28 de marzo de 1994 y de 4 de junio de 2004), la jurisprudencia que comento ha puesto de manifiesto la independencia y compatibilidad de las acciones del artículo 140 (impugnación de paternidad en sentido estricto) y del artículo 141 (acción declarativa negativa): SSTS de 5 de julio de 2004 y de 26 de noviembre de 2001 (principio *pro actione*, causas de pedir distintas).

b) Si son planteadas las dos acciones (frecuente en la práctica), el tribunal debe resolver acerca de ambas, de manera que el no hacerlo así da lugar a la llamada incongruencia omisiva, que apreció la S de 5 de julio de 2004 (cfr. nota 56).

c) Los tribunales no quedan vinculados por la norma que cita o en que se apoya la parte actora en el ejercicio de su impugnación del reconocimiento, sino por los hechos fijados en la demanda y por el *petitum*⁷⁴; la aplicación de una norma distinta de la invocada

⁷⁴ Cfr. STS de 28 de marzo de 1994, y la de la S AP de Asturias de 20 de septiembre de 1994 (que cita y se apoya en la anterior): «puede declararse la nulidad en base al artícu-

no comporta modificación de la causa de pedir ni da lugar a incongruencia de la sentencia.

d) En materia de acciones de filiación no impera el principio dispositivo, sino que el juzgador debe buscar la verdad material (cfr. ahora arts. 751 y 752.1 LEC'2000), habida cuenta de que se trata de cuestión de orden público (SSTS de 5 de mayo de 1989 y de 28 de noviembre de 1992, y AP de Asturias de 20 de septiembre de 1994, entre otras).

4. HACIA UNA ACCIÓN DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA. VIABILIDAD EFECTIVA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En el CC español –sabemos– no hay prevista o regulada una acción de nulidad absoluta del reconocimiento, como la hay, en cambio, de nulidad por vicios del consentimiento en el artículo 141 del mismo. Es evidente, sin embargo, que hay casos de nulidad de pleno derecho del reconocimiento (distinta de la del art. 141), directamente contemplados unos en ese Código y de manera implícita otros.

Junto a éstos, vengo sosteniendo que también lo es el del reconocimiento de complacencia: como causa de fondo, por falta consciente del requisito objetivo de relación biológica en la declaración del reconocedor. Hay otras razones jurídico-formales para hablar de esa nulidad absoluta –a que aludí en el apart. III.3–: sea como acto *contra legem* (por entender que sólo cabe reconocer al propio hijo); sea por una especie de simulación absoluta (cuya dificultad de calificación expuse); ya por fraude de ley, que determina la aplicación de la ley defraudada (inexistencia de filiación adoptiva u otra sólo formal). Con una u otra explicación creo que hay siempre una conclusión clara: el reconocimiento de complacencia es inválido, nulo de pleno derecho⁷⁵, y lo único que precisa es de la declaración de esa invalidez, la privación de su apariencia de reconocimiento y de su provisional y claudicante eficacia. Se trata de una nulidad autónoma, la del acto jurídico (título de determinación),

lo 140, aunque no haya sido expresamente invocado, sin que ello entrañe una modificación de la causa de pedir, pues en los hechos relativos en la demanda estaba incluido el de que la demandada no era hija del actor y por tanto también la impugnación puede entenderse que se produce por esta discordancia entre la declaración de filiación y la paternidad biológica».

⁷⁵ Cfr. SSTS de 28 de marzo de 1994, de 15 de septiembre de 2003 y de 27 de mayo de 2004; también SAP de Zaragoza, Secc. 4.ª, de 13 enero de 2003. Recuérdese también las resoluciones de la DGRN citadas en su momento.

independiente de otras nulidades (por vicio del consentimiento) y de la impugnación de la filiación (relación jurídica) por inexistencia de paternidad (maternidad) biológica. La convergencia de aquella nulidad y esta impugnación por el mismo defecto o causa, su denominador común –que se da en el reconocimiento de complacencia; no, en cambio, en el meramente inexacto–, no impide la distinción jurídica y la autonomía funcional y práctica de las respectivas acciones, sobre todo cuando el Tribunal Supremo las distingue y las considera, además, compatibles y ejercitables separada o conjuntamente [cfr. SS citadas en el anterior apart. 3.3.a)]. Esa distinción y autonomía teóricas justifican la necesidad de su viabilidad práctica (y aun de su regulación separada).

Frente a valiosas opiniones contrarias⁷⁶, pienso que, aunque se discuta de lo mismo (inexistencia de relación biológica), y de que pueda ser idéntico el efecto de cosa juzgada (art. 222.1 LEC: ¿y a qué perjudica esto?), nada impide jurídicamente –y no lo veda el CC: el artículo 138 no dice eso– que pueda haber dos vías jurídicas impugnatorias, dos acciones, si las causas de pedir son distintas –del mismo modo que en otros ámbitos jurídicos se puede reclamar la restitución de una cosa o una indemnización por diferentes caminos y acciones–. No se trata de si es necesaria o no la acción de nulidad; basta que sea posible y viable, atendiendo a fines e intereses protegibles. Entre otras ventajas, la acción de nulidad puede permitir la legitimación de personas distintas de las legitimadas *ex* artículos 136-137, 139 y 140 CC, y atender a intereses legítimos (por ejemplo, los de hijos matrimoniales del reconocedor de complacencia perjudicados en sus derechos sucesorios, que no pueden impugnar la filiación). Y no sorprenda tan amplia legitimación, que ya se prevé en el artículo 140⁷⁷, y se da en los Códigos francés, italiano y portugués.

Dicho eso, ¿cómo se puede canalizar procesal, judicialmente, la declaración de nulidad del reconocimiento de complacencia? Aun en defecto de norma específica en sede de acciones de filiación que la contemple (para todo supuesto de nulidad), tiene que haber una acción (general) simplemente declarativa que permita solicitar la declaración judicial de nulidad de algo que es inválido en Derecho (como ocurre en otros ámbitos jurídicos): lo permite ahora el artículo 5.1 LEC'2000.

⁷⁶ Me refiero, sobre todo, a la reciente de GARCÍA VICENTE, coment. S de 12 de julio de 2004, *loc cit.*, pp. 439 ss.

⁷⁷ Lo correcto y deseable, para evitar disonancias, es que se pongan antes de acuerdo los artículos 136, 137 y 140 CC, cuyas diferencias no parecen bien justificadas y pudieran ser inconstitucionales.

Existe tipificada tal acción en otros ordenamientos próximos (art. 339 CC francés; art. 263 CC italiano; art. 1859 CC portugués). El Derecho catalán la tiene hoy (art. 110, pfo. 2.º, CF). No la tenía antes (ni en la Compilación ni en la ley de filiación 7/1991, de 27 abril), lo que no impidió que se declarara la nulidad de dichos reconocimientos (SSTSJC de 16 de diciembre de 1997 y de 29 de junio de 1998, y SAP de Barcelona, Secc. 18, de 10 de marzo de 2000). La regulación del mencionado artículo 110 CF es, en mi opinión, deficiente, porque se remite a «las reglas generales» en los casos de invalidez por defecto de forma o de capacidad o de nulidad del reconocimiento (palabras estas últimas que parecen referirse a la nulidad por falta de requisito objetivo), reglas generales que no existen en Derecho catalán ni en el CC.

En relación con esa extraña remisión, y comentando tal norma, sostuve⁷⁸ –y cabe sostener en el ámbito del CC– que la nulidad a que se refiere y las reglas a que remite serían las de la categoría jurídica general de *nulidad radical o absoluta* que la doctrina y la jurisprudencia ha elaborado⁷⁹ –y a la que ahora alude el artículo 408.2 LEC–, inducida a veces de casos particulares (acto *contra legem*, simulación absoluta, defecto de forma sustancial) y preceptos concretos, y a la que esa jurisprudencia y doctrina han dado un régimen jurídico determinado, generalmente aceptado (por ejemplo, concediendo legitimación activa a cualquier persona con interés legítimo, considerando imprescriptible la acción de nulidad, etc.). Se trata, sencillamente, de una acción meramente declarativa de la invalidez de pleno derecho del acto jurídico correspondiente (aquí, el reconocimiento de complacencia) por un defecto estructural e inicial en uno de sus elementos esenciales, o, en su caso, por ser un acto *contra legem*, con esa sanción (art. 6.3 CC): tiene por objeto destruir la apariencia de acto jurídico (como autoriza la jurisprudencia), que permite el artículo 5.1 LEC y su pretensión de tutela legítima.

Pienso que esas ideas y régimen –acción declarativa de nulidad absoluta– es aplicable a la nulidad del reconocimiento de complacencia, con alguna particularidad por razón de la materia, que merece la pena examinar aparte.

⁷⁸ En mi libro *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, Barcelona (Ed. Atelier), 2001, pp. 408 ss.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos), 1971, pp. 481 ss.; y LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho Civil*, Madrid (Dykinson), 1999, pp. 250 ss. y 263 ss. En cuanto a jurisprudencia, cfr. SSTS de 12 de noviembre de 1964, de 26 de noviembre de 1968 y de 3 de octubre de 1979 (relativas a la nulidad del testamento, también carente de régimen específico).

5. RÉGIMEN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA

Me refiero aquí a cómo puede y debe funcionar esta acción (general) de nulidad según la construcción aludida y en el marco de nuestro ordenamiento –mientras no haya una regulación específica de la misma referida al reconocimiento–, en sus aspectos más relevantes y según los esquemas de análisis y problemática habituales.

5.1 Elementos subjetivos de la acción

A) *Capacidad*

En principio se aplican las normas generales sobre capacidad de obrar, y la específica para comparecer en juicio, que hoy tiene el menor emancipado (arts. 323 CC, y 159 CF); regla aplicable a cualquier legitimado. Cuando se trate de filiación matrimonial, el reconocedor demandante estará emancipado por ello, con lo que no hay problema de capacidad a ese respecto, salvo incapacitación judicial.

El CC nada dice del incapacitado; tampoco el artículo 110 CF, y la deficiente o insuficiente redacción de otros preceptos poco aclaran. Habrá que atenerse a la sentencia de incapacitación y, en defecto de concreción en ella, creo preferible inclinarse por la posibilidad de ejercicio de esta acción por el representante legal del incapacitado (cfr. art. 765.1 LEC), porque frente a la inacción (y consagración de la eficacia de algo nulo de pleno derecho), tiende a establecer una correcta relación de filiación, que en principio ha de considerarse favorable y en interés del hijo (principio del *favor filii*, tal como lo entiende la jurisprudencia en estos casos).

Un caso particular puede presentarse si, ejercitada la acción por el representante legal durante la minoría de edad del hijo, adquiere éste durante la tramitación del proceso su plena capacidad. En tal supuesto el hijo debe incorporarse al proceso y asumirlo él personalmente (si quiere continuarlo), dejando de estar representado a partir de ese momento por el representante que lo inició⁸⁰. Pienso

⁸⁰ El Tribunal Supremo, partiendo del llamado principio de *perpetuatio jurisdictionis* o *perpetuatio legitimationis* ha dicho que continúa legitimada en el proceso la madre aunque el hijo a que representaba llegue a la mayoría de edad. Pero casi siempre apoya tal *perpetuatio legitimationis* en que los hijos no se han opuesto o se han adherido al ejercicio de la acción instada por la madre: así, la S de 1 de abril de 1997 dijo que «si a ello se añade que la hija con su conducta (no desiste de las acciones, y sigue reclamando la paternidad) ratifica lo hecho por la madre, no puede prosperar el motivo [de casación]»; la de 22 de

que el hijo puede disentir del criterio de su representante legal a partir de ese momento y decidir la paralización del proceso (desistimiento) o su continuación cuando quede él como titular único de la acción, y la aplicación del artículo 751.2.1.º LEC (desistimiento con la conformidad del Ministerio Fiscal, cuando no haya menor interesado en el proceso).

B) *Legitimación activa*

Puede accionar *cualquier persona que tenga interés legítimo* en la nulidad del reconocimiento⁸¹ (cfr. art. 74 CC para el matrimonio), interés que deberá acreditar el actor y que valorará el tribunal, como requisito de su propia legitimación. (Es la solución, también, de los arts. 339 del *Code*, 263 CCital y 1859 CCpor). Entre esas personas con interés legítimo estarán: a) el *autor del reconocimiento*, pues no ha lugar a aplicar el principio de los actos propios (que le impediría ir contra su anterior conducta); b) el *reconocido*, principal interesado en la adecuación de su filiación legal a la realidad; durante su minoría de edad podrá ejercitar la acción su representante legal, y, si lo es el reconocedor, se le nombrará defensor judicial, o actuará el Ministerio Fiscal (cfr. arts. 765.1 LEC y 3.7 Estatuto Org.); c) el *otro progenitor* (distinto del reconocedor) está igualmente legitimado, pues no le es indiferente (de ahí su interés legítimo) quién sea la persona con quien compartir hijo,

marzo de 1999 subraya (como la sentencia de la Audiencia) que «los hijos, sobrevenida su mayoría de edad, han mostrado en el curso de la alzada su decidida voluntad de mantener la acción, uno de ellos de forma expresa, personándose inclusive en la litis tras alcanzar los dieciocho años de edad [...]»; y la de 15 de mayo de 1999 (con cita de la anterior) vuelve a apoyarse en el principio de *perpetuatio legitimationis*, «perfectamente admisible cuando, como en el caso presente, no consta oposición expresa de la hija a tal reconocimiento [judicial]». El auto TS de 28 de enero de 1997, relativo a idéntico supuesto de hecho, parte de la legitimación de la madre que acciona como representante legal de la menor, que llega a la mayoría al dictarse la sentencia de primera instancia, con lo que «se cumplió el requisito de legitimación activa, no existiendo precepto alguno que exija una renovación constante a lo largo de los sucesivos grados jurisdiccionales, salvo que dicha titular [la hija] hubiera sido la recurrente». Así, también en el caso que conoció la STSJC de 22 de febrero de 1999, sobre demanda interpuesta por la madre en nombre propio y de su hijo Juan, «el qual en el curs del procés assolí la majoria d'edat, ratificant l'actuació de la seva mare» (FJ 1.º). La lectura de esas resoluciones y frases da la sensación de cierta inseguridad en la tesis que mantienen. ¿Realmente hay esa *perpetuatio legitimationis* siempre, tras la mayoría del hijo, una vez que con su emancipación plena ha terminado la representación legal del padre o madre que actuaba *alieno nomine* y con aquella representación?

⁸¹ Cfr., en general, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 482; y LACRUZ *et alii*, obra citada, p. 263 (donde se cita la STS de 15 de marzo de 1994, para los contratos). Para la acción de nulidad del reconocimiento, véase LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, Madrid (La Ley), 1987, p. 211 («la acción es evidentemente declarativa y pueden entablarla todos aquellos a quienes perjudique, es imprescriptible...»); y respecto del de complacencia, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios EDERSA*, t. IV.3.º, p. 197.

patria potestad y demás –no es obstáculo el que ese otro progenitor haya dado su consentimiento para la eficacia del reconocimiento (art. 124 CC), pues, como dije, no es aplicable, tampoco para él, la doctrina de los actos propios⁸²; d) el *verdadero progenitor* (incompatible con el reconocedor): su interés me parece evidente, aunque es más segura su legitimación si asocia esta impugnación a una acción de reclamación de filiación vía artículo 134 CC; e) con carácter general y residual, quienes acrediten un interés legítimo, material o moral, entre los cuales parece difícil negárselo a los ascendientes (abuelos) y hermanos del reconocido, como más caracterizados⁸³.

C) *Legitimación pasiva*

En línea de principio, el ejercicio de la acción de nulidad absoluta requiere dirigir la demanda contra todos los interesados o posibles afectados por la declaración de nulidad⁸⁴; cfr. artículo 12.2 LEC, que habla de litisconsorcio, y STS de 9 de noviembre de 1961 (que describe los interesados). Como régimen específico en materia de filiación, deben *ser demandadas* las personas que dice el artículo 766 CC (y 99 CF). Desde luego, serán demandados el reconocedor y el reconocido (si no son actor uno u otro), y en la filiación matrimonial –resultante del reconocimiento impugnado– también la madre (por la indivisibilidad de la misma). Menos segura la presencia de ésta si no está determinada (sí, siempre, si esta determinada la filiación materna). En caso de conflicto de intereses habrá que nombrar defensor judicial al reconocido menor de edad o incapaz. Creo que también deberían ser demandados todos los otros interesados, como es valor entendido para la nulidad absoluta de los negocios en general⁸⁵, pues tal solución no contrasta grave-

⁸² Las SSTSJCat. de 16 de diciembre de 1997 y de 29 de junio de 1998 (sobre hechos casi idénticos), de acuerdo con el planteamiento de la demanda, concedieron legitimación a la madre para impugnar sendos reconocimientos de complacencia (directamente mencionado como tal el de la segunda): la madre era una persona que «resultaba afectada», obviamente. Argumentaban que el reconocedor no era padre real (así lo había considerado la sentencia de instancia); la ley no quiere que nadie sea tenido por hijo de un padre si no lo es de verdad; luego el reconocimiento inveraz es nulo de pleno derecho (como declaran explícitamente ambas sentencias). Pienso que el razonamiento más lógico sería de otro modo, al revés: el reconocimiento inveraz es nulo de pleno derecho, luego decae el título de determinación de la filiación y el supuesto hijo queda sin padre (jurídico), deja de ser hijo del falso reconocedor.

⁸³ Posición parecida mantiene, para la impugnación por defecto de veracidad, la doctrina italiana: cfr. MAJELLO, obra citada, pp. 140 ss.; G. FERRANDO, *op. loc. cit.*, p. 166, y TAMBURRINO, *op. cit.*, pp. 131-132 (y otros autores que ellos citan). En la doctrina francesa cfr., por todos, Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, 7.ª ed., Paris, 2001, pp. 397-398.

⁸⁴ Cfr. DE CASTRO, obra citada, p. 483; y LACRUZ *et alii*, p. 264.

⁸⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 483; LACRUZ y otros, *op. loc. cit.*

mente con otras normas relativas a la filiación, donde la norma del artículo 766 LEC ha de considerarse de mínimos, pero no de máximos, y es razonable que sean convocados al proceso todos los interesados. Téngase en cuenta una vez más la exigencia jurisprudencial (SSTS de 24 de mayo de 1986, de 6 de octubre de 1990, de 22 de julio de 1991, entre otras) de litisconsorcio pasivo necesario en estos casos, por ser cuestión considerada de *ius cogens* y apreciable de oficio por los tribunales.

5.2 Elementos objetivos de la acción

A diferencia de la nulidad del reconocimiento por defecto formal, por falta de capacidad suficiente o falta absoluta de consentimiento —en que hay que probar el defecto, la causa efectiva de la irregularidad del acto; al igual que si se trata de nulidad por vicios *ex* artículo 141 CC—, en el caso y acción de nulidad del reconocimiento de complacencia, como es por defecto de veracidad, la prueba debe ceñirse a tal objeto: inexistencia efectiva de filiación (biológica)⁸⁶. Ésa es la prueba más fácil y frecuente, y compete al actor. La del conocimiento del engaño del reconocedor, de más difícil demostración por ser dato subjetivo, suelen prescindir los litigantes y los tribunales, ya que para hacer decaer la filiación, que es lo que les interesa, basta aquélla. Su concurso y prueba, importante para la nulidad propiamente dicha del reconocimiento de complacencia, puede tener repercusión además en otras consecuencias del triunfo de la acción.

Por tanto, no sorprenda que, sea como hecho en que se basa la nulidad (es lo más correcto en este caso y acción), ya en el de impugnación *stricto sensu* de la filiación (acción frecuentemente asociada a la anterior por la proximidad al reconocimiento inexacto), haya que demostrar esa inexistente relación biológica, dada la coincidencia en ese punto (denominador común) de los dos planos —título determinante y filiación determinada—, de que hablé, y por ser la no paternidad dato o elemento común también a la nulidad del reconocimiento y a la impugnación de la filiación resultante⁸⁷:

⁸⁶ En consecuencia, según que el reconocimiento mendaz haya sido de maternidad o de paternidad, habrá que demostrar cumplidamente la no maternidad (por suposición de parto o por no identidad del hijo: arts. 139 CC o 112 CF) o la no paternidad en la forma conocida, sea matrimonial o no matrimonial la afectada (cfr. art. 111 CFCat., única norma que alude directamente a esa prueba). No se exige, en cambio, la prueba de la verdadera paternidad o maternidad.

⁸⁷ Esa coincidencia de los dos planos a que aludo en el texto, la proximidad con el reconocimiento inexacto y el dato objetivo común en cuanto a la prueba, me llevó a decir, refiriéndome al Derecho catalán, artículo 110 CF, que la acción de nulidad por

en el debate procesal da lo mismo⁸⁸. Ésa ha sido la vía por la que se ha declarado la nulidad de reconocimientos de complacencia en todas las sentencias del TS que tengo citadas (cuando ha prosperado la acción, claro está)⁸⁹.

5.3 Plazo de ejercicio de la acción

Es doctrina y jurisprudencia bien asentada⁹⁰ que la acción de nulidad absoluta de un acto jurídico no está sujeta a prescripción ni caducidad⁹¹. Por tanto, esta acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo⁹²: el acto nulo, por otra parte, no es susceptible de sanación.

No es ésa, sin embargo, la posición de nuestra jurisprudencia, que se atiene siempre a las reglas de la caducidad (según la norma

defecto de veracidad se parece a la de impugnación de filiación («porque es este último dato lo que realmente se debate, se prueba y de lo que decide el tribunal»); por ello mismo añadía que «quizá se trata de un nuevo tipo de acción, bifronte, que participa a la vez de esa doble naturaleza: acción declarativa en cuanto ataca el título de determinación por defecto de requisito objetivo, y acción de impugnación *stricto sensu* porque atiende a la relación biológica de filiación y resuelve sobre ella. Es, en todo caso, más compleja, por esa doble vertiente, que las otras acciones conocidas» (y citaba a CICU, FERRANDO y TAMBURRINO, y las SSTJCat. de 12 de diciembre de 1997 y de 29 de junio de 1998) –*Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, Barcelona (Ed. Atelier), 2001, p. 407–. Esa explicación era tributaria del planteamiento práctico de la impugnación de los reconocimientos de complacencia y las filiaciones derivadas, en el marco legal catalán. Mi posición actual –en que distingo con más insistencia y claridad el reconocimiento de complacencia y el meramente inexacto– pretende profundizar e ir más allá en cuanto a la autonomía de la acción de nulidad absoluta del reconocimiento, con especial atención al de complacencia.

⁸⁸ Cfr., para el CC italiano, G. FERRANDO, *op. loc. cit.* En cuanto al Derecho francés, cfr. *Droit de la famille* (dir. J. Rubellin-Devichi), Paris (Daloz), 2001, pp. 550-551.

⁸⁹ Así lo exigió la S TSJCat. de 16 de diciembre de 1997, en su momento citada, en un caso de nulidad absoluta del reconocimiento por esta causa, si bien remitió al artículo 13 LF¹ 1991 (equivalente al actual 109 CF) como forma (entonces única, legalmente) de distinguirlo de la nulidad por vicios; y lo da por supuesto también la S TSJCat. de 29 de junio de 1998.

⁹⁰ En relación con la acción de nulidad absoluta, en general, cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 481; LACRUZ, *op. cit.*, p. 264; para la acción de nulidad del reconocimiento, LLEDÓY PEÑA, citados en nota 79. En la doctrina italiana, cfr. U. MAJELLO, *op. loc. cit.*, p. 153.

⁹¹ Así lo proponía también la enmienda núm. 405 (del Grupo Popular) al Proyecto del Código de familia catalán, origen del artículo 110, *in fine*. Decía esa enmienda (de adición): «En el caso de que el reconocimiento nulo por defectos esenciales de forma o de capacidad o por otra causa fundada en derecho, la acción de impugnación es *imprescriptible*» (BOPC, núm. 299, del 11 de junio de 1998). Esa enmienda, en los términos propuestos, no prosperó.

⁹² También en el CC italiano es imprescriptible la acción de impugnación del reconocimiento por falta de veracidad (art. 263), con aplauso de la doctrina (TAMBURRINO apela a los principios generales, sea los de indisponibilidad del estado civil, sea los de la nulidad del negocio: *op. loc. cit.*, p. 129); en cambio, para la impugnación por violencia el plazo de ejercicio es de un año (art. 265). Para el Derecho francés, cfr. artículo 311-7 del *Code* (prescripción de treinta años).

que aplica en cada caso), ya que, al no estar tipificada la acción declarativa de nulidad a que ahora me refiero, la impugnación del reconocimiento (de complacencia) se reconduce en la práctica judicial a la acción de impugnación de paternidad, sea matrimonial o no matrimonial, como hemos visto. Eso es lo que hay por ahora.

Mas tampoco sea esto piedra de escándalo. Dada la existencia de dos medios procesales o acciones para hacer desaparecer jurídicamente la filiación formal e irreal⁹³, y siendo compatibles la acción declarativa negativa y la de impugnación de la filiación (SSTS de 26 de noviembre de 2001 y de 5 de julio de 2004), sugiero como más seguro en la práctica el ejercitar ambas acciones a la vez (acumulación de acciones: art. 71 LEC), a las que tendrán que dar respuesta los tribunales (art. 218 LEC) si no quieren incurrir en la incongruencia omisiva a que se ha referido para un caso parecido la STS de 5 de julio de 2004.

6. EFECTOS DEL ÉXITO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO

En atención a la naturaleza de las acciones de filiación, las sentencias dictadas en estos procesos son declarativas, en este caso de la invalidez del título de su constitución. Por ello mismo, tienen eficacia retroactiva, y *erga omnes* (valor absoluto de la relación de filiación, aquí negativa). Procesalmente, tienen un doble alcance: efecto de cosa juzgada formal, del artículo 207.3 LEC, y el de cosa juzgada material, con el alcance excluyente del artículo 222.1 LEC (innecesario argumentarlo, ni otro comentario).

Veamos ahora algunos efectos materiales concretos.

⁹³ Apuntada ya la distinción teórica entre una y otra acción, he aquí, resumidamente, las diferencias reales y normativas en los puntos más importantes:

a) *Legitimación activa*: frente al régimen distinto y limitada legitimación de los artículos 136, 137 y el 140 en cuanto a la impugnación de paternidad (a cuya posible inconstitucionalidad aludí), están legitimados para ejercitar la acción de nulidad del reconocimiento todos los que tengan en ello un interés legítimo (cfr. art. 74, para la nulidad del matrimonio). Sería razonable una futura aproximación a ese respecto.

b) *Legitimación pasiva*: en la acción de impugnación de filiación habrá que atenerse a lo dispuesto en el artículo 766 LEC; en el caso de la acción de nulidad absoluta deben ser demandados todos los afectados por la declaración de nulidad.

c) *Plazo de ejercicio de la acción*: sería imprescriptible el de nulidad del reconocimiento, y sometida a los plazos de caducidad conocidos (con la interpretación jurisprudencial reciente) la de impugnación.

6.1 Efectos personales

A) *Filiación*

Declarada la nulidad del reconocimiento, decae con efecto retroactivo la filiación, que queda imprejuzgada (salvo en sentido negativo: el reconocedor de complacencia no es padre); no ha lugar a pronunciamiento en sentido positivo (quién sea el padre), pero deja despejado el camino para determinar por otro conducto la filiación. Tal pronunciamiento negativo se llevará en ejecución de sentencia al Registro Civil (cfr. arts. 25 LRC y 82 RRC, y art. 755 LEC), y dará lugar a la cancelación de la inscripción del reconocimiento.

B) *Apellido*

Decaída la paternidad (maternidad) por la nulidad del título de su determinación, debe desaparecer el apellido del reconocedor (inscrito en el Registro Civil), ya que en nuestro ordenamiento «la filiación determina [...] los apellidos» (art. 109 CC), con remisión a la legislación del Registro Civil, donde se regula (arts. 55 LRc, redacción de 1999, y 194 y ss. RRC): procede hacer la modificación pertinente en el acta de nacimiento en que figure aquel apellido (de quien ha dejado de serlo), para que desaparezca éste (cfr. art. 196.2.º RRC); debe dejar lugar, además, al apellido que pueda darle, vía reconocimiento o declaración judicial, en su caso, su verdadero progenitor. Sin embargo, nuestro ordenamiento permite la conservación por el hijo de los apellidos que viniere usando, lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado facilita con el fin de evitar las perturbaciones que en el ámbito social puede ocasionar el cambio de denominación y apellidos, y, a la vez, contribuir al respeto de la intimidad personal y familiar y «al recato de ciertas situaciones» (cfr. RR de 15 de junio de 1967, de 21 de enero de 1970 y de 28 de abril y de 21 de julio de 1972, entre otras)⁹⁴.

C) *Relaciones personales*

Desaparecida la relación de filiación, nada impide que puedan seguir manteniendo relaciones personales el ex-hijo con el reconocedor

⁹⁴ El caso aquí considerado queda bien comprendido en esa finalidad protectora (prevista inicialmente para la filiación no matrimonial). Pues bien: tal conservación de apellidos por el hijo (aquí, el del inicial padre, que ha dejado de serlo) requiere expediente gubernativo ante el Juez de Primera Instancia, a petición del hijo o de su representante legal, tramitado de acuerdo con los artículos 59.3.º LRc y 209.3.º y concordantes RRC; cfr. también artículo 208 RRC.

que ha dejado de ser padre, relaciones que pueden fundarse en el afecto que puede subsistir entre ellos y que esas relaciones pretenden propiciar: el interés del hijo (seguir gozando de ese afecto y relación personal, que la nueva situación jurídica quizá dificulte) y los términos abiertos del artículo 160 CC lo permiten, pues si ya no son parientes, sí son «allegados» (término amplio). Tales relaciones pueden ser solicitadas por uno u otro, «no pueden ser impedidas sin justa causa» (art. 160.2.º), y a falta de acuerdo de los interesados (en cuya adopción deberá ser oído el menor), sobre ellas resolverá el juez atendidas las circunstancias, es decir, teniendo en cuenta sustancialmente el interés del menor. Nada nuevo, pues, en este aspecto⁹⁵.

6.2 Efectos patrimoniales

A) *Alimentos*

Deja de deberlos el reconocedor a partir de la declaración de nulidad del reconocimiento, pues ya no es padre (madre) ni le afecta la obligación *ex* artículo 154 CC. No creo que puedan serle exigidos por una especie de compromiso u obligación unilateral asumida por el reconocedor⁹⁶, pues el deber de alimentos en este caso deriva no del acto jurídico (mendaz, además) sino *ex lege*; y esa obligación desaparece con la paternidad (declarada inexistente).

B) *¿Repetitio indebiti?*

Me refiero a los alimentos prestados y otros pagos o gastos atendidos por el reconocedor antes de la declaración de nulidad. Entiendo que no puede reclamar su devolución, porque ninguna norma del CC sobre el pago de lo indebido lo ampara (cfr. art. 1901, sobre todo, cuyo «por otra justa causa» permitiría al *accipiens* negar la devolución),

⁹⁵ Los tribunales franceses reconocen ese derecho de visita al autor de reconocimiento de complacencia anulado, al amparo del artículo 371-4 del *Code* (S. Cour d'Appel de Douai, 13 de abril de 1992, *Juris-Data*, n. 041416; S. Cour d'Appel Grenoble, 20 de febrero de 1996, Dalloz, 1997, Somm., p. 160, coment. GRANET).

⁹⁶ Es lo que parece sugerir la SAP de Palma de Mallorca (Secc. 5.ª) de 28 de enero de 2000: «lo que no acepta la Sala es que, so pretexto de que coincida la verdad material con la formal, pueda el Sr. B. cuando le convenga [...] desdecirse de lo que de forma solemne y libre manifestó en su día ante el Encargado del Registro Civil, obligándose a las consecuencias de comportarse como padre de la reconocida aceptando ser tenido como tal aun sabiendo que biológicamente no lo era. En definitiva, dada la importancia extrema que cuestiones como la presente poseen, resulta evidente que, formulado el reconocimiento con todas las garantías, no puede quien así quiso expresarse, retractarse después caprichosamente o al menos sin justificación del aparente motivo que invoca, queriendo revocar su declaración».

máxime en tanto que el reconocedor actuó de mala fe (como tal cabe considerar su actitud mendaz, consciente de su no paternidad, duplicada a veces por su impugnación ulterior, si acciona él)⁹⁷.

C) *Indemnización de daños morales al hijo.*

Es evidente que éste puede sufrir daño moral (quizá otros también) al quedar sin padre (madre): pérdida del apellido, de *status* familiar y social, frustrados importantes afectos nacidos al calor del reconocimiento y la paternidad perdida. La reclamación indemnizatoria, en caso de daños morales, se basaría en la conducta ilícita del reconocimiento conscientemente inexacto (art. 1902 CC), de lo que pienso que no le exonerará el haber ejercitado una acción de impugnación conforme a Derecho, pues su ejercicio sólo ha puesto de manifiesto la irrealidad de la filiación impugnada y los perjuicios que indemnizar no derivan tanto de la sentencia cuanto del acto ilícito inicial —la relación de causalidad es más correcta con el reconocimiento de complacencia, inicialmente nulo, que con la declaración de nulidad—⁹⁸.

V. CONCLUSIÓN

Llegado este momento, y tras todo lo dicho, mi conclusión tiene que ser un tanto crítica, *malgré moi*; no sólo, ciertamente, en

⁹⁷ En la jurisprudencia francesa —que ha prestado, como su doctrina, bastante atención a estas cuestiones, por haber llegado a los tribunales— hubo sentencias antiguas que dieron lugar al reembolso de los alimentos prestados (cfr. GHESTIN-HAUSER, *op. cit.*, p. 518), pero otras más recientes lo han denegado basándose en que el origen de tales alimentos estaba en la decisión personal del reconocedor (S. Cous Cass., 21 de julio de 1987, *Dalloz*, 1988, p. 225, anotada por MASSIP; también Ss. Cour d'Appel Burdeos, 24 de junio de 1991 y Cour Dijon, 24 de noviembre de 1999). Cfr. más amplias referencias en *Droit de la famille* (cit. nota 88), p. 551.

⁹⁸ Discutida también esta cuestión ante los tribunales franceses, unas veces se ha justificado la responsabilidad del reconocedor en «haber suscrito conscientemente un reconocimiento inexacto que confería al hijo un estado aparente esencialmente precario y que dependía luego de él, de hacerlo desaparecer a su voluntad» (S. Trib. Grande Inst. Paris, 27 de octubre y 9 de diciembre de 1980), y otras en «la inexecución de una vinculación contraída frente a la madre y al hijo de comportarse como un padre subviniendo a las necesidades del hijo» (S. Cous Cass. Civ., 21 de julio de 1987). Con frecuencia y en términos generales se ha argumentado que al reconocer voluntariamente al hijo que sabía que no era suyo, contrae el reconocedor ante el hijo y la madre la obligación de comportarse como un padre, y la no ejecución de ese compromiso resultante de la anulación del reconocimiento debe sancionarse con la responsabilidad por perjuicios (Ss. Cass., 6 de diciembre de 1988, 10 de julio de 1990; Cour Dijon, 3 de noviembre de 1995, Paris, 20 de noviembre de 1997). La S. Cass. de 5 de noviembre de 1996 negó el perjuicio si fueron inexistentes las relaciones entre el reconocedor y el hijo, no hubo entre ellos ningún lazo afectivo y el segundo conoció la realidad de la situación. Sobre estas cuestiones, cfr. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, Paris, 1970, pp. 256 y 289 ss.; GHESTIN-HAUSER, *op. cit.*, pp. 518-519, y G. CORNU, *op. cit.*, p. 398.

lo que concierne al reconocimiento, pero ahora de forma más clara y directa respecto de él. Entre otras deficiencias de la vigente legalidad sobre filiación⁹⁹ debo insistir ahora, por su especial repercusión en lo que aquí concierne, en la del excesivo margen dejado por nuestro ordenamiento a la autonomía de la voluntad en materia de filiación, con la facilidad que proporciona para los reconocimientos de complacencia, cuyas dificultades y problemas mencionaba la STS de 26 de noviembre de 2001 y ha confirmado la jurisprudencia posterior, que no ha sabido superar.

Esa situación legal, poco justificada hoy, es difícilmente sostenible ya por contraria a importantes principios de Derecho y sus graves consecuencias. Cabe destacar a ese respecto como principales disfunciones el que el mismo ordenamiento propicia más que desincentiva los reconocimientos de complacencia, en número creciente, y con ellos el engaño y el fraude institucionalizado; el papel pasivo a que es relegado el hijo, cuya opinión es en general ignorada y su interés efectivo marginado cuando todo (leyes, jurisprudencia, sensibilidad social) reclama para él mayor protagonismo en todos los actos que le afecten directamente; la inocuidad de los requisitos complementarios del reconocimiento (consentimiento del otro progenitor, aprobación judicial tal como es entendida y aplicada) y su inutilidad como medio de control de los reconocimientos no veraces, que se traducen las más de las veces en la complicidad del que lo provoca o consiente; amén de los problemas prácticos de la impugnación de tales reconocimientos y sus amargos efectos, muy nocivos en general para el reconocido.

Siempre he denostado el papel del arbitrista y el jugar a «resolver» con un toque mágico cuestiones complejas. Lo es la del régimen del reconocimiento en nuestro ordenamiento, y quedan apuntados algunos de sus problemas, en los que no insistiré. Sólo me permito sugerir, para los reconocimientos de complacencia que me han ocupado aquí —la cuestión es más amplia, desde luego—, una medida de control relativamente fácil sin provocar una ruptura

⁹⁹ En reciente trabajo —«Acercas de cierta jurisprudencia relativa a acciones de filiación. (¿Deconstrucción, reconstrucción de su régimen jurídico?)», *Revista del Poder Judicial*, núm. 75 2004-3.ª, pp. 57 ss.— hablaba yo de «la constatación de ciertas deficiencias de nuestra vigente legalidad sobre filiación, que acusa todavía demasiados complejos y carga decimonónica»; y junto a la excesiva autonomía de la voluntad individual en la determinación extrajudicial, añadía: «En esa línea se encuentra también el peso desmedido de la posesión de estado en cuanto a legitimación activa, con serios desequilibrios y asimetrías; y los problemas detectados en materia de legitimaciones excesivas o excluidas, plazos de ejercicio de ciertas acciones y cálculos, intervención de los menores de edad en procesos sobre su filiación. Hay, además, algunas normas de dudosa constitucionalidad» (p. 113).

total del régimen legal del reconocimiento –aunque en algún momento deberá llegar–: la de someter la eficacia de los reconocimientos voluntarios a la aprobación judicial, que estaría presidida fundamentalmente por criterios de verosimilitud de la filiación reconocida, como medio de limitación del excesivo voluntarismo que hoy la aflige ¹⁰⁰. En ese trámite de aprobación judicial deberá ser oído el reconocido que tenga discernimiento suficiente, ponderado su interés (en particular, si es menor), y constatada la posibilidad y verosimilitud (que no prueba cumplida) de la paternidad o maternidad del reconocedor. No me atrevo a hacer más sugerencias al legislador.

Obsérvese que no propongo nada totalmente nuevo. La aprobación judicial está prevista en el artículo 124 CC –y para otros casos e instituciones, no tan necesitados quizá–. Se trataría sólo de generalizar su exigencia a todo reconocimiento que determine filiación, con una inteligencia y aplicación acorde con los principios de veracidad y otros constitucionales, y no la actual, decimonónica.

Mayo 2005

¹⁰⁰ Creo que ese control judicial puede ser más eficaz que el del Registro Civil, dadas las muy limitadas facultades de control de éste y las muy amplias que tiene el juez de primera instancia con ocasión de la aprobación propuesta (en expediente de jurisdicción voluntaria).

El artículo 831 del Código civil

CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA

ÍNDICE: 1. *Introducción.*–2. *Precedentes inmediatos:* A) Origen del precepto. B) Las sucesivas reformas del artículo 831 CC.–3. *Sobre la interpretación del precepto a la luz de sus antecedentes forales.*–4. *La facultad conferida por el artículo 831 CC.*–5. *Presupuestos.*–6. *Contenido y extensión de la facultad:* A) Actos que comprende la facultad. B) La facultad de utilizar bienes de la comunidad postganancial. C) La posibilidad de nombrar herederos o legatarios.–7. *Forma de ejercicio de la facultad.*–8. *Límites:* A) La distribución de los bienes entre los hijos y descendientes comunes. B) Respeto a la legítima y demás disposiciones del causante. C) Posibilidad de gravar las legítimas con sustitución fideicomisaria a favor del incapaz (arts. 808 y 782 CC).–9. *La facultad de mejorar.*–10. *La facultad de adjudicar y atribuir: adjudicación de la vivienda al hijo o descendiente incapaz (art. 822 CC).*–11. *La facultad de partir:* A) Título de atribución y determinación de las cuotas. B) Equivalencia a la partición realizada por el testador. C) Partición de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales. D) La colación: D.1) Colación e imputación. D.2) Exención de colación de los gastos realizados para atender a las necesidades del descendiente incapaz.–12. *La adquisición de la propiedad y de la posesión por el favorecido con bienes específicos y determinados.*–13. *Administración y disposición de los bienes componentes del caudal relicto:* A) Administración. B) Disposición.–14. *Rescisión de los actos del cónyuge facultado.*–15. *Preterición de un descendiente no común.*–16. *Preterición de un hijo o descendiente común.*–17. *La facultad de atribuir bienes concretos de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada. El pago de las legítimas con bienes del cónyuge supérstite:* A) Introducción. B) Mejoras, adjudicaciones y atribuciones con bienes de la comunidad postganancial. C) Pago de las legítimas y cumplimiento de disposiciones del causante con cargo al patrimonio del cónyuge facultado.–18. *El plazo.*–19. *Extinción de la facultad.*–20. *Extensión de lo dispuesto en el artículo 831 CC a las parejas no matrimoniales.*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, modificó el artículo 831 del CC.

La reforma del citado precepto pasó sin pena ni gloria por el Congreso de los Diputados y por el Senado, como prueba el hecho de que la redacción definitiva es exactamente igual a la que tenía en el Proyecto que el Gobierno remitió a las Cortes¹.

Así suele suceder con las reformas tangenciales del Derecho Sucesorio. Con la Ley 41/2003 se pretende proteger el patrimonio de las personas con discapacidad y, de paso, se reformaron algunos artículos del CC, con la pretensión de conseguir ese objetivo, aunque en nuestro caso lo que se ha logrado realmente es modificar el Derecho Sucesorio, sin beneficio cierto para el incapaz.

Probablemente se ha intentado, además, potenciar el artículo 831 CC, lo que parece ser una constante de nuestros legisladores pues ya se intentó, sin gran éxito, en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Según se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto de la citada Ley de Protección del Patrimonio de las personas con discapacidad, se reforma el artículo 831 del CC al objeto de introducir una figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta manera se concede al testador la posibilidad de conferir al cónyuge sobreviviente la facultad de mejorar y distribuir la herencia del difunto entre los hijos y descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los hijos o descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual de las personas con discapacidad. Además, esta facultad pueden concedérsela los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí².

Sin embargo, el precepto puede ser utilizado por cualquier pareja con descendencia común, tengan o no algún descendiente incapacitado y se puede utilizar tanto para favorecer al incapaz,

¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 154-1, 6 de junio de 2003, p. 10.

² *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 154-1, 6 de junio de 2003, p. 4.

como para desfavorecerlo, como para dejarlo como hubiera estado si tal norma no hubiera existido o no hubiera sido modificada.

Por otra parte, el intento de posponer el momento de la partición tampoco ha sido logrado del todo, pues si bien el testador puede señalar plazo para el ejercicio de la facultad de mejorar y distribuir (concedido al otro cónyuge), lo cierto es que no habiéndose señalado plazo el cónyuge sobreviviente tan sólo dispone de dos años para ejecutar la facultad conferida.

2. PRECEDENTES INMEDIATOS

A) *Origen del precepto*

El precedente inmediato del precepto se encuentra en el reformado artículo 831 CC, cuya redacción fue dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó la redacción originaria.

El artículo 831 CC tiene su origen en el Proyecto de 1851, en el que se introdujo a fin de mantener y difundir posibilidades semejantes a las concedidas en los derechos forales, de inminente desaparición. Se pensó que salvando esta institución de su desaparición se extenderían sus «felices resultados» a los territorios de Castilla.

García Goyena, al comentar el artículo 663 del citado Proyecto, afirmó: «En casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las Provincias de los Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge superviviente, en el caso de haber muerto su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaren de aquel matrimonio, dando a unos más que a otros. Esta facultad era de suma importancia atendida la legislación foral, por la que venía ser nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y la dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría. El amor del padre y la madre, el más puro e intenso de todos los buenos afectos, merece bien esta distinción. Por estas consideraciones, se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de los Fueros, esperando que se generalizaran los mismos felices resultados»³.

³ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, reimp. de la ed. de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. 107, en su comentario al artículo 673 del Proyecto de Código Civil de 1851.

Se parte, pues, del supuesto de que el cónyuge facultado es la madre, presuponiendo que va a vivir más que el padre, lo cual, efectivamente, suele suceder en la práctica, y que los hijos, existiendo bienes de por medio, son unos descastados, que no observan «la disciplina doméstica».

Sin embargo, el precepto no se utilizó en la práctica, así que no pareció dar los resultados apetecidos. Se pensó que el poco éxito del precepto se debía a que la concesión de la facultad solamente podía hacerse en capitulaciones matrimoniales y éstas habían de realizarse con anterioridad al matrimonio. Como en los territorios de Derecho común no había costumbre de hacer capitulaciones matrimoniales (salvo en lugares muy concretos y aislados) de ahí que la encomienda de facultades al futuro cónyuge, para después del otorgante fuera «letra muerta»⁴.

Permitidas las capitulaciones matrimoniales después del matrimonio, con la reforma del año 1975, se habló de la «nueva importancia del artículo 831», importancia que tampoco tuvo, y como explicación a este fenómeno se dijo que las capitulaciones matrimoniales otorgadas después del matrimonio, por lo general se hacían en situaciones poco propicias para la concesión de la facultad. Por eso la reforma del precepto operada por la Ley 13/1981 admitió que la concesión de la facultad pudiera hacerse en testamento⁵.

El artículo 831 CC se formula como excepción al artículo 830 CC, que configura la facultad de mejorar como personalísima. Pero, al permitir a un cónyuge conferir a otro facultades de atribución y distribución de bienes, e incluso designar herederos y legatarios (en su actual redacción), supone también una excepción a lo dispuesto en los siguientes artículos del CC: *a*) el artículo 670 CC, que prohíbe realizar testamento por medio de comisario o mandatario y determinar las porciones en que haya de suceder el instituido; *b*) el artículo 1057.1, que solamente permite al testador encomendar por actos *inter-vivos* o *mortis causa* «la simple facultad de hacer la partición»⁶.

Las posibilidades que abre el precepto recuerdan al testamento por comisario contemplado en el Derecho Histórico castellano y, más aún, como ya dijimos, en los Derechos Forales⁷.

⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones, Elementos de Derecho Civil V*, nueva ed. revisada y puesta al día por J. RAMS Y ALBESA, Madrid, 2001, *ob. cit.*, p. 481.

⁵ Sobre este particular puede verse: MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, VV. AA., vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1311.

⁶ Y, en su momento, ahora ya no, porque no es posible conceder la facultad en capitulaciones matrimoniales, el artículo 1271 que prohíbe los contratos sobre la herencia futura, excepto aquellos que tengan por objeto la división de un caudal, conforme al artículo 1056 CC.

⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones, ob. cit.*, p. 482.

B) *Las sucesivas reformas del artículo 831 CC*

a) En su redacción originaria la facultad conferida al/a la viudo/a por su difunto consorte se extendía a distribuir los bienes del difunto a su prudente arbitrio y mejorar en ellos a los hijos comunes, con respeto a las legítimas y mejoras hechas en vida por el finado.

Tal facultad solamente podía realizarse en capitulaciones matrimoniales y para el supuesto de morir intestado el cónyuge concedente de la facultad.

Además, las capitulaciones matrimoniales debían otorgarse antes del matrimonio, por lo tanto la concesión de la facultad quedaba condicionada a que el matrimonio efectivamente se realizase.

Se trataba, pues, de evitar la distribución igualitaria de la herencia en el llamamiento legal, mediante un pacto sucesorio prenupcial entre los futuros cónyuges.

Lo que, evidente, está hoy completamente desfasado, recordando los matrimonios de «conveniencia» («choque de tierras»), tal vez necesaria para la supervivencia del grupo familiar en una economía rural y doméstica.

No se señalaba plazo para el ejercicio de la facultad. A falta de establecimiento de un plazo en las propias capitulaciones matrimoniales, la doctrina invocó al respecto las disposiciones del albaceazgo, bien directamente, bien por considerar al cónyuge como contador al que aquellas normas serían de aplicación, con algunos autores discrepantes de tal solución, por considerar, entre otras, que el exiguo plazo del artículo 940 CC no hacía viable la elección fundada⁸.

b) La reforma del CC operada por la Ley 11/1981 tenía por objeto fundamental igualar a los hijos, sin distinción por razón de su filiación, para cumplir con el mandato recogido en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978. Se aprovechó esa circunstancia para modificar algunos artículos en materia sucesoria, tuvieran o no esa finalidad. Entre ellos, le tocó la suerte al artículo que comentamos.

La redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, extiende la posibilidad de conceder la facultad en testamento. Como también se permitía otorgar la facultad en capitulaciones matrimoniales el precepto podía ser utilizado tanto en la sucesión testada como en la intestada.

⁸ Véase, ALPAÑES, E., «La delegación de la facultad de mejorar», *RGLJ*, 1953. pp. 321 y 322.

Además se estableció un plazo, a falta del señalado por el otorgante, que quedó fijado en un año desde la apertura de la sucesión, o en su caso desde la emancipación de los hijos comunes.

El plazo legal supletorio se consideró insuficiente.

c) La actual redacción introduce muchas novedades. En cuanto a la forma de otorgamiento, solamente puede hacerse en testamento, ya no es posible conceder la facultad en capitulaciones matrimoniales. Luego, a la inversa de lo que sucedía en la redacción originaria, el ejercicio de la facultad solamente es posible en la sucesión testada o como mucho en la sucesión en parte testada y en parte intestada.

Se pretende resolver los problemas que la doctrina había planteado al comentar el precepto en sus anteriores redacciones, como iremos viendo.

3. **SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO A LA LUZ DE SUS ANTECEDENTES FORALES**

La doctrina señaló el carácter de anómalo y extraño del artículo 831 CC, «cuerpo extraño», introducido en el CC, que por consiguiente debe ser de interpretación restrictiva y excepcional⁹.

Como hemos visto, el origen del precepto está en los Derechos Forales y se ha señalado su analogía con la fiducia sucesoria y la fiducia colectiva aragonesa, las facultades del heredero distribuidor del derecho balear, la facultad de designar y distribuir atribuida al cónyuge supérstite en el derecho catalán, la fiducia sucesoria y la de los fiduciarios-comisarios del derecho navarro, y del comisario del derecho vizcaíno.

Algunos autores indicaron la posibilidad de resolver los problemas que lagunas, oscuridades o insuficiencias del precepto puedan provocar mediante la inducción de los principios generales que se extraen de los que sirven de fundamento a tales instituciones¹⁰.

Sin embargo otros advirtieron que se trata una figura autónoma, aunque sea inequívoca su inspiración foralista, que no constituye una reproducción de los sistemas que le sirvieron de precedentes,

⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, VV. AA., dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ, L. DíEZ-PICAZO y P. SALVADOR CODERCH, T. I, Madrid, 1991, p. 2005.

También, VALLET DE GOYTISOLO, J., en «Comentarios al artículo 1831 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XI, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 405.

¹⁰ Ídem.

cuya afinidad con éstos se destaca más por los fines y resultados pretendidos que por las fórmulas jurídicas concretas de realizarlos. La distonía del artículo 831 CC respecto a las figuras correspondientes del Derecho Foral, tanto en el aspecto institucional como operativo, produce la fundamental consecuencia de impedir o limitar la interpretación analógica de las soluciones de aquéllas a los problemas planteados por el precepto de Derecho común ¹¹. Falta entre la institución que comentamos y sus precedentes forales la igualdad jurídica esencial para unirlos por el método analógico. Por lo tanto, parece aconsejable ceñirse al ámbito del CC y a los principios de su sistema sucesorio la investigación de soluciones para los problemas que el precepto plantea ¹².

Realmente, la actual redacción del precepto ya no parece estar inspirada en sus antecedentes forales, si bien algunas de las lagunas puedan resolverse acudiendo a las soluciones del Derecho Foral, porque son soluciones que se ocurrieron al legislador o a los Tribunales de Justicia al desarrollar o al interpretar el Derecho Foral. Es decir, a mi criterio, lo que cabe es acudir a los preceptos concretos del Derecho Foral o especiales, para tomar «ideas» que pueden ayudarnos a resolver lagunas, pero no a los «principios generales» que inspiran tales preceptos, entre otras razones porque tales principios no son idénticos para todos ellos, por lo que tendríamos que decantarnos por alguno, lo que parece no tener mucho sentido.

4. LA FACULTAD CONFERIDA POR EL ARTÍCULO 831 CC

El párrafo primero del precepto dice que no obstante la prohibición establecida por el artículo 830 CC de encomendar a otro la facultad de mejorar, podrán conferirse facultades al cónyuge en el testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición, y en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

A pesar de que el precepto se encuentra en sede de mejora tiene un contenido que desborda con creces tal materia, pues el cónyuge

¹¹ DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa (II, Sobre el artículo 831 del Código Civil», *RGLJ*, 1953, p. 880.

¹² DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales...», *ob. cit.*, p. 881.

viudo tiene la facultad de decidir sobre la atribución de dos tercios del caudal. Además, el cónyuge viudo puede decidir sobre el concepto sucesorio.

La intervención de un tercero en la ordenación de la sucesión se puede plantear en el negocio ordenador, es decir en el momento de otorgar testamento o realizar un contrato sucesorio, en cuyo caso se habla de excepción al principio de *personalismo formal*. O, tal intervención se produce por un reenvío a una voluntad ajena al negocio sucesorio (autorizando a una persona para que después de la muerte del causante pueda designar sucesor, establecer la porción de bienes en la que la sucesión ha de tener lugar o decidir sobre la eficacia de las disposiciones del causante), en cuyo caso hablaremos de una quiebra del principio de exigencia de *personalismo material* en la ordenación de la sucesión, puesto que una voluntad extraña va a ordenar la sucesión sin que formalmente intervenga en el acto ordenador¹³. Este último caso es nuestro supuesto.

Se trata de una fiducia limitada a la distribución, dentro de un círculo limitado de personas¹⁴. A juicio de Blasco se trata de una delegación facultad distributiva-partitiva de los bienes del causante, basada en un relación de confianza o fiducia. La ordenación o partición, con asignación de bienes concretos, se someterá a las mismas reglas que la partición hecha por el causante y, en concreto, al artículo 1056 CC¹⁵.

Se ha dicho que requiere como acto genérico una disposición testamentaria (o, en su momento, un pacto en capitulaciones matrimoniales, posibilidad hoy suprimida, como acabamos de ver), relativos a la *sucesión* del cónyuge que premuere; su contenido es fiduciario, pues contiene una *delegación* que abarca la posibilidad de *mejorar*, es decir, de atribuir porciones desiguales a los hijos comunes y la de distribuir, los bienes del difunto, implicando este segundo aspecto un poder particional más amplio que el conferido al contador-partidor conforme al artículo 1057 CC¹⁶.

El/la viudo/a está investido de un poder de configuración jurídica sobre el complejo patrimonial que constituye la herencia del difunto y sus facultades derivan de una declaración de voluntad del premuerto¹⁷.

¹³ ASUA GONZÁLEZ, C. I., Designación..., *ob. cit.*, p. 18.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Sucesiones...*, *ob. cit.*, p. 354.

¹⁵ BLASCO GASCO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, VV. AA., coord. por A. M. LÓPEZ, V. L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1999, p. 342.

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario...», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *ob. cit.*, p. 406.

¹⁷ ALPAÑES, E., *ob. cit.*, p. 324.

El cónyuge viudo está facultado, pero no obligado por el testador. La anterior redacción decía «podrá ordenarse en testamento o capitulaciones matrimoniales», lo que podía llevar a pensar que se trataba de un mandato, la actual redacción habla de «conferir facultades» por lo que no existe duda sobre el particular.

El encargo del/de la viudo/a se cumple con el acto de mejorar, atribuir o adjudicar, realizado aquél se agota el contenido del poder conferido, que ya no podrá renacer. Por la decisión del/de la viudo/a adquieren determinación y firmeza los derechos de cada cual en la herencia del causante, y esa consolidación de títulos y adquisiciones no puede ya desintegrarse por la voluntad unilateral del cónyuge superviviente

Con la nueva redacción, las facultades distributivas-partitivas se extienden a los bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada y a los bienes propios del cónyuge delegado, por lo tanto las facultades de éste son superiores a las del testador.

Todo ello nos hace pensar que el precepto está contemplando una situación que es bastante frecuente en la práctica, en familias bien avenidas: los bienes no se reparten hasta que muere el segundo de los progenitores.

A pesar de ello, si los legitimarios exigen la porción legal que le corresponde en la herencia del premuerto, el progenitor superviviente se la tendrá que abonar, como luego veremos.

5. PRESUPUESTOS

a) Que un cónyuge conceda al otro la facultad en su testamento.

Suprimida la posibilidad de concesión de tal facultad en capitulaciones matrimoniales, la concesión de la facultad es ahora siempre revocable, al ser el testamento esencialmente revocable.

Así, el testamento donde se concede la facultad debe ser el último válido.

Dado que tiene que existir testamento válido, la sucesión del cónyuge premuerto debe ser testada o, por lo menos, en parte testada y en parte intestada, al contrario de lo que sucedía en la primitiva redacción del precepto en que la sucesión debía ser intestada.

b) Que exista matrimonio válido entre el cónyuge concedente y el cónyuge concesionario de la facultad, y que tal matrimonio subsista a la muerte del cónyuge testador.

Si el matrimonio se disolvió por divorcio, se extingue la facultad, porque el testador y el beneficiario de la facultad dejan de ser cónyuges y el superviviente ya no es viudo/a del fallecido.

Tampoco cabe la delegación si el matrimonio fue anulado, aunque el cónyuge facultado sea el «cónyuge de buena fe»¹⁸, los efectos del matrimonio putativo no alcanzan a la delegación.

Puede pensarse que pese a la separación judicial o de hecho subsiste la facultad, porque los cónyuges siguen estando casados entre sí¹⁹. Sin embargo, Blasco opina que una interpretación literal y el silencio del artículo 831 no parecen razones suficientes para fundamentar una respuesta afirmativa; ni siquiera el artículo 834 que mantiene la legítima del cónyuge separado no culpable. El carácter *intuitu personae* de la institución parece quebrarla cuando se pierde la confianza o fiducia en el otro cónyuge (cfr. arts. 102 y 106 CC); por analogía habría que aplicar la misma solución a la separación de hecho²⁰. En este sentido, Díez-Picazo y Gullón consideran que la separación matrimonial supone revocación del poder concedido (con referencia también a los arts. 102 y 106 CC)²¹.

Estando de acuerdo en lo fundamental con Blasco, considero que si pese a la separación judicial o de hecho el cónyuge concedente de la facultad sigue confiando en el otro, cosa que bien puede suceder, la delegación será válida. La demostración de la confianza puede ser expresa o tácita: expresa si el testador en su testamento dice que pese a la separación concede facultades a su todavía cónyuge; tácita si concede la facultades en su testamento al otro cónyuge después de la separación judicial o de hecho.

Si el cónyuge facultado ha sido justamente desheredado o declarado indigno parece que no reúne las cualidades imprescindibles para el ejercicio de la delegación, por lo tanto también deberá tener la capacidad debida para suceder a su consorte.

c) Que el concedente de la facultad premuera al cónyuge facultado.

La facultad puede concederse recíprocamente por los cónyuges, cada uno en su propio testamento, bien con el mismo contenido o con contenido diferente, en cuyo caso a la muerte de cualquiera de ellos el superviviente será el encargado de ejecutar la fiducia.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Sucesiones*, ..., *ob. cit.*, p. 354.

¹⁹ En contra, VALLET DE GOYTISOLO, J., *ob. ult., cit.*, p. 2056, quien considera que para la subsistencia de la facultad los cónyuges separados deben haberse reconciliado.

²⁰ BLASCO GACO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, VV. AA., coord. por A. M. LÓPEZ, V. L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1999, p. 340.

²¹ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 7.ª ed., Madrid, 1997, p. 469.

Si solamente uno de los cónyuges concedió al otro las facultades previstas en el precepto, será el concedente el que tendrá que morir primero, como es obvio, para que el otro pueda ejecutar el encargo.

d) Que sobrevivan al concedente de la facultad varios hijos o descendientes comunes.

No es preciso que los descendientes comunes, a quienes se favorece, sean legitimarios. Así, se podrá mejorar a un nieto en vida de su progenitor o adjudicarle toda o parte de la porción de libre disposición. Por lo tanto, si existe solamente un hijo en común, parece preciso que éste tenga descendencia, para que exista concurrencia, al menos respecto del tercio de mejora, aunque también parece caber la posibilidad de ejercer la facultad a favor de descendientes nacederos, por medio de la sustitución fideicomisaria, conforme al artículo 782 CC, dentro de los límites fijados por los artículos 781 y 785 CC²².

Se ha planteado la hipótesis del fallecimiento de algún descendiente común, sin descendientes y sin testamento, después del causante, de cuya sucesión tratamos. En tal caso heredaría el cónyuge la parte de su hijo premuerto. Subrogado el cónyuge en el lugar del hijo, sería inmoral que el cónyuge se atribuyera, a sí mismo, la mayor parte de la herencia. El cónyuge puede mejorar y distribuir la herencia entre los hijos comunes, pero se excluye su actuación respecto de otras personas y, por lo tanto, para sí mismo²³.

e) Que los hijos o descendientes comunes, favorecidos por el cónyuge supérstite, no sean indignos para suceder al causante, ni hayan sido desheredados por éste con justa causa.

f) Cabe la posibilidad de que existan hijos no comunes, en el momento del fallecimiento del testador, que sean descendientes de éste.

g) Que el cónyuge supérstite no haya contraído nuevas nupcias o mantenga o relación de hecho análoga a la conyugal o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Naturalmente, si el cónyuge sobreviviente hubiera ejercitado la facultad antes de contraer nuevas nupcias o vivir de hecho en relación análoga a la conyugal o tener un hijo después de la apertura de la sucesión, no se invalidarán los actos realizados, pues se trata de

²² VALLET DE GOYTISOLO, J., *ob. ult. cit.*, p. 2056.

²³ DÍAZ FUENTES, A., *ob. cit.*, pp. 893 y 894.

un hecho posterior que no puede producir efectos invalidantes retroactivamente.

También es posible que existan hijos del cónyuge facultado, no comunes con el testador, que hayan nacido antes de la apertura de la sucesión, pues esta circunstancia no impide el ejercicio de las facultades conferidas. Los hijos del cónyuge facultado, que no lo sean del testador, no tienen ninguna participación en la herencia de éste, salvo que el testador haya efectuado alguna disposición en su favor, con cargo a la porción libre.

6. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA FACULTAD

A) *Actos que comprende la facultad*

La facultad comprende la posibilidad de:

- a) Mejorar incluso con cargo al tercio de libre disposición.
- b) Adjudicar y atribuir por cualquier título o concepto sucesorio.
- c) Partir.

El testador puede conceder al cónyuge todas las facultades o alguna de ellas. La facultad se ejercerá dentro de los límites previstos en el testamento y respetando sus disposiciones.

La comisión del cónyuge premuerto habilita al sobreviviente para, de una parte, fijar el *quantum* de la cuota sucesoria de cada uno de los legitimarios y, de otra, señalar los bienes que deben integrar cada cuota²⁴

Para encontrar alguna diferencia entre «adjudicar» que es un acto particional y «partir», puede entenderse que adjudicar se refiere a bienes concretos, de la herencia, sin realizar una partición completa del haber relicto y la posibilidad de «partir» se refiere al reparto completo de la herencia, adjudicando todos los bienes, completando el pago de las correspondientes cuotas.

Según Vallet de expresarse solamente que se concede la facultad de distribuir debe entenderse comprendida la facultad de mejorar, a menos que ésta haya sido expresamente excluida o si el causante la hubiera agotado²⁵.

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., Sucesiones..., *ob. cit.*, p. 354.

²⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario...», en *Comentario al Código Civil*, Edersa, *ob. cit.*, p. 2056.

También en el mismo autor en «Comentario...», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *ob. cit.*, p. 412.

B) *La facultad de utilizar bienes de la comunidad postganancial*

El artículo termina el párrafo donde describe las facultades del cónyuge añadiendo la siguiente frase «incluidos bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».

Cabe preguntarse si tal posibilidad se extiende a todas las facultades o se limita al supuesto de concesión de la facultad de partir.

Del análisis conjunto del precepto me inclino a pensar que cabe tal posibilidad en todos los casos. Es decir, se podrá mejorar con cargo a bienes de la comunidad postganancial y atribuir o adjudicar bienes de tal comunidad y proceder al reparto conjunto de los bienes privativos del difunto y de los bienes de la sociedad conyugal, extinta y no liquidada, con los problemas que después veremos.

C) *La posibilidad de nombrar herederos o legatarios*

El artículo 831 CC afirma que el cónyuge delegado podrá ejercitar las facultades concedidas «por cualquier título o concepto sucesorio o particiones».

El «título o concepto sucesorio» debe referirse a los conceptos de heredero o legatario. No parece existir otro «título sucesorio».

No aclara el precepto si el «título o concepto sucesorio» debe establecerse por el testador, limitándose su cónyuge a adjudicar o atribuir bienes, de acuerdo con título previamente señalado o si podrá el cónyuge facultado instituir herederos o legatarios, con respeto a los nombramientos efectuados por el causante.

Esta última interpretación parece ser más acorde con el sentido literal de la frase y con el análisis conjunto del precepto.

De ser así, el heredero podrá ser instituido por el cónyuge facultado como heredero puro y simple, bajo condición, término o modo, heredero fiduciario y heredero fideicomisario..., de igual modo podrá proceder en el nombramiento de legatarios.

Mientras no se realicen los nombramientos, ni los luego nombrados herederos o legatarios podrán aceptar o repudiar la herencia (cfr. art. 991 CC). Los efectos de tales nombramientos se retrotraerán al momento de la muerte del cónyuge difunto, una vez que los instituidos acepten la herencia (cfr. art. 989 CC).

Además, el «título o concepto sucesorio» debe referirse a la herencia del difunto, pues tendría muy poco sentido realizar varios actos en «concepto sucesorio» ya sean simultáneos o sucesivos, referido a la propia herencia del cónyuge facultado aunque solamente sea porque, en tal caso, van a tener efectos todos a la vez: en el momento de la muerte del cónyuge disponente.

7. FORMA DE EJERCICIO DE LA FACULTAD

La distribución puede hacerse en instrumento *inter-vivos* en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Así, por ejemplo, el fiduciario asigna un bien concreto a un descendiente en concepto de mejora, sin distribuir todavía el resto²⁶.

El acto puede ser de adjudicación de bienes concretos o de simple asignación de cuotas para que luego se repartan los bienes entre los favorecidos.

No parece que el cónyuge pueda hacer donaciones, en sentido propio, con los bienes del difunto, que se recibirán siempre por título sucesorio, aunque la asignación se haga por actos *inter-vivos*²⁷.

Deberán constar en escritura pública las adjudicaciones relativas a bienes inmuebles, si se pretende la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre del adjudicatario. De todos modos, es posible que se deniegue la inscripción si no dan su conformidad a la adjudicación los herederos y los legitimarios, sean o no herederos, pues en otro caso el Registrador no podrá saber si se han respetado las legítimas y demás disposiciones del causante.

También parece que el fiduciario podrá ejercitar la facultad conferida en su propio testamento, posponiendo hasta el momento de su muerte el reparto de la herencia del difunto, con respeto a las legítimas, como luego veremos.

En el caso de ejercicio de la facultad en testamento, debe considerarse revocable durante toda la vida del fiduciario.

Por otra parte, el nombramiento de herederos en «actos sucesivos» no es convincente. En efecto, si existen deudas, todos los herederos responden incluso con su propio patrimonio, salvo aceptación a beneficio de inventario, no parece justo cargar al heredero nombrado en primer lugar con el pago de las deudas, cosa que puede suceder si los nombramientos se hacen en actos sucesivos y distantes en el tiempo.

Además, si el cónyuge se retrasa en el nombramiento de herederos y existen deudas, los acreedores no están obligados a esperar para cobrar. Ciertamente podrán demandar a la «herencia yacente y los herederos presuntos», pero también podrán instar en juicio al cónyuge para que nombre herederos y manifiesten si aceptan o repudian, por aplicación analógica del artículo 1005 CC.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Sucesiones...*, ob. cit., p. 355.

²⁷ Ídem.

8. LÍMITES

A) *La distribución de los bienes entre los hijos y descendientes comunes*

Como afirma Blasco, se trata de un límite subjetivo o personal²⁸.

Vigente la anterior redacción se suscitó la duda de si podían ser mejorados los nietos, dado que el precepto hablaba solamente de hijos. La duda está resuelta y hoy está muy claro que el cónyuge delegado puede mejorar y atribuir bienes a sus nietos, con cargo al tercio de mejora y al de libre disposición, por tanto es posible que los nietos o alguno de ellos reciban dos tercios de la herencia.

También se discutió en la doctrina si el precepto sería de aplicación existiendo hijos o descendientes del causante no comunes²⁹. La duda también ha sido resuelta en la actual redacción que se ocupa de los descendientes no comunes en el número 4 del artículo 831 CC.

En definitiva, la existencia de descendientes no comunes no impide la aplicación del precepto. Ahora bien, está claro que el cónyuge delegado no puede mejorar a esos descendientes que lo son únicamente del testador (obviamente legitimarios de éste), pero tampoco parece equitativo que el supérstite pueda, en perjuicio de éstos, mejorar solamente a los hijos comunes.

La solución consiste, a mi criterio, en respetar la legítima larga de los descendientes no comunes, con lo cual le queda al cónyuge viudo la posibilidad de disponer de la parte del tercio de mejora correspondiente a los hijos o descendientes comunes y de la parte del tercio de libre disposición no utilizado por el testador, con lo cual la injusticia respecto de los descendientes no comunes puede producirse por cuanto el cónyuge delegado no puede atribuir a los descendientes no comunes bienes con cargo al tercio libre, salvo que el testador ordene el reparto igualitario del tercio libre o realice alguna disposición con cargo a ese tercio a favor del descendiente no común. También puede pensarse que si el testador, conociendo la existencia de descendientes no comunes, no dispuso de una parte del tercio libre a favor de éstos y concedió al cónyuge las facultades previstas en el artículo 831 CC, es porque no quería dejar a sus descendientes no comunes ninguna parte de tal tercio.

²⁸ Por todos, BLASCO GASCO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, *ob. cit.*, p. 341.

²⁹ Por ejemplo, LACRUZ opinó que no parece que quepa mejorar a los nietos, en *Sucesiones...*, *ob. cit.*, p. 484; en cambio DÍEZ-PICAZO y GULLÓN estimaron que el artículo 831 no significaba una alteración de la regulación de las mejoras, pues tan comunes pueden ser aquellos descendientes como los hijos, en *Sistema...*, *ob. cit.*, p. 469.

Puede verse también, por todos los demás, VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al...», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, p. 420.

B) *Respeto a la legítima y demás disposiciones del causante*

El número 3 del artículo 831 afirma que «el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, debe respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos».

Se trata de un límite objetivo, que restringe la delegación a los bienes de los que no haya dispuesto el causante en su testamento, siempre con respeto a las legítimas³⁰.

Cabe preguntarse si el cónyuge sobreviviente, por sí sólo, podrá prescindir de las disposiciones testamentarias inoficiosas y redistribuir las legítimas entre los herederos forzosos. Considero que no. Para poder proceder a esa redistribución se necesitará el consentimiento de los afectados (que podrán ser los descendientes comunes u otros herederos o legatarios), caso de no obtenerlo, serán los legitimarios perjudicados quienes podrán solicitar la reducción.

La redacción del precepto se ocupa solamente de las legítimas estrictas de los descendientes comunes y disposiciones del testador a favor de éstos, lo cual no puede significar que el delegado pueda dejar de respetar las legítimas estrictas de los descendientes no comunes o de las disposiciones del testador a favor de quien estime conveniente, siempre que no sean inoficiosas.

A pesar de que el precepto ordena respetar exclusivamente la legítima estricta, puede pensarse que si el testador no ha conferido al/a la viudo/a la facultad de mejorar, deberá respetar la legítima larga de los descendientes o, cuando menos, la legítima larga de los descendientes no comunes, aunque me inclino por el respeto a la legítima larga de todos los descendientes.

C) *Posibilidad de gravar las legítimas con sustitución fideicomisaria a favor del incapaz (arts. 808 y 782 CC)*

También hemos de tener en cuenta las reformas introducidas por la propia Ley 41/2003, de 1 de noviembre, en los artículos 808 y 782 CC, que permite al testador gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

³⁰ BLASCO GASCO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 341.

Para gravar la legítima se requiere que el hijo o descendiente haya sido declarado incapaz por sentencia judicial firme, sin que baste que tenga cualquier tipo de minusvalía.

Aunque tal posibilidad se concede al testador, considero que puede extenderse al cónyuge facultado por éste para distribuir la herencia.

Cabe preguntarse si el cónyuge fiduciario podrá gravar con este fideicomiso a favor del descendiente incapaz la legítima estricta de los hijos no comunes, si existieran.

El artículo 831 CC limita la concesión de la facultad a las mejoras, adjudicaciones y atribuciones a favor de los hijos comunes. Así, parece que si bien el testador puede gravar la legítima de cualquiera de sus hijos o de todos a favor del incapaz, el/la viudo/a facultado por el testador solamente podrá gravar la legítima de los hijos comunes, a favor de su hermano/a judicialmente incapacitado, que también deberá ser común.

Ello no obsta para que el causante, que haya constituido en su testamento un fideicomiso a favor de un hijo o descendiente, sea o no común, gravando la legítima estricta de todos sus descendientes, sean o no comunes o de alguno de ellos, sea o no común, faculte a su cónyuge para que adjudique al fideicomiso los bienes que estime conveniente.

Estas adjudicaciones, para cubrir la cuota del fiduciario incapaz, deberán contar con la aprobación del defensor judicial, si el cónyuge viudo estuviera interesado en la herencia.

Después, para el ejercicio de los derechos y deberes que derivan del fideicomiso, probablemente el/la viudo/a representará al incapaz, pues en un orden normal de previsiones habrá sido nombrado tutor (cfr. art. 234.1 CC) o ejercerá la patria potestad prorrogada o rehabilitada (cfr. arts. 201 y 171 CC).

9. LA FACULTAD DE MEJORAR

El testador puede conceder a su cónyuge la facultad de mejorar a los hijos o descendientes comunes «incluso con cargo al tercio de libre disposición».

Mientras estuvo vigente la redacción del precepto que no hacía mención expresa a la posibilidad de mejorar a los nietos y descendientes de ulterior grado, la doctrina discutió sobre este particular. Algunos autores se mostraron a favor mientras que otros mantenían que el cónyuge sobreviviente debía distribuir el tercio libre

por igual entre «los hijos comunes»³¹. La nueva redacción ha zanjado la discusión.

La posibilidad de «mejorar» con cargo al tercio de libre disposición es una novedad de esta última reforma del artículo 1831 CC.

Ahora bien, «las mejoras con cargo al tercio de libre disposición» no son en rigor «mejora», aunque efectivamente cualquier disposición a favor de uno o alguno de los hijos o descendientes, con cargo a al tercio de libre disposición, suponga un incremento de su porción hereditaria, que le «mejora» en relación con los hijos o descendientes que no reciben nada de esa porción o que reciben menos.

Pero, una cosa es «mejorar» en sentido estricto y otra distinta es proporcionar una ventaja patrimonial con cargo al tercio de libre disposición.

La mejora es parte de la legítima de los hijos y demás descendientes (en su caso), por lo tanto, cualquier mejora con cargo al tercio correspondiente de la legítima larga disminuye la porción que por legítima corresponde a los descendientes no mejorados, cosa que no sucede si se dispone de todo o una parte del tercio de libre. La cuestión no es intrascendente, pues si la «mejora» se hace con cargo al tercio de libre disposición, los restantes descendientes, que sean herederos forzosos, recibirán la parte que les corresponde del tercio que hubiera podido ser empleado para mejorar, en concepto de legítima, es decir libre de toda carga o gravamen y exigible de inmediato con cargo a bienes concretos del caudal relicto, dada la intangibilidad cualitativa de la legítima.

10. LA FACULTAD DE ADJUDICAR Y ATRIBUIR: ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA AL HIJO O DESCENDIENTE INCAPAZ (art. 822 CC)

La atribución y adjudicación son actos particionales, que pueden quedar sin contenido por la sola voluntad del delegante (que sería una revocación tácita) si agota las posibilidades distributivas del/de la viudo/a mediante disposiciones patrimoniales *mortis causa*³².

En el uso de esta facultad, el cónyuge fiduciario podrá atribuir al hijo o descendiente incapaz un derecho de habitación sobre la

³¹ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario...», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 415.

³² BLASCO GASCO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 342.

vivienda habitual que no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieran conviviendo en ella, según lo dispuesto en el nuevo artículo 822 CC, en la redacción dada por la citada Ley 41/2003.

La exclusión del cómputo de las legítimas significa que este derecho no se imputará a ninguno de los tercios en los que se divide idealmente la herencia cuando existen hijos o descendientes legitimarios del causante, como veremos luego.

Este derecho podrá ser atribuido, incluso, por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente.

En este caso, el fiduciario, al hacer atribuciones y adjudicaciones, tendrá que respetar el derecho del discapacitado. En definitiva, si el discapacitado lo necesita, el fiduciario tendrá que conceder al descendiente legitimario del causante, aunque no sea común, un derecho de habitación.

Todo ello sin perjuicio de que en la disolución de la sociedad de gananciales el/la viudo/a tenga derecho a la adjudicación preferente de la vivienda donde tuviese su residencia habitual, según dispone el artículo 1406.4.º CC, que el artículo 822 ordena respetar.

El/la viudo/a podrá pedir, a su elección, que se le atribuya la vivienda en propiedad o que se constituya sobre la misma un derecho de uso o habitación, según dispone el artículo 1407 CC, que también ordena respetar el artículo 822 CC.

En ambos casos, es decir tanto si el cónyuge fiduciario opta por la propiedad como si opta por un derecho de uso o habitación, concurrirá con el discapacitado en el uso de la vivienda, como será lo normal si el discapacitado es descendiente común.

11. LA FACULTAD DE PARTIR

A) Título de atribución y determinación de cuotas

El título de atribución y las correspondientes cuotas de participación en la herencia deben ser concretadas antes de la partición. Es decir, si el cónyuge está facultado para nombrar herederos o legatarios, deberá efectuar los nombramientos y establecer las cuotas de cada uno de los hijos comunes como paso previo a la partición.

B) *Equivalencia a la partición realizada por el testador*

Se ha dicho que las facultades particionales del cónyuge viudo son superiores a las del contador-partidor, asemejándose a las del propio testador.

Como explicó en su día Lacruz, la comisión del cónyuge premuerto habilita al superviviente para, de una parte, fijar el *quatum* de la cuota sucesoria de cada uno de los descendientes, sin más límites que las legítimas y las disposiciones del causante; de otra señalar los bienes que deben integrar cada cuota; sin duda puede limitarse a lo uno o a lo otro. En cualquier caso es más que un contador-partidor, por cuanto ocupa el lugar del propio disponente, al señalar las cuotas de los descendientes y así la partición realizada por él debe considerarse como una partición hecha por el testador, con aplicación del artículo 1056 y sometida a las mismas reglas³³.

No obstante, sus facultades particionales son incluso superiores a las del testador, pues puede utilizar bienes de la comunidad postganancial para conformar los lotes y, además, incluso parece que, aunque sea de forma indirecta, puede atribuirse bienes a sí mismo.

C) *Partición de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales*

Existiendo sociedad de gananciales u otra forma de comunidad de bienes entre los cónyuges, su liquidación es paso previo para la partición de la herencia. Hasta entonces no sabemos ni cuantos ni cuales de los bienes del consorcio que se atribuirán a la herencia del difunto.

La posibilidad de que el cónyuge fiduciario pueda utilizar bienes de la sociedad conyugal disuelta y que esté sin liquidar nos puede llevar a pensar que está facultado para liquidar en solitario esa sociedad. Si así fuera, antes de partir la herencia del difunto, el cónyuge viudo podría adjudicarse a sí mismo bienes de la sociedad de gananciales. Después de liquidar la sociedad de gananciales, en la partición de la herencia, podría concretar los bienes sobre los que recaerá su usufructo, ya que las facultades conferidas no le privan de su cuota legal (y eso como mínimo pues el causante ha podido dejarle más de lo que por legítima le corresponde). Esa concreción podría hacerla incluso de forma indirecta, pues dado

³³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones, Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., vol. V, Barcelona, 1988, p. 484.

que su usufructo recae sobre el tercio de mejora, le bastaría con adjudicar en ese concepto los bienes que le interese usufructuar.

Se daría así la circunstancia de que en el cónyuge viudo confluirían las condiciones de partidor, miembro de la sociedad de gananciales (extinta y no liquidada) y representante de la herencia yacente, en su condición de administrador. Todo ello resulta excesivo.

Existiendo algún hijo no común, favorecidos por el testador, el precepto dice que el cónyuge que no sea pariente el línea recta de tal tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a las facultades conferidas, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución relativos a las legítimas o disposiciones del causante.

A *contrario sensu*, cuando no se den estas circunstancias el cónyuge fiduciario no representará a sus hijos comunes, por lo que tendrá que contar con éstos, si fueran mayores de edad, para liquidar la sociedad de gananciales e incluso cabe pensar que tendrán que dar su aprobación a las operaciones de partición de la herencia.

Desde luego, si existen hijos menores, el cónyuge fiduciario será su representante legal, por lo que no podrá proceder a la liquidación de la sociedad conyugal ni a la partición de la herencia sin nombrar un defensor judicial, pues a esa solución conduce la doctrina que fluye del artículo 1057 CC, como bien dice el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de Aragón de 3 de octubre de 1989, que si bien está referido al Derecho Foral de esa Comunidad Autónoma es aplicable a nuestro supuesto.

D) *La colación*

D.1) Colación e imputación.

La colación es una operación particional típica, que deberá realizarse cuando concurren a la sucesión varios herederos forzosos, que parece ser nuestra hipótesis.

La colación, en sede de partición hereditaria, es la agregación contable a la masa hereditaria de los bienes donados por el causante a sus «herederos forzosos», para que «tomen de menos» del caudal, lo que ya habían recibido en vida del causante.

Según Vallet computación, imputación y reducción de una parte, y colación de otra, son operaciones independientes y sucesivas.

Por el contrario, considero que dichas operaciones están todas relacionadas entre sí. Se debe «colacionar» porque las donaciones se han computado a efectos del cálculo de las legítimas y, como se

han computado, se deben imputar a cada uno de las porciones en que idealmente se divide la herencia cuando existen legitimarios.

En primer lugar, el artículo 818 CC trata de la colación a efectos del cálculo de las legítimas. Para calcular las legítimas tomamos el activo neto del caudal relicto y le añadimos todas las donaciones efectuadas en vida por el causante. Evidentemente, si al valor del activo hereditario neto le añadimos el valor de las donaciones, la suma resultante excederá del haber partible, en consecuencia no habrá en el caudal relicto bienes bastantes para pagar a todos los legitimarios y cumplir las disposiciones no inoficiosas del causante con cargo a la parte libre, salvo que imputemos las donaciones a la porción correspondiente. Por lo tanto, antes de cubrir la cuota de cada heredero y de cada legitimario, sea o no heredero, debemos imputar las donaciones a la legítima, parte libre y, en su caso, a la mejora.

En suma, debemos imputar las donaciones porque las hemos computado y, luego, el afectado «tomará de menos» de la masa hereditaria lo que ya hemos imputado a su cuota.

Como dice Lacruz la colación es una operación que sirve para el cálculo de las legítimas y para contar en la partición como un anticipo de lo donado a los legitimarios por el causante, que se realiza por imputación³⁴.

La colación se realiza por imputación, es decir se imputa contablemente en el lote correspondiente a cada coheredero, para completar después su cuota con bienes concretos del haber hereditario.

Se dice que para estar obligado a colacionar es preciso haber sido llamado como heredero, porque supone un anticipo de la cuota hereditaria. Pero, este criterio no resulta trascendente, pues el legitimario, aunque sea llamado a título de legatario, tiene derecho a una cuota de la herencia.

Otra cosa es que los legitimarios legatarios no deban «colacionar», es decir traer a la masa el valor de los objetos legados, puesto que ya están en la masa, aunque deban imputarse a su legítima.

El artículo 1037 CC, que afirma no estar sujetos a colación los bienes dejados en testamento (salvo voluntad en contra del testador) porque es de lógica común: no es de buen sentido agregar contablemente a la masa hereditaria el valor de los bienes que forman parte de esa masa y que, lógicamente, tenemos que valorar para realizar las operaciones contables.

Cabe pensar que el precepto quiere decir que lo dejado a título singular por el testador a un legitimario se imputará a la parte de

³⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Sucesiones*, ed. revisada por J. RAMS ALBESA, *ob. cit.*, pp. 139 y 142.

libre disposición y, si no cabe en ese tercio, el exceso se imputará al tercio de mejora, lo cual coincide lo establecido en el artículo 828 CC que trata de la imputación de legados, afirmando que no se reputarán mejora salvo que el testador declare expresamente ser ésta su voluntad o no quepan en la parte libre. Todo ello significaría que las atribuciones testamentarias de bienes o derechos concretos significan un «extra» sobre la legítima para el legitimario favorecido.

Dados sus antecedentes, el artículo 828 CC parece partir de la hipótesis de un prelegado, que se recibe además de la institución (en la que se entiende incluida la legítima del instituido) por lo cual se imputa a la parte de libre disposición y, si no cabe en ella, a la mejora, es decir a las porciones en las que el testador puede desigualar a sus descendientes legitimarios³⁵.

Ahora bien, actualmente, según opina la doctrina mayoritaria, el legitimario no tiene por qué recibir su legítima a título de herencia, bien puede suceder que el legado no sea un prelegado y que, por tanto, su legítima no esté cubierta con el contenido de la institución de heredero.

Así, la mejor doctrina, o al menos buena parte de ella, opina que los legados realizados a favor de los legitimarios, sin orden de imputación, deben imputarse en primer lugar a la legítima, cuando no esté cubierta por otra distinta atribución patrimonial en cuyo caso, aunque no deba traer exactamente «a colación» el bien legado, a efectos prácticos se consigue el mismo resultado, pues el legitimario legatario «tomará de menos» de la masa hereditaria lo que ya recibió en concepto de legado. Como afirman Díez-Picazo y Gullón, cuando el testador no haya dejado al legitimario su cuota legitimaria expresamente (a título de herencia o legado), si entendemos que el legado debe imputarse en primer lugar a la parte libre, habría preterición, pues el testador no ha dispuesto a favor del legitimario de la cuota que legalmente le corresponde. Sin embargo, si el testador favorece a su legitimario con un legado, no hay preterición, puesto que lo ha recordado en su testamento y ha realizado una atribución patrimonial en su favor (precisamente el supuesto de preterición del art. 814 CC es el opuesto)³⁶. El legatario no se considerará preterido y en todo caso podrá pedir el complemento de su legítima (cfr. art. 815 CC).

En consecuencia, el cónyuge facultado por el testador, a la hora de efectuar el pago de las legítimas y componer las cuotas de los descendientes, deberá realizar las correspondientes imputaciones,

³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 828 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *ob. cit.*, p. 2046.

³⁶ DÍAZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema...*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 476.

teniendo en cuenta las donaciones y legados realizadas por el causante y sus propias atribuciones. Si procede al reparto conjunto de sus bienes y los del causante, tendrá también que tener en cuenta las donaciones que él mismo haya efectuado a favor de los descendientes comunes.

D.2) Exención de colación de los gastos realizados para atender a las necesidades del descendiente incapaz.

Según dispone el párrafo segundo del artículo 1041 CC, añadido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con incapacidad.

La exención de colación afecta tanto a los hijos o descendientes comunes como a los no comunes. No es preciso que exista declaración judicial de incapacidad.

Cabe preguntarse si la exención de colación significa imputación al tercio de libre disposición o exención de cómputo para el cálculo de las legítimas, en cuyo caso el incapaz podría recibir íntegra su legítima estricta, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, sin imputación a ninguno de los tercios de los gastos a los que hemos referido.

La exención de colación de los artículos 1036, 1037 y 1042 CC se refiere a donaciones, disposiciones testamentarias o gastos que son computables a efectos del cálculo de las legítimas, puesto que no pueden perjudicarlas, e imputables al tercio de libre disposición, que se imputarán a la legítima del favorecido en cuanto excedan de la parte de la que podía libremente disponer el causante y si aún así perjudican la legítima de los restantes herederos forzosos se reducirán por inoficiosas³⁷.

En cambio, los gastos exentos de colación del artículo 1041 CC no son computables a efectos del cálculo de las legítimas y por lo tanto no son imputables a alguno de los tercios, suponen una

³⁷ SARMIENTO RAMOS, J., «Comentario al artículo 1042 CC», en *Comentario...*, Ministerio de Justicia, T. I, *ob. cit.*, pp. 2450 y 2451, ha sostenido que los gastos exentos de colación del artículo 1042 CC no son computables en el sentido propio de la palabra, no habrán de tenerse en cuenta para el cálculo del tercio de libre disposición, sino que las cosas ocurrirán del siguiente modo: habrá una primera fase de determinación de los tercios en la que se tendrá en cuenta el haber hereditario neto y las donaciones computables, con exclusión de los gastos previstos en el artículo 1042 CC y una segunda fase en la que a los dos tercios de legítima así obtenidos se añadirán dichos gastos, los cuales tendrán la consideración de dispensados de colación y se imputarán a la mejora.

No lo creo así, porque la mejora es parte de la legítima, mientras el testador no disponga expresamente de una parte de los dos tercios en concepto de mejora. La exención de colación no puede significar imputación a la legítima, aunque sea a la legítima larga, se trata de «extra» a la legítima.

atribución extraordinaria que no podrá considerarse inoficiosa, siempre que tales gastos sean los previstos en el precepto. Obedece la exclusión a que no se trata de auténticas liberalidades sino del cumplimiento de deberes impuestos por la relación jurídico familiar o por el uso social.

Además, la nueva redacción del artículo 822 CC, operada por la citada Ley 41/2003, se refiere al legado o donación del derecho de habitación sobre la vivienda habitual, a favor del incapaz, y dice que «no se computará para el cálculo de las legítimas», lo que significa, indirectamente, que no se imputará a ninguno de los tercios en los que idealmente se divide la herencia, en el caso de existir descendientes del causante, como ya dije. Es una atribución basada en la necesidad del incapaz, que no se considera, exactamente, como una liberalidad.

12. LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN POR EL FAVORECIDO CON BIENES ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS

El párrafo cuarto del artículo, objeto de análisis, dice: «Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa».

Hemos de concluir, por tanto, que las disposiciones del cónyuge sobre los bienes del difunto tienen el carácter de adjudicaciones particionales, que atribuyen al favorecido la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados.

No obstante, si se trata de inmuebles, el adjudicatario no podrá inscribirlos en el Registro de la Propiedad a su nombre sin el consentimiento de los herederos y de los legitimarios, sean o no herederos, pues mientras no se realice la partición completa de la herencia no puede saberse si el cónyuge adjudicante ha respetado las legítimas y disposiciones del causante.

Por otra parte, el adjudicatario se encuentra favorecido por una especie de posesión civilísima que no necesita aprehensión material de los bienes adjudicados y que el artículo 440 CC reserva a los herederos. En el supuesto que estamos encarando, parece que para adquirir la posesión de los bienes adjudicados no hace falta adquirirlo a título de herencia. Si el adjudicatario es legatario, adquirirá también la posesión civilísima de los bienes adjudicados por su padre o madre viudo o viuda, posesión que dejará de ostentar el heredero.

La posesión se adquirirá «*ipso iure*», por el solo hecho de la aceptación de la disposición del cónyuge fiduciario y se retrotraerá al momento de la muerte del causante, lo que puede chocar con la situación de hecho, dando lugar a la concurrencia de posesiones. En tal caso, si se trata de posesiones en concepto distinto, no hay contradicción. Si se trata de posesiones en el mismo concepto y este concepto es el dueño, el poseedor material estará usucapiendo y se alzarán con el dominio, salvo que el descendiente adjudicatario del bien en cuestión utilice los mecanismos legales para recuperar la posesión material.

Esta disposición del artículo 831 CC relativa a la posesión debe relacionarse también con lo dispuesto en el artículo 442 CC, relativo a la adquisición de la posesión por título hereditario.

Es opinión común que el precepto se refiere a la sucesión en la posesión a título de heredero, pues nos hallamos ante un supuesto de *successio possessionis*, que tiene lugar en la sucesión *mortis causa* a favor de quien sucede al poseedor a título universal. En el caso del legatario se da una *accessio possessionis*, que si bien trae causa del causante, aparece como una nueva posesión, que puede ser unida a la del causante a efectos de usucapión como recoge el artículo 1960.1.º CC.

En nuestro caso la sucesión en la posesión habrá de referirse también a la sucesión a título de legado pues el adjudicatario de los bienes hereditarios, que adquiere la posesión civilísima y no puede recibir una posesión distinta de la que ostentaba el causante, sin que se le puedan atribuir las consecuencias de la posesión viciosa, por el hecho de que sea legatario en vez de heredero.

Como se ha dicho, la adquisición de la posesión civilísima actúa como elemento purificador de la mala fe del causante pues el que suceda en la posesión no sufrirá las consecuencias de ésta, siempre y cuando ignore que la posesión adquirida adolecía de vicios que invalidaban el título o modo de adquirir³⁸.

13. ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES COMPONENTES DEL CAUDAL RELICTO

A) Administración

El párrafo quinto del artículo afirma que corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades de mejora, atribución y adjudicación.

³⁸ COCA PAYERAS, M, «Comentario al artículo 442 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. I, pp. 1192 y 1193.

Por lo tanto habremos de saber, en primer lugar, cuáles son los bienes sobre los que recae tal facultad, lo cual no será fácil de resolver, salvo que el testador haya concedido al cónyuge facultades sobre todos los bienes de la herencia o haya separado bienes concretos para adjudicárselos a alguno de los coherederos, en pago total o parcial de su cuota, concediendo al cónyuge sobreviviente las facultades antedichas sobre todos los demás bienes o le haya conferido la facultad exclusivamente sobre determinados bienes y/o derechos.

La parte de la herencia de la que no dispuso el testador irá a parar a los hijos o descendientes comunes. Todos son posibles beneficiarios, aunque con participaciones indeterminadas; su incertidumbre afecta tanto al hecho de ser nombrado heredero o legatario como al *quantum* de la designación. Es una situación de «expectativa jurídica» y que debe calificarse como situación jurídica interina, y dentro de ella «de pendencia», es decir, una situación de protección interina, a favor de sujetos transitoriamente indeterminados de un derecho subjetivo. La herencia pertenece, hasta la elección, a los hijos o descendientes comunes³⁹.

Pese a la certeza de los destinatarios del caudal, que serán los hijos o descendientes comunes, sus títulos sucesorios pueden no haber sido erigidos todavía, penden de la determinación de la cuantía de sus respectivas atribuciones y las diversas figuras jurídicas de adquisición (herencia, legado, mejora) de cada una de ellas. Hay una delación pluripersonal y simultánea a favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad tales que el llamamiento indeterminado y genérico por el momento no permite la perfección del derecho hereditario en orden a su adquisición. Bien puede hablarse de una especie de yacencia del as hereditario⁴⁰.

En estas condiciones, es obvio que para la administración no puede regir la regla del artículo 38 CC pues no es posible conocer qué partícipes representan «la mayoría de intereses»⁴¹. Por lo tanto es acertada la concesión de la administración al cónyuge delegado.

No obstante, nos podemos encontrar con una herencia administrada por varias personas. Si existen herederos, nombrados por el testador, hasta que su cuota no se rellene con bienes o derechos concretos, son cotitulares del caudal relicto, del conjunto y de todos y cada uno de los bienes que lo componen y tienen la administración sobre esos bienes. Así, considero que el cónyuge sobreviviente, con facultades de mejorar, atribuir y distribuir bienes,

³⁹ ALPAÑES, E., *ob. cit.*, p. 327.

⁴⁰ DÍAZ FUENTES, A., *ob. cit.*, p. 891.

⁴¹ DÍAZ FUENTES, A., *ob. cit.*, p. 892.

habrá de compartir la administración con esos herederos. En tal caso, a la hora de formar las mayorías a efectos de administración, el cónyuge viudo tendrá una partición correspondiente al valor de los bienes sobre los que pende el ejercicio de sus facultades.

B) *Disposición*

El cónyuge fiduciario está facultado para disponer de los bienes componentes del caudal relicto entre los hijos y descendientes comunes, pero no frente a terceros.

En el supuesto en que existan descendientes del causante no comunes, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido por el causante tendrá poderes en cuanto a los bienes afectados a la facultad para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución de las disposiciones del causante o de adjudicaciones relativas al pago de las legítimas, pero no a otros efectos.

Por lo tanto para disponer frente a terceros de los bienes hereditarios, tanto si existen como si no existen descendientes no comunes (además de los comunes, como es obvio), se necesitará el consentimiento de todos los legitimarios, de los herederos nombrados por el fallecido en su testamento e incluso de los herederos nombrados por el propio fiduciario, en su caso, que pueden no ser legitimarios, por supervivencia de ascendiente que sea descendiente de mejor grado del causante (el fiduciario instituye heredero a un nieto, en vida de su progenitor).

14. **RESCISIÓN DE LOS ACTOS DEL CÓNYUGE FACULTADO**

El párrafo segundo del número 3 del artículo 831 CC dice que si el cónyuge sobreviviente, facultado por el testador, al objeto tantas veces mencionado, no respetase la legítima estricta de algún descendiente común o su cuota de participación en los bienes relictos que hubiese ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge, en cuanto sean necesarios para la satisfacción del interés lesionado.

Cuando se solicite la rescisión de un acto de distribución y adjudicación, se tratará, como creo, de rescindir un acto particional, por lo que acudiremos a los artículos 1073 y siguientes del CC.

La acción de rescisión durará cuatro años, contados desde que el cónyuge realizó las atribuciones inoficiosas (cfr. art. 1076 CC).

Dice el artículo 1077 CC que el demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a una nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.

El demandado con derecho de opción no será el viudo/a, sino el descendiente adjudicatario de los bienes (adjudicación que perjudica la legítima de alguno de sus hermanos). A este último corresponde optar. La nueva partición, en el caso de que esta sea la opción elegida, corresponderá al viudo/a y se limitará a «quitar a uno» para dar «al otro» la porción que complete su legítima estricta, salvo que el testador no le haya conferido la facultad de mejorar.

La rescisión supone un acto válido que causa un perjuicio, por lo cual puede ser impugnado por el perjudicado en los casos previstos por la Ley (cfr. art. 1290 CC). En nuestro caso, la rescisión parece reservada al traspaso de los límites impuestos a favor de los descendientes comunes, así parece que tengamos que buscar otro tipo de ineficacia para el supuesto de no respetarse las legítimas de los descendientes no comunes.

Tal vez pudiera pensarse en la nulidad radical y absoluta. Pero esa sanción no acaba de convencerme, porque el acto nulo es insubsanable y si los interesados están conformes con las actuaciones del cónyuge (por las razones que sean, por ejemplo, quieren favorecer a su hermano incapaz, aunque sea de vínculo sencillo, o no les compensa heredar y pagar el impuesto de sucesiones...) podrán pasar por ellas.

Así que me inclino también por la rescisión, pues si, según las reglas generales la partición realizada por el testador puede ser impugnada por causa de lesión si perjudica las legítimas o cuando aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador (art. 1057 CC), por analogía consideraremos rescindibles los actos del cónyuge facultado que perjudiquen las legítimas o contravengan la voluntad del testador manifestada en sus disposiciones de última voluntad.

15. PRETERICIÓN DE UN DESCENDIENTE NO COMÚN

Afirma el artículo 831, en su actual redacción: «Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiese sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio

de las facultades encomendadas no podrá menoscabar la parte del preterido.»

Por hipótesis, el preterido no intencionalmente concurrirá con otro u otros legitimarios, descendientes comunes del causante y del cónyuge facultado.

Nos encontraremos, pues, ante un supuesto de preterición no intencional de «alguno o algunos» de los hijos o descendientes, que provoca, conforme a lo dispuesto en el artículo 814, 2.º, la nulidad de la institución de heredero, excepto si el llamado fuera el cónyuge, en cuyo caso la institución de heredero se reducirá en cuanto perjudique las legítimas. En todo caso valdrán las mandas y mejoras realizadas por el testador, en cuanto no sean inoficiosas.

Luego, en principio, el preterido tiene derecho a toda su cuota intestada y esa es «la parte» que le corresponde.

El hecho de que valgan las mandas y las mejoras ordenadas por cualquier título por el testador no significa que su cónyuge esté facultado para ordenar mejoras que disminuyan la cuota intestada del preterido. La facultad conferida no puede llegar a tanto, porque no sabemos cual hubiera sido la voluntad del testador de haber conocido la existencia o la supervivencia del preterido, por lo que debe aplicarse estrictamente lo dispuesto en la Ley en defensa de sus intereses.

Por otra parte, el respeto a la porción del preterido no intencionalmente, ordenada por el artículo 831 CC, no puede significar que el cónyuge sobreviviente facultado para distribuir el caudal del difunto, pueda dejar de respetar la porción del hijo o descendiente no común, preterido intencionalmente, del que no se ocupa el precepto. La parte que a éste corresponde es su legítima estricta, como en el supuesto de desheredación injusta, y esa «porción» le deberá ser pagada sin gravamen, condición, ni sustitución de ninguna especie y con bienes de la herencia, dada la intangibilidad cualitativa de la legítima.

16. PRETERICIÓN DE UN HIJO O DESCENDIENTE COMÚN

Aunque el precepto habla de preterición no intencional de un hijo o descendiente no común, puede suceder que el preterido no intencionalmente sea un descendiente común. Puede suceder que aparezca el hijo común que se creía muerto o que aparezcan descendientes del hijo común premuerto cuya existencia ignoraban los abuelos, que se considerarán preteridos si su progenitor no fue

nombrado en el testamento (cfr. art. 814, 3) y su progenitor no tuvo por qué nombrarle si lo sabía muerto, en el momento de redactar testamento e ignoraba la existencia de su descendencia. En este caso, la cuota que le corresponde al preterido es, igual que si se tratase de un hijo o descendiente no común, su cuota intestada.

Ahora bien, en este supuesto, como se trata de descendencia común cabe pensar que el cónyuge superviviente podrá actuar como lo hubiera hecho de no haber sido preterido ninguno de los descendientes comunes, pues ya el testador nos ofreció un indicio de su voluntad, al conceder a su cónyuge amplias facultades atributivas y distributivas en relación con la descendencia común.

Sin embargo, en realidad tampoco aquí podemos saber cual hubiera sido la voluntad del testador de haber conocido la existencia de sus descendientes preteridos, por lo tanto me inclino a pensar que habrán de recibir íntegra su cuota intestada, sin perjuicio de las mejoras y demás disposiciones hechas en vida por el causante.

Si el hijo o descendiente común ha sido preterido intencionalmente, los efectos serán los mismos que los de la desheredación injusta (cfr. art. 814 en relación con el 851, ambos del CC). El cónyuge superviviente deberá pagarle su legítima estricta, sin poder mejorarle ni atribuirle bienes con cargo al tercio de libre disposición.

17. LA FACULTAD DE ATRIBUIR BIENES CONCRETOS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA. EL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON BIENES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

A) Introducción

La actual redacción del artículo 831 CC afirma, por un lado, que el cónyuge sobreviviente puede ejercitar las facultades previstas en el precepto incluso con cargo a bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Y, por otra parte, afirma: «Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite la facultad.»

Del tenor literal de ambos párrafos del precepto llegaremos a concluir que el cónyuge facultado puede utilizar los bienes de la comunidad postganancial (sociedad de gananciales disuelta y no

liquidada) para ejercer las facultades conferidas por el testador. En cambio, solamente podrá utilizar sus propios bienes para pagar las legítimas y demás disposiciones del causante.

No obstante, si puede pagar legítimas y demás disposiciones del causante con sus propios bienes no hay razón para sostener que no pueda utilizar a tal objeto bienes de la comunidad postganancial. Y, tampoco hay razón para sostener que no pueda mejorar, atribuir y distribuir bienes con cargo a su propio patrimonio, pagando incluso las legítimas que a su herencia correspondan con bienes del causante.

En efecto: el precepto parece estar pensando en una partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges, que se llevará a efecto a la muerte del último de ellos, sin perjuicio al respeto a las legítimas y demás disposiciones del causante.

Pero, la hipótesis de la partición conjunta puede causar los problemas que a continuación expongo.

B) *Mejoras, adjudicaciones y atribuciones con bienes de la comunidad postganancial*

En primer lugar, la dicción literal del precepto puede llevarnos a pensar que no puede atribuir los bienes gananciales adjudicados a la herencia del difunto en la liquidación de la sociedad de gananciales. No obstante, considero que esta interpretación no se puede mantener, pues si el cónyuge sobreviviente tiene facultades para atribuir los bienes privativos del difunto, a su libre arbitrio, resulta que una vez liquidada la sociedad de gananciales los bienes gananciales adjudicados a la herencia del difunto, en la liquidación de la sociedad, ya no son gananciales sino privativos, por lo tanto el cónyuge sobreviviente podrá disponer de ellos a favor de cualquier hijo o descendiente.

Lo que quiere decir el precepto es que el cónyuge sobreviviente podrá detraer bienes de la comunidad postganancial a favor de cualquier o descendiente y el valor de tales bienes formará parte de la cuota correspondiente al difunto en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Con ello, el cónyuge superviviente se convierte en «juez y parte», porque la mitad de los bienes existentes en la comunidad postgananciales le serán atribuidos a él mismo. Así, puede utilizar para mejorar o atribuir a los hijos comunes los bienes que menos le interesen y quedarse con los que le convengan. No obstante, en virtud del principio de la buena fe, parece claro que no podrá ejercer la facultad conferida en su propio beneficio, otra cosa será

demostrar ese beneficio, porque es indudable que deberá respetar la igualdad cuantitativa de los lotes.

Pese a todo, considero que la facultad concedida al cónyuge sobreviviente no puede alterar el régimen legal de la liquidación de la sociedad de gananciales. En consecuencia, el cónyuge supérstite tendrá que respetar las adjudicaciones preferenciales previstas en el artículo 1406 CC. Y, si existen deudas gananciales, no podrá disponer del metálico existente en la comunidad postganancial hasta que sean pagados los acreedores, según lo dispuesto en el artículo 1400 CC.

Además, si existen hijos o descendientes comunes menores de edad, como existe contraposición objetiva de intereses entre el cónyuge fiduciario y los hijos, aunque sean comunes, para el ejercicio de esta facultad deberá nombrarse un defensor judicial (cfr. art. 1057, 3 CC).

Por otra parte, en la herencia pueden concurrir con los hijos comunes hijos no comunes del causante. Tales hijos formarán parte de la comunidad postganancial, en calidad de herederos, si así hubiesen sido nombrados por el testador o, cuando menos, en calidad de legitimarios, pues hasta que su legítima esté satisfecha todo el caudal relicto está afecto al pago de su porción legal. La mitad de la comunidad postganancial pertenece a la herencia del difunto y habiendo hijos o descendientes no comunes que son cotitulares, por su cuota, del conjunto de bienes que forman la comunidad postganancial, no acaba de verse como el cónyuge viudo puede, por su propia autoridad, detraer bienes de tal comunidad para adjudicárselos al hijo o descendiente común que libremente elija.

C) *Pago de legítimas y cumplimiento de disposiciones del causante con cargo al patrimonio del cónyuge facultado*

El cónyuge facultado puede atribuir sus bienes privativos, entre ellos, los que le correspondan en la liquidación de la sociedad de gananciales, para completar las disposiciones del testador y las legítimas de los descendientes.

Como acabo de exponer, el precepto parece presuponer una partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges, cuyos efectos tendrán lugar a la muerte del cónyuge supérstite, permaneciendo hasta entonces indivisa la herencia del premuerto.

Pero esta presuposición puede causar problemas por dos razones:

a) Los legitimarios no están obligados a esperar a la muerte del último de sus progenitores para cobrar la legítima de la herencia del primer fallecido.

La prolongación del poder distributivo supone un gravamen para las legítimas, por lo que parece aplicable al cónyuge, respecto del pago de la cuota legal, el plazo establecido para el ejercicio del albaeazgo, que es el de un año, según dispone el artículo 904 CC ⁴².

En consecuencia, si los herederos forzosos reclaman la legítima que les corresponde en la herencia del cónyuge difunto, las adjudicaciones complementarias hechas a costa del patrimonio del cónyuge superviviente, solamente podrán hacerse mediante donaciones inter-vivos, sujetándose a las reglas de las donaciones, ya que las disposiciones mortis-causa son esencialmente revocables, y no pueden considerarse pagadas las legítimas (y ni siquiera se entenderán pagadas las disposiciones testamentarias no inoficiosas del cónyuge premuerto), mediante atribuciones esencialmente revocables y, que en caso de no revocarse, solamente tendrán efecto a la muerte del disponente

b) El patrimonio del cónyuge sobreviviente puede sufrir alteraciones desde el momento en que realiza las adjudicaciones complementarias, a costa de su patrimonio, hasta el momento de su muerte.

Así, puede suceder que en el momento de su muerte resulte que aquellas adjudicaciones, realizadas en su día, sean inoficiosas porque perjudiquen las legítimas de sus propios legitimarios.

Además, el cónyuge sobreviviente puede tener, después de haber ejercitado la facultad conferida por el testador, nuevos hijos no comunes, por lo que el importe de la legítima individual que a los hijos comunes les corresponde puede verse disminuida por la concurrencia de legitimarios imprevistos en el momento en que el cónyuge viudo paga las legítimas con sus propios bienes. Es cierto que el si el cónyuge sobreviviente tiene hijos no comunes se extingue la facultad, pero también puede suceder que haya ejercitado la facultad antes de tener hijos no comunes y que sus atribuciones anteriores al nacimiento perjudiquen la legítima de estos hijos.

Tal vez la posibilidad de pagar legítimas y demás disposiciones del causante, con cargo a los bienes del cónyuge fiduciario, quede limitada a la hipótesis de ejercicio de la facultad con efectos aplazados a la muerte del cónyuge fiduciario, en cuyo caso si tiene hijos después de la muerte del fiduciante, los actos realizados en ejercicio de sus facultades quedarán sin efecto.

⁴² DÍAZ FUENTES, A., *ob. cit.*, p. 905.

18. EL PLAZO

Y, el párrafo tercero del actual artículo 831 CC dice: «Si no se le hubiera conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se hubiese señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación de los hijos comunes.»

La frase «si no se le hubiera conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento» no se entiende. Desde luego, «su propio testamento» no puede ser el testamento del cónyuge facultado para atribuir y distribuir, porque no se puede conceder a sí mismo facultades para disponer sobre los bienes del otro cónyuge. En consecuencia, el testamento debe ser el del otro cónyuge. Y, si el otro cónyuge no le hubiera conferido la facultad en «su propio testamento», el sobreviviente no está facultado para atribuir y distribuir los bienes de la herencia del cónyuge difunto. Así que la frase misteriosa solamente puede significar que el cónyuge fiduciante estableció un plazo en el testamento en el que concedió la facultad.

En cualquier caso, respecto del plazo hemos de distinguir dos supuestos:

a) El testador señaló un plazo en su testamento.

El testador es completamente libre para señalar el periodo de tiempo, corto o largo, que estime conveniente para el ejercicio de la facultad.

Así, podrá establecerse que el cónyuge superviviente ejercite su facultad en su propio testamento, conjuntamente con sus propios bienes y los del fiduciante. Ahora bien, en este caso las disposiciones del superviviente serán revocables.

También es posible que aún ejercida la facultad dentro de plazo, quede diferida su efectividad a la muerte del cónyuge autorizado, para conjugarlo con su propio testamento, funcionando hasta entonces la comunidad hereditaria, al servicio de los fines familiares que determinaron la concesión de las facultades⁴³.

b) El plazo señalado subsidiariamente por la Ley que es distinto según existan o no hijos comunes menores de edad.

Para el caso de haberlos, la Ley parte de la idea de que el cónyuge facultado, con arreglo a la presumible intención del concedente de la facultad, no debe ser obligado a elegir mientras las circunstancias objetivas no le permitan ponderar las cualidades, aptitudes y necesidades de los hijos⁴⁴.

⁴³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit. p. 484.

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. cit., p. 484.

Miquel al comentar el artículo 831 CC en su anterior redacción afirma que el señalamiento de un plazo supletorio en defecto del fijado por el testador, le parece en alguna medida perturbador y, en otra, inútil. Empezando por lo último, considera que el plazo es inoperante respecto de las legítimas, porque el testador no puede someter a plazo el pago de las legítimas. Respecto de los otros dos tercios, sobre los que puede actuar el cónyuge viudo, no se ve por qué razón el testador, que quizás no haya querido someter al viudo/a a ningún plazo, tenga que decirlo expresamente. De modo que la reforma, queriendo ampliar las facultades del cónyuge viudo, las ha restringido, al señalar un plazo que antes no tenía⁴⁵.

El problema más agudo, continúa Miquel, parece ser el relacionado con la admisión de mejorar a los descendientes ulteriores. El plazo fijado en relación con la emancipación de los hijos, no tiene en cuenta la posibilidad de mejorar a los nietos, que pueden ser mejorados: ¿se podrá esperar a que nazcan y sean emancipados? Así, en rigor el plazo es bastante inútil, pues se podrá esperar a que nazcan los nietos y sean emancipados. El viudo/a tiene toda su vida para mejorar porque no se puede excluir que en cualquier momento tenga nietos o que algún nieto tenga descendencia.

En consecuencia, y a juicio de Miquel, caben varias alternativas de interpretación del plazo señalado por el precepto:

Utilizar el señalamiento del plazo en el precepto como una prueba de que el viudo/a solamente puede mejorar a los hijos comunes. En efecto, en otro caso el plazo carece de sentido porque siempre se podrá esperar al nacimiento de un descendiente de ulterior grado.

Entender que son cosas distintas el señalamiento de un plazo y los sujetos mejorables: el plazo opera en relación con los hijos, pero dentro de él se puede mejorar a los nietos. En tal caso el precepto se desvincula de su *ratio* por lo que se refiere a los nietos, ya que no se podrá apreciar sus cualidades, etc. Con ello el precepto se convierte en un instrumento de sujeción de los hijos, pero no de los nietos. Las razones dadas para justificar el precepto no son válidas si adopta esta solución⁴⁶.

Coincido con las afirmaciones de Miquel: en efecto, respecto de las legítimas no cabe señalamiento de plazo, por lo tanto el cónyuge viudo, con facultades de atribución y distribución, tendrá que pagar las legítimas cuando se lo exijan los herederos forzosos. Además, debo añadir lo siguiente: como la mejora forma parte de la legítima cuando no es utilizada la parte del tercio destinado a

⁴⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *ob. cit.*, p. 1318.

⁴⁶ Ídem.

mejorar, el viudo/a tendrá que realizar las mejoras cuando los herederos forzosos exijan su legítimas.

Y, aunque así no fuera, es cierto que el señalamiento de un plazo impide mejorar a los descendientes nacederos y siendo la ratio actual del precepto, según parece, que el cónyuge viudo/a pueda favorecer a los descendientes incapaces, puede suceder que entre los descendientes nacederos exista algún incapaz, que no podrá ser favorecido por su ascendiente.

Para solucionar este problema, cabe pensar que el cónyuge podrá mejorar a los nietos nacederos mediante la sustitución fideicomisaria condicional. La condición sería que nazcan en el tiempo señalado por el cónyuge que ejercita la facultad o en un tiempo prudencial y se pueden añadir condiciones adicionales.

Por otra parte, Lacruz considera el plazo legal insuficiente para los supuestos en que el cónyuge tarde en enterarse de su nombramiento y especialmente cuando se promueva litigio sobre el último testamento y, una vez anulado éste, entra en vigor el que nombra fiduciario al cónyuge⁴⁷. En estos casos habremos de considerar que el inicio del cómputo de los dos años deberá fijarse en el momento en que adquiera firmeza la sentencia que resuelve el litigio sobre el testamento, pues caso contrario bien puede suceder que caduque la facultad conferida sin haberla podido utilizar.

19. EXTINCIÓN DE LA FACULTAD

El número 5 del artículo 831 CC, dice que las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Al comentar el precepto en su primitiva redacción se dijo que el fundamento de esta disposición no debe buscarse en el establecimiento de una sanción al cónyuge que contrae nuevas nupcias, sino más bien de evitar que los nuevos afectos y vínculos que de este nuevo matrimonio puedan surgir, provoquen una elección menos ajustada. Si el recuerdo del cónyuge premuerto se ha atenuado en el sobreviviente es natural que le prive de un derecho a la elección que de él deriva⁴⁸.

Actualmente no sabemos si el fundamento es el mismo o simplemente se trata de una traducción mimética, adaptada a los tiem-

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 485.

⁴⁸ ALPANES, E., ob. cit., pp. 315 y 316.

pos (al incluir las relaciones de hecho), de lo establecido en las redacciones anteriores del precepto.

También se extinguirán las facultades por el transcurso del plazo establecido por el testador, o en su defecto por la ley, sin que el cónyuge delegado haya ejercitado sus facultades.

20. EXTENSIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 831 CC A LAS PAREJAS NO MATRIMONIALES

Termina el artículo 831 CC diciendo que «Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.»

Del tenor literal del precepto tendremos que concluir que no es preciso que los progenitores con descendencia común sean una pareja de hecho, con los requisitos de estabilidad que ello implica. Puede pensarse que bastará que tengan descendencia común, aunque jamás hayan convivido.

Sin embargo, si hemos sostenido con relación a los cónyuges que no deben estar separados ni de hecho ni judicialmente, habremos de sostener que el precepto se refiere a una pareja de hecho, que no esté separada en el momento de la muerte de uno de sus miembros.

No veo ningún inconveniente para extender el precepto a las parejas del mismo sexo, que conforme a la legislación de algunas Comunidades Autónomas, que algún Tribunal ha extendido a otros lugares, pueden adoptar hijos en común, la filiación adoptiva tiene los mismos efectos que la filiación por naturaleza y, además, tan pareja de hecho es la heterosexual como la del mismo sexo.

Naturalmente el miembro de la pareja de hecho superviviente no podrá utilizar los bienes de una inexistente sociedad de gananciales al ejercitar la facultad, pero dado que el Código habla de «sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar» cabe preguntarse también si, por analogía, podrá el concesionario de la facultad utilizar los bienes que sea comunes en virtud de pacto (o que según las reglas generales se hayan adquirido en proindiviso ordinario). Por una parte, como el precepto habla de «sociedad conyugal» podemos pensar que no, pues las parejas de hecho no son cónyuges, pero por otra, el número 6 del artículo 831 dice que las disposiciones de los párrafos anteriores, sin excepción, serán de aplicación a las parejas de hecho, siempre que tengan descendencia común. En consecuencia, el superviviente de una pareja de hecho podrá pagar legítimas y disposiciones del causante con sus propios bienes y quien puede lo más puede lo menos, por lo tanto parece que podrá utilizar también los bienes que tuviera en común con el fallecido.

El usufructo en la nuda propiedad

Escrito en homenaje al Profesor
Dr. D. Manuel Albaladejo García

BERNARDO MORENO QUESADA
Catedrático de Derecho civil
Emérito en la Universidad de Granada

Hace ya años reflexioné sobre «el usufructo de la nuda propiedad», defendiendo una posición contraria a la negativa que, bastante tiempo atrás, había decidido la Dirección General de los Registros y del Notariado; y ahora vuelvo a hacerlo impulsado por el mismo desacuerdo con la doctrina, en esta oportunidad aparentemente favorable a la Institución, que no hace mucho tiempo ha manifestado el Alto Centro Directivo.

El primero de los pronunciamientos lo había hecho la DGRN en Resolución de 25 de febrero de 1910; y últimamente, en otras de 12 de septiembre de 2001 y de 24 de noviembre de 2004. De lo que acabo de decir se deduce que no estoy de acuerdo con la doctrina de ninguna de ellas, en base a unas consideraciones que estimo previas, que son las que justifican el título de este trabajo en que sustituyo, y no caprichosamente como se verá, la habitual partícula «de» por la «en» como base de las mismas: lo que se explica porque no siempre que se habla de usufructo en relación con la nuda propiedad como objeto del mismo se está describiendo un usufructo de la nuda propiedad, pues como tendremos ocasión de ver, en ocasiones la estructuración de tal figura se aleja de lo que, conceptualmente, se debe designar con ese nombre.

Mi aproximación al tema, defendiendo una postura favorable a la figura y su (directa) inscribibilidad, y consiguientemente contraria a la doctrina mantenida por la DGRN en 1910 y a la práctica habitual de los Registradores, está desarrollada en un trabajo que publiqué en el Anuario de Derecho Civil, tomo XII, volumen 2.º

[(abril-junio 1959), pp. 535 a 568]; tal estudio propició que en tres o cuatro ocasiones llegasen a mí noticias de que en algún Registro se había inscrito, como tal (por lo menos así se me dijo) un usufructo de la nuda propiedad; a tales circunstancias les di bastante importancia, puesto que mi padre, Registrador en activo por aquellas fechas, cuando leyó el original de mi trabajo, recién terminado, me expresó su felicitación por el mismo y elogios a las argumentaciones contenidas en él, pero añadió: «no obstante ello, si me llegara uno al Registro, no lo inscribiría». ¡Estaba muy arraigada la doctrina de la Resolución de 1910!

Debo añadir sobre el particular, que el trabajo citado me granjeó una fama (me temo que mala) de jurista dogmático, que ni ante mí mismo he logrado sacudirme; aunque la calidad de quienes llegaron a tal conclusión, me ha hecho aceptar el calificativo que considero me adjudicaron tras una atenta lectura del mismo: y pensando en ello, lo acepto casi como un cumplido. Ahora veo que algo de convincente debía de haber en la argumentación favorable a la figura en cuestión que, unido al cambio de perspectivas y actitud por el transcurso del tiempo, han dado lugar a actuaciones notariales, como las que han sido objeto de las Resoluciones de septiembre de 2001 y noviembre de 2004. Aunque la verdad es que no puedo envanecerme de la eficacia convincente de mi argumentación, porque realmente lo que se admite ahora en ellas no es propiamente lo que debe entenderse por un usufructo *de* la nuda propiedad.

El punto de partida de la cuestión es que hay tres posiciones distintas para encarar el usufructo en la nuda propiedad: rechazar ésta como posible objeto de un usufructo (que es lo que hizo la Resolución de 1910), admitirlo como tal y con todas sus consecuencias (que es lo que yo defendí en mi trabajo de 1959), y obviar la figura del usufructo «de» la nuda propiedad, mediante el recurso a otra con la que se piensa conseguir un resultado, de hecho, similar a la aplicación del mismo, el usufructo sucesivo de la cosa usufructuada (que es lo que han hecho las Resoluciones de 2001 y 2004, por lo que en realidad lo niegan también).

La negativa de la Dirección en 1910 a la posibilidad de inscribir un usufructo de la nuda propiedad, se basó en considerar que el derecho que tiene el titular de la misma no es susceptible de ser «disfrutado». Pero, debe tenerse en cuenta, que lo hace dando por supuesto que en la nuda propiedad concurren las notas exigidas por el artículo 469 CC, para el usufructo de derechos, al decir que «aun cuando el derecho de nuda propiedad es transmisible y no puramente personal», no puede estimarse como usufructuable a los

efectos del disfrute a que se refiere el artículo 465 del mismo Código, que lo admite para derechos que tengan esta consideración.

La naturaleza de no usufructuable del derecho de nuda propiedad y su consecuencia negatoria de la inscribibilidad de la figura, la refería la Resolución de 1910, a que si bien el artículo 469 del mismo Código «establece que puede también constituirse usufructo sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible, tal precepto guarda relación y se halla subordinado al principio general consignado en el citado artículo 467, que exige como condición esencial que la cosa o derecho usufructuados puedan ser objeto de disfrute, como lo prueba el contenido de los artículos 471, 472 y 475, que explican el alcance de éste y la forma o modo como puede ejercitarse; y por dichas razones, aun cuando el derecho de nuda propiedad es transmisible y no puramente personal, no puede estimarse como susceptible de usufructo, ni en consecuencia puede ser inscrito éste en el Registro, como constitutivo de verdadero derecho real».

Argumenté en su momento contra esta pretendida inusufructuabilidad del derecho de nuda propiedad, atendiendo a que el concepto de disfrute no tiene el limitado alcance que le atribuye la Resolución de referencia, ni hay base alguna que permita restringir el sentido del término disfrute en la forma en que ella lo hace; y ello porque en los derechos se refiere el mismo a la percepción de todo o parte de las utilidades o beneficios que son susceptibles de proporcionar; y que no puede darse de ninguna manera a los artículos 471, 472 y 475 el sentido que pretende la Resolución de explicar el contenido del disfrute a que se refiere el artículo 467, como puede deducirse del hecho de que el primero de ellos no contiene una enumeración exhaustiva de los derechos del usufructuario sino la enunciación de uno de ellos; que el 472 se limita a establecer una regla acerca del procedimiento a seguir para la percepción de los frutos (cuando los produzca el objeto del usufructo); y que el 475 pretende únicamente aplicar a los supuestos especiales de usufructo en él regulados, y en vista a las ventajas que proporcionan a su titular, las reglas que en el artículo 474 se dan para la percepción de los frutos civiles, sin que quepa generalizar su contenido, ya que falta base para ello; lo que completaba con una referencia jurisprudencial y otra comparativa (p. 550)

Lo que he designado como camino para obviar la figura del usufructo de la nuda propiedad, y con ello mantener (formalmente) el respeto a la negatoria Resolución de 1910, es el recurso a la figura de un segundo usufructo, sucesivo, claro, constituido sobre el mismo bien, o bienes, en que recae el primero, esto es el que ha

dado lugar a la nuda propiedad como pretendido objeto del nuevo derecho. La de 2001 (12 de septiembre) establece, y con ello la procedencia de inscribir, que «en la figura que trata de inscribirse, según la cláusula que la establece, no hay duda de que el nudo propietario lo que se reserva al vender la nuda propiedad de su mitad es el usufructo que le corresponderá al consolidarse con aquélla el pleno dominio de la finca, y no el que tiene la titular actual del usufructo, estableciéndose, en consecuencia, un usufructo sucesivo, admitido por el Código Civil, y cuya inscribibilidad no ofrece la menor duda en nuestra legislación hipotecaria». Y la de 2004 (24 de noviembre) establece que «no cabe duda de que, cuando se adjudica el usufructo de una finca que se tiene sólo en nuda propiedad, inventariándose solamente tal nuda propiedad, lo que se está adjudicando es un usufructo distinto, que nacerá cuando se extinga el actual, es decir cuando se consolide en la nuda propiedad el usufructo actualmente existente a favor de un tercero; por ello, el actual usufructo no se ve afectado en absoluto, ni, por ello, existe una contravención del principio de tracto sucesivo. Lo contrario supondría, injustificadamente, demorar la inscripción del usufructo que ahora se adjudica, hasta el momento en que se produzca la expresada consolidación». (En este caso «lo contrario» sería la denegación, *ex doctrina* de 1910; pero también cabe, aunque no lo tenga en cuenta, la inscripción, sin más problemas, del usufructo de la nuda propiedad).

Está claro que no se presenta como un usufructo de la nuda propiedad que bajo la conceptualización de usufructo sucesivo accede al Registro, sino que ya al redactar la escritura se subraya la diferente configuración del derecho, con el fin de no topar con la negativa pura y simple, como tal usufructo con efectividad para cuando se extinga el usufructo determinante de la nuda propiedad y se convierta en un usufructo de propiedad plena por haberse consolidado aquella inicial nuda propiedad

Con esta doctrina se sigue la vía que abriera, en el año 1950, el ilustre Notario Sr. Fuentes Torre-Isunza, en su trabajo de desarrollo de la voz «nuda propiedad», del *Diccionario de Derecho Privado*, volumen II, de Labor, de dicho año, página 2.774. Él defendía, de acuerdo con la Resolución de 1910, que la nuda propiedad no es derecho susceptible de ser usufructuado, («porque nuda propiedad equivale a propiedad con la limitación del usufructo, y, por consiguiente, cuando el nudo propietario dispone de su derecho lo hace del pleno dominio, aunque la efectividad de éste quede en suspenso por la limitación que el usufructo supone»), considera que si bien el nudo propietario puede constituir toda clase de derechos

reales –con la limitación de que no perjudiquen al usufructuario– y, por tanto, un segundo usufructo, ello será siempre que no afecte al disfrute del primero y se respeten los límites establecidos para los usufructos sucesivos.

Merecen la pena algunas consideraciones sobre este particular tema del segundo, sucesivo, usufructo, porque está en la base de la deriva que el asunto ha tomado con las dos recientes Resoluciones (de 2001 y 2004): la primera de estas consideraciones es que resulta evidente su carácter de solución alternativa al verdadero usufructo de la nuda propiedad que, sumisamente, descartan a la vista de la de 1910: porque conceptualmente una cosa es el usufructo de la nuda propiedad, que recae sobre ésta, y que (sigo pensándolo) puede constituir el titular de tal derecho al amparo del artículo 469 CC, y otra distinta el segundo usufructo, sucesivo, cuya posibilidad reconoce el mismo precepto, que recae sobre la misma cosa objeto del primer usufructo pero, evidentemente, condicionada su eficacia a la circunstancia de que se haya extinguido el primero; y lo son, creo que queda claro, porque tienen diferente objeto (hay que repetir una vez más), como son la cosa de la que se tiene la propiedad, en un caso, y el derecho de nuda propiedad, en el otro).

Pero si es tan evidente, ¿por qué se procede de esta manera?: yo creo que por la creencia en la imposibilidad de constituirlo sobre un derecho, el de nuda propiedad, declarado inapto para ser usufructuado por aquella Resolución de 1910, en base a considerarlo no «aprovechable», circunstancia que contemplé en mi trabajo de 1958 argumentando sobre la improcedencia de tal calificación, tema al que antes me he referido. Puestos a defender la tesis que rechazo, el argumento convincente sería traer a colación la moderna concepción en materia de derechos sobre derechos, y el usufructo de la nuda propiedad lo es, que estima (caso del Profesor Manuel Albaladejo, al que dedico esta reflexiones, *Derecho civil*, III-2.º, pp. 79 ss.), se configuran como derechos cuyo objeto es el mismo del derecho sobre el que recaen, apareciendo ambos como una titularidad conjunta: resultaría así que el derecho de nuda propiedad no es objeto del usufructo, no por otra razón sino porque el objeto mismo de este pasa a ser objeto del de ella, imponiéndose como necesaria la referencia al segundo usufructo, que como tal no puede surgir hasta que se extinga el primero. Sin embargo, el mismo insigne jurista entiende que igual razón que para esta construcción jurídica del usufructo de derechos habría para decir que en este caso el usufructo recae no sobre el objeto del derecho usufructuado, sino sobre éste, como para decir que en el caso de usufructo

de cosa, el derecho recae no sobre ésta sino sobre el derecho de propiedad que pertenece al dueño de la misma.

Pero la verdad es que no se suele argumentar con la referida construcción, sino que se aplica el resultado práctico de la misma, el usufructo sucesivo: *vid.* el «hipotético» razonamiento del Profesor O'Callaghan en su «Comentario» al artículo 469, página 505, circunstancia que no empece a la admisión por su parte del usufructo de la nuda propiedad, tal como yo lo defiendo, en la página 264 del vol. III de su «Compendio». Y en similar actitud, el Profesor Ossorio Serrano (*Curso de Derecho civil*, III, pp. 328 ss.) que tras recoger la construcción dicha de la identidad del objeto en los derechos sobre derechos, al referirse en concreto a un posible de una cosa (ya usufructuada), usufructo de la nuda propiedad, afirma que «parece no discutirse su admisibilidad, aunque resulte difícil imaginar los beneficios que ese usufructo reportaría en la práctica a su titular, habida cuenta de que disfrutaría de la propiedad de una cosa absolutamente falta de contenido».

La tercera de las posiciones es la que defendí yo, y sigo defendiendo, de la posibilidad de configurar directamente un usufructo sobre la nuda propiedad, se ampara en los términos inequívocos del artículo 469 CC «...También puede constituirse [el usufructo] sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible»; y nadie discute que la nuda propiedad es un derecho que no tiene naturaleza de personalísimo e intransmisible. En el puro juego de los conceptos, creo que la cuestión no ofrece dudas. Entonces ¿cuál es el problema?

El problema, lo situó la recitada Resolución de 25 de febrero de 1910, en la condición de derecho «no disfrutable», a la que entiende (con acierto) se halla subordinada la exigencia del 469 para la constitución de usufructo sobre derechos, lo que deriva del principio general consignado en el artículo 467, que exige como condición esencial que la cosa o derecho usufructuados, puedan ser objeto de disfrute, lo que estima se prueba en el contenido de los artículos 471, 472 y 475 del mismo Código, que explican el alcance de este derecho y la forma o modo como puede ejercitarse; y por estas razones «aun cuando el derecho de nuda propiedad es transmisible, y no puramente personal, no puede estimarse como susceptible de usufructo, ni en consecuencia puede ser inscrito éste en el Registro, como constitutivo de verdadero derecho real». Tal es la justificación de la negativa que ha venido presidiendo esta materia durante tantos años.

Quizás con estas apreciaciones no se distingue suficientemente, en el caso concreto del usufructo de la nuda propiedad, entre lo que

propiamente es la figura mientras se mantiene como tal, y el mayor alcance que obtiene, respecto al contenido, en el momento en que la nuda propiedad objeto del mismo se desarrolla como consecuencia de extinguirse el usufructo que dio lugar a la tal nuda propiedad, que se convierte en usufructo de la cosa misma: situación a la que no ha de negársele un indudable mayor valor y alcance en cuanto al contenido del derecho; pero ello no quiere decir que antes de ese momento no haya un verdadero usufructo sobre un objeto, por decirlo de alguna manera, menor en cuanto a su entidad presente, la nuda propiedad. No separar estos dos aspectos es lo que lleva a transformar el usufructo de la nuda propiedad en un segundo, sucesivo, usufructo.

Y es importante también, y así lo hice constar en mi referido trabajo, tener en cuenta el equívoco que supone la consideración de que para existir usufructo deba ser posible un disfrute consistente necesariamente en la percepción de frutos, cuando está claro que el disfrutar bienes, propios o ajenos, implica tanto a las cosas (en todo o parte de los frutos que produzcan) como a los derechos (y aquí ha de entenderse en todo o parte de las utilidades o beneficios que sean susceptibles de proporcionar). En este sentido se pronunció don Jerónimo González, y precisamente a propósito de la Resolución denegatoria de 1910, al estimar inexacta la creencia de que el usufructo ha de recaer sobre cosas que nacen y renacen, y de graves inconvenientes la no admisión del de la nuda propiedad (*Vid.* Marín Pérez, P. «Los derechos sobre derechos» en *Rev. Gen. Leg y Jur.* XCII (1947), p. 400)

El Profesor Clemente Meoro (en el libro «Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral», del *Tratado de Derecho civil*, coordinado por López y López y Montés Penadés, de Tirant lo Blanch, Valencia, 1984, p. 490) ha visto claramente el problema, compartiendo los tres argumentos de que «no es necesario que el objeto del usufructo sea fructífero, pues el usufructo no viene sólo referido a los frutos, no es únicamente un derecho a los frutos, sino a cualquier utilidad o ventaja que pueda proporcionar su objeto»; en segundo lugar «que la nuda propiedad puede suponer una utilidad inmediata» como es el caso de la referida a acciones de sociedades anónimas; y, por último, que «el usufructuario de la nuda propiedad obtendrá el pleno aprovechamiento de la cosa una vez se extinga el usufructo sobre la misma y el nudo propietario recupere las facultades que salieron de su ámbito jurídico. *En este sentido* el usufructo sobre la nuda propiedad *viene a ser un segundo usufructo sobre la cosa*, que sólo será efectivo cuando se extinga el primero, permaneciendo mientras tanto latente». Queda bastante claro:

sólo en este aspecto, parcial, en este sentido, «viene a ser un segundo usufructo sobre la cosa».

Y mi pregunta es ¿realmente resulta necesario recurrir a esa fórmula indirecta cuando no hay inconveniente en la práctica (salvo el de que, en su inicio, como sucede en muchas otras ocasiones, tiene un menor contenido del que puede llegar a alcanzar con posterioridad, o que resulte difícil imaginar los beneficios que ese usufructo reportaría a su titular) en admitir pura y simplemente el usufructo de la nuda propiedad, que nuestro legislador ampara en el artículo 469 CC? No he querido hacer un rastreo exhaustivo y acumular citas de los autores que aceptan con naturalidad la existencia en el Derecho español del usufructo de la nuda propiedad: sólo Rivero, en Lacruz, & 40 del II-2.º, página 82, que muy directamente dice sobre esta figura que «aunque la negó la R 28 de febrero de 1910 (erróneamente dice 1919), la solución afirmativa se apoya, tanto en que a veces presenta la nuda propiedad una utilidad inmediata (como el derecho de suscripción de acciones de una sociedad anónima) o ciertas posibilidades de influencia sobre la cosa, como, sobre todo, en que el contenido económico de este usufructo es la eventualidad de llegar a gozar de la cosa cuando se reincorpore a la nuda propiedad el resto de las facultades, momento en el cual el ulterior usufructuario podrá iniciar plenamente el ejercicio de su derecho». Como se ve, aunque influenciado por la Resolución denegatoria, se inclina por la lógica jurídica de la aceptación de la figura.

Por mi parte, sigo pensando que no hay necesidad alguna de abrir una puerta lateral y secundaria para que entre la figura en nuestro Ordenamiento, cuando está instalada en el mismo, habiendo entrado por una tan principal como las demás instituciones directa y explícitamente reconocidas en el CC.

Aproximación a la incidencia de la eventual adopción del Proyecto de Pavía en el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones contractuales en Derecho español¹

MARINA PÉREZ MONGE
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Concepto de incumplimiento*: A) Proyecto de Pavía. B) Derecho español.—III. *Supuestos de incumplimiento*: A) Mora del deudor: 1. Proyecto de Pavía. 2. Derecho español. B) Imposibilidad sobrevenida y excesiva onerosidad de la prestación: 1. Proyecto de Pavía. 2. Derecho español: a) Clases. b) Requisitos. c) Consecuencias de la imposibilidad sobrevenida. d) La garantía de cumplimiento. C) Infracción del deber de indemnidad: 1. Proyecto de Pavía. 2. Derecho español.—IV. *Incumplimiento de distintas clases de obligaciones*: 1. Obligación de dar: a) Cosa determinada: (1) Proyecto de Pavía. (2) Derecho español. b) Cosa indeterminada: (1) Proyecto de Pavía. (2) Derecho español. 2. Obligación de hacer: a) Proyecto de Pavía. b) Derecho español. 3. Obligación de no hacer: a) Proyecto de Pavía. b) Derecho español.—V. *Mora del acreedor*: A) Proyecto de Pavía. B) Derecho español.—VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es estudiar las repercusiones que tendría en nuestro Derecho la adopción del denominado Código

¹ Este trabajo es parte de un volumen colectivo en el marco del Proyecto BJU 2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el profesor Dr. D. Gabriel GARCÍA CANTERO, bajo el título *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*.

Europeo de Contratos². Se conoce también como *Proyecto de Pavía*, ciudad en la que tiene su sede la Academia de Jusprivatistas Europeos que lo ha patrocinado y elaborado, y como Proyecto Gandolfi, nombre de su impulsor y coordinador.

Como indica el profesor García Cantero, este Anteproyecto de Código Europeo de Contratos³ «puede considerarse el resultado final del Congreso reunido en Pavía en 1990 sobre la unificación del Derecho Europeo de Contratos, cuyas conclusiones acaban de adquirir una renovada actualidad con ocasión de la Comunicación de 11 de julio de 2001, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre Derecho Contractual Europeo»⁴. Es, por tanto, un documento privado. Carece de fuerza de obligar, pero «podría ser adoptado por la Unión Europea, o servir de base al que, en fecha no lejana, se promulgue definitivamente por aquélla.»⁵ Este Proyecto ha sido entregado, según indica García Cantero «oficiosamente a la Comisión Europea, sin que de momento [...] haya alcanzado más valor intrínseco que el de un documento privado y el de la autoridad de quienes lo firmaron»⁶.

Como es sabido, la Academia de Privatistas europeos de Pavía tiene como objetivos fundacionales:

«– Preparar una unificación efectiva del derecho contractual de la Unión Europea.[...]

– Redactar estas normas, de tal forma y contenido que constituyan reglas aceptables en todos los países de la Unión Europea, sin que representen una imposición para los mismos ciudadanos, sino más bien un auxilio para los casos no previstos, y que además tengan en cuenta las instancias socio-económicas de la sociedad europea del tercer milenio»⁷.

² GARCÍA CANTERO, en la Introducción a «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *RJN*, núm. 44, 2002, p. 302. No se pretende un tratamiento del Incumplimiento.

³ Este Anteproyecto fue publicado en 2001 en francés, *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre I, Milano, 2001*, patrocinado por la *Académie de Privatistes Européens*. Este texto fue traducido al español en el trabajo colectivo dirigido por el profesor GARCÍA CANTERO, «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *RJN*, núm. 44, 2002, pp. 299 ss.

⁴ GARCÍA CANTERO, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)», *Derecho Privado Europeo*, (Coordinador: CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003, p. 207.

⁵ GARCÍA CANTERO, en la Introducción a «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *RJN*, núm. 44, 2002, p. 300.

⁶ GARCÍA CANTERO, «¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía? (En torno a la noción de contrato europeo)», *ADC*, 2004, p. 53.

⁷ GARCÍA CANTERO, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)», *Derecho Privado Europeo*, (Coordinador: CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003, pp. 209-210.

Conviene recordar que se trata de un Código de Contratos y no de obligaciones, pues este último concepto es «uno de los pilares de los Derechos continentales, pero es un concepto menos importante y casi desconocido en el área del *common law*»⁸. Continúa afirmando García Cantero que «se ha considerado a la obligación como uno de los efectos del contrato, pero sin hacer de ello un concepto dogmático. La difusión ha sido rápida a través de Congresos»⁹. Desde otra perspectiva, es un Código que pretende ofrecer soluciones concretas. En este sentido, afirma Martínez de Aguirre que se ha optado por «un Código de soluciones y no de principios, a partir de la idea de que la unificación europea en materia de contratos se logrará mejor y más rápidamente a través de la unificación de las soluciones concretas a problemas particulares, que mediante el intento de unificar los procedimientos lógicos y mecanismos conceptuales mediante los que cada sistema legal nacional llega a esas soluciones concretas»¹⁰.

Esta unificación plantea dificultades debido a las diferencias sustanciales en materia de incumplimiento de los contratos entre los diferentes ordenamientos jurídicos europeos¹¹.

El Proyecto Europeo de Contratos¹² dedica su Título VIII al «Incumplimiento del Contrato». Dicho título consta de tres Secciones, la primera de ellas referida a las «Disposiciones Generales», la segunda a la «Mora del Acreedor», y la tercera a los «Efectos de la falta de ejecución». En este estudio me ocuparé del comentario de las dos primeras Secciones, es decir de los supuestos de incumplimiento.

Conviene recordar que para la elaboración del Proyecto referido, se toma como base el Libro IV del CC italiano de 1942 (que ocupa una posición intermedia entre los dos grandes modelos legislativos, el Código de Napoleón y el BGB)¹³.

⁸ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, p. 211.

⁹ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, p. 213.

¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Notas sobre las “condiciones relativas al contenido” del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)», en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 177.

¹¹ Cfr. PARRA LUCÁN, «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un CC europeo?», *Actualidad civil*, 2002, p. 1167.

¹² Las citas de los artículos se referirán en adelante a la «Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, núm. 4, pp. 299 ss.

¹³ CARBONNIER, «Reflexions marginales», *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre I, Milano, 2001*, p. XIV, afirma: «[...] le professeur Giuseppe Gandolfi avait déjà mis au point le schéma de son action, prenant, ainsi qu'il était naturel, pour tremplin du passage à l'Europe le droit des contrats de son pays. Non pas que le Code italien de 1942 dût être le modèle exclusif. Mais par la position médiane qu'il occupait entre les deux pôles

También se adoptó como segundo texto base el *Contract Code*, elaborado por el profesor Harvey Mc Gregor, a instancia de la *Oxford Law Comision*¹⁴. De los Mozos afirma respecto de este Código: «[...] es imprescindible que los juristas tengan que hacer su propia tarea: criticando las medidas equivocadas o insuficientes, denunciando el camino inadecuado y, sobre todo, ofreciendo fórmulas razonables de acuerdo con los fundamentos jurídicos de la unidad o de la integración a que se aspira. En esta línea se inserta el estudio del *Contract Code* de H. Mc Gregor que hace un esfuerzo de acercamiento a los Derechos continentales y, todo ello, con el propósito de hacer posible un proyecto de “Código europeo de contratos”, como pretende el “grupo de trabajo de Pavía”» que se diferencia de otros proyectos en que, por primera vez, se habla de un “código” como tal, es decir de un conjunto de normas jurídicas ordenadas sistemáticamente.»¹⁵ Gandolfi afirma: «En cuanto a su contenido, el *Contract Code* de Mc Gregor asume una decidida apertura hacia las experiencias continentales, mereciendo una particular consideración tanto su estructura como su estilo.»¹⁶

En definitiva, se tomaron como referencias el CC italiano de 1942 y el *Contract Code*.

II. CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

A) PROYECTO DE PAVÍA

Se planteó inicialmente la conveniencia de incluir un precepto dedicado a regular el concepto de incumplimiento, extraño en algunos países.

législatifs, Code Napoleon et BGB, outre plus d'un trait de modernité paisibles, il méritait amplement de constituer une base commune pour la recherche et les discussions.» En el mismo sentido RESCIGNO, *Nota Introduttiva, op. cit.*, p. XVII, afirma: «Il nostro collega [...] riusciva a metterne in luce le occasioni, frequenti e felici, d'incontro e conciliazione tra le consolidate tradizioni del *Code Napoleon* e le BGB, e la possibilità di avvalersi della “mediazione” così realizzata per aprire un fruttuoso dialogo col mondo di *common law*».

¹⁴ GANDOLFI, *Introducción al Code Européen des Contrats, Avant-Projet*, Livre I, Milano, 2001, p. 251 y p. LIII.

¹⁵ DE LOS MOZOS, Proemio a la traducción española de *Contract Code, Proyecto redactado por encargo de la Law Comision inglesa*, realizada por DE LA CUESTA SAÉNZ y VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1997, p. 15.

¹⁶ GANDOLFI, en el Prefacio a la traducción española de *Contract Code, Proyecto redactado por encargo de la Law Comision inglesa*, realizada por DE LA CUESTA SAÉNZ y VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1997, p. 29. En este mismo sentido afirma VATTIER FUENZALIDA, en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 19 que el *Contract Code* representa «una síntesis renovada del derecho inglés y escocés».

En el Informe del coordinador Gandolfi se recogen las opiniones de académicos de diversos países, entre las que destaco las de los profesores españoles García Cantero y De los Mozos, que proponen la inclusión de tal concepto, aun cuando en nuestro CC no se contiene ¹⁷.

Se optó por incluirlo en el artículo 89 en los siguientes términos: *Sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones siguientes, se considera incumplida una obligación contractual si uno de los contratantes, o sus colaboradores o encargados, adoptan un comportamiento diferente al previsto en el contrato, o si se verifica una situación de derecho o de hecho diferente de la que puede considerarse acordada.*

Como indica Lobato Gómez «parte de una noción general, abstracta y descriptiva de incumplimiento contractual que trata de

¹⁷ GANDOLFI, *Code Européen des Contrats, Avant-Projet*, Livre I, Milano, 2001, pp. 251 y 252, Rapport du coordinateur sur les artículos 89-117, pp. 251 y 252 recoge la aportación de DE LOS MOZOS y GARCÍA CANTERO en los siguientes términos: «De los Mozos, qui propose tout d'abord une comparaison entre les règles pertinentes du *Contract code* et celles du code italien et des autres codes de matrice romaine, note d'une part que dans ces derniers les données implicites sont plus consistantes que celles qui sont explicites (ce qui appelle des tentatives de systématisation de la part de la doctrine), et d'autre part qu'on y remarque la carence d'un caractère organique pourtant indispensable. Il propose donc de préférer le *Contract code* en guise de modèle, car on y examine clairement les différentes phases de l'inexécution (quoique lui aussi manifeste quelques doutes sur le traitement réservé à la *mora accipiendi*, dans l'art. 305). Il suggère en particulier d'inaugurer le titre des dispositions générales par deux articles concernant l'un l'inexécution en général et les cas d'inexécution, et l'autre la distinction entre inexécution à proprement parler (inexécution substantielle) et inexécution défectueuse ou inexacte (inexécution non-substantielle). Pourraient alors suivre certaines règles qui sont présentes dans les vieux codes européens, suivant l'exemple du code hollandais, dans le but de se rapprocher du système du *Contract code*. En particulier, quant à l'art. 1222 du code italien sur l'inexécution d'obligations négatives, il suggère de l'utiliser mais en le transformant en une règle à plus ample contenu, qui ne concernerait pas seulement les obligations négatives, mais aussi celles de faire, comme cela se produit dans le code espagnol (arts. 1098 et 1099).

García Cantero estime quant à lui opportun de consacrer une règle générale à l'inexécution, qui prévoirait distinctement les cas d'impossibilité totale ou partielle de la prestation, de la demeure et de l'inexactitude de l'exécution, pour lesquelles le débiteur est tenu de répondre. Il ne faudrait en outre pas ignorer les devoirs de protection relatifs à la personne et aux biens du créancier. En ce qui concerne les contrats synallagmatiques, il est de l'avis que les deux prestations doivent se recouper, sous réserve d'une règle légale ou conventionnelle, et qu'il est à la charge de celui qui exige la prestation de la part de l'autre de prouver qu'il a déjà exécuté la sienne.»

GARCÍA CANTERO, respecto de la conveniencia de definir los conceptos, también considera obligado incorporar la definición de contrato al texto. Cfr. «Hacia un concepto europeo de contrato», en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 132.

Desde una perspectiva distinta, Díez Picazo, Roca Trías y Morales en *Los principios del Derecho europeo de contratos*, p. 24 traducen el artículo 1301 (4) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos del siguiente modo: «Incumplimiento significa cualquier incumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato.»

abarcar, sin hacer ninguna referencia expresa a cada uno de ellos, todos los posibles supuestos del incumplimiento, desde el incumplimiento total y definitivo, hasta el incumplimiento tardío, parcial o defectuoso». ¹⁸

Junto a este precepto, el artículo 98 del Proyecto de Pavía, bajo la denominación de «Reserva de incumplimiento», establece: *Hay incumplimiento de la obligación si el deudor deja de cumplir la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación, salvo que se haya reservado tal posibilidad explícita o implícitamente en el contrato* ¹⁹.

Matiza Viguri Perea que en Derecho español vendría a ser un contrato sujeto a condición resolutoria que no dependa exclusivamente de la voluntad del deudor ²⁰.

El artículo 100 del Proyecto de Pavía se refiere al incumplimiento debido a la no realización de las situaciones prometidas:

«1. *Hay incumplimiento de la obligación contractual si cierto acontecimiento, o cierto estado de hecho o de derecho que uno de los contratantes ha prometido o garantizado que se producirían, incluso sin contraprestación, no se han producido o ya no se producirán.*

2. *Cuando en una declaración no incluida en el contrato y que no ha sido objeto de promesa o de garantía, se afirma que un hecho se ha producido o no se ha producido, que se producirá o no se producirá, desde que dicha declaración no corresponda a la verdad, el que la ha emitido puede responder, frente al perjudicado por ella, por culpa aquiliana.»*

¹⁸ LOBATO GÓMEZ, «El incumplimiento del contrato» en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 373.

¹⁹ Se ha realizado una traducción libre del título de este precepto como «Reserva de incumplimiento», intentando recoger el contenido del precepto, en la traducción española, aun cuando el contenido del texto francés era «Violation efficace». DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO lo traducen como «Violación eficaz» en la traducción incluida en el volumen *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 80.

²⁰ VIGURI PEREA, «Supuestos de incumplimiento», en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 426. Afirma: «Cabe interpretar que el contrato, una vez perfecto, queda sujeto mediante mención expresa a lo que en el Derecho español se regula como “condición resolutoria”. La resolución del contrato, a resultas de la cláusula condicional, debiera ser plasmada con cierta cautela para no lesionar derechos adquiridos de la parte acreedora. Parece obvio que para entender que el negocio jurídico se halla sujeto a condición, tal condición no deberá depender de la exclusiva voluntad de la parte deudora.»

Parece que este precepto proviene de los artículos 301 y 302 del *Contract Code*. En concreto el artículo 301 establece: «*La parte de un contrato que deja de cumplir por completo cualquier obligación que le incumbe o la cumple tardíamente o sólo en parte, o de cualquier otro modo que no se ajuste a sus obligaciones, incurre en incumplimiento de contrato.*» Continúa el artículo 302: «*La parte del contrato cuya declaración consista en un suceso o en un estado de hecho o de Derecho que no se cumpla debidamente incurre en incumplimiento de contrato.*» No obstante, ha de advertirse que en el *Contract Code* es responsabilidad contractual y en el Proyecto de Pavía es responsabilidad extracontractual.

Los supuestos descritos en los artículos 90 y 91 del Proyecto de Pavía²¹, referidos respectivamente a los casos en que el deudor declara por escrito no querer cumplir o no se halla en situación de cumplir, con las correspondientes consecuencias no se regulan específicamente en nuestro Derecho. En concreto, el referido artículo 90 parece proceder del artículo 1219 del Código italiano de 1942, que respecto de la mora, considera: «*Non è necessaria la costituzione in mora: [...] 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione*». Ahora bien, el artículo 90 del Proyecto de Pavía tiene un carácter más general, y sin embargo el precepto del CC italiano se encuentra en la regulación de la mora.

La anticipación del incumplimiento, prevista en el artículo 91 del Proyecto de Pavía, se regula en los siguientes términos:

«1. *Si antes del vencimiento del plazo, resulta razonable estimar que el deudor no está o no se ha situado en condiciones de cumplir una obligación contractual, o que no se encuentra en situación de cumplirla sin defectos notables, y que todo ello no es debido a una acción u omisión del acreedor, este último puede instarle por escrito a que, en un plazo razonable, que no será inferior a quince días, garantice adecuadamente el cumplimiento futuro*

²¹ Artículo 90.

Deudor que declara por escrito no querer cumplir:

«1. Si el deudor declara por escrito al acreedor no tener intención de cumplir, este último tiene la facultad de notificarle por escrito y sin demora, y en todo caso dentro de ocho días, que en virtud de esta declaración considera la obligación incumplida. En defecto de dicha notificación, el acreedor no podrá rechazar el cumplimiento que tenga lugar posteriormente.

2. El deudor, dentro de los ocho días siguientes a la recepción de la notificación mencionada en el apartado anterior, puede impugnarla por escrito; y si, en los ocho días que siguen, el acreedor no reconsidera por escrito su posición, deberá el deudor dirigirse al juez competente en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo.

3. Salvo pacto en contrario entre las partes, los plazos indicados en los apartados anteriores y en los artículos siguientes se suspenden en los periodos festivos y vacacionales habituales y conforme a lo previsto en el artículo 58.»

con la advertencia de que a falta de garantía el incumplimiento se considerará definitivo.

2. El deudor, si no proporciona la garantía requerida, puede, en el plazo de ocho días, impugnar por escrito a la solicitud del acreedor y debe, si este último no reconsidera por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo.»

Este precepto parece inspirarse en los artículos 303 y 304 del *Contract Code*. Así, el artículo 303 establece:

«1) La parte del contrato que antes del momento exacto del cumplimiento de todas o parte de sus promesas contractuales u otras obligaciones, denote una intención definitiva de no cumplir toda una parte separada y concreta de él, o devenga incapaz de hacerlo en circunstancias que no extingan el contrato por frustración de acuerdo con los artículos 591 a 597, incurre en incumplimiento de contrato si la contraparte opta por tratar tal intención o incapacidad como incumplimiento inmediato; este tipo de incumplimiento se llama anticipatorio.

2) Tal acción por la contraparte:

a) no es posible una vez que el que declinó o devino incapaz de cumplir haya, con conocimiento de la contraparte, reconsiderado su intención o recuperado su capacidad de cumplir.

b) se presume si no resulta para él razonable continuar cumpliendo por su parte al agravar así su pérdida.

c) en otro caso se necesitarán nuevas declaraciones o actos que denoten intención inequívoca de considerar incumplidora a la otra parte.»

Y el artículo 304 del *Contract Code*, establece:

«1) Cuando antes del momento fijado para el cumplimiento de todo o parte de alguna promesa contractual u otras obligaciones contractuales de una de las partes, la otra tenga razonables motivos para creer que puede incumplirse toda la prestación o una parte diferenciada de ella, está legitimada para pedir garantías de que la futura prestación tendrá lugar debidamente, pudiendo entonces suspender su prestación hasta que le sea dada una razonable garantía.

2) La parte a la que se hace tal requerimiento incurre en incumplimiento si la contraparte opta por considerar como incumplimiento inmediato cualquier falta de previsión de una garantía razonable dentro de un plazo razonable de acuerdo con todas las circunstancias.»

Lobato Gómez considera que se trata de un «planteamiento que resulta absolutamente extraño para nuestro Derecho vigente»²².

²² LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 375.

B) DERECHO ESPAÑOL

En Derecho español no se regula de manera sistemática la materia de incumplimiento²³. Esta materia se contiene, en una primera aproximación, en el artículo 1101 del CC, que forma parte del Capítulo II intitulado «De la naturaleza y efecto de las obligaciones», del Título I («De las obligaciones»), del Libro IV («De las obligaciones y contratos»). Dicho precepto establece: «*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla.*»

Así como en el Proyecto de Pavía se prevé específicamente –en el concepto de incumplimiento– la responsabilidad de los auxiliares, en el CC español no se regula expresamente dicha responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento, es decir de las personas que intervienen en el cumplimiento de la obligación por iniciativa del deudor. La doctrina admitía la responsabilidad del deudor con fundamento en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. En este sentido afirma Delgado Echevarría que «como la culpa del auxiliar no es, en sí, fuerza mayor ni caso fortuito, es indudable que responderá el deudor, al menos, en los términos del artículo 1903. Pero el hecho de que sea el deudor quien, en su propio interés, legitima al tercero a introducirse en la obligación, inclina a pensar que lo hace a su propio riesgo, también cuando la actuación del auxiliar se desarrolla de forma autónoma, sin relación de dependencia con el deudor. Éste, en definitiva, responde aun sin culpa o dolo propios, siempre que este reproche pueda hacerse a los auxiliares»²⁴.

La doctrina distingue en el artículo 1101 los supuestos de incumplimiento de los criterios de imputabilidad, y de las consecuencias del incumplimiento.

Los autores se han ocupado de sistematizar y precisar el tratamiento del incumplimiento en Derecho español. Para definir el incumplimiento, la doctrina tradicionalmente se centra en la satisfacción del acreedor. En este sentido Díez Picazo se pregunta en

²³ En este sentido, ya advertía CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, p. 11: «Ciertamente, la regulación del incumplimiento en nuestro CC, con un defectuoso artículo 1101, una anacrónica visión de la culpa y el caso fortuito y una indefendible relegación del básico punto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación al anodino campo de la pérdida de la cosa debida [...]»

²⁴ DELGADO ECHEVARRÍA en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, II*, Vol. 1.º, «Parte General. Teoría General del Contrato», 2000, 2.ª edición, (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), pp. 173-174. Cfr. también Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, «Las relaciones obligatorias», Civitas, 1996, p. 592.

qué medida el acreedor ha quedado o no satisfecho, lo que, en línea de principio, es independiente de la valoración que deba atribuirse al comportamiento del deudor y es en sí mismo un hecho perfectamente objetivo. Lo que se trata de saber es en qué medida los hechos se han ajustado o no al ideal programa o plan de prestación. [...] El análisis debe dirigirse, ante todo, a establecer una tipología de las perturbaciones del proyecto de prestación (*leistungstorung*, *leistungvereitelung*) y de la objetiva insatisfacción del acreedor.²⁵ Desde una perspectiva diferente, otros autores toman como referencia la valoración de la conducta del deudor. Así, por ejemplo afirma De Pablo: «Hay incumplimiento de la obligación –lesión del derecho de crédito del acreedor– siempre que la conducta de prestación debida no se realiza por el deudor exacta y oportunamente (en los términos, del modo y en el tiempo procedente, según el tenor de aquélla).»²⁶ Por su parte, Delgado Echevarría distingue dos análisis distintos:

«Uno, desde el punto de vista del deudor, centrado sobre la causación de cualquier suerte de incumplimiento (retraso, cumplimiento inexacto, imposibilidad) y la reparación de los daños ocasionados por él en caso de que, de acuerdo con las reglas de responsabilidad, le sea imputable el incumplimiento. El intérprete ha de resolver, entonces, cuál sea, en el trayecto que media entre la culpa (entendida como la falta de la diligencia normal) y el caso fortuito, el punto a partir del cual el incumplimiento no obliga –u obliga– a indemnizar.

Otro, más bien, desde el punto de vista de la satisfacción del acreedor, versa sobre las consecuencias de la imposibilidad definitiva de cumplir, en orden a la prestación o no de un equivalente. También a este efecto son significativos los conceptos de culpa y caso fortuito, y vuelve a surgir el problema de la frontera que los separa, pero si la obligación incumplida es sinalagmática, aparece un nuevo aspecto de la cuestión, cual es el de la restitución o no (entrega, o no) de la contraprestación recibida por el deudor, que no se sujeta, en su solución, al canon de la distinción entre culpa y caso.»²⁷

El Proyecto de Pavía (art. 90) se refiere, como se ha indicado, al supuesto de que el deudor declare no querer cumplir. Como afirma

²⁵ Díez Pícazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, «Las relaciones obligatorias», Civitas, 1996, pp. 568-569.

²⁶ De Pablo Contreras, en Martínez de Aguirre Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Parra Lucán, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 177.

²⁷ Delgado Echevarría en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Volumen 1.º, «Parte General. Teoría General del Contrato», 2000, 2.ª edición, (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), pp. 163-164.

Díez Picazo, en Derecho español, «la consecuencia de una declaración del deudor de no querer cumplir la prestación exonera al acreedor de la intimación y constituye al deudor, que ha realizado tal declaración, en mora, deriva de la regla de la buena fe, pues es inadmisibles que el deudor que ha efectuado esa declaración, se oponga posteriormente a ser considerado como moroso»²⁸. La denominada reserva de incumplimiento *supra* no está prevista específicamente en nuestro Derecho, aun cuando podría admitirse al amparo del principio de autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1255 del CC español.

El artículo 100 del Proyecto de Pavía referido al *Incumplimiento debido a la no realización de las situaciones prometidas* no encuentra un precepto específico en nuestro Derecho. Respecto de dicho precepto Viguri Perea observa un paralelismo entre los artículos 1450 y 1451 de nuestro CC –relativos a la promesa de compra y venta– y el párrafo 1.º del artículo 100 del Proyecto de Pavía.²⁹

Finalmente, se observa que aun cuando el CC español no recoge un concepto legal de incumplimiento, reconocidos juristas españoles proponen su inclusión en la discusión previa al Proyecto de Pavía, por lo que considero que no supondría novedad en cuanto que este concepto ha sido elaborado y aceptado por nuestra doctrina.

III. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO

Nuestro CC establece en el artículo 1101 CC, «*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla.*» La doctrina estudia los posibles supuestos desde distintas perspectivas.

²⁸ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, «Las relaciones obligatorias», Civitas, 1996, p. 635.

²⁹ VIGURI PEREA, *op. cit.* pp. 428 ss. afirma: «El artículo 1451 de nuestro CC, en relación con el 1450, señala que la promesa de compra o venta contiene un contrato perfecto cuando ha existido convenio respecto de la cosa y el precio. Dicha perfección faculta a las partes para reclamar en el momento oportuno el cumplimiento de lo pactado. [...] En claro paralelismo a lo expuesto, el Código Europeo en el artículo 100-1.º califica de incumplimiento contractual la imposibilidad para una de las partes de materializar lo prometido, puesto que en el contrato perfecto, es dicha promesa lo que se constituye en objeto del contrato, y no cabe entender que el pacto existente *inter partes* pende de la futura realidad del contenido de la promesa. En el supuesto de cumplirse esta última circunstancia, nos encontraríamos ante una obligación sujeta a condición suspensiva». Cfr. pp. 429 ss.

Así, Delgado Echeverría distingue los siguientes supuestos de incumplimiento:

- «a) Que el deudor se retrasa en cumplir, siendo todavía posible el cumplimiento.
- b) Que el cumplimiento es definitivamente imposible.
- c) Que el deudor ha realizado una prestación, pero inexacta cuantitativa o cualitativamente.
- d) Que el deudor está dispuesto a no cumplir, pase lo que pase.»³⁰

Por su parte, Díez Picazo distingue tres supuestos de insatisfacción del acreedor: «a) el retardo y la mora; b) la ejecución de una prestación defectuosa, c) el incumplimiento definitivo de la obligación.»³¹ Conviene distinguir la mora del incumplimiento definitivo. En este sentido, afirma Díez Picazo: «En la mora, el comportamiento del deudor, o de los impedimentos transitorios de prestación, conducen a una omisión de la prestación, pero el obstáculo es todavía superable. De esta suerte, la prestación puede todavía ser realizada, y, una vez realizada, aunque lo sea tardíamente, es todavía idónea para satisfacer el interés del acreedor, a cuya obtención la

³⁰ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 1º, Parte General. Teoría General del Contrato, 2000, 2.ª edición, (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), p. 163.

³¹ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 570 y 571, atendiendo a que el deudor haya omitido la prestación, o haya realizado la prestación defectuosamente, en relación a la posibilidad de una posterior o ulterior realización de la prestación por parte del deudor y la posible satisfacción del acreedor, se refiere a las siguientes cinco situaciones –que refunde en las tres señaladas en el texto–:

1.ª El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento en que estaba obligado a ejecutarla, pero la prestación objetivamente considerada es todavía posible y realizada tardíamente es idónea para satisfacer el interés del acreedor. En todos estos casos hay retraso en la ejecución de la prestación, que puede llegar a convertirse en mora si se dan o aparecen los requisitos necesarios para colocar al deudor en esta especial situación.

2.ª El deudor ha realizado una prestación defectuosa, en el momento fijado, pero todavía es posible corregir los defectos de la prestación y con la corrección de los defectos, la prestación es todavía idónea para satisfacer el derecho del acreedor.

3.ª El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento oportuno y la prestación es en sí misma todavía posible, considerada de manera objetiva, pero es ya inidónea para satisfacer el interés del acreedor. Ello puede ocurrir porque el interés del acreedor demandaba, según lo estipulado, la ejecución de la prestación precisamente en el momento previsto (término esencial) o, aunque el plazo no fuera de aquella índole, porque puede no ser razonable hacerle esperar un tiempo especialmente prolongado o porque la prolongación del término hace que el interés del acreedor desaparezca. En todos estos casos, la no prestación comporta una definitiva insatisfacción del derecho del acreedor.

4.ª La misma solución debe adoptarse en aquellos casos en que la prestación ejecutada defectuosamente no admita la corrección de los defectos.

5.ª Cabe por último la posibilidad de que el deudor no haya realizado ninguna prestación y que, además, esta última se haya tornado definitivamente imposible, caso en el cual la situación es también de definitiva insatisfacción del derecho de crédito.

relación obligatoria se dirige. Una hipótesis completamente distinta se presenta en aquellos casos en que la omisión de ejecución de la prestación ha de considerarse como un fenómeno definitivo, de tal suerte que ya no cabe el cumplimiento tardío o que, aunque teóricamente posible, no es legítimo imponérselo al acreedor. El problema consiste entonces en dibujar las características que presentan estos supuestos, y, en particular, establecer su diferenciación con los supuestos de retardo o de mora.»³² Incluye en el denominado incumplimiento definitivo o de definitiva falta de ejecución del programa de prestación los siguientes supuestos:

- «1.º La imposibilidad sobrevenida de la prestación.
- 2.º La imposibilidad temporal con frustración del fin del negocio y la excesiva prolongación de la inejecución de la obligación.
- 3.º La voluntad inequívoca del deudor de no cumplir.
- 4.º La violación de la obligación negativa.
- 5.º La falta de obtención del resultado de prestación en las obligaciones de resultado.»³³

De Pablo distingue los siguientes supuestos de incumplimiento:

«a) La *morosidad*, esto es, la mora del deudor.

El simple retraso, sin los requisitos de la mora, [...] no tiene especiales consecuencias jurídicas: el deudor deberá cumplir, pero ni se perpetúa la obligación, ni tendrá que indemnizar el incumplimiento. A estos efectos, es la interpelación lo que da la medida de la idea del legislador: si el acreedor no intima al deudor, se entiende que no tiene aún interés en que cumpla y, por tanto, no puede haber incumplimiento; cuando no es necesaria la interpelación para que el deudor incurra en mora, se presupone legalmente, en cambio, el interés del acreedor en el cumplimiento.

b) La *contravención del tenor de la obligación*, que agrupa las demás hipótesis de incumplimiento:

- i) la no realización en absoluto de la conducta debida, siendo ésta posible;
- ii) la imposibilidad sobrevenida de la prestación;
- iii) la prestación inexacta o defectuosa; y
- iv) la prestación cuya ejecución lesiona un interés contractual del acreedor diferente del deber de prestación (*interés de indemnidad*).»³⁴

³² Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 647-648.

³³ Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 649-650.

³⁴ DE PABLO CONTRERAS, en Martínez de Aguirre Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Parra Lucán, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 197. Cfr. también DELGA-

Afirma De Pablo: «Así pues –y en ello coincide la gran mayoría de la doctrina–, entendemos que el artículo 1.101 mezcla dos causas materiales del daño (la morosidad y la contravención) con dos criterios de imputación de dicho daño al deudor (el dolo y la culpa).»³⁵

Como se observa, con fundamento en el artículo 1101 del CC, los autores realizan una clasificación que distingue básicamente mora y contravención del tenor de la obligación (incumplimiento definitivo y cumplimiento defectuoso).

A) MORA DEL DEUDOR

1. Proyecto de Pavía

El Proyecto de Pavía regula esta materia en el artículo 96, cuya dicción es:

«1. No puede considerarse que el deudor incurre en mora:

a) *si no se ha pactado para el cumplimiento ninguna fecha final, ni término constituido por un periodo determinado de días, meses o años, y el acreedor no ha requerido previamente al deudor, por escrito, el cumplimiento de la obligación fijándole un plazo razonable;*

b) *si el acreedor o el juez han concedido previamente al deudor un plazo adicional para el cumplimiento;*

c) *en los contratos sinalagmáticos, si el acreedor se retrasa en el cumplimiento de su prestación, para la cual está previsto un término ya vencido;*

d) *si el deudor ha ofrecido en tiempo útil la prestación debida al acreedor, pidiéndole la acepte, a reserva de la eventual mora del acreedor.*

Si los términos mencionados en las letras a) y b) del presente artículo están vencidos, y salvo las situaciones previstas en las letras c) y d) de este mismo artículo, se considera al deudor en mora. En consecuencia, no queda liberado de su obligación y es además responsable –como lo prevén los artículos 162 y siguientes– de los daños que se deriven, incluso si la pérdida de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida en el curso del cumplimiento no se deben a causas que le sean imputables, salvo que pruebe que la cosa o la prestación debida habría sufrido el mismo daño si

DO ECHEVERRÍA en Lacruz, *op. cit.*, p. 165, DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, p. 683.

³⁵ DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.* p. 196.

hubiera estado en poder del acreedor. Pero, en este último caso, está obligado a entregar al acreedor la suma que perciba del responsable o del asegurador como consecuencia de la destrucción o de la sustracción de la cosa debida o por el incumplimiento de la prestación.»

Según el apartado 1.º, es preciso por tanto que exista plazo, interpelación por parte del acreedor, que no haya ofrecimiento de pago, que no se haya concedido moratoria ni concurra compensación de mora.

Desde otro punto de vista, el artículo 101 del Proyecto de Pavía, se refiere al cumplimiento anticipado o realizado en cantidad superior a la debida en los siguientes términos: «*El acreedor puede recibir la prestación realizada por el deudor antes del plazo fijado o en cantidad superior a la debida; en este último caso, pagará una contraprestación proporcionalmente superior, pero si la rechaza, no se le considerará en mora.*»

2. Derecho español

Los requisitos de la mora del deudor, según nuestro CC son:

- 1) Cumplimiento tardío todavía posible. Si éste no fuese posible, ya no se trataría de mora, sino de incumplimiento definitivo.
- 2) Obligación positiva y exigible. Como es sabido, no es posible la mora en las obligaciones negativas.
- 3) Retraso culpable (negligente que le fuera imputable).
- 4) Interpelación (art. 1100 CC), salvo que se trate de obligaciones sinalagmáticas.

La mora se evita o termina mediante el pago, ofrecimiento de pago o la concesión de una moratoria.

Desde otra perspectiva, la purga de la mora se produce cuando se eliminan los efectos (de la mora) por renuncia del acreedor a hacerlos valer.

Las consecuencias de la mora del deudor son: Si la prestación es posible, el deudor que incurre en mora debe cumplir *in natura*. Si la prestación no es posible debe cumplir por equivalente. En ambos casos, ha de resarcir.

En Derecho español los requisitos objetivos del cumplimiento son: la identidad (es decir, que el objeto de la prestación coincida con el objeto del cumplimiento), integridad (a lo que se opone el pago parcial) e indivisibilidad (frente al que se sitúa el pago fraccionado). En consecuencia su regulación es similar. Así, el CC

español prevé que el acreedor no está obligado a recibir una contraprestación superior a la debida, pues el artículo 1166 establece que «*El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*». Por tanto si no lo hace, no incurre en mora. Ahora bien, si el acreedor recibe una cantidad superior, parece adecuado que la contraprestación sea proporcional a la misma. Así se deduce de supuestos en los que se recibe una cantidad diferente a la pactada, en los que se admite la disminución o aumento proporcional del precio como por ejemplo en el artículo 1470 CC. En este sentido afirma Viguri Perea: «En función del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden establecer, de común acuerdo, alteraciones sobre el contenido del contrato originario.»³⁶

Sin embargo, difiere en la persona a quien beneficia el plazo, pues en el artículo 83 del Proyecto de Pavía se presume establecido a favor del deudor, y en el artículo 1127 de nuestro CC, a favor de acreedor y deudor. El acreedor no está obligado a recibir antes del plazo fijado.

El artículo 83.5 del Proyecto de Pavía establece: «*El deudor no puede repetir lo que había pagado por anticipado, ignorando la existencia del término.*» En este sentido en Derecho español, el artículo 1126 establece: «*Lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo, no se podrá repetir.*

Si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa.»

B) IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA Y EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

La imposibilidad se produce, «cuando la prestación, luego de nacida la obligación, se ha hecho definitivamente imposible.»³⁷.

1. Proyecto de Pavía

En el artículo 97 se regula la posibilidad de cumplimiento tardío o parcial, y de una nueva negociación en el apartado 1.º A con-

³⁶ VIGURI PEREA, *op. cit.*, p. 431.

³⁷ DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz, *op. cit.*, p. 188.

tinuación se prevé la extinción de la obligación del deudor, salvo que se haya agravado la responsabilidad contractualmente.

«1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor –como lo prevé el artículo 157– el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato.»

2. Derecho español

a) CLASES

La imposibilidad puede ser física o jurídica. La primera de ellas se refiere a la destrucción o perecimiento de la cosa. La segunda a los supuestos en que queda fuera del comercio de los hombres.

La mera dificultad no extingue la obligación, sino que faculta para pedir su revisión a los Tribunales por alteración de las circunstancias.³⁸ Comparando el referido artículo 97 del Proyecto de Pavía y la regulación española, puede afirmarse que en nuestro Derecho no hay una regulación específica sobre esta materia, pero podría admitirse al amparo del principio de autonomía de la voluntad –contenido en el artículo 1255–³⁹, de la equidad –incluida en el artículo 3.2– y del principio de buena fe –comprendido en el artículo 1258– de nuestro CC. Es destacable la aplicación –muy restrictivamente– por nuestros Tribunales de la cláusula *rebus sic*

³⁸ DE PABLO CONTRERAS, en Martínez de Aguirre Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Parra Lucán, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 190.

³⁹ Cfr. VIGURI PEREA, *op. cit.*, p. 423.

stantibus, fundamentalmente a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1957 ⁴⁰.

b) REQUISITOS

La imposibilidad ha de ser:

1. Posterior al nacimiento de la obligación. En caso contrario, la obligación no habría nacido.

2. Definitiva. Ahora bien, la imposibilidad temporal puede convertirse en definitiva, cuando se trata de obligaciones con término esencial.

3. Objetiva. Como dice Delgado Echeverría, «no se trata, con todo, de tener en cuenta las aptitudes y circunstancias personales del concreto deudor, sino de considerar imposible lo que social y económicamente se tiene por tal» ⁴¹.

c) CONSECUENCIAS DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA

Se distinguen los supuestos en que el deudor queda liberado de aquellos en los que sigue obligado a cumplir, según haya mediado o no culpa en su conducta o estuviese constituido en mora cuando se produjo la imposibilidad de la prestación. Se deberá prestar el equivalente y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios ⁴². Así se regula en los artículos 1182 y siguientes del CC, que son objeto de discusión en nuestra doctrina ⁴³.

d) LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO

La garantía de cumplimiento, contenida en el artículo 92.2 del Proyecto de Pavía, no se recoge en nuestro CC. Ahora bien, en la doctrina, De Pablo afirma que «las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento se extenderán al eventual resarcimiento de daños» ⁴⁴.

⁴⁰ En la STS de 17 de mayo de 1957, se requiere para su aplicación: «a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.»

⁴¹ DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz, *op. cit.*, p. 189.

⁴² Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz Berdejo, *op. cit.* pp. 190-191.

⁴³ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz Berdejo, *op. cit.*, pp. 188 ss. y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 189 ss.

⁴⁴ DE PABLO, *op. cit.*, p. 189.

C) INFRACCIÓN DEL DEBER DE INDEMNIDAD

1. Proyecto de Pavía

En el artículo 99 se regula este deber, así como las consecuencias de su incumplimiento en los siguientes términos.

«En el cumplimiento de la prestación debida, el deudor debe adoptar todas las medidas necesarias para no producir daños a la persona del acreedor, a sus auxiliares y a sus bienes; en caso de infracción de este deber, la obligación debida se considera incumplida si el daño se produce durante o a causa del cumplimiento, y representa una causa directa e inmediata del mismo. En otro caso, el deudor queda sujeto a la responsabilidad aquiliana.»

2. Derecho español

En nuestro Derecho no se prevé expresamente este deber. No obstante, en el concepto de contravención del tenor de la obligación, contenido en el artículo 1101, podría incluirse «la prestación cuya ejecución lesiona un interés contractual del acreedor diferente del deber de prestación (*interés de indemnidad*)»⁴⁵. Además del deber de prestación, el deudor tiene también, en efecto, respecto al acreedor, las obligaciones derivadas de la carga o principio de *neminem laedere*: con ocasión del cumplimiento de una obligación no se deben producir daños en otros bienes del acreedor.

Parece más conveniente la regulación expresa del Código de Pavía por razones de seguridad jurídica.

IV. INCUMPLIMIENTO DE DISTINTAS CLASES DE OBLIGACIONES

En el Proyecto de Pavía se regulan con detalle en los artículos 92 a 95 los supuestos de incumplimiento en las distintas clases de obligaciones (de entregar cosa determinada o genérica, hacer y no hacer). En cambio, en Derecho español no se prevé de este modo, sino que se atiende a esta distinción de las clases de obliga-

⁴⁵ DE PABLO, *op.cit.*, p. 197.

ciones para atribuir sus consecuencias en caso de incumplimiento en la fase de ejecución⁴⁶.

Podría encontrarse en Derecho español una regulación desde esta perspectiva en los requisitos del cumplimiento: identidad, integridad e indivisibilidad.

La pretensión del acreedor frente a su deudor, derivada de su derecho de crédito, debe ser en principio, la exacta realización de la prestación debida. El acreedor no puede optar libremente por exigir el equivalente. En principio, el deudor debe cumplir la prestación prevista y el acreedor deberá recibirla. En este sentido, el artículo 102 del Proyecto de Pavía establece: «*El acreedor no puede rechazar la prestación ofrecida a pretexto de que le resulta inútil o carente de interés a causa de circunstancias sobrevenidas, salvo que el derecho a rechazar por su parte pueda deducirse, incluso implícitamente, del contrato, y, que además haya advertido al deudor en tiempo oportuno, de las circunstancias sobrevenidas en cuestión y, en todo caso, antes de que este último haya preparado o iniciado el cumplimiento.*» En Derecho español podría pactarse en virtud del principio de autonomía de la voluntad⁴⁷.

⁴⁶ LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 372 afirma en este sentido: «A pesar de la importancia práctica que tiene el incumplimiento de los contratos, el CC español, al igual que los Códigos civiles que le sirvieron de modelo, no regula de manera explícita y sistemática esta figura, seguramente porque el incumplimiento supone una quiebra evidente del orden jurídico. [...] En efecto, los análisis doctrinales del incumplimiento contractual, pese a su indudable interés teórico y a su evidente importancia práctica, no son ni muy abundantes, ni sobre todo, muy homogéneos y, en lugar de centrar su interés en el estudio del supuesto de hecho del incumplimiento, se ocupan primordialmente del análisis de los remedios que el ordenamiento jurídico establece frente al incumplimiento, especialmente en la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato.» Inicialmente las consecuencias en caso de incumplimiento de obligaciones, en fase de ejecución se contenía en los artículos 1096 a 1098 de nuestro CC, pero actualmente se completa su regulación con los preceptos contenidos en la LEC. Cuando el deudor no cumple su prestación (porque no puede o porque no quiere), el ordenamiento jurídico español pone a disposición del acreedor la acción de cumplimiento, mediante la cual se reclamará en primer lugar el cumplimiento en forma específica, y si ésta no es posible, el cumplimiento por equivalente. Esta acción deriva de la fuerza vinculante de la obligación, de tal modo que el acreedor únicamente deberá probar su incumplimiento, si bien se trata de un tema muy debatido. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz Berdejo, *op. cit.*, pp. 164 ss. y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 183 ss.

⁴⁷ Desde otro punto de vista, indica DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, p. 662: «Los casos en que existe incumplimiento definitivo, además de la imposibilidad sobrevenida de prestación, son:

1.º La frustración del fin práctico del negocio, que puede concretarse en la falta de consecución de la causa concreta, con razonable pérdida de interés del acreedor.

2.º La inexigibilidad de una continuación de la vinculación del acuerdo por una prolongada inactividad o pasividad del deudor.»

1. Obligación de dar

a) COSA DETERMINADA

1) Proyecto de Pavía

En primer lugar el artículo 92 del Proyecto se refiere al incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada.

«1. La obligación de entregar una cosa cierta y determinada se considera incumplida si la cosa no se entrega antes del término y de la manera prevista, o si se entrega pero presenta defectos, o si se entrega una cosa diferente o que pueda ser tenida por tal, a menos que en los distintos casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios:

a) el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término o que ésta le sea concedida por el juez por motivos razonables;

b) se trate de defectos remediables y el acreedor acepte que el deudor asuma, en un plazo razonable, las reparaciones o el juez le autorice a efectuarlas;

c) la cosa debida se haya perdido o se haya deteriorado sin que quepa atribuir responsabilidad al deudor, o el acreedor acepte la entrega de una cosa diferente, o el juez declare que, por motivos razonables, el cumplimiento puede considerarse realizado desde entonces;

d) el acreedor ejerza la facultad de entregar una contraprestación reducida en proporción al menor valor de la cosa recibida y cuya cuantía, a falta de acuerdo, sea fijada por el juez.»

Así pues, ha de entregarse la cosa pactada de la manera y en el tiempo previsto para que no se produzca el incumplimiento. Los supuestos de excepción serían aquellos en los que existiendo incumplimiento inicialmente, el acreedor acepta o el juez autoriza la prórroga del plazo, la cosa defectuosa o una disminución del valor de la cosa.

2) Derecho español

Actualmente no se regula en Derecho español desde esta perspectiva. Ahora bien, existen unos requisitos objetivos de carácter general que deben concurrir para que el pago produzca efectos liberatorios: identidad, integridad e indivisibilidad. Si no concurren, el acreedor puede rehusar el pago.

Siguiendo a Rivero Hernández y a Pérez Álvarez⁴⁸, son requisitos objetivos del cumplimiento los siguientes:

a) La identidad entre el objeto de la obligación y el objeto del cumplimiento. Se contempla en el artículo 1157 de nuestro CC, que establece: «*No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*». Por ello, en principio, el deudor no puede entregar cosa distinta. Así se establece en el artículo 1166: «*El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*».

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor.»

Las diferencias entre la prestación debida y la realizada, teniendo en cuenta el «límite de tolerancia» determinarán si se ha cumplido la obligación. Así pues, deberá valorarse en cada caso concreto si se ha producido o no incumplimiento.

b) La integridad exige que la prestación sea cumplida en su totalidad. Así se prevé en el artículo 1157, que establece: «*No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*». Se refiere a la cantidad, de modo que concurre este requisito cuando se realiza por completo la entrega de la cosa o la prestación de la actividad.

c) La indivisibilidad implica que el deudor debe realizar la prestación sin fraccionar o separar el objeto de la obligación de dar, hacer, o no hacer. En este sentido, el artículo 1169 CC establece: «*A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compe- lerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación*». Así pues, este requisito exige que el cumplimiento se realice de forma unitaria. Ahora bien, cabe el pacto en contrario.

Ha de concretarse que la indivisibilidad se refiere a la deuda líquida. Por ello, si hay una parte líquida y otra ilíquida, el deudor debe pagar la parte líquida. Así lo establece el artículo 1169 CC conforme al cual: «*Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segun-*

⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, en Lacruz, *op. cit.*, pp. 140 ss. y PÉREZ ÁLVAREZ en Martínez de Aguirre Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Parra Lucán, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, pp. 154 ss.

da.» En definitiva, debe coincidir el objeto de la obligación con el del cumplimiento. No obstante, ha de recordarse que el artículo 1255 CC establece: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*»

Afirma Pérez Álvarez en suma: el obligado debe cumplir íntegramente y de modo unitario la misma prestación debida. Ahora bien, a los requisitos objetivos del pago examinados se sobrepone la autonomía de la voluntad de forma que nada obsta a que, en contra del requisito de la integridad o del de la indivisibilidad, el acreedor acepte, bien un pago parcial, o bien un fraccionamiento temporal del pago (cfr. art. 1169 CC). E igualmente [...] el requisito de la identidad presenta excepciones en los supuestos de pago por cesión de bienes y de dación en pago.»⁴⁹

En Derecho español, ha de advertirse que para que se considere incumplida la obligación de entregar una cosa determinada es preciso que el plazo sea esencial⁵⁰, pues en caso contrario, simplemente se trata de un retraso que se convertirá en mora si concurren los requisitos necesarios.

En el Proyecto de Pavía se regula esta materia en sede de incumplimiento. En Derecho español se establece una regulación similar a la de Pavía, si bien en sede de obligaciones (el término utilizado en el texto francés es «obligation»). En este sentido se ha de entregar la cosa antes del término y de la manera prevista, sin defectos y esa misma cosa, según el Proyecto de Pavía. En nuestro Derecho, a mi juicio, es equivalente a que el pago debe cumplir los requisitos objetivos: identidad, integridad e indivisibilidad.

A continuación, en el Proyecto de Pavía se contempla la posibilidad de que se acepte otra cosa o en otro momento si así lo pactan las partes o lo dispone el Juez. En Derecho español se admitiría en virtud del principio de autonomía de la voluntad, de modo que los contratantes podrán pactar un pago que no reúna los requisitos referidos, o simplemente el acreedor puede aceptar tal pago. Así sucede por ejemplo en los supuestos de dación en pago o pago por cesión de bienes.

⁴⁹ PÉREZ ÁLVAREZ *op. et loc. ult. cit.*, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, en Lacruz, *op. cit.*, pp. 140 ss.

⁵⁰ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 146 y PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 158.

b) COSA INDETERMINADA

1) *Proyecto de Pavía*

El artículo 93 del Proyecto de Pavía se refiere al incumplimiento de la obligación de entregar una cantidad de cosas genéricas en los siguientes términos:

«La obligación de entregar una cantidad de cosas determinadas solamente por su género se considera incumplida si no se entrega antes del término y de la manera prevista, si lo entregado es de una calidad o en una cantidad inferior o superior a la debida, o de una especie diferente, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios:

a) *el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término para la entrega de todas las cosas o de las que no han sido entregadas todavía, o que dicha prórroga le sea concedida por el juez por motivos razonables;*

b) *el acreedor restituya el excedente, o lo conserve pagando el precio previsto en el contrato;*

c) *el acreedor acepte las cosas recibidas de calidad o en cantidad inferior, entregando una contraprestación proporcionalmente menor, cuya cuantía, en ausencia de pacto, sea fijada por el juez;*

d) *la cantidad de cosas debidas, o una parte, se haya perdido o deteriorado, sin responsabilidad del deudor, y el acreedor acepte la entrega de una cantidad de cosas diferentes o la sustitución de algunas de ellas o la reparación de aquéllas que presenten un defecto, o el juez estime que, por motivos razonables, la obligación puede considerarse cumplida como consecuencia de la entrega de cosas diferentes o sustituidas en parte o reparadas.»*

2) *Derecho español*

Respecto al requisito de la identidad señala Pérez Álvarez: «Pero la apreciación de que se ha observado el requisito de la identidad en el pago suscita sobre todo problemas en los casos de falta de determinación de la prestación cuando se constituyó la obligación. Así ocurre cuando el deudor a lo que se obligó fue a entregar una cosa indeterminada o genérica. En tales casos, ¿qué debe entregar el deudor para que pueda estimarse cumplido el requisito de la identidad? [...] el CC responde al interrogante planteado y lo hace optando, salvo acuerdo de las partes en contrario, por el criterio de la “calidad media”. Expresamente, el artículo 1167 CC dispone lo siguiente: “Cuando la obligación consista en entregar cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no

se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior”.»⁵¹

En el Proyecto de Pavía se prevé que se entregue en el tiempo y forma que se pactó, el objeto de la obligación, salvo que el acreedor y deudor pacten de otro modo. En Derecho español, son requisitos objetivos del pago –como se ha indicado– la identidad, integridad e indivisibilidad. Ahora bien, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1255 del CC, es posible que el acreedor o el juez, en su caso, pueda conceder una prórroga, aceptar cosas en cantidad inferior o de calidad superior o con la correspondiente rebaja en el precio, etc.

2. Obligación de hacer

a) PROYECTO DE PAVÍA

El artículo 94 del Proyecto de Pavía regula el incumplimiento de una obligación de hacer en los siguientes términos:

«1. *La obligación de hacer se considera incumplida si la obra no ha sido acabada antes del término previsto en el contrato, o ha sido ejecutada parcialmente, o de manera defectuosa, o utilizando cosas o materiales inapropiados, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios, el acreedor o el juez otorguen al deudor un plazo para la finalización de la obra, o para la eliminación de los defectos, o para la reparación de los daños ocasionados, o para la sustitución de cosas o de materiales inapropiados que hayan sido empleados, siempre que tales reparaciones y sustituciones puedan considerarse razonables en virtud del contrato, de los usos, o de la buena fe.*

2. *No hay incumplimiento si el deudor se encuentra, sin culpa, en la imposibilidad de efectuar una prestación personal consistente en hacer, y el acreedor o el juez le otorgan la posibilidad de ser sustituido por otra persona competente, quedando toda responsabilidad relativa al cumplimiento de la prestación en cuestión a cargo del deudor en todo caso.*

3. *Si se trata de una obligación de las mencionadas en el artículo 75, apartado 3, se considerará incumplida si el resultado obtenido no es satisfactorio, a menos que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional exigida, cuando ésta sea requerida, y además que ha recurrido en tiempo útil a las técnicas necesarias, así como a los medios, instrumentos, lugares y colaboradores apropiados según las circunstancias.»*

⁵¹ PÉREZ ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 155.

Lobato Gómez ha valorado este precepto en los siguientes términos: «Una de las innovaciones más destacables del Código Europeo de Contratos en materia de incumplimiento es el acertado tratamiento que da a las obligaciones de hacer de carácter profesional que tanta importancia social y económica tienen actualmente, acogiendo sin reservas la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, coherentemente con lo que establece en su artículo 75.»⁵². Finalmente considera que «con una gran dosis de realismo y huyendo de posibles prejuicios dogmáticos, prescinde de cualquier consideración abstracta cuando acepta la diferencia entre las obligaciones de hacer de medios y de resultado en orden a su incumplimiento, y pasa a utilizar un doble criterio para determinarlo: a) que no se haya conseguido el resultado esperado al contratar, pues aunque no forme parte del contenido de la obligación contractual ambas partes lo tuvieron en cuenta al contratar; y, b) que el acreedor no haya puesto los medios prometidos para alcanzarlo, o, si se prefiere, que en su comportamiento no haya empleado la diligencia que era debida en la ejecución de su prestación de hacer»⁵³.

b) DERECHO ESPAÑOL

El artículo 1166 CC establece que «*el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor*». De este modo, será la voluntad del acreedor, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, la que permitirá que no se respete el requisito objetivo de identidad del pago.

En el Proyecto de Pavía se regulan con más detalle los supuestos de incumplimiento. En nuestro Derecho existirá incumplimiento cuando el pago no cumpla los requisitos objetivos de identidad, integridad e indivisibilidad.

⁵² LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 382. De modo más específico, cfr. JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC*, Vol. 44, núm. 1, 1991, pp. 5-96 y LOBATO GÓMEZ «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *ADC*, Vol. 45, núm. 2, 1992, pp. 651-734.

⁵³ LOBATO GÓMEZ, «El incumplimiento del contrato» en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 391.

3. Obligación de no hacer

a) PROYECTO DE PAVÍA

El artículo 95 del Proyecto de Pavía establece:

«1. La obligación de no hacer se considera incumplida cada vez que se comete un acto que la viole, a menos que éste sea debido a un auxiliar o a un encargado que no tenga conocimiento de la prohibición que constituye el objeto del acuerdo y que ha sido incluida en un contexto contractual más amplio, y que el acreedor o el juez concedan al deudor un plazo para la demolición o la reparación, y que este último las realice en tiempo útil, dejando a salvo los daños y perjuicios.»

b) DERECHO ESPAÑOL

El Proyecto de Pavía regula con mayor minuciosidad este supuesto, fundamentalmente el incumplimiento de la obligación de no hacer por un auxiliar o encargado del deudor que ignora tal prohibición. No encuentro regulación similar en nuestro Derecho vigente, aun cuando la solución práctica sería respetar los referidos requisitos objetivos del pago. No obstante, el Juez podría autorizar o el acreedor podría aceptar, en virtud del referido principio de autonomía de la voluntad, una conducta diferente⁵⁴.

V. MORA DEL ACREEDOR

A) PROYECTO DE PAVÍA

En el artículo 103 *in fine* se incluye este supuesto. Incurrir en mora el acreedor cuando adopta un comportamiento activo u omisivo que no permite al deudor cumplir la obligación. Al comienzo de este precepto se afirma: *«Incurrir en mora el acreedor cuando, sin motivo válido, no recibe, o rechaza, o impide, u obstaculiza el cumplimiento de la obligación del deudor; o cuando no realiza la opción prevista en el artículo 87, apartado 2 respecto a una obligación alternativa, si la otra parte no tiene intención de realizarlo ella misma; o cuando no procura –estando obligado a ello– la pre-*

⁵⁴ Cfr. en este mismo sentido LOBATO GÓMEZ, *op.cit.*, p. 392.

sencia de un tercero, o la autorización o la licencia de la autoridad pública, prevista en el artículo 76, apartado 2.»

El artículo 104 regula expresamente el supuesto en que este comportamiento produce incumplimiento, en los siguientes términos: «1. *En la situación descrita en el artículo anterior, el deudor puede requerir por escrito al acreedor que ponga fin a su conducta, especificando los hechos positivos u omisivos que, concretamente, han impedido u obstaculizado el cumplimiento, indicando las acciones u omisiones que deben cesar o los comportamientos necesarios por parte del acreedor, fijándole en dicho requerimiento un plazo apropiado, y en ningún caso inferior a quince días, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación debida, los usos y la buena fe.*

2. *Vencido el plazo, si el comportamiento referido no ha cesado, se reputará que hay incumplimiento por parte del acreedor.»*

Ante esta conducta obstativa del acreedor, el artículo 105 prevé la reacción del deudor para quedar liberado:

«1. *Si en el supuesto de la situación descrita en el artículo 103 el deudor, en lugar de establecer el incumplimiento del acreedor, pretende ejecutar la obligación que le corresponde para liberarse, está obligado a hacer al acreedor, en el lugar⁵⁵ en que dicha obligación deba ser cumplida, un ofrecimiento real o por requerimiento⁵⁶ de la totalidad de la prestación debida, incluidos los accesorios, frutos e intereses, en las formas indicadas, a petición suya, por el juez de primera instancia competente en el lugar en que el ofrecimiento deba ser efectuado.*

2. *Si se encuentra en la imposibilidad de conocer el importe exacto de la suma o la cantidad exacta de cosas debidas, el deudor, con la autorización del juez, puede proponer el importe o la cantidad que ha fijado en virtud de los elementos de que dispone, comprometiéndose a pagar lo que finalmente resulte debido.*

3. *Si el acreedor acepta el ofrecimiento y recibe la prestación, el deudor queda liberado. En la situación descrita en el apartado 2 de este artículo, la liberación queda subordinada al hecho de que el deudor pague lo que todavía debe según la petición fundada y motivada del acreedor.*

4. *Si el acreedor no acepta el ofrecimiento, tratándose de una obligación de dar, el deudor, para quedar liberado de su obligación, debe consignar la cosa debida en las formas prescritas por el juez en el apartado 1 de este artículo, y respecto de las cuales, la solicitud puede proponerse en la forma establecida en dicho apartado. El juez determinará la liberación del deudor si la consigna-*

⁵⁵ Parece que se trata de un error mecanográfico. En el texto francés consta *ou*, pero se ajusta mejor al sentido del precepto entender *où*.

⁵⁶ Tras consultar el CC italiano de 1942 y el actual CC francés, parece que la traducción más adecuada del término *sommation* es «requerimiento».

ción está bien hecha. Si se trata de una obligación de hacer, el deudor debe cumplir lo ordenado por el juez, que establecerá a continuación su liberación si el comportamiento del deudor es el adecuado.

5. El ofrecimiento es suficiente –y entonces no es precisa la consignación o el cumplimiento– si la prestación no puede ser ofrecida al acreedor o a su representante a causa de la ausencia o incapacidad de éstos para recibirla, o si hay incertidumbre, sin culpa del deudor, sobre la persona a la que debe ser realizada la prestación, o si varios sujetos afirman su derecho a obtenerla, o si hubiese perdido el título que establece que es el titular del derecho a la prestación, y estas circunstancias han sido especificadas en la petición mencionada en el apartado 1 de este artículo.»

El artículo 305 del *Contract Code* establece: «*La parte contratante que injustificadamente impida u obstaculice el cumplimiento de la otra parte incurre en incumplimiento de contrato.*»

En el artículo 101 del Proyecto de Pavía, referido al cumplimiento anticipado o realizado en cantidad superior a la debida, se establece: «*El acreedor puede recibir la prestación realizada por el deudor antes del plazo fijado o en cantidad superior a la debida; en este último caso, pagará una contraprestación proporcionalmente superior, pero si la rechaza, no se le considerará en mora.*»

En este sentido, afirma Caballero Lozano que «habría que dispensar al deudor de la práctica del ofrecimiento de pago y no de la consignación judicial»⁵⁷.

B) DERECHO ESPAÑOL

La mora del acreedor puede producirse en aquellas obligaciones para cuyo cumplimiento es necesaria la cooperación del acreedor y éste se niega a recibir.

Así como el Código de Pavía regula los supuestos de mora del acreedor, cuándo constituyen incumplimiento y la reacción posible del deudor para quedar liberado (ofrecimiento de pago y consignación), nuestro CC no regula sistemáticamente esta materia. Sin embargo, se refiere a ella en diversos preceptos. Así, por ejemplo, en los artículos 1176 y 1185. El Código Civil español regula con cierto detalle el ofrecimiento de pago y la consignación, en la Sec-

⁵⁷ CABALLERO LOZANO, «Mora del deudor y mora del acreedor», en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 415.

ción 1.ª, dedicada al pago, incluida en el Capítulo IV del Título I del Libro IV.

Algunos autores estudian la mora del acreedor en sede de incumplimiento, pues se centran en la conducta del acreedor⁵⁸ y otros, en cumplimiento, pues se refieren básicamente a cómo el ofrecimiento de pago y, en su caso la consignación, es un medio de cumplimiento del deudor. Ahora bien, en la doctrina no es unánime la ubicación sistemática del ofrecimiento de pago y la consignación. Unos lo incluyen, como epígrafe separado dentro del tema del cumplimiento de las obligaciones; otros, como Díez Picazo⁵⁹ y Orduña Moreno⁶⁰ lo incluyen bajo el epígrafe Subrogados del Cumplimiento.

Según lo dispuesto en los artículos 1176 a 1181, en los que se regula el ofrecimiento de pago y la consignación, para que el deudor se libere de la obligación mediante el ofrecimiento de pago –en su caso– y la consignación se precisa lo siguiente:

1. El ofrecimiento de pago realizado por el deudor, cumpliendo los requisitos objetivos del pago –identidad, integridad e indivisibilidad– y la negativa injustificada del acreedor a aceptar el pago.

2. El anuncio previo a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación de la consignación que se va llevar a cabo.

3. La consignación. Se realizará, según el artículo 1178 del CC, «*depositando las cosas debidas a disposición de la Autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás*» (art. 1.178.1.º). Añade el párrafo 2.º que la consignación deberá notificarse a los interesados. El artículo 1179, parece que teniendo en cuenta la injustificada conducta del acreedor, establece que «*Los gastos de la consignación, cuando sea procedente, serán de cargo del acreedor*».

Para que el deudor quede liberado es preciso que la consignación esté bien hecha, es decir que se haya realizado según lo dispuesto en los artículos 1176 a 1179, junto a los requisitos del pago. En caso contrario, la consignación, no extinguirá la obligación, como resulta del artículo 1180 de nuestro CC y, mientras tanto, el deudor podrá retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación, como se deduce del artículo 1180.2 CC.

⁵⁸ Cfr. por todos, DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz, *op. cit.*, pp. 185 ss.

⁵⁹ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 531 ss.

⁶⁰ ORDUÑA MORENO, en Valpuesta Fernández (Coord.), *Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1998, pp. 171 ss.

4. Aceptación de la consignación por el acreedor, o declaración judicial, en su caso, de que la consignación ha sido hecha debidamente. En este caso podrá el deudor pedir al juez que mande cancelar la obligación, según el artículo 1180.1 CC. Además, la consignación bien hecha surte los efectos liberatorios del pago, de modo que los codeudores y fiadores quedan liberados, como se deduce del artículo 1181 del CC.

Pero, como anticipamos, el CC exime en ciertos casos al deudor de hacer el ofrecimiento de pago. En concreto, no se precisa ofrecimiento de pago previo a la consignación cuando el acreedor estuviera ausente o incapacitado para recibir el pago, cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar y cuando se hubiera extraviado el título de la obligación (cfr. art. 1176, párr. 2.º, CC). Sin embargo, en el Proyecto de Pavía se exige en estos casos el ofrecimiento de pago y se exime de la consignación.

VI. CONCLUSIÓN

El Proyecto de Pavía incluye un concepto legal de incumplimiento (en su art. 89). Nuestro CC no lo incluye, pero ha sido elaborado por la doctrina. En concreto, prestigiosos juristas españoles proponen su inclusión en el Proyecto de Pavía. Su incorporación no supondría novedad en nuestro Derecho.

El Código de Pavía incluye el incumplimiento contractual de los auxiliares del deudor. Sin embargo, en el CC español no se regula como tal, sino como consecuencia de la responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando*.

Los artículos 90 y 91 del Proyecto de Pavía, referidos al incumplimiento anticipado, muestran la influencia del *Contract Code*, y no encuentran regulación similar en nuestro CC.

Sin embargo los artículos siguientes (92, 93, 94, 95 y 96 del Proyecto de Pavía), relativos al incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, siguen un esquema similar al de Derecho español (arts. 1096-1098 CC y concordantes de la LEC). Sobre estas distinciones de las obligaciones, en Derecho español se regula la ejecución, como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, en el Proyecto de Pavía se regulan los supuestos de incumplimiento, y en Derecho español, son los requisitos objetivos del pago (identidad, integridad e indivisibilidad) los que equivalen a esta regulación. En ambas regulaciones, el acreedor, en virtud del

principio de autonomía de la voluntad o el Juez puede autorizar en determinados supuestos que se excluyan estos requisitos.

La mora del acreedor (arts. 103-105 del Proyecto) se prevé en Derecho español como un supuesto en que el deudor puede consignar judicialmente, ante la negativa del acreedor a recibir cuando el deudor pretende cumplir. Incluso el requerimiento sin consignación es suficiente para que el acreedor incurra en mora.

Se observan diferencias en determinados supuestos en que en el Proyecto de Pavía basta con el ofrecimiento de pago, y sin embargo, en Derecho español no es preciso tal ofrecimiento y basta con la consignación. Así sucede cuando el acreedor estuviera ausente o incapacitado para recibir el pago, cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar y cuando se hubiera extraviado el título de la obligación.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Presentación

Esta segunda crónica se cierra el 15 de junio de 2005 y pretende ser continuación de la anterior. Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJCE, el Consejo de Europa, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el «Diario Oficial» de la Unión Europea, el Boletín que elabora el Centro de Documentación Europea de Verona y el mismo del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, al Programa del Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law and Justice de la NYU School of Law, entre otros. También se han utilizado las páginas web del Prof. Mansel, U. Köln, <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/instipr/> y del Dr. Martin Ebers, U. Münster, <http://www.martin-ebers.net/Acquis>

Como novedad, se incorpora una sección temática que es de esperar tenga continuidad en futuras entregas. Esta vez, se ha profundizado en el desarrollo del espacio judicial europeo, así como el Derecho de familia, de autor y de daños en la UE. Gracias a los nuevos colaboradores que han asumido la tarea, por su participación entusiasta.

La crónica está coordinada por los Profs. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universidad de Barcelona), que es también quien ha traducido (del alemán, francés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

Editorial

El Tratado Constitucional Europeo o la Constitución *non nata* de 2004

JOSEP M.^a CASTELLÀ ANDREU

Profesor Titular de Derecho constitucional
Universidad de Barcelona

I. La integración europea se ha caracterizado por su carácter dinámico y su desarrollo «a partir de realizaciones concretas», como establecía la Declaración de Robert Schuman en 1950. Así, se ha ido combinando la ampliación de Estados miembros con la profundización de objetivos y la progresiva institucionalización, no sin dificultades ni contratiempos. Desde el punto de vista territorial, de los 6 Estados del corazón de la Europa occidental que fundaron, primero, la Comunidad del Carbón y del Acero (Tratado de París de 1951), y después el Euratom y la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma de 1957), se pasó, tras largos y complicados períodos de negociación, a 9 en 1973, 10 en 1981, 12 en 1986, 15 en 1995, hasta 25 con la incorporación en 2004 de 10 Estados, sobre todo, del Este de Europa, ligada en muchas ocasiones al propio proceso de democratización. La Unión suma ahora 455 millones de ciudadanos. La última ampliación no sólo ha sido la más numerosa sino que, lo que es más relevante, ha significado que las fronteras de la Unión Europea coincidan prácticamente con los confines geográficos de Europa (salvo Noruega, que ha rechazado su adhesión 2 veces, Suiza y los microestados), y den por superadas las divisiones históricas entre el Oeste y el Este del Viejo Continente, de forma que, como se ha dicho, Europa respira de nuevo con sus dos pulmones. Eso se completará con la entrada de Bulgaria y Rumanía, prevista para 2007, y la aún no concretada incorporación de los países balcánicos. La cuestión de los límites geográficos y culturales de Europa, ligado a la discusión sobre el horizonte político o sólo económico al que debe tender la Unión, aparecen con toda su crudeza en torno a la candidatura de Turquía.

Paralelamente, la Unión Europea ha ido asumiendo nuevos objetivos económicos y políticos: primero se creó la CECA, limitada al carbón y al acero. En cambio, fracasaron la Comunidad Europea de Defensa y la Comu-

nidad Política Europea debido al rechazo de la Asamblea francesa en 1954 a la primera, una vez que otros 4 Estados ya habían ratificado el Tratado, lo que también arrastró a la segunda. Desde entonces los esfuerzos comunitaristas se concentraron en la creación de un mercado común y de una comunidad de la energía atómica. Con el Acta Única de 1985 las Comunidades asumieron nuevas competencias y se reforzaron algunas políticas comunitarias, a fin de facilitar la consecución de un verdadero mercado interior y único, a la vez que preveía unos primeros y modestos pasos en materia de política exterior. Más tarde, en lo que ha sido la más amplia reforma de los Tratados fundacionales (el Tratado de la Unión Europea adoptado en 1992), la sustitución del nombre oficial de Comunidad Económica Europea por el de Comunidad Europea es indicativa de la ampliación de funciones: propuso la unión eco-nómica y monetaria, adoptó la «ciudadanía europea», y creó formas intergubernamentales de cooperación política en materia de política exterior y de seguridad común, y en los ámbitos de justicia e interior (el sistema de pilares de la Unión), el cual se vio reforzado por el Tratado de Amsterdam de 1997 con el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, a la vez que abría las puertas a un sistema de integración diferenciada entre Estados denominado «cooperación reforzada», que se flexibiliza en el Tratado de Niza de 2001. En Niza además se aprueba una Carta de derechos fundamentales, elaborada con el más participado e innovador método de convención, si bien no se incorpora al Tratado y carece de valor normativo.

Para llevar a cabo los objetivos y las políticas comunitarias, los Tratados constitutivos han sufrido sucesivas revisiones, algunas de las cuales han obligado a previas reformas constitucionales y han planteado problemas de ratificación en algunos de los Estados signatarios (el caso más evidente fue el Tratado de Maastricht, rechazado por el pueblo danés en el primer referéndum de 1992 y aprobado en el de 1993, y superado de forma ajustada en Francia). Los Tratados comunitarios han ido estableciendo un cuadro institucional y un sistema de adopción de decisiones que también se ha ido completando a medida que aumentaban las competencias. La primera gran crisis interna se produce en 1965 (crisis de la silla vacía) al abandonar Francia el Consejo durante varios meses a raíz de la adopción de algunas decisiones por mayoría cualificada en lugar de por unanimidad como hasta entonces. También en aquel momento se unificaron el Consejo y la Comisión de las 3 Comunidades (las otras instituciones ya lo estaban desde 1958). El Parlamento Europeo ha ido asumiendo nuevos poderes (en 1992 poderes de codecisión, que se ven ampliados en 1997) y mayor legitimidad con la elección democrática de sus miembros (primeras elecciones en 1979). El Acta Única oficializa el Consejo Europeo, aunque no como institución comunitaria. El Tratado de Maastricht introdujo el Comité de las Regiones. Y el de Niza logra modificar el peso de los Estados en las votaciones por mayoría cualificada y reducir los supuestos de unanimidad, refuerza la figura del Presidente de la Comisión y reforma el Tribunal de Justicia. En el fondo del debate institucional siempre ha estado latente el difícil equilibrio entre las tendencias supranacionales e intergubernamentales.

II. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCpE) es, por ahora, el último de los Tratados comunitarios que regula el régimen jurídico de la Unión Europea. Pero a su vez los Estados introducen significativas novedades en el proceso de elaboración, en relación con ciertos

contenidos, y con su denominación, hasta el punto de ser calificado como un proceso de constitucionalización original en el constitucionalismo contemporáneo (Häberle y Weiler).

La Declaración núm. 23 anexa al Tratado de Niza anunciaba una nueva conferencia intergubernamental para 2004 con el fin de llevar a cabo un debate sobre el futuro de la Unión en el que se abordasen cuestiones como la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros, el Estatuto de la Carta de Derechos Fundamentales, la simplificación de los Tratados y la intervención de los Parlamentos nacionales en los procesos decisivos europeos. En el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001 los Jefes de Estado y de Gobierno acordaron crear una nueva Convención (como la que había elaborado la Carta de Derechos) integrada por representantes de las instituciones comunitarias y de los Parlamentos y Gobiernos nacionales, con observadores de los Estados candidatos a la incorporación a la Unión. La Convención se reunió entre febrero de 2002 y junio de 2003 y desde el principio se planteó la idea de elaborar un texto que incluyese los principios básicos, los derechos, la estructura institucional y las competencias de la Unión. Se consolidaban la lógica constitucional, el modelo federal entendido como comunitario y la Unión como proceso abierto (Martín Pérez de Nanclares). El proyecto articulado fue presentado al Consejo Europeo de Tesalónica y sirvió de base para las labores de la Conferencia Intergubernamental, que, no obstante, introdujo cambios de relieve desde los puntos de vista técnico y político. El TCpE fue firmado en Roma por los Jefes de Estado y de Gobierno el 29 de octubre de 2004. Superada esta segunda fase, nos hallamos ahora inmersos en la tercera, la denominada «fase doméstica» del proceso (Cartabia), previa a la entrada en vigor del nuevo Tratado, con la ratificación por cada uno de los Estados miembros.

El Tratado constitucional consta de 448 artículos divididos en cuatro partes, relativas, respectivamente, a los principios generales de la Unión, la Carta de los Derechos Fundamentales (se dota de valor jurídico a la Carta de Niza), las políticas y el funcionamiento de la Unión, y las disposiciones generales y finales (que incluyen la derogación de los Tratados constitutivos hasta ahora vigentes, y los procedimientos de revisión del Tratado, con un supuesto general que prevé la convocatoria de una convención y la aprobación por parte de todos los Estados miembros tras una conferencia intergubernamental, y de dos procedimientos simplificados para la parte III, que pueden llegar a obviar la unanimidad de los Estados en el Consejo Europeo siempre que éste previamente lo permita unánimemente). Siguen al texto articulado 36 protocolos, 2 anexos y varias declaraciones anexas al Acta final, otras relativas a los protocolos y otras de los Estados miembros. Por razón de la materia, difícilmente podría considerarse de naturaleza constitucional la tercera parte –la más larga de todas; en cambio, se ha defendido el contenido materialmente constitucional de las otras tres.

De ellas, destaca la primera parte donde se establecen los principios, valores, objetivos y libertades básicos de la Unión; positiviza la personalidad jurídica de la Unión, aunque no sea comparable a la de los Estados; prevé su adhesión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos; reconoce la ciudadanía de la Unión; fija los tipos de competencias de la Unión y los principios que rigen la distribución de competencias con los Estados (completado por el importante Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, con la previsión del denominado procedimiento de «alerta rápida» que permite a los Parlamentos

estatales, previa consulta en su caso a los Parlamentos regionales, objetar un proyecto legislativo por contravenir el principio de subsidiariedad); dispone las instituciones y órganos de la Unión, donde destaca la creación de la figura de un Presidente del Consejo Europeo estable, del Ministro de Asuntos Exteriores, determina las mayorías requeridas para la adopción de decisiones en el Consejo de Ministros –un mínimo del 55 por 100 de Estados miembros y que representen al 65 por 100 de la población, con una minoría de bloqueo de, al menos, 4 miembros del Consejo que sumen un 35 por 100 de la población– que no entrarán en vigor hasta 2009; se modifican las denominaciones de los actos jurídicos, legislativos y no legislativos; figuran disposiciones sobre la política exterior y de seguridad común, seguridad y defensa, y el espacio de libertad, seguridad y justicia (abandonando el sistema de los pilares introducido en el TUE); se prevén cooperaciones reforzadas; la vida democrática de la Unión; las finanzas; y por último, los requisitos de pertenencia a la Unión, que incluye la retirada voluntaria por parte de un Estado miembro.

El Tratado constitucional se autocalifica a la vez como «tratado» y como «constitución», lo que ha generado una importante polémica sobre su naturaleza jurídica, en la que apenas podemos entrar. Está claro que no nos hallamos ante un texto constitucional típico de un Estado, de acuerdo con el modelo liberal democrático de constitución (explicado por García Pelayo y Fioravanti), aunque el TCpE reúna algunos de los rasgos formales –un texto que codifica los anteriores– y de los contenidos propios de los textos constitucionales (declaración de derechos fundamentales, organización del poder aunque no asimilable a la división de poderes estatal), y recoja el principio de primacía del Derecho comunitario sobre los nacionales. Tampoco estamos ante un Tratado internacional clásico de integración, aunque la Unión Europea tenga en ellos su origen, respondan a esta idea otros contenidos como el principio de atribución de competencias (art. I-5) y los protocolos, y algunas características formales como el grado de detalle de las disposiciones. El método de aprobación y reforma es el típico de los Tratados internacionales (se ha seguido el art. 48 TUE), aunque venga precedido por una convención, la cual introduce un principio de participación sin que equivalga a la legitimación de una asamblea constituyente. Por ello se ha hablado de un poder constituyente *sui generis* (Andrés Sáenz de Santa María). Por último, las relaciones entre los Estados miembros y la Unión no son equiparables a las de una Federación pues el derecho de retirada de los Estados miembros (art. I-60) no tiene parangón en el constitucionalismo estatal vigente, y cada Estado –a través de sus representantes o directamente el pueblo– es soberano a la hora de decidir sobre la ratificación del Tratado.

Los autores del TCpE han querido jugar con la ambigüedad terminológica: entre el objetivo jurídico de la sistematización, simplificación y adaptación de los Tratados existentes a la nueva realidad de una Unión con 25 miembros, y la apelación a una legitimidad política que sólo invocando el término de constitución podía ofrecer las debidas garantías. El debate constitucional había sido impulsado sin éxito por el Parlamento Europeo desde los ochenta (proyectos Spinelli y Oreja-Hermann) y desde una perspectiva material el Tribunal de Justicia se ha referido reiteradamente a la dimensión constitucional del proceso de integración, pero sólo ahora ha logrado explicitarse en el texto. En consecuencia, el Tratado constitucional refleja un difícil y frágil equilibrio entre los federalistas, partidarios de ir dotando a la Unión de estructuras y elementos de integración políticos propios de los Estados fede-

rales –y la Constitución es uno decisivo, como también los poderes codecisorios del Parlamento–, y los intergubernamentalistas, que siguen considerando a los Estados y a las instituciones comunitarias donde éstos tienen el protagonismo como los verdaderos sujetos de la Unión. Incluso en algunos aspectos se acentúa la faceta intergubernamental (Campins, García Gestoso). Por ello el artículo I-1 alude simultáneamente a la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa. El Tratado quizás ha querido ser un notable paso hacia delante en el desarrollo progresivo de la Unión, y hacia su progresiva constitucionalización, en marcha al menos desde 1992 (Mangas). Un paso más largo que los efectuados por los anteriores Tratados, con la simplificación de los Tratados en uno que incluye la denominación constitucional, lo que refuerza el simbolismo– y la incorporación de la Carta de Derechos, favoreciendo así el surgimiento de elementos distintivos de integración y de auto-identificación entre los ciudadanos y la Unión (von Bogdandy). A la vista de los últimos acontecimientos en Francia y Holanda, hay que preguntarse si no ha sido un paso en falso.

III. El procedimiento de ratificación del TCpE que se ha seguido por parte de España se halla en el artículo 93 CE, que exige la aprobación por Ley Orgánica de las Cortes Generales para «autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Se trata de una regla especial a los procedimientos del artículo 94 CE en relación con la ratificación de Tratados internacionales en que se requiere la autorización previa o la información a las Cortes, según los casos. El procedimiento del artículo 93 CE fue previsto por el constituyente con vistas a la incorporación de España al entonces lejano proceso de integración europeo al que aspiraba, aunque sin mencionar específicamente a la Comunidad. Siguiendo dicho procedimiento se han ido ratificando, antes del Tratado constitucional, la autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas (LO 10/1985), el Acta Única Europea (LO 4/1986), el Tratado de la Unión Europea (LO 10/1992), el Tratado de Amsterdam (LO 9/1998), el Tratado de Niza (LO 3/2001) y todos los Tratados de adhesión de los Estados que se han incorporado a la Comunidad Europea con posterioridad al ingreso de España. Además, y en lo que constituye el único caso hasta el momento de utilización del procedimiento al margen del proceso europeo, también ha servido para la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (LO 6/2000).

La doctrina ha debatido a lo largo de estos años en torno a la naturaleza y alcance del artículo 93 CE. En una primera aproximación estaríamos ante una norma orgánico-procedimental que nos indica el procedimiento de aprobación de los Tratados comunitarios, el control ulterior por el Gobierno y el Parlamento y el contenido singular de esta Ley Orgánica: el Tratado internacional. En cambio para Pérez Tremps se trata de un verdadero «poder de integración», aunque no determine expresamente los límites materiales del mismo, y deban deducirse del texto constitucional.

El debate jurídico que ha acompañado al proceso de ratificación del TCpE en nuestro país ha girado especialmente alrededor de: 1. la suficiencia del artículo 93 CE o la necesidad de una reforma constitucional para afrontar la ratificación del Tratado constitucional con las debidas garantías políticas y jurídicas, y 2. la adecuación o no del Tratado constitucional a la Constitución española. Ante el grado de integración al que se ha llegado en la actualidad se ha abogado por una reforma constitucional, como ha sucedido

en otros países (Pérez Temps), que culmine con un referéndum de ratificación de carácter preceptivo y vinculante (Cruz Villalón).

También, el Informe del Consejo de Estado 2544/2004, de 21 de octubre, propone una reformulación del artículo 93 CE que introduzca una «cláusula de integración que incorpore un mecanismo que por sí solo y por sí mismo permita –con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios– una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad [...] de dicho ordenamiento». Además, plantea dudas sobre la constitucionalidad del artículo I-6 del TCpE que contiene la cláusula de primacía del Derecho comunitario, y finalmente invita al Gobierno (legitimado al igual que cada una de las Cámaras parlamentarias) a hacer uso de la previsión del artículo 95.2 CE y artículo 78 LOTC a fin de que el Tribunal Constitucional declarase, con carácter previo a la ratificación y con efectos vinculantes, si existe contradicción entre el Tratado y la Constitución española.

Como es sabido, es éste el único procedimiento constitucional de carácter preventivo existente en nuestro ordenamiento, el cual tiene por objeto la defensa anticipada de la Constitución y al mismo tiempo la garantía de la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales contraídos por España (como sostuvo el TC en la Declaración 1/1992, de 1 de julio), sin tener que esperar a un pronunciamiento ulterior a la ratificación que, en caso de apreciar una contradicción entre la CE y el correspondiente Tratado, podría ocasionar perjuicios a las relaciones internacionales. De ese modo, si el Tribunal considera que existe contradicción entre el Derecho constitucional y el internacional, el Estado puede optar entre no seguir adelante con la ratificación del Tratado o bien reformar la Constitución (art. 95.1 CE). Se salva así la superioridad de la Constitución en el plano del sistema de fuentes. Eso es justamente lo que ocurrió en 1992, cuando en la DTC 1/1992 se consideró que el artículo 19 del Tratado de la Comunidad Europea (introducido por el Tratado de Maastricht) al establecer entre los derechos que definen la ciudadanía europea el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, estaba vulnerando el artículo 13.2 CE, que limitaba el derecho a acceder a cargos representativos locales (sufragio pasivo) a los ciudadanos españoles. Como consecuencia de este pronunciamiento del Alto Tribunal se reformó por la vía simple del artículo 167 CE –lo que ha sido hasta ahora la única reforma constitucional producida– el citado artículo 13.2 CE para incluir tal derecho (reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992).

La DTC 1/2004, de 13 de diciembre, se pronunció sobre la compatibilidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 TCpE, estos últimos relativos al ámbito de aplicación y a la interpretación de los derechos incluidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con los artículos 9.1 y 10.2 CE respectivamente, y sobre la suficiencia del artículo 93 CE a los efectos de prestación del consentimiento del Estado al Tratado. Para el Tribunal (con 3 votos particulares de los magistrados Delgado Barrio, García-Calvo y Rodríguez Arribas), no existe contradicción entre los artículos del Tratado cuestionado y la Norma Fundamental, ya que, siguiendo un razonamiento impecablemente formalista, la primacía del Derecho comunitario, reconocida desde 1964 en el plano jurisprudencial y ahora positivada, opera en un ámbito distinto –el de la aplicación del Derecho– que la supremacía de la Constitución –el de la validez–. En el caso «difícilmente concebible» que pudiera producirse una contradicción que afectara a la soberanía del pueblo

español y a la supremacía de la CE, el TC se reserva el control «en última instancia», «a través de los procedimientos constitucionales pertinentes», sin perjuicio del uso del derecho de retirada. En relación con los artículos II-111 y II-112, estima el TC que el artículo 10.2 CE permite una interpretación de los derechos fundamentales constitucionalizados de acuerdo con los textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, e invoca el famoso «diálogo entre tribunales» para la mejor protección de los derechos. La Carta se concibe, de acuerdo con el artículo II-113, como una «garantía de mínimos» sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho «hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno».

Según la Declaración de 2004, el artículo 93 CE es norma suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado. Dicho precepto no tiene sólo una índole orgánica y procedimental (como había sostenido en sentencias anteriores y en la Declaración de 1992), sino que introduce una dimensión sustantiva o material, pues opera como «bisagra» mediante la cual la CE da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos a través de la cesión del ejercicio de competencias. Para el TC, una vez producida la integración, «la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado [...] si bien la Constitución exige que el ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos». Ello lleva al TC a admitir la imposición de unos «límites inevitables a las facultades soberanas del Estado» derivados de la cesión, aceptables únicamente si respetan los límites a la propia cesión implícitamente deducidos de la CE. El TC concreta dichos límites en «el respeto a la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que [...] se respetan escrupulosamente en el Tratado».

La discusión política que late en el fondo de la Declaración quizás sea si correspondía al Tribunal dar el paso, al que cierta doctrina y el Consejo de Estado empujaban, de declarar la inadecuación de la cláusula del artículo 93 CE en relación con el Tratado constitucional europeo y reclamar una reforma constitucional, o bien si debía limitarse a ofrecer una interpretación amplia de dicha cláusula en ejercicio de su *self restraint* (y a diferencia del Consejo Constitucional galo en la sentencia 505 de 2004), toda vez que el Gobierno había anunciado ya la convocatoria del referéndum y la propuesta de reforma del artículo 93 CE. En efecto, el ejecutivo ha incluido esta última en la solicitud de informe al Consejo de Estado sobre la reforma constitucional de marzo de 2005 con el fin de que desarrolle el procedimiento regulador de la participación española en el proceso de integración, que especifique los límites constitucionales al mismo y tenga en cuenta la participación de las Cortes y de las Comunidades Autónomas en relación con la adopción de decisiones comunitarias. Parece que el TC hubiese preferido no poner prisas a la reforma constitucional, dejando a los actores políticos el manejo del *tempus* de la misma prevista en principio para la presente legislatura.

A la observancia de los requisitos constitucionalmente requeridos para la ratificación del Tratado constitucional europeo se ha antepuesto la celebración de un referéndum consultivo el 20 de febrero de 2005, propuesto por el Presidente del Gobierno con el acuerdo de la mayoría absoluta del Congreso (art. 92 CE), con el fin de involucrar a la ciudadanía en el debate de la refor-

ma de los Tratados europeos y, de este modo, investir de una mayor legitimidad política al Tratado constitucional. La escasa participación en el referéndum, la más baja de nuestra historia electoral de ámbito general (un 42 por 100 del cuerpo electoral, en contraste con el 70 por 100 de Francia y el 63 por 100 de Holanda), aunque con una amplia mayoría favorable (el 75 por 100 de votos afirmativos), ha merecido valoraciones políticas distintas. Nos quedamos con la más evidente: la denominada Constitución europea no ha logrado generar en España, a diferencia de Francia y Holanda, el debate social y político que cabría esperar con la convocatoria referendaria, y en cualquier caso no ha gozado de la legitimidad popular propia de un proceso verdaderamente constituyente. Lo anterior salta a la vista si se compara el índice de participación del último referéndum con el único precedente de referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia llevado a cabo desde 1978: el de 1986 relativo a la pertenencia de España a la OTAN (60 por 100), o con los referendos realizados con carácter obligatorio y efectos vinculantes en un auténtico momento constituyente y percibido como tal por la ciudadanía: la Ley para la reforma política de 1977 (77 por 100) y la Constitución de 1978 (69 por 100). En España, pues, el TCpE ha demostrado una discutible capacidad de identificar una nueva comunidad política –la Unión– y de generar un sentimiento de integración a la misma. Quizás la opinión pública lo ha percibido más como un Tratado entre Estados que modifica cuestiones técnicas, y aparentemente lejanas a la vida cotidiana (lo que no se ajusta a la realidad), que como una constitución: un pacto social para establecer las normas fundamentales de la comunidad política. Y de ello alguna responsabilidad tiene la clase política y los medios de comunicación.

IV. El voto negativo que el 55 por 100 de los franceses y el 62 por 100 de los holandeses han dado al TCpE impide políticamente que dos de los Estados fundadores de la Unión, Francia y Holanda, se adhieran al mismo. Se trata de la inmediata consecuencia de los referendos de 29 de mayo y 1 de junio de 2005, aunque sin duda no será la única.

Con anterioridad, otros 9 Estados han ratificado el Tratado: desde Lituania el 11 de noviembre de 2004 hasta Alemania dos días antes del referéndum francés, a los que hay que añadir Hungría, Eslovenia, Italia, Grecia, Austria y Eslovaquia. Todos ellos lo han hecho, de acuerdo con sus constituciones, a través de un procedimiento enteramente parlamentario. A ellos hay que añadir España, donde la ratificación ha sido autorizada a través de la Ley Orgánica 1/2005. La población de estos Estados suma 220 millones y representa poco menos de la mitad de la población comunitaria. De acuerdo con los planes trazados por los Gobiernos nacionales, corresponde en los próximos meses la ratificación del resto de Estados comunitarios, sea a través de la aprobación parlamentaria (Chipre, Malta, Estonia, Suecia, Bélgica, Finlandia y Letonia), sea completada con la celebración de referendos (Luxemburgo, Dinamarca, Polonia, Portugal, Reino Unido, Irlanda y Chequia). El Tratado debe entrar en vigor el 1 de noviembre de 2006, salvo que todos lo hubiesen ratificado antes (como prevé el art. IV-447), o que no se alcance la unanimidad. En este segundo supuesto a su vez hay que distinguir, de acuerdo con la Declaración núm. 30 del mismo Tratado, entre el caso que el Tratado sea ratificado por 4/5 de Estados miembros (20) y cuando no se llegue a esta cifra. En el primer supuesto, se señala que corresponde al Consejo Europeo estudiar el caso, lo que ha de entenderse en el sentido que se buscaría una solución que permitiera salvar el Tratado; por el contrario, en el segundo caso, definitivamente quedaría truncada la entrada en vigor.

A partir de estas no muy precisas previsiones normativas, desde un punto de vista formalista, se puede entender la respuesta dada por los altos responsables de las instituciones de Bruselas tras la noticia de los resultados franco-holandeses en la dirección de continuar los procesos de ratificación en los Estados donde esté pendiente. A poco que se piense, seguramente las consecuencias de las dos negativas son de un mayor calado. ¿Va a continuar el resto de Estados que aún no han ratificado el Tratado con el calendario establecido con el riesgo de que nuevos referendos provoquen graves fracturas políticas o interinstitucionales en el interior de algunos Estados (Reino Unido, Chequia), y sin que se aprecie la virtualidad de seguir con el proceso iniciado? ¿Qué tipo de solución pueden alcanzar los Jefes de Estado y de Gobierno que contente a los detractores franceses del Tratado sin alarmar más a los británicos? ¿Cabe un acuerdo que permita salvar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa?

Nos encontramos ante un momento de incertidumbre sobre el futuro del Tratado constitucional. Uno más sobre la orientación que vaya a darse a la actual Unión Europea. Por el momento, todo el ordenamiento comunitario vigente continúa produciendo sus efectos jurídicos, con el Tratado de Niza a la cabeza. No hay pues ningún vacío normativo. Corresponderá a los Jefes de Estado y de Gobierno de los 25 Estados miembros, que se reúnen en un Consejo Europeo en junio de 2005, buscar una vía de salida a la crisis ocasionada como consecuencia de los resultados referendarios. Lo primero que hay que valorar es si resulta útil proseguir con los procesos de ratificación por parte de los Estados hasta noviembre de 2006, o si es mejor afrontar una revisión de los Tratados, como las hasta ahora producidas, que aborde aquellos puntos que posean un respaldo unánime, y cuya entrada en vigor se hace necesaria tras la incorporación de los 10 nuevos Estados. Quizás esto signifique, de entrada, renunciar a la idea de un Tratado con ambición constituyente, pomposamente denominado constitución, y sea el momento de negociar un Tratado más modesto. Aunque por ahora se pierda por el camino el justo propósito clarificador y simplificador del Tratado constitucional de 2004. En cualquier caso la lección de los referendos llevados a cabo hasta el momento resulta clara: no puede darse un gran paso adelante en la construcción de una Unión Europea entendida como una comunidad política, sin la complicidad de los pueblos de los Estados miembros. Mientras tanto, todo parece indicar que los Estados, con sus Constituciones y sus tradiciones democráticas y liberales, siguen más vivos que nunca. Y los responsables políticos europeos harán bien en tomar nota de este dato a la hora de abordar el futuro de la Unión.

Rapports nationales de Derecho privado europeo, comparado y comunitario (2004-2005)

ALEMANIA
MARTIN EBERS ¹

Bibliografía

I. DERECHO COMUNITARIO

1. Cuestiones generales

a) *En general, sobre el Derecho privado comunitario*

HEIDERHOFF, Bettina: *Gemeinschaftsprivatrecht*, München, Sellier European Law Publishers, 2005.

JANSEN, Nils: *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität. Eine historische und methodische Bestandsaufnahme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

SCHWEIBELER, Elke: *Begriffsbildung durch den Europäischen Gerichtshof- autonom oder durch Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.

b) *Derecho y Lengua*

KÜRTEIN, Markus A.: *Die Bedeutung der deutschen Sprache im Recht der Europäischen Union: Eine Untersuchung der aktuellen sowie zukünftig möglichen Bedeutung der deutschen Sprache in der EU*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.

LOHSE, W. Christian (Hrsg.): *Die deutsche Sprache in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004.

SCHÜBEL-PFISTER, Isabel: *Sprache und Gemeinschaftsrecht, Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den EuGH*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.

¹ Doctor en Derecho y «*wissenschaftlicher Assistent*» en el «Institut für Internationales Wirtschaftsrecht» en la «Westfälischen Wilhelms-Universität» de Münster. La contribución forma parte del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», que se desarrolla en el marco del Programa IHP (*Improving Human Potential*) impulsado por la Comisión Europea (Contract núm. HPRN-CT-2002-00229).

2. Derecho Primario

STÜNKEL, Kerstin: *EG-Grundfreiheiten und Kapitalmärkte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005.

WARNKE, Markus: *Die Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV in der Rechtsprechungspraxis des BVerfG. Im Vergleich zu den Verfassungsgerichtsbarkeiten der EG-Mitgliedstaaten*, Frankfurt a.M., Peter Lang Verlag, 2004.

HUMMER, Waldemar/VEDDER, Christoph: *Europarecht in Fallen*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 2004.

SCHÜTZ, Hans-Joachim/BRUHA, Thomas/KÖNIG, Doris: *Casebook Europarecht*, München, Verlag C.H. Beck, 2004.

3. Derecho secundario

a) Derecho contractual

LAUMANN, Daniel Thomas: *Der privatrechtliche Vertragsschluss in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, Frankfurt a.M., Peter Lang Verlag, 2005.

LIENHARD, Ulrich: *Der asymmetrisch standardisierte Vertragsschluss im EG-Privatrecht. Ein Beitrag zur Systembildung im Europäischen Verbraucherprivatrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004.

b) Derecho de bienes

KIESGEN, Christof: *Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit: Der Vorschlag zur Einführung einer Eurohypothek unter besonderer Berücksichtigung des Sicherungsvertrages*, Universität Trier (Diss.), Lohmar, Josef-Eul-Verlag, 2004.

c) Derecho de Sociedades

SCHEIFELE, Matthias: *Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)*, Frankfurt a.M, Peter Lang Verlag, 2004.

MANZ, Gerhard/MAYER, Barbara/SCHRÖDER, Albert (Hrsg.): *Europäische Aktiengesellschaft SE*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005.

II. DERECHO UNIFORME Y DERECHO COMPARADO

KRÜGER, Heiko: *Rechtseinheit von unten?: Restatements of the Law als Alternativen internationaler und europäischer Rechtsvereinheitlichung*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005.

- SCHNEIDER, Nicole: *Uberrima Fides. Treu und Glauben und vorvertragliche Aufklärungspflichten im englischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.
- SCHROETER, Ulrich: *UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsprivatrecht: Verhältnis und Wechselwirkungen*, München, Sellier European Law Publishers, 2005.
- VON BAR, Christian/ZIMMERMANN, Reinhard: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, III, München, Sellier European Law Publishers, 2005.
- SIEBERT, Oliver: *Die Durchgriffshaftung im englischen und deutschen Recht: das Konzept der juristischen Person und seine Grenzen*, Frankfurt a.M., Peter Lang Verlag, 2004.
- UMBACH, Dieter C./DETTLING, Daniel (Hrsg.): *Vom individuellen zum kollektiven Verbraucherschutz. Amerikanische «class action», europäische Produkthaftung und deutsches Rechtssystem*, Frankfurt a.M., 2005.
- WENDEL, Cornelia: *Der Unilateral Contract: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen dem englischen und US-amerikanischen Recht und dem deutschen Recht*, Frankfurt a.M., Peter Lang Verlag, 2005.

III. DERECHO NACIONAL COMUNITARIZADO

- DOEHNER, Rupert: *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie: die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004.
- GEBAUER, Martin/WIEDMANN, Thomas (Hrsg.): *Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze/Erläuterungen der wichtigsten EG-Verordnungen*, Stuttgart (i.a.), Richard Boorberg Verlag, 2005.
- HEINE, Vera: *Die Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen im englischen und deutschen Recht*, Frankfurt a.M., Peter Lang Verlag, 2005.
- KEBBEDIES, Astrid: *Vergleichende Werbung. Die europäischen Harmonisierungsbemühungen im deutschen und englischen Lauterkeitsrecht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht Unipress, 2005.
- LANGENBUCHER, Katja (Hrsg.): *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004.
- LERCHE, Christoph: *Die Umsetzung privatrechtsangleichender Richtlinien auf dem Prüfstand des effet utile. Eine rechtsfolgenorientierte Untersuchung anhand eines deutsch-italienisch-europäischen Rechtsvergleichs*, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2004.

NEUMANN, Nils: *Bedenkzeit vor und nach Vertragsschluss. Verbraucherschutz durch Widerrufsrechte und verwandte Instrumente im deutschen und im französischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.

NOBIS, Steffi: *Missbräuchliche Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich: Zur Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13/EWG des Rates*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005.

PETERL, Ramona: *Deutsches und französisches Kaufrecht und die EU-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, Hamburg, Kovac Verlag, 2004.

Legislación (2004-2005)

Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional.—El Convenio de 28 de mayo de 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, tras haber sido publicado en el *Bundesgesetzblatt* (BGBl 2004 I, 1027) entró en vigor en la República Federal de Alemania el pasado 28 de junio de 2004.

Reforma de la Ley de lucha contra la competencia desleal (Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG).—En 2004, el legislador alemán reformó considerablemente la ley que sanciona la competencia desleal (UWG). La nueva ley entró en vigor en fecha 8 de julio de 2004 (publicada en el BGBl 2004, I, 1414) y tiene por objeto, por un lado, la liberalización del Derecho de la competencia y, por el otro, la mejora de la protección de los consumidores. El § 1 UWG expresa por primera vez esta moderna finalidad protectora, en la línea de lo que prevé la legislación europea (*vid. p. ej.* art. 1 Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa). En consecuencia, la UWG tiene por objeto proteger a los competidores y a los consumidores así como los intereses del público en general contra la competencia desleal. La UWG pone especialmente el acento en la protección del consumidor y, de esta manera, se destaca que tal protección no es un aspecto secundario ni un simple efecto reflejo de la protección a las empresas que compiten en el mercado. Más bien demuestra que el consumidor ocupa un lugar central en el Derecho de la competencia. La cláusula general (§ 3 UWG) ejemplifica típicas conductas desleales. El § 10.1 UWG regula la absorción del excedente de beneficios, de manera que cuando éstos se obtienen de forma desleal, las asociaciones de consumidores o las cámaras de comercio están legitimadas para solicitar la devolución al Estado de los beneficios obtenidos gracias a la infracción.

El § 7.2.2 UWG establece expresamente la prohibición de publicidad telefónica sin previo consentimiento («Cold Calling»). Finalmente, se eliminan tales como las ofertas de fin de existencias, las ventas conmemorativas o de liquidación de productos, hasta ahora vigentes en Alemania.

Determinar hasta qué punto la nueva UWG está en consonancia con la recientemente promulgada Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, necesitaría una explicación más precisa. La Directiva pretende armonizar las disposiciones vigentes en los

Estados miembros en materia de prácticas comerciales abusivas frente a las cuales debe protegerse al consumidor. A diferencia de lo que es habitual en otras directivas que también tienden a esa misma protección, la que ahora se analiza no contiene reglas de armonización mínima sino máxima. Lo cual significa que el legislador nacional no puede apartarse del estándar de protección que el legislador europeo proporciona, ni para disminuirlo ni para incrementarlo.

Ley sobre servicios financieros a distancia (Gesetz zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen).—La ley de modificación de las disposiciones sobre servicios financieros a distancia (BGBl 2004 I, 3102) entró en vigor en Alemania el 8 de diciembre de 2004. Se transpone así la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización de servicios financieros a distancia. La Directiva regula el deber de proporcionar cierta información al consumidor de estos servicios (arts. 3 ss.) y establece igualmente un derecho de desistimiento («rescisión»), en su artículo 6, cuyo plazo de ejercicio comienza el mismo día en que al consumidor se le proporcionan las condiciones contractuales y la información obligatoria [*vid.* sobre el tema, Hans-W. Micklitz/Martin Ebers, *Der Abschluss von privaten Versicherungsverträgen im Internet, Versicherungsrecht (VersR) 2002, 641-660*].

Los prestadores de servicios financieros (todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago) tienen deberes parecidos a los que ya antes se han impuesto a otros prestadores de servicios a distancia. La transposición de la Directiva ha tenido lugar sobre todo a partir de las reformas de los §§ 312 b y siguientes, 355 BGB, y también mediante la promulgación del Decreto sobre información y certificación de deberes adicionales de acuerdo con el BGB (BGB-Informationspflichten-Verordnung, BGB-Info-V).

De ahora en adelante y según el § 312 c BGB, el empresario debe proporcionarle por escrito y antes de su conclusión las condiciones contractuales, incluidas las condiciones generales y el resto de información que ordena la BGB-Info-V; tratándose de comunicación a través de telefonía vocal, la información debe inmediatamente proporcionarse tras la conclusión. El § 1.2 BGB-Info-V explica detalladamente la extensión de tales deberes de información. En virtud de lo dispuesto en 312 d BGB, el consumidor tiene además un derecho de rescisión

Si el empresario no ha proporcionado información sobre el derecho de rescisión que asiste al consumidor antes de la conclusión del contrato el empresario, o no lo hace adecuadamente, el ejercicio de tal derecho no tiene límites temporales, a tenor de lo dispuesto en el § 355.3.3 BGB. El precepto es de aplicación general para todos aquellos casos en que el BGB acuerda un derecho de desistimiento al consumidor. Por ejemplo: compraventas fuera de establecimientos comerciales, contratos a distancia, en general, o contratos de adquisición de apartamentos en tiempo compartido. La peculiaridad de los contratos sobre servicios a distancia es que el ejercicio de tal derecho también es ilimitado para el caso de que el empresario no cumpla de manera regular con sus deberes de información.

En el ámbito de los seguros, la transposición de la Directiva sobre servicios financieros a distancia incide en los §§ 48 a y siguientes VVG. Tales preceptos incorporan los deberes de información en el ámbito específico de los contratos de seguros, así como también el derecho de rescisión.

Ley sobre medidas de comunicación en el ámbito de la justicia (Justizkommunikationsgesetz, JKomG).—La ley sobre utilización de formas electrónicas de comunicación en el ámbito de la Justicia (*Justizkommunikationsgesetz*—JKomG, BGBl 2005 I, 837) entró en vigor en Alemania el pasado 1 de abril de 2005. La finalidad de la ley es la utilización de medios de comunicación electrónicos en los procedimientos judiciales y la admisibilidad de los sumarios electrónicos. Esto ha obligado a la modificar la Ley de enjuiciamiento civil (*Zivilprozessordnung, ZPO*) y otras leyes de procedimiento. Las exigencias actuales sobre forma (de los contratos) permanecen esencialmente inmodificadas.

ESPAÑA

**ESTHER ARROYO I AMAYUELAS, M.^a ESPERANÇA GINEBRA MOLINS,
M.^a LUISA ZAHINO RUIZ**

Bibliografía

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS²

I. COMPENDIO DE LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EUROPEA

ARROYO AMAYUELAS, Esther/BENACHIO, Gianantonio/PASA, Barbara/VIÑAS FARRÉ, Ramón: *Repertorio de Derecho Civil y Mercantil Comunitario*, Barcelona, Bosch, 2005.

II. CONTRATACIÓN INTERNACIONAL Y EN LA UE

ESPLUGUES MOTA, Carlos/HARGAIN, Daniel (coords.): *Derecho del comercio internacional. MERCOSUR-Unión Europea*, Madrid-Buenos Aires, Reus—Ibdef. (eds.), 2005.

LARA AGUADO, Ángeles: *La contratación transfronteriza de valores negociables en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2002.

III. DERECHO COMUNITARIO E INTERNACIONAL

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DE FAMILIA (ed.): *La sustracción interparental de menores*, Madrid, Dykinson, 2005.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.

² Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto BJU 2002-02594, dirigido por el Prof. Dr. Ferrán Badosa Coll, e, igualmente, del *III Pla de Recerca de la Generalitat de Catalunya* (2001 SGR 00022).

IV. SOF LAW

VAQUER, Antoni (ed.): *La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo/The Principles of European Contract Law Part. III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005 (vid. recensión en esta misma crónica).

VI. DERECHO NACIONAL COMUNITARIZADO

1. La transposición de directivas en los Derechos nacionales

BADOSA COLL, Ferrán/ARROYO AMAYUELAS, Esther (coords.): *La armonización del Derecho de Obligaciones en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

2. Derecho del consumo, en general

CARRASCO PERERA, Ángel (dir.): *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 2003.

MARÍN LÓPEZ, Juan José/SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (coords.): *La protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos–Dykinson, 2003.

PARDO GATO, José Ricardo: *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)*, Madrid, Difusa, 2004.

REYES LÓPEZ, M.^a José (coord.): *Derecho Privado de Consumo*: Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo: *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2003.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano et alii: *Derecho del consumo*, Barcelona, Cálamo, 2004.

3. Contratos

a) Condiciones generales

LLODRÀ GRIMALT, Francisca: *El contrato celebrado bajo condiciones generales: un estudio sobre sus condiciones de incorporación y de contenido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: *El control de las cláusulas abusivas a través del registro de condiciones generales de la contratación: apuntes críticos al Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre*, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela: *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Cizu Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.

b) *Crédito al consumo*

ESCUÍN IBÁÑEZ, Irene: *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Granada, Comares (ed.), 2003.

TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, Comares, 2003.

c) *Contratación a distancia*

FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003.

PANIZA FULLANA, Antonia: *Contratación a distancia y defensa de los consumidores: su regulación tras la reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista y la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, Comares, 2003.

d) *Viajes combinados*

SOLER VALDÉS-BANGO, Alfredo: *El contrato de viaje combinado*, Cizu Menor, Aranzadi, 2005.

e) *Garantía legal de los bienes de consumo*

CASTILLA BAREA, Margarita: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Madrid, Dykinson, 2005.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: la Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros: anexo documental (2 vols.)*, Madrid, Dykinson, 2005.

REYES LÓPEZ, M.^a José (coord.): *La Ley 23/2003, de garantía de los bienes de consumo: Planteamiento de presente y perspectivas de futuro*, Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2005. Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 14.

4. **Derechos Reales**

MUÑIZ ESPADA, Esther: *Bases para la propuesta de una Eurohipoteca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Legislación

LEY 3/2004, de 29 diciembre, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales* («BOE» núm. 314, de 30 de diciembre de 2004, 42334-42338)

M.^a LUISA ZAHINO RUIZ³

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales* [LMOC] incorpora tardíamente al ordenamiento español la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, con la que se pretende luchar contra los plazos de pago excesivos y la morosidad en las operaciones comerciales –en tanto causas principales de la insolvencia de las pequeñas y medianas empresas [PYMES] (Cdo 7, D 2000/35/CE)–, y eliminar las diferencias existentes entre los Estados miembros en lo que se refiere a las normas y prácticas de pago, conforme con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Cdo 12, D 2000/35/CE, § 2 EM LMOC).

El criterio subjetivo y material que delimita el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/35/CE ha determinado al legislador español a optar por transponer el texto comunitario mediante una ley especial (§ 6 EM LMOC) favoreciendo, así, la dispersión normativa que, en parte, hubiera podido evitarse acometiendo la modificación del Código de Comercio y otras normas relacionadas con la materia.

El objeto de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, es doble: combatir la morosidad en el pago de las deudas dinerarias surgidas como contraprestación en operaciones comerciales –realizadas entre empresas o entre éstas y la Administración–, que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, y evitar el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor, limitando la posibilidad de fijar plazos de pago excesivamente dilatados (art. 1 LMOC). Conforme con lo establecido en el artículo 1 D 2000/35/CE y en sus Cdos 13 y 22, el ámbito de aplicación de la ley española se limita a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración –así como las realizadas entre contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas–, excluyéndose del mismo los pagos efectuados en operaciones comerciales en las que intervengan consumidores; los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio y los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras; y las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor (art. 3.2 y § 5 EM LMOC).

En defecto de pacto sobre el momento del pago la ley concede crédito al deudor, pues no acoge la regla del cumplimiento simultáneo, sino que concreta el plazo de pago en treinta días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente. Ahora bien, si la fecha de recepción de la factura o la solicitud de pago equivalente se presta a duda, o si se reciben antes que los bienes o servicios, treinta días después de la recepción/entrega de los bienes o de la prestación de los servicios. Final-

³ Profesora Titular interina de Escuela Universitaria de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto BJU 2002-02594, dirigido por el Prof. Dr. Ferrán Badosa Coll, e, igualmente, del *III Pla de Recerca de la Generalitat de Catalunya* (2001 SGR 00022).

mente, si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes o en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, treinta días después de esta última fecha (art. 4 LMOC).

El incumplimiento del plazo legal o contractual de pago determina la mora automática *ex re* –sin necesidad de intimación– del deudor (art. 5 y § 7 EM LMOC). Los requisitos para que el acreedor pueda exigir los intereses de demora se concretan, de modo innecesario atendido el carácter recíproco de la obligación y lo ya establecido en el artículo 1100 CC, en el artículo 6 LMOC al disponer que el acreedor tendrá derecho a intereses de demora si concurren simultáneamente dos requisitos: en primer lugar, haber cumplido sus obligaciones contractuales y legales [art. 6.a) LMOC]; y, en segundo lugar, no haber recibido a tiempo la cantidad debida, a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso [art. 6.b) LMOC]. Los intereses de demora desempeñan en la LMOC una doble función indemnizatoria y disuasoria (EM § 4 LMOC), de ahí lo elevado del tipo que, en defecto de pacto (art. 7.1 LMOC), se concreta en la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales (art. 7.2 LMOC). Además, cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a reclamar una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido, para cuya determinación se han de aplicar los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda principal. En cualquier caso, conforme con la previsión de la directiva comunitaria [art. 3.1.e D 2000/35/CE] la ley española fija como límite a esta indemnización el 15 por 100 de la cuantía de la deuda, excepto en los casos en que la deuda no supere los 30.000 euros en los que el límite de la indemnización está constituido por el importe de la deuda de que se trate (art. 8.1 LMOC). Esta indemnización no procede si el coste de cobro se cubre por la condena en costas del deudor *ex* artículos 241-246 y 394-398 L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La LMOC fija límites a la autonomía de la voluntad con la finalidad de evitar que las grandes empresas, abusando de su posición dominante en el mercado, obtengan liquidez adicional a expensas de sus acreedores –principalmente PYMES– (§ 4 EM LMOC). El artículo 9 LMOC establece que las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago, el tipo de interés de demora y los requisitos para exigirlos, que difieran de lo establecido en la ley, serán nulas si consideradas todas las circunstancias del caso tienen un contenido abusivo en perjuicio del acreedor (art. 9.1 LMOC y § 9 EM LMOC). El juez que declare la invalidez de las cláusulas abusivas ha de integrar el contrato y dispone de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia (art. 9.2 LMOC). Si tales cláusulas aparecen formuladas en condiciones generales son, igualmente, nulas y, en tal caso, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de cesación y retractación se extiende a las siguientes entidades: a) asociaciones, federaciones de asociaciones y corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros; b) Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; c) Colegios profesionales legalmente constituidos (art. 9.4 LMOC).

A las medidas sustantivas comentadas –plazo de exigibilidad de los intereses de demora, determinación de su devengo automático y tipo, e indemnización por costes de cobro– se suma en la ley la posibilidad de pactar cláusulas de reserva de dominio como otro mecanismo de lucha contra la morosidad. La idea del legislador comunitario es lograr la difícil tarea de internacionalizar la utilización de este tipo de cláusulas, a efectos de que los acreedores puedan hacer uso de ella con carácter no discriminatorio en toda la Comunidad, si es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con el Derecho internacional privado (Cdo 21 D 2000/35/CE). Conforme con las directrices comunitarias, este tipo de cláusulas se ha previsto en el artículo 17.2 L 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista [LOCM] y en el art. 10 LMOC que, sin demasiada fortuna, ha intentado recoger la idea del texto comunitario al contemplar la posibilidad de que comprador y vendedor –antes de la entrega de los bienes– puedan convenir, en sus relaciones internas, la cláusula de reserva de dominio con la finalidad de que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio. De difícil inteligencia resulta el párrafo segundo del precepto en el que parece atenderse –no sólo– a la posibilidad de que el vendedor subrogue en su derecho a la persona que, mediante la realización de anticipos, financiación o asunción de la obligación, realiza la contraprestación por cuenta del deudor.

La LMOC es de aplicación a todos los contratos incluidos en su ámbito de aplicación celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002 –fecha máxima prevista en el art. 6 D 2000/35/CE para su transposición por los Estados miembros–, en cuanto a sus efectos futuros.

Finalmente, la LMOC modifica los artículos 99.4, 110.4, 116.4 y 5, 169.3 y la letra a) del apdo. 2 de la DF 1.ª del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el RDLeg. 2/2000, de 16 de junio. Y, asimismo, se modifican los apartados 1, 3, 4 y 5 del artículo 17 LOCM –en relación con la cual la LMOC es de aplicación supletoria, según su DA 1.ª– y cuyos párrafos 2 y 5 ya fueron modificados por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre.

REAL DECRETO 1801/2003, de 26 de diciembre, *sobre seguridad general de los productos* («BOE» núm. 9, de 10 de enero de 2004, 906-916)

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS⁴

El Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, ha supuesto la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE L 11, de 15 de enero de 2002, 4-17). El plazo de transposición de la misma acababa el 15 de enero de 2004 (art. 21.1 D 2001/95/CE), fecha que coincide con la de la entrada en vigor del RD 1801/2003 (DF 4.ª).

Este Real Decreto deroga el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, de medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor, el cual, en su día, había incorporado al ordenamiento

⁴ Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto BJU 2002-02594, dirigido por el Prof. Dr. Ferrán Badosa Coll, e, igualmente, del *III Pla de Recerca de la Generalitat de Catalunya* (2001 SGR 00022).

jurídico español la Directiva 92/59/CEE, del Consejo, de 29 de junio de 1992, de seguridad general de los productos, actualmente derogada (art. 22 D 2001/95/CE).

El objetivo del Real Decreto 1801/2003 es garantizar que sólo lleguen al consumidor productos seguros (art. 1.1 RD 1801/2003; véase también el art. 1.1 D 2001/95/CE), como concreción del deber general de no lesionar ni poner en peligro la salud y la integridad física de las personas (Preámbulo § 1), que encuentra anclaje en los artículos 43 y 51 de la Constitución Española y ha recibido desarrollo legislativo en la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) –especialmente arts. 2.1.a), 3-6 y 39–, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) –principalmente arts. 24-26, 31 y 40–, así como en un gran número de disposiciones autonómicas relativas a la protección de los consumidores y usuarios.

Según la DF 1.ª del Real Decreto 1801/2003, el mismo se dicta con carácter de norma básica al amparo del artículo 149.1.16.ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad, y en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 24, 25.2 y 3, 26 y 31.2 LGS, y 3 y 5.2 LGDCU. Se exceptúa de lo anterior el apartado 4 del artículo 15, que se dicta al amparo del artículo 149.1.16.ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de sanidad exterior.

En la línea apuntada por la D 2001/95/CE (Cdos 4, 5, 6, 12 y 13), para todos los productos que puedan llegar al consumidor, el Real Decreto 1801/2003 constituye una disposición de carácter horizontal y naturaleza supletoria; cuando para un producto concreto exista una normativa específica que tenga el mismo objetivo y que regule su seguridad, este Real Decreto sólo se aplicará con carácter supletorio a aquellos riesgos, categorías de riesgo o aspectos no regulados por dicha normativa (Preámbulo § 4, al final, y art. 1.4 RD 1801/2003).

La regulación sobre seguridad general de los productos resulta de aplicación sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (art. 1.5 RD 1801/2003 y Cdo 36 y art. 17 D 2001/95/CE). De hecho, la normativa sobre seguridad general de los productos, por una parte, y la relativa a responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, por otra, tienen funciones complementarias: la primera la prevención (arts. 1.1, 3.5.a), 6.2.d), 20.1 RD 1801/2003, así como Cdos 6, 18, 19, 21, 23, 32 y 38, y arts. 1.1, 5.1 y 3 y Anexo I D 2001/95/CE); y la segunda la indemnización (Cdos 2, 3 y 17 y art. 1 D 85/374/CEE y ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos).

El Real Decreto 1801/2003 es aplicable a todo producto destinado al consumidor –incluidos los ofrecidos o puestos a su disposición en el marco de una prestación de servicios– o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por éste aunque no le esté destinado, que se le suministre o se ponga a su disposición, a título oneroso o gratuito, en el marco de una actividad comercial, ya sea nuevo, usado o reacondicionado; sin embargo, esta norma reglamentaria no resulta de aplicación a los productos usados que se suministren como antigüedades o para ser reparados o reacondicionados antes de su utilización, siempre que el proveedor informe de ello claramente a la persona a la que suministre el producto (art. 1.2 y 3 RD 1801/2003; véase también la definición de «producto» del art. 2.a) D 2001/95/CE). Al igual que respecto de la Directiva (Cdos 1, al final, y 9, al principio, y art. 20), queda fuera del Real Decreto 1801/2003 la salubridad y

seguridad de los servicios que se ofrecen en el mercado, aunque ni la legislación española sanitaria ni la de defensa del consumidor efectúan esta exclusión (Preámbulo § 4).

De acuerdo con el objetivo que persigue la normativa sobre seguridad general de los productos (arts. 1.1 RD 1801/2003 y 1.1 D 2001/95/CE), el punto de partida de esta regulación es el deber general de no perjudicar ni poner en riesgo la salud y seguridad de los consumidores, que se traduce en el deber que incumbe a «productores» y «distribuidores» de poner en el mercado únicamente productos seguros (Preámbulo § 5, y arts. 4.1 y 5.1 Real Decreto 1801/2003, y art. 3.1 D 2001/95/CE). Siguiendo la Directiva, el RD de 2003 perfila y delimita aquel deber general especificando su contenido a través de obligaciones concretas que incumben a «productores» y «distribuidores» (Preámbulo § 6 y arts. 4 y 5 RD 1801/2003). Corresponde al Estado garantizar que los «productores» y «distribuidores» cumplan sus obligaciones (art. 6.1 D 2001/95/CE y Preámbulo § 1 y arts. 5.3.b), 6.4 y 10; y, en general, arts. 8-17 RD 1801/2003). En este sentido, los órganos administrativos competentes (arts. 13 y 14 RD 1801/2003) podrán advertir a los productores y distribuidores que incumplan los deberes regulados en este Real Decreto de su situación ilegal y, en su caso, requerirles su cumplimiento (art. 9 RD 1801/2003).

Al margen de ello, las medidas administrativas –no sancionadoras (art. 8.4 RD 1801/2003) y restrictivas de la libertad de mercado (arts. 8.2.I y 18.1 RD 1801/2003)– que previa instrucción de un procedimiento específico (art. 11 RD 1801/2003) pueden adoptar, de oficio o como consecuencia de las denuncias o reclamaciones que presenten los consumidores u otras partes interesadas (arts. 8 RD 1801/2003 y 9.2 D 2001/95/CE), los órganos administrativos competentes para restablecer o garantizar la salud o seguridad son, entre otras y simplificadaamente (arts. 10 RD 1801/2003 y 8 D 2001/95/CE): la prohibición temporal o definitiva de comercialización del producto, su retirada del mercado, y, como último recurso, su recuperación y destrucción. En el ejercicio de sus competencias, los órganos competentes podrán solicitar informes a expertos o a otros órganos administrativos (art. 16.1 RD 1801/2003); en este sentido, se crea la Comisión Técnica para la Seguridad de los Productos, como órgano técnico de asesoramiento y estudio adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo (art. 16.2 RD 1801/2003).

En base al principio de cautela (arts. 174.2 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y III-233.2 Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa: «principio de precaución») se legitima la actuación administrativa incluso aunque no exista una certidumbre científica total sobre la peligrosidad del producto (Preámbulo § 7, al final, y art. 8.2.II RD 1801/2003; y Considerando 1 y art. 8.2.I final D 2001/95/CE).

Al margen de los cauces de comunicación ordinaria de las medidas adoptadas (art. 18 RD 1801/2003), el carácter preventivo de la regulación sobre seguridad general de los productos tiene como pieza clave (Preámbulo, § 10, RD 1801/2003) la red de alerta, integrada en el sistema europeo de alerta (RAPEX) y establecida con la finalidad de transmitir cualquier información relativa a la existencia de un riesgo grave generado por un producto (art. 19 RD 1801/2003 y art. 12 D 2001/95/CE). Además, está previsto que, como instrumento de prevención, el Ministerio de Sanidad y Consumo propicie la creación de un sistema estatal de comunicación de accidentes en los que estén implicados productos sometidos al ámbito de aplicación de este Real Decreto (art. 20 RD 1801/2003).

FRANCIA
ELISE POLLIOT, BÉATRICE JALUZOT

Bibliografía
ELISE POLLIOT⁵

I. LIBROS

1. **Derecho del comercio electrónico**

VERBIEST, T.: *Le nouveau droit du commerce électronique, la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Collection Droit des Technologies, Paris, LGDJ, 2005.

2. **Derecho de la competencia**

NOURISSAT, C. (sous la direction de): *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence, un défi pour les juridictions françaises*, Collection Thèmes et Commentaires, Paris, Dalloz, 2004.

FAURÉ, V.: *L'apport du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Préface de J. Rideau, Collection Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Paris, Dalloz, 2005.

3. **Derecho de consumo**

LEVENEUR, L.: *Code de la Consommation*, Paris, Litec, 2005.

4. **Derecho internacional privado**

AZIBERT, G./KADNER-GRAZIANO, T.: *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Collection Helbing et Lichtenhahn, Paris, LGDJ, 2005.

GADBIN, D./KERNALEGUEN, F.: *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2005.

5. **Derecho de obligaciones**

RAMPENBERG, René-Marie: *Repères romains pour le droit européen des contrats, variation sur les thèmes antiques*, Collection Systèmes, Paris, LGDJ, 2005.

MAITRE, G.: *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Préface de H. Muir Watt, Bibliothèque de science financière, T. 28, Paris, LGDJ, 2005.

⁵ Maître de conférences, Universidad de Lyon 3.

6. Teoría del Derecho

«Le clivage acteurs publics/acteurs privés à la lumière du droit européen», Université Paris X Nanterre le 29 juin 2004, Petites affiches 17 mars 2005, núm. spécial.

II. ARTÍCULOS

7. Derecho privado, en general

NOURISSAT, C.: «Droit civil de l'Union européenne: panorama 2004», Dalloz, 2005, núm. 9, 608 ss.

8. Derecho de la competencia

DAVID, C.: «Différé d'imposition ou atténuation de sanction fiscale sont-ils une aide d'Etat prohibée?», J. C. P. éd. entreprise 17 février 2005, núm. 7, 274 ss.

IDOT, L.: «Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence: les nouveaux règlements d'exemption», Petites affiches, 1er février 2005, 5 ss.

LUBY, M.: «Adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence, ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004», Revue trimestrielle de droit commercial 2005, núm. 1, 60 ss.

9. Derecho del consumo

MAINGUY, D.: «Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur», J. C. P. éd. entreprise 28 avril 2005, núm. 17, 630 ss.

RAYMOND, G.: «Transposition de la directive núm. 2001/95 du 3 décembre 2001 par l'ordonnance núm. 2004-670 du 9 juillet 2004», Contrats, concurrence, consommation, núm. 2 février 2005, 6 ss.

RAYMOND, G.: «Définition du consommateur et du professionnel: les différences d'acception en droit interne et en droit communautaire», Contrats, concurrence, consommation, núm. 5 mai 2005, Commentaire núm. 100.

RONDEY, C.: «Garantie de la conformité d'un bien au contrat: la directive du 25 mai 1999 enfin transposée !» Dalloz 2005, Cahier droit des affaires, Point de vue, 562.

10. Derecho internacional privado

FULCHIRON, H.: «Bruxelles II bis: le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale», Droit et Patrimoine, avril 2005, núm. 136, 34 ss.

SAGAUT, J./CAGNIART, M.: «La légitimité du droit communautaire en Droit international de la famille» Droit et Patrimoine, mars 2005, núm. 135, 22 ss.

SAGAUT, J./CAGNIART, M.: «Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne», J. C. P. éd. notariale et immobilière, 27 mai 2005, núm. 21, 1281 ss.

11. Derecho de sociedades

LUBY, M.: «Droit communautaire des sociétés en 2004: Cap sur la transparence !», Droit des sociétés, núm. 5, mai 2005, 7 ss.

12. Principio de no-discriminación

CLERGERIE, J. L.: «Discriminations positives et égalité de traitement», note sous CJCE 30 septembre 2004, aff. C 319-03, M. Briheche c. Ministère de l'intérieur, Dalloz 2005, Jurisprudence 347.

ICARD, Ph.: «La maternité, élément signifiant de la discrimination», note sous CJCE 18 novembre 2004, aff. C 284-02, Land Brandenburg c. Mme Sass, Dalloz 2005, Jurisprudence 699.

13. Propiedad intelectual

LE GAL, C.: «La contestation de la directive relative à la protection des inventions biotechnologiques. La fin des espérances française?», J. C. P. 2005 I 120.

SCHAL, E.: «Marque communautaire et marque internationale, liaisons dangereuses?», Dalloz 2005, Cahier de droit des affaires, Point de vue, 1075.

Legislación

LEY 2004-575, de 21 de junio de 2004, *pour la confiance dans l'économie numérique*

BÉATRICE JALUZOT, U. LYON 3⁶

En el contexto de la regulación del comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a ciertos aspectos jurídicos de la sociedad de la información y, especialmente, de comercio electrónico en el mercado interior [Doce L 178, de 17 de julio de 2000, 1]; implementada en el ordenamiento jurídico francés mediante la Ley núm. 2004-575, de 21 de junio de 2004, *pour la confiance dans l'économie numérique*), el legislador europeo a decidido dar prioridad al establecimiento de un marco jurídico para la firma electrónica. La Directiva europea 1999/93, por el que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (Doce L 13, de 19 de enero de 2000, 12) debía ser implementada antes del 19 de julio de 2001 (art. 13.1) y aunque con el respeto de tal plazo el legislador francés ha cumplido con sus obligaciones europeas, lo cierto es que lo ha hecho de forma algo peculiar en muchos aspectos.

⁶ Maître de conférences, Universidad de Lyon 3

La Directiva europea aborda tres cuestiones: impone a los Estados miembros la adopción de una cierta modalidad de firma electrónica, así como el deber de vigilar a los prestadores de servicios que tienen el deber de crearla, y, en último término, prevé los requisitos para la validez internacional de estas firmas.

Para transponer el texto, el Estado francés ha recurrido a los universitarios (así, para determinar la introducción de la prueba electrónica en el *Code civil*, cfr. JCP 1999 I 182; P.-Y. Gautier, «De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent», JCP 2000 I 236; J. Huet, «Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique», D 2000, 95). Tal conducta es relativamente rara, puesto que, normalmente, las directivas se incorporan en el Derecho francés a través de *ordonnances* (NT: textos legislativos que provienen del ejecutivo). El grupo de reflexión, compuesto por prestigiosos profesores, ha procedido en dos etapas. En un primer momento, ha propuesto una reforma previa y profunda, en general, sobre el Derecho probatorio francés y, luego, otra más específica para introducir la firma electrónica.

El derecho probatorio francés en su mayor parte provenía todavía del original CC de 1804 y de ahí que en muchos aspectos contuviera lagunas. La reforma se produce en virtud de la Ley núm. 2000-230, *portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, de 13 de marzo de 2000 (JO 14 de marzo de 2000) (cfr. D. Gobert, E. Montero, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», *Journal des tribunaux* 17 fév. 2001, Bruxelles, 114 ss., 117 ss.), que toma en consideración las conclusiones de un estudio publicado por el Consejo de Estado («Internet et les réseaux numériques. Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998»), en el que se proponía «favoriser les échanges par une confiance accrue des actes» y se aconsejaba reconocer «la valeur juridique du document et de la signature électroniques» (2.ª Parte, Cap. 2). La ley regula la prueba escrita en su conjunto, esto es, más allá del ámbito restringido de la firma, y, de esta manera, abre las puertas a la prueba electrónica. El nuevo artículo 1316 CC establece una definición de la prueba por escrito que borra cualquier distinción entre el soporte papel y el electrónico («art. 1316: [L]a preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission»). La equiparación es plena siempre que el autor del escrito electrónico pueda ser identificado y que éste pueda ser conservado en toda su integridad (art. 1316.1 CC). Si se plantea un conflicto entre los dos tipos de prueba, en última instancia resuelve el juez (art. 1316.2). A continuación, el legislador adopta una definición funcional de la firma sea cual sea la forma que adopte: la firma identifica al autor, es prueba del consentimiento y si es autorizada por un oficial público confiere autenticidad al acto (art. 1316.4). El artículo 1316.4, II CC proporciona una definición específica de la firma electrónica: «elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache»; de conformidad con la Directiva, su eficacia es objeto de presunción *iuris tantum*: «la fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire».

El artículo 1316.4, II CC ha sido recientemente completado por un Decreto del Consejo de Estado. Se trata del Decreto núm. 2001-272, de 30 de marzo de 2001, *pris pour l'application de l'article 1316.4 du code civil et relatif à la signature électronique*, que es el que incorpora las previsiones de la Directiva. Se compone de dos partes: una, que regula la firma electrónica propiamente dicha y, otra, que establece cuál es el marco jurídico de la actividad de los prestadores de servicios de firma electrónica. En relación con lo primero, el texto

francés aporta ligeras modificaciones al texto europeo porque además de la firma simple, introduce la firma «*sécurisée*» (art. 1.1 y 2) que, en la Directiva, recibe la consideración de «avanzada» (art. 2.2). Igualmente, en materia de certificados, el texto incorpora uno «simple» y otro «cualificado», en lugar de referirse al certificado «electrónico» de que habla la Directiva (arts. 2.9 y 10). El primer capítulo del Decreto regula los dispositivos de creación de la firma electrónica, el segundo regula los dispositivos de verificación, el tercero se refiere al contenido de los certificados cualificados. Este último capítulo contiene numerosas disposiciones relativas a los prestadores: éstos deben satisfacer un cierto número de exigencias (art. 6, II) y, especialmente, la de asegurar la fiabilidad de los servicios de certificación, ofrecer un servicio de guía o anuario, emplear un personal que tenga los conocimientos, la experiencia y las calificaciones necesarias (art. 6, II e), conservar la información relativa al certificado, etc. Estos organismos pueden solicitar ser «cualificados» por organismos específicos (art. 7). Los prestadores debían estar bajo el control de los servicios del Presidente del Gobierno y al efecto debía ser instaurado un «comité directeur de la certification», pero la previsión ha sido suprimida en el artículo 20, II del Decreto núm. 2002-535, de 18 de abril de 2002, *relatif à l'évaluation et à la certification de al sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information* (Com. com. électr. juillet-août 2002, p. 24, obs. L. Grynbaum) (art. 20, II). Finalmente, el legislador francés ha preferido confiar el control a la «*Direction Centrale de la Sécurité des Systèmes d'Information*» que, por lo demás, está encargada de velar por la seguridad de los productos de la firma (los definidos en el art. 2.12 D 1999/93). Las modalidades de este Decreto deben completarse con las previsiones de la orden (*arrêté*) de 31 de mayo de 2002, *relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation* (Com. com. électr. sept. 2002, p. 25, obs. L. Grynbaum).

En cuanto al reconocimiento internacional de la firma, el texto francés adopta las proposiciones de la Directiva (Cfr. art. 7.1 D 1999/93; art. 8 Decreto de 30 de marzo de 2001).

GRAN BRETAÑA

ALESSANDRA BRAUN⁷

Bibliografía (2003-2005)

Puesto que la bibliografía inglesa en el ámbito del Derecho comunitario, del Derecho privado europeo y del Derecho comparado es muy numerosa, a continuación se indican sólo las obras más relevantes. Se omiten en todo caso los numerosos *textbooks* y *casebooks* sobre la materia

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

BARNARD, Catherine: *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁷ Junior Research Fellow in Law, St. John's College, Oxford.

- COLLINS, Hugh (ed.): *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practice*, The Hague/London/New York, Kluwer, 2004.
- DE ZWAAN, Jaap W./JANS, Jan H./NELISSEN, Frans. A./BLOCKMANS, Steven (eds.): *The European Union. An Ongoing Process of Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- FALKNER, Gerda/TREIB, Oliver/HARTLAPP, Miriam/LEIBER, Simone: *Complying with Europe, EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- HODGES, Christopher: *European Regulation of Consumer Product Safety*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- KUNER, Christopher: *European Data Privacy Law and Online Business*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- MACQUEEN, Hector L./VAQUER, Antoni/ESPIAU ESPIAU, Santiago (eds.): *Regional private laws and codification in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- PRECHAL, Sacha: *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005².
- RADLEY-GARDNER, Oliver/BEALE, Hugh/ZIMMERMANN, Reinhard/SCHULZE, Reiner: *Fundamental texts on European Private Law*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.
- SENDEN, Linda: *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2004.
- TOTH, Akos G.: *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, vol. II, «The Law of the Internal Market», Oxford, Oxford University Press, 2005. El primer volumen, titulado *Institutional Law* fue publicado en 1991.
- ZÜRN, Michael/JOERGES, Christian (eds.): *Law and Governance in Postnational Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

II. DERECHO COMPARADO

- BEATSON, Jack/SCHRAGE Eltjo (eds.): en colaboración con Mindy Chen-Wishart, Dr. Martin Hogg, Professor Barry Nicholas, Professor Martin Schermaier, Dr. David Sellar, Professor Danie Visser e Mr. Floor Gras, *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.
- BELL, John/DASHWOOD, Alan/SPENCER, John/WARD, Angela (eds.): *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 5, 2002-2003, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2004.
- BELL, John/KILPATRICK, Claire (eds.): *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 6, 2003-2004, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2005.

- BUTLER, William E.: *Russian Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003².
- COHEN, Nili/MCKENDRICK, Ewan: *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford–Portland Oregon, Hart Publishing, 2005.
- DYSON, Henry: *French Property and Inheritance Principles and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- FAIRGRIEVE, Duncan: *State Liability in Tort. A Comparative Law Study*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- GLENN, Patrick: *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2004.
- HALLAQ, Wael B.: *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- KORTMANN, Jeroen: *Altruism in Private Law. Liability for Nonfeasance and Negoiorum Gestio*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- LEGRAND, Pierre/MUNDAY, Roderick (eds.): *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- MARKESINIS, Basil/COESTER, Michael/ALPA, Guido/ULLSTEIN, Augustus: *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law. A Comparative Outline*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- MARKESINIS, Basil: *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford–Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.
- MENSKI, Werner: *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- UNBERATH, Hannes: *Transferred Loss*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.
- VAN HOECKE, Mark (ed.): *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford–Portland Oregon, Hart Publishing, 2004.
- VINES, Prue: *Law and Justice in Australia: Foundations of the Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- ZAMORA, Stephen/COSSÍO, José Ramón/PEREZNIETO, Leonel/ROLDÁN XOPA, José/LÓPEZ, David: *Mexican Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- ZIEGEL, Jacob S.: *Comparative Consumer Insolvency Regimes*, Oxford–Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.
- ZIMMERMANN, Reinhard/REID, Kenneth/VISSER, Daniel (eds.): *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective. Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- ZWART, Tom: *Agencies in European and Comparative Law*, Oxford–Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.

A continuación, se mencionan los volúmenes que son el fruto del trabajo desarrollado en el seno del proyecto «*The Common Core of European Private Law*» publicados por la Cambridge University Press:

BUSSANI, Mauro/PALMER, Vernon Valentine (eds.): *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

GRAZIADEI, Michele/MATTEI, Ugo/SMITH, Lionel (eds.): *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

KIENINGER, Eva-Maria (ed.), con la colaboración de GRAZIADEI, Michele/GRETTON, George L./VAN DER MERWE, Cornelius G./STORME, Matthias E.: *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

SEFTON-GREEN, Ruth (ed.): *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Legislación

– Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa*, modificada por la Directiva 97/55, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, *por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa*. La Directiva fue implementada en el Reino Unido mediante el *Control of Misleading Advertisements Regulations* 1988, S.I. No. 1988/915 modificado por el *Control of Misleading Advertising (Amendment) Regulations* 2000, S.I. Núm. 2000/914 y el *Control of Misleading Advertisements (Amendment) Regulations* 2003, S.I. No. 2003/3183.

– Directiva 85/374/CEE, de 25 julio de 1985, del Consejo, de 25 de julio de 1985, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*, modificada por la Directiva 1999/34 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, ha sido transpuesta en el Reino Unido mediante los siguientes actos legislativos: *The Consumer Protection Act* 1987; *The Consumer Protection (Northern Ireland) Order* 1987, S.I. No 1987/2049; *The Consumer Protection Act 1987 (Product Liability) (Modification) Order* 2000, S.I. No. 2000/2771; *Product Liability (Amendment) Act (Northern Ireland)* 2001; *The Consumer Protection Act 1987 (Product Liability) (Modification) (Scotland) Order* 2001, S.I. No 2001/265.

– Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, *referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales*. La Directiva ha dado lugar a *Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded away from Business Premises) Regulations* 1987, S.I. No. 1987/2117.

- Directiva 86/653/CEE, del Consejo de 18 de diciembre de 1986, *relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*. La directiva ha dado lugar a *Commercial Agents (Council Directive) Regulations* 1993, S.I. No. 1993/3053 y *Commercial Agents (Council Directive) Regulations* 1998, S.I. No. 1998/2868.
- Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo*. Modificada por el Reglamento 90/88/CEE del Consejo, de 22 de febrero de 1990. La Directiva ha sido actuada a través de los siguientes actos legislativos: *The Consumer Credit Act 1974*; *The Consumer Credit (Total Charge for Credit and Rebate on Early Settlement) (Amendment) Regulations* 1989, S.I. No. 1989/596; *The Consumer Credit (Exempt Agreements) Order* 1989, S.I., No. 1989/869; *The Consumer Credit (Total Charge for Credit, Agreements and Advertisements) (Amendment) Regulations*, S.I. No. 1999/3177.
- Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*. La Directiva ha dado lugar al *Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations* 1992, S.I. No 1992/3288 y *Package Travel, Package Holidays and Package Tours (Amendment) Regulations* 1998, S.I. No. 1998/1208.
- Directiva 93/13/CEE, de 5 abril de 1993 del Consejo, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. La Directiva se ha actuado mediante los siguientes actos legislativos: *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994, S.I. No. 1994/3159; *The Unfair Arbitration Agreements (Specified Amount) Order* 1996, S.I. No. 1996/3211; *The Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* 1999, S.I. No. 1999/2083; *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 2001, S.I. 2001 No. 1186.
- Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, *relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*. La Directiva ha dado lugar a la *Timeshare Regulations* 1997, S.I. No. 1997/1081.
- Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997, *relativa a las transferencias transfronterizas*. La Directiva ha sido transpuesta a través de la *Cross-Border Credit Transfer Regulations* 1999, S.I. No. 1999/1876.
- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*. La implementación ha tenido lugar mediante el *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations* 2000, S.I. No. 2000/2334.
- Directiva 98/27, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*. La transposición de la directiva ha dado lugar al *Stop Now Orders (E.C. Directive) Regulations* 2001, S.I. No. 2001/1422.
- Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*. La implementación se ha actuado mediante la *Sale and Supply of Goods and Services Regulations* 2002, S.I. No. 3045/2002.
- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, *por la que se establece un marco comunitario para la*

firma electrónica. La Directiva ha dado lugar al *Electronic Communications Act 2000* y al *Electronic Signatures Regulations 2002*, S.I. No. 2002/318.

– Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*. La Directiva ha sido implementada mediante los actos legislativos siguientes: *The Electronic Commerce Directive (Financial Services and Markets) Regulations 2002*, S.I. No. 2002/1775; *The Financial Services and Markets Act 2002 (Regulated Activities) (Amendment) (No. 2) Order 2002*, S.I. No. 2002/1776; *Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002*, S.I. No. 2002/2013; *The Electronic Commerce Directive (Financial Services and Markets) (Amendment) Regulations 2002*, S.I. No. 2002/2015; *The Financial Services and Markets Act 2000 (Financial Promotion) (Amendment) (Electronic Commerce Directive) Order 2002*, S.I. No. 2002/2157; *The Electronic Commerce (EC Directive) (Extension) Regulations 2003*, S.I. No. 2003/115.

– Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*. La Directiva ha dado lugar a las siguientes normas: *The Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998 (Commencement No.5) Order 2002*, S.I. No. 2002/1673; *The Late Payment of Commercial Debts Regulations 2002*, S.I. No. 2002/1674; *The Late Payment of Commercial Debts (Rate of Interest) (No. 3) Order 2002*, S.I. No. 2002/1675; *The Late Payment of Commercial Debts (Scotland) Regulations 2002* ref: Scottish S.I. No. 2002/335; *The Late Payment of Commercial Debts (Rate of Interest) (Scotland) Order 2002* ref: Scottish S.I. No. 2002/336; *The Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998 (Commencement No. 6) (Scotland) Order*, ref: Scottish S.I. No. 2002/337.

ITALIA

GIOVANNI BISAZZA, ALESSANDRA CORDIANO, STEFANO TROIANO, BARBARA PASA

Bibliografía

I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Giovanni Bisazza⁸ y Stefano Troiano⁹)

BENACCHIO, G.: *Diritto privato della Comunità Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, Cedam, Padova, 2004³, 600 pp. El libro analiza en qué medida y de qué manera la Comunidad europea influye en el proceso de armonización de los Derechos nacionales, teniendo en cuenta especialmente la repercusión sobre el ordenamiento jurídico italiano.

CALVO, R.: *I contratti del consumatore*, Padova, Cedam, 2005, 420 pp. Se trata de una exposición de la evolución del Derecho de los consumidores, que incluso tiene en cuenta la comparación con otros ordenamientos jurídicos, desde sus orígenes hasta la situación legislativa actual. El autor

⁸ Doctorando y ayudante en la cátedra de Derecho civil de la Universidad degli studi di Verona.

⁹ *Associato di Diritto Civile*, Universidad degli studi di Verona.

pone de manifiesto los aciertos y desaciertos del proceso actual de armonización de los Derechos nacionales.

- CHERTI, S.: *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Padova, Cedam, 2004, 338 pp. Es la primera monografía que, en Italia, se enfrenta con el tema de las «garantías convencionales» en la compraventa. En esta última expresión se comprenden aquellas garantías que en general son ofrecidas por el productor de un bien y que se añaden a las garantías legales derivadas de los vicios por la falta de calidad de la cosa (art. 1490 ss CC). Se trata de un fenómeno extremadamente difundido en la práctica y que incluso propició que el codificador incluyera en el artículo 1512 CC la hipótesis específica de la garantía de buen funcionamiento, reconducible a la categoría de las garantías convencionales. Como consecuencia de la actuación de la Directiva 1999/44/CE y gracias a la introducción de la nueva disciplina sobre la venta de bienes de consumo, el panorama se ha enriquecido con la previsión de las llamadas «garantías convencionales añadidas» (art. 1519-bis e 1519-septies CC). El trabajo da cuenta de la existencia de diversos tipos de garantías, cada una con su propio ámbito de aplicación y con su propia regulación y eso se refleja en la división interna del mismo ya que, partiendo de las garantías convencionales ya forjadas por la práctica comercial bajo la vigencia del CC de 1865, el autor pasa a considerar la nueva disciplina de las ventas al consumidor también a la luz de las modificaciones relevantes que ha experimentado la regulación originaria de la venta.
- CORDIANO, A.: *Sicurezza dei prodotti e tutela preventiva dei consumatori*, Padova, Cedam, 2005, 282 pp. El libro es una exposición de la nueva disciplina sobre seguridad general de los productos, como consecuencia de la actuación sucesiva de dos Directivas (la Directiva 92/59/CEE y la Directiva 2001/95/CE), y la disciplina ordinaria de la responsabilidad civil. Sirviéndose en muchos casos de un análisis comparativo con otros ordenamientos jurídicos europeos, la autora sondea la posibilidad de utilizar la acción de cesación como instrumento de tutela preventiva de la salud del consumidor (*vid. infra* reseña a cargo de G. Bissazza).
- CORSO, E.: *Vendita dei beni di consumo*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2005, 232 pp. Comentario de los artículos 1519-bis/1519-nonies CC italiano reguladores de la disciplina de la venta de bienes de consumo.
- GRECO, F.: *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, Jovene, 2005, 240 pp. El libro analiza las principales instituciones que tienen por objeto la tutela contractual, introducidas en nuestro ordenamiento como consecuencia de la legislación comunitaria en favor del consumidor, como por ejemplo el deber de transparencia y de información, el neoformalismo, el derecho de rescisión y las nuevas formas de invalidez del contrato.
- MONATERI, P. G., GIARO, T., SOMMA, A.: *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, Carocci, 2005, 264 pp. El volumen toma partido en la discusión en torno a las tradiciones que acomunan a los pueblos y a los Estados europeos –discusión propiciada por la creación de una unidad política y económica a nivel comunitario y que ahora encuentra nuevos argumentos a partir de la redacción de una Constitución europea–, y afronta, en clave crítica, la cuestión relativa a la aptitud o validez de la tradición romanística como base sobre la cual fundamentar el Derecho de la Europa comunitaria.

BOCCHINI, F.: *La vendita di cose mobili, in Il codice civile*. Commentario diretto da F. D. Busnelli, già diretto da P. SCHLESSINGER, Artt. 1510-1536, Milano, Giuffrè, 2004², 858 pp. Análisis detallado, en forma de comentario exegético, de los arts. 1510-1536 CC italiano, reguladores de la compraventa de bienes muebles. Se dota de especial relevancia a la nueva disciplina sobre la venta de bienes de consumo que es resultado de la transposición de la Directiva comunitaria, regulada en los arts. 1519- bis 1519-nonies, CC.

COLONNA, R. , TROIANO, S. , SCHULZE, R: *L'interpretazione del diritto privato europeo e del diritto armonizzato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004. El volumen es una recopilación de las contribuciones realizadas por académicos, jueces, abogados generales que actúan ante los tribunales de la Comunidad Europea y abogados nacionales, procedentes de diferentes Estados miembros, que tratan extensamente sobre la interpretación del Derecho privado europeo y el Derecho armonizado. El Derecho comunitario no es un cuerpo aislado de normas que, sin más, se sobreponga al Derecho privado de los Estados miembros. Más bien ofrece un sistema de principios y de reglas, en parte innovadores y en parte tomados prestados de la cultura jurídica europea común, lo cual permite a los autores ensayar la posibilidad de elaborar instrumentos de interpretación útiles para el Derecho de derivación comunitaria y, aun más allá, del Derecho privado europeo en general. Con ello se pretende vencer la resistencia de los intérpretes del Derecho nacional a abandonar procedimientos e instrumentos hermenéuticos que si bien cuentan con una tradición secular, sin embargo requieren numerosas y complejas adaptaciones cuando de aplicarlos a la interpretación del Derecho comunitario y/o nacional de éste derivado se trata. El tema, de amplio alcance, es objeto de un análisis detallado por parte de los diferentes autores que participan en el libro. Entre otros, pueden señalarse las siguientes contribuciones: la interpretación del derecho armonizado según la técnica de la «interpretación conforme» (con el Derecho comunitario); la interpretación del Derecho comunitario del consumidor, la interpretación del Derecho armonizado de las sociedades y del mercado financiero; la interpretación del Derecho comunitario de la competencia desleal.

II. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa ¹⁰)

AJANI, Gianmaria: *Sistemi Giuridici Comparati—Lezioni e Materiali*, Torino, Giappichelli, 2005. El Derecho comparado permite confrontar ordenamientos jurídicos (macrocomparación) o bien algunos institutos jurídicos (microcomparación). Pero ¿cuáles son las manifestaciones que en cada caso pueden intervenir o, dicho de otro modo, ser elementos de la comparación? El acercamiento de normas positivas vigentes en diversos ordenamientos nacionales ¿agota las modalidades de comparación?

¹⁰ Doctora en Derecho y *ricercatore* en la Università di Torino. La contribución forma parte del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», que se desarrolla en el marco del Programa IHP (*Improving Human Potential*) impulsado por la Comisión europea (Contract núm. HPRN-CT-2002-00229), en el que participan las Universidades de Barcelona, Lyon II, Münster, Njmegen, Oxford, Torino y Warsaw.

Estos son los interrogantes que plantea el autor. Las diferentes modalidades de la comparación se han enriquecido si se tiene en cuenta que de la aproximación formalista producida a principios del siglo xx, se ha pasado a la consideración amplia actual del Derecho como fenómeno cultural y, por tanto, a la búsqueda de los estilos que caracterizan a los diversos ordenamientos o a grupos de ellos. Todo ello viene descrito en este Manual, cuyo principal objetivo es el de servir a los estudiantes universitarios de los cursos de Derecho comparado, pero también a cualquier otro que quiera adquirir conocimiento mediante el Derecho comparado, no sólo de las nociones que son propias de otros sistemas, sino también de nuevos métodos de estudio.

La Parte I está dedicada a los aspectos generales de la comparación jurídica, entendida ésta como actividad cognitiva, y pone el acento en la importancia de la comparación «dinámica», que profundiza en los flujos de modelos jurídicos de un sistema al otro y que se sirve de instrumentos propios de otras disciplinas, como por ejemplo el análisis económico, antropológico y sociológico.

La Parte II se ocupa de la confrontación entre el *Common Law* y el *Civil Law*. Tras haber delineado los aspectos básicos y característicos del *Common Law* inglés (desde el nacimiento del *writ*, pasando por las reformas del s. xx, a la formación actual del jurista inglés), el autor describe el *Common Law* estadounidense (de la Constitución federal a la organización de los tribunales, pasando por el rol que desempeñan las Universidades americanas). Una vez trazados los rasgos característicos de la tradición de *Common Law*, identificada con la regla del «*Stare decisis*» (el precedente vinculante), los sucesivos párrafos están dedicados a la tradición de *Civil Law*, denominada por el autor como tradición del «*ius dicere*». Prevalece una perspectiva diacrónica: desde la época del *ius commune*, pasando por las grandes codificaciones entre los años 1800 y 1900, hasta llegar a tocar el tema de la codificación europea del Derecho civil. En el ámbito de la tradición de *Civil Law*, el autor se detiene en particular en el modelo francés y en la originalidad del *Code civil*, para después analizar cumplidamente los modelos jurídicos de lengua alemana (el Código prusiano, el BGB y la doctrina pandectística sobre el cual éste se basa).

La última parte del Manual contiene un ejercicio de comparación de instituciones: se toma como ejemplo la doctrina francesa del abuso del Derecho y se analiza su circulación por algunos ordenamientos jurídicos. El ejemplo constituye un pretexto para tratar el tema de la interpretación y de la aplicación de las reglas en *Civil Law* y en *Common Law*.

LEGISLACIÓN

DLGS. 21 Maggio 2004, núm. 127, de transposición de la Directiva 2001/95/CE

ALESSANDRA CORDIANO ¹¹

Antes de que se promulgara la Directiva 92/59/CEE, sobre seguridad general de los productos, no existía en Italia una regulación general de esta

¹¹ *Dottore di ricerca* en Derecho patrimonial europeo y becaria de la Escuela de especialización de Derecho civil de la Universidad de Camerino. Actualmente investiga en la cátedra de *Istituzioni di diritto privato* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Verona.

materia ni tampoco una ley protectora de los consumidores. Existía, eso sí, una abundante reglamentación casuística sobre las características y las exigencias de seguridad de determinados productos, junto con una gran cantidad de normativa específica de carácter técnico y una consolidada estructura de organismos acreditados para expedir certificaciones. La transposición de la Directiva que se examina y también de la *Direttiva* 2001/95/CE, que la modifica, ha tenido lugar en Italia de manera íntegra y casi textualmente. El dlgs. núm. 115, de 17 de marzo de 1995 y el subsiguiente dlgs. núm. 127, de 2004, son fieles normas de transposición, tanto del contenido como de la sistemática de la norma europea. A pesar de ello, ni las Autoridades públicas, ni los técnicos o la doctrina han mostrado todavía una especial sensibilidad por este tema; tampoco existe un sistema coordinado de estructuras administrativas que permita un control efectivo sobre la seguridad de los productos.

En cuanto al campo de aplicación y, en particular, en relación con el principio de subsidiariedad, Italia optó por la exclusión de la aplicación del decreto si ya existían previsiones específicas sobre seguridad de algunos productos. De manera que si ya se habían promulgado normas en torno a ciertos requisitos de seguridad o que disciplinaban algunos riesgos, entonces el decreto sólo se aplicaba en lo no regulado por esa normativa especial. Pero, en el año 2001, como consecuencia de una configuración divergente y ambigua del principio de seguridad en el panorama europeo, el legislador comunitario precisó mejor la extensión de dicho principio y ello ocasionó que el citado decreto acabara aplicándose también a los productos que ya tenían normativa específica, aunque sólo los artículos 5 a 18 (deberes accesorios de productores y distribuidores, deberes y facultades de los Estados miembros, sistema de intercambio de información y Rapex y organismos administrativos de control).

Este sistema diferenciado de subsidiariedad genérica y específica ha sido seguido al pie de la letra en el artículo 1 del decreto del 2004.

En cuanto a los productos que caen bajo el ámbito de aplicación de la Directiva, nuestro país no ha seguido el camino de otros Estados miembros y ha excluido del ámbito de aplicación de la norma los servicios destinados a los consumidores y necesariamente vinculados con el suministro de productos. En Italia, la norma sólo contempla los productos destinados a los consumidores, según la estricta fórmula de la Directiva. La modificación de la Directiva en el año 2001 ha sido el resultado del debate europeo acerca de la ausencia de una disciplina sobre la responsabilidad del prestador de servicios y, con ella, se ha querido reforzar la extensión del campo de aplicación de la norma a aquellos productos suministrados o puestos a disposición del consumidor en el ámbito de la prestación de un servicio. Con todo, la ley italiana no ha modificado su ámbito de aplicación, precisando únicamente que su alcance se extiende no sólo a los productos de consumo, sino también a los productos «*in libera pratica*». Por desgracia, el legislador no ha determinado cuál es el significado de tal expresión.

El Cdo. 6 de la Directiva 2001/95, de modificación de la anterior, presuppone que las leyes de transposición nacional preverán su aplicación a todos los bienes de consumo, prescindiendo en todo caso de las técnicas de venta e incluyendo, pues, incluso las ventas a distancia y el comercio electrónico. Pues bien, tal precisión no ha sido incluida en la ley de transposición nacional italiana.

Respecto a las definiciones contenidas en el artículo 1 de la Directiva (definición de productor, de producto peligroso, de riesgo, etc.), no existe ningún aspecto digno de ser señalado en la normativa nacional.

La obligación general de seguridad permanece prácticamente inalterada en la Directiva 2001/95. Italia ha impuesto una garantía general según la cual los productos puestos en circulación en el mercado son seguros, pero sólo se refiere expresamente a los productores y no, indistintamente, a todos los profesionales. Presumiblemente, éstos tienen la posibilidad de incidir sobre las características del producto y su nivel de seguridad.

En cuanto a los deberes accesorios, la legislación italiana de 2004 conserva una leve divergencia respecto a lo establecido por la Directiva: la disposición comunitaria precisaba que el respeto del deber de información a los consumidores no eximía al productor de la adopción de otras medidas de protección proporcionadas al peligro potencial de los productos. La disposición italiana ha mantenido una formulación diversa, que podría ser interpretada de manera menos onerosa para el productor, puesto que éste podría ser obligado únicamente a respetar el deber de información del consumidor, sin tener que adoptar, además, otras medidas. Efectivamente, la norma italiana ha añadido el deber, a cargo de todos los profesionales implicados, de consentir los controles administrativos correspondientes, incluso permitiendo a las autoridades impartir las oportunas instrucciones a los propios dependientes; la norma también afirma el deber de informar a la Administración Pública competente de los riesgos de los que se tenga conocimiento y de las medidas adoptadas; se precisa, además –bien que sólo con relación a los productores–, que la medida que consiste en la retirada del producto y en la información a los consumidores puede tener lugar ya sea a requerimiento de la autoridad competente, ya sea voluntariamente. Finalmente, sólo se obliga a los distribuidores a proporcionar la documentación requerida acerca del origen del producto; información que debe conservarse por un periodo de 10 años desde la adquisición del mismo.

En cuanto a las autoridades encargadas del control y sus poderes en el marco del funcionamiento general del mercado único, la Directiva de 2001 introduce una novedad importante que consiste en la incorporación, en el segundo párrafo del artículo 9, del deber de los Estados de asegurar que los consumidores y todos los interesados puedan reclamar ante la autoridad competente si existen defectos de seguridad en los productos o si la actividad de vigilancia y de control del mercado no se lleva a cabo correctamente. Se establece que tales reclamaciones deben ser objeto de un seguimiento adecuado y que todos los sujetos interesados deben ser oportunamente informados del procedimiento en curso.

Italia, que ha optado por un modelo centralizado de control que afecta a diversas autoridades ministeriales, ha sido requerida para mejorar las relaciones intergubernamentales e interadministrativas entre las autoridades responsables. Además, faltan los medios humanos necesarios; e igualmente poco dotados están los organismos que se ocupan de redactar los tests y de recopilar datos. En la misma línea deficitaria debe todavía añadirse que apenas destacan las asociaciones de consumidores. La nueva legislación italiana de 2004 no ha modificado la organización derivada de la norma de recepción de la primera normativa europea que instituía reuniones periódicas entre los servicios ministeriales y locales competentes, que debían tener lugar al menos dos veces al año, con la finalidad de que pudieran formular sus propias observaciones tanto las asociaciones representativas de los intereses de la producción y la distribución, como las asociaciones de tutela de los intereses de los consumidores y usuarios a nivel nacional. Por lo demás, no se aprecia en ningún lugar la adopción de la novedad introducida por la Directi-

va 2001/95, consistente en el específico derecho de reclamación de los consumidores, correlativo al deber de las Administraciones de proveer adecuadamente a dichas reclamaciones, con la finalidad de velar correctamente por el funcionamiento del mercado y para garantizar un nivel adecuado de tutela a los consumidores. El decreto italiano de 2004, en su artículo 8 (vigilancia del mercado) se limita a prescribir que las Administraciones competentes deben asegurar la tramitación de las reclamaciones presentadas por los consumidores y otros interesados y deja a un organismo ulterior (la «*Conferenza dei servizi*») la modalidad de gestión de tales reclamaciones. Se ha omitido totalmente el deber que tiene la Autoridad competente de dar un curso adecuado a las reclamaciones presentadas por los consumidores. Tampoco se ha precisado si la posibilidad de presentar reclamaciones se concede sólo a las asociaciones representativas de los intereses de un determinado sector, incluidas pues las de consumidores, tal como parece estatuir el artículo 5 del decreto que ahora se examina; o si resulta que también el consumidor individual puede autónomamente presentarla, tal y como establece expresamente la Directiva de 2001.

En relación con los poderes de intervención para los casos de urgencia, la normativa italiana sigue bastante fielmente la Directiva, sin que puedan apreciarse particularidades dignas de nota. Lo mismo debe decirse respecto del procedimiento de notificación o de intercambio rápido de información y sobre las sanciones de naturaleza penal-administrativa.

SECCIÓN TEMÁTICA: ESPACIO JUDICIAL EUROPEO, DERECHO DE FAMILIA, DERECHO DE AUTOR Y DERECHO DE DAÑOS EN LA UE

EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑO VEROS TERRADAS

Profesora de Derecho internacional privado,
Facultad de Derecho de ESADE-Universidad Ramon Llull

– Cooperación judicial en materia civil. El Tratado de Amsterdam supuso la transferencia de la cooperación judicial en materia civil, del tercer pilar hacia el primer pilar, con el fin de crear un verdadero espacio judicial europeo que facilitara la vida cotidiana de los ciudadanos. Con motivo del Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, se acordó, por un lado, que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sería la piedra angular para la creación de un verdadero espacio judicial europeo. Por otro, se pidió una mejora del acceso a la justicia en Europa. Se declaró que, en un auténtico Espacio Europeo de la Justicia, la incompatibilidad o complejidad de los sistemas jurídicos y judiciales en los Estados miembros no debía privar ni disuadir a particulares y empresas de ejercitar sus derechos. El Consejo Europeo pidió a las instituciones comunitarias que establecieran normas procesales comunes especiales para pleitos transfronterizos simplificados y acelerados de escasa cuantía en materia de consumidores y de deudas mercantiles y en caso de créditos no impugnados.

El 30 de noviembre la Comisión adoptó un programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el que se incluye la creación de un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. En dicho programa también figura como prioritaria la armonización del Derecho procesal como medida de acompañamiento que puede, en algunos casos, ser una condición previa para avanzar en el intento de suprimir poco a poco el procedimiento de exequátur. Ahora bien, es importante tener claro que aunque parezcan unidas, la supresión del exequátur y la armonización del derecho procesal, son dos cuestiones distintas. De hecho el Reglamento 805/2004 por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados no vincula, como en un principio se propuso, el título ejecutivo europeo a las resoluciones que se obtuvieran a través de un proceso monitorio europeo (Garcimartín Alferez, F., Prieto Jiménez, M.^a J., «La supresión del exequátur en Europa: el título ejecutivo europeo», *La Ley*, Año XXV núm. 6151, Martes, 21 de diciembre, 137; además, Borrás, A., «Hacia la supresión del exequátur en Europa», *Cuadernos de Derecho Judi-*

cial. Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas, CGPJ, 2001, pp. 17 ss). El legislador comunitario decidió, en el caso de los créditos no impugnados, tratar la supresión del exequátur y la aproximación del derecho procesal a través de distintos instrumentos legislativos, dando prioridad al Reglamento 805/2004 sobre título Ejecutivo Europeo, que establece normas mínimas en materia de notificación (sin imponer una armonización) y que permite su aplicación a todo tipo de resolución judicial, independientemente del procedimiento en el que haya sido dictada. Por contra, con relación a los litigios de escasa cuantía la Comisión ha preferido, dadas las características de los mismos, vincular ambas cuestiones tratándolas en un mismo instrumento, i.e., Propuesta de Reglamento por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

Entre las medidas legislativas adoptadas destacan:

– Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DOUE núm. 143, de 30 de abril). El objetivo principal de este Reglamento es crear un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, que permita la libre circulación de resoluciones, transacciones judiciales y documentos con fuerza ejecutiva, sin que sea necesario llevar a cabo un procedimiento de exequátur. El control de la decisión extranjera pasa a ser un control desde el Estado de origen de la decisión (aplicación del principio de reconocimiento mutuo). Para ello, se establecen normas comunes mínimas en materia de notificación de documentos con el fin de garantizar el derecho del deudor a la defensa y a la información

El ámbito de aplicación material coincide con el del Reglamento (CE) núm. 44/2001. Se entiende por «crédito»: la reclamación referida al pago de un importe de dinero determinado o específico que sea exigible o cuya fecha de exigibilidad se indique en la resolución, en la transacción judicial o en el documento público (art. 4.2); por «no impugnado»: el deudor no ha impugnado el crédito mediante un procedimiento judicial, o ha admitido de forma expresa que el crédito existe y se justifica mediante procedimiento judicial, incluso mediante resolución judicial, o documento público (art. 3.1). Por Estado miembro, se entiende a todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca.

La resolución judicial relativa a un crédito no impugnado (en lo sucesivo denominada «Resolución») deberá ser certificada en tanto que título ejecutivo europeo por el Estado miembro de origen, si se cumplen las condiciones del artículo 6: *a*) que la decisión sea ejecutiva en el Estado de origen; *b*) que se hayan respetado ciertas reglas de competencia judicial internacional del Reglamento 44/2001, y *c*) que se hayan respetado las normas mínimas respecto del derecho de defensa. Es posible que la certificación sólo se refiera a una parte de la Resolución, en cuyo caso se expedirá un certificado de título ejecutivo europeo parcial. El certificado se expedirá cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo I. Este formulario evitará los costes de traducción en la inmensa mayoría de los casos. No hay ningún recurso previsto contra la resolución relativa a la certificación, aunque sí es posible la rectificación de errores y la revocación (art. 10.1).

La supresión del exequátur se consigue, como se ha dicho, gracias al establecimiento de disposiciones mínimas en lo relativo a las modalidades de notificación de los documentos (escrito de incoación y, llegado el caso, cita-

ción judicial) con el fin de garantizar el respeto de los derechos de defensa, en aquellos casos en que el procedimiento se ha desarrollado sin la presencia del deudor. Se trata de normas que pretenden fijar un mínimo que debe respetar el derecho nacional de cada Estado miembro. En ningún caso modifican el derecho interno ni los Estados están obligados a adaptar su legislación a dichas normas. No obstante, si el derecho nacional no garantiza ese mínimo la resolución no se podrá certificar. Los artículos 13 y 14 prevén los sistemas de notificación aceptables y el artículo 16 señala la información que debe contener el escrito de incoación para garantizar la debida información del deudor, sobre: *a)* el crédito (datos personales de las partes, importe del crédito, existencia de interés y período de duración, etc.); *b)* las modalidades procesales requeridas para la impugnación del crédito (plazo fijado para la respuesta, condiciones formales, etc.); *c)* consecuencias de la no impugnación.

Certificada la resolución como título ejecutivo europeo será reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecutividad y sin posibilidad de impugnar su reconocimiento. El Derecho nacional del Estado miembro de ejecución regulará los procedimientos de ejecución.

– Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo [COM(2004) 173 final/3, Bruselas, 25 de mayo de 2004]. La propuesta tiene por objeto crear un procedimiento monitorio europeo, esto es, un procedimiento específico que sea rápido y rentable para la resolución de las demandas que presumiblemente no suscitan oposición. El proyecto de la Comisión entiende que debe ser un Reglamento que, manteniendo vigentes los procesos monitorios existentes en cada Estado miembro, cree un nuevo proceso que pueda aplicarse en todos los Estados miembros tanto para supuestos con elementos transfronterizos como para aquellos estrictamente internos pero que, al seguir este proceso, se beneficiarían de la plena eliminación del exequátur para el caso de que el proceso se convirtiera en transfronterizo en la fase de ejecución. Tiene, por tanto, un carácter opcional pues el acreedor podrá decidir si reclama la deuda utilizando el procedimiento monitorio europeo o por un procedimiento nacional. La propuesta circunscribe el proceso monitorio europeo al cobro de deudas dinerarias líquidas y vencidas. El requerimiento europeo de pago se solicitará cumplimentando un formulario normalizado. El demandante debe describir claramente la demanda de que se trata y motivarla brevemente. Si se cumplen los requisitos pertinentes, el órgano jurisdiccional competente expide un requerimiento de pago sin tener que examinar el fondo del asunto. Si el deudor no presenta un escrito de contestación a la demanda en las tres semanas siguientes a la notificación, se dicta un requerimiento de pago ejecutivo. Se establece así un proceso en el que se produce la inversión del contradictorio de tal modo que ante la reclamación del acreedor, el deudor debe oponerse a efectos de evitar que el requerimiento de pago se convierta en ejecutivo. Una vez convertido en ejecutivo, si ha de ejecutarse fuera del Estado miembro de origen de la resolución se podrá acudir al Reglamento sobre título ejecutivo europeo.

– Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía [COM (2005) 87 final, Bruselas, 15 de marzo de 2005]. La propuesta establece un proceso europeo de escasa cuantía con el objetivo de simplificar, acelerar y abaratar los litigios de escasa cuantía, aplicable tanto a los litigios transfronterizos

como a los puramente internos. Asimismo, la propuesta suprime la necesidad de medidas intermedias necesarias para el reconocimiento y la ejecución de una resolución dictada en un Estado miembro en el marco de un proceso europeo de escasa cuantía, en otro Estado miembro.

El litigante podrá recurrir al proceso europeo de escasa cuantía como alternativa a los procesos nacionales. El texto establece, entre otras disposiciones, que las partes no tienen obligación de estar representadas por un abogado. Asimismo, cuando se trate de una persona física no representada por un abogado, la parte condenada no estará obligada a reembolsar los gastos de representación por un abogado de la parte contraria. El Reglamento se aplicará a los asuntos civiles y mercantiles, cualquiera que sea la naturaleza de la jurisdicción o tribunal, cuando el valor total de una demanda pecuniaria o no pecuniaria, excluidos los intereses, gastos y costas, no rebase los 2.000 euros en el momento de iniciarse el proceso.

EL DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS

Profesora Titular de Derecho internacional privado,
Universidad de Barcelona

– Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (*DOCE* L 160, de 30 de junio de 2000). Antes incluso de la entrada en vigor del derogado Reglamento 1347/2000, Francia ya planteó una propuesta para complementarlo por lo que respecta a los derechos de visita (*DOCE* C 234, de 15 de agosto de 2000 pp. 0007-0011.) La propuesta francesa fue posteriormente sustituida para abarcar a la responsabilidad parental en general, separando asimismo a la materia del contexto de la ruptura matrimonial en el que se incluyó inicialmente.

El Reglamento contiene normas de Derecho internacional privado. Se trata de disposiciones referidas a la competencia judicial internacional, al reconocimiento y ejecución de decisiones y a la cooperación de autoridades en materia de nulidad, separación y divorcio, por un lado, y de responsabilidad parental, por otro. Por lo que respecta a la primera cuestión no hay novedades destacables pues se retoman sin cambio alguno las disposiciones del derogado Reglamento 1347/2000. Son, por contra, de amplio calado las novedades que se introducen en materia de responsabilidad parental. Destaca, desde la perspectiva del sistema español de Derecho internacional privado, la posibilidad de delegar el conocimiento de un asunto en los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro (art. 15), en tanto supone la introducción de determinados elementos característicos de la doctrina anglosajona del *forum non conveniens*.

Otra importante novedad es la creación de un título ejecutivo europeo en materia de derechos de visita y por lo que respecta a determinadas decisiones en materia de sustracción de niños. Ello supone abandonar el concepto de

soberanía como eje del razonamiento puesto que determinadas decisiones dictadas en un Estado miembro han de ejecutarse en los demás Estados miembros como si se tratara de decisiones internas. Para ello es únicamente necesario que dichas decisiones cumplan las condiciones que el Reglamento especifica y que se refieren a cuestiones de tipo procesal tales como la regularidad de la notificación y el derecho de participación del niño (*vid.* arts. 41.2 y 42.2).

Se puede, por consiguiente, decir que el Reglamento contiene un principio de armonización de determinadas normas de Derecho procesal. Por lo que respecta al Derecho material, por de pronto el Reglamento introduce una noción –la de responsabilidad parental– desconocida en los Derechos materiales de muchos Estados miembros.

– Libro verde en materia de sucesiones y testamentos [COM(2005) 65 final]. El 1 de marzo de 2005 la Comisión publicó el Libro verde de sucesiones con el objetivo de realizar una amplia consulta a los sectores interesados respecto a las sucesiones testamentarias y *ab intestato* que presentan elementos internacionales. Dicho Libro verde se acompaña de un importante Documento de trabajo, disponible en francés, que es indispensable para una adecuada comprensión de los planteamientos de la Comisión. Ha de asimismo tenerse presente que la Comisión ha contado con un importante estudio disponible en http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm elaborado por el *Deutsches Notarinstitut* (Instituto Notarial Alemán) y dirigido científicamente por los Profs. Lagarde (Universidad Paris I) y Dörner (Universidad de Münster).

El Libro verde parte de la constatación de que los problemas que plantean las sucesiones internacionales son cada vez más frecuentes habida cuenta de la creciente movilidad de las personas así como por el hecho de que es más fácil y corriente el acceso a propiedades sitas en distintos Estados miembros. Las dificultades a que se enfrentan los protagonistas de una sucesión transnacional obedecen principalmente a la disparidad de las normas sustantivas, procesales y de conflicto de leyes que regulan la materia en los Estados miembros.

La problemática de las sucesiones internacionales se aborda en el Libro verde desde una óptica de Derecho internacional privado «al no ser posible la plena armonización de las normas de Derecho material de los Estados miembros» (*vid.* p. 3, lo destacado es mío). Puesto que la mayoría de las sucesiones no dan lugar a contenciosos el punto de partida es la unificación de las normas de conflicto, ocupando las normas de competencia judicial internacional un lugar menos destacado.

El Libro verde presta atención a numerosas cuestiones particulares tales como el contrato de herencia, la legítima etc. Ha de destacarse el análisis que se hace de la problemática que plantea el *trust* (en la versión española se ha traducido como sustitución fideicomisaria. Se ha mantenido en cambio el término *trust* en las versiones italiana y francesa). A fin de intentar eliminar los obstáculos administrativos y prácticos se prevé asimismo la creación de un «certificado europeo de heredero».

La Comisión invita a todas las personas interesadas a hacerle llegar sus respuestas, así como cualquier otra contribución útil, antes del 30 de septiembre de 2005.

– Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio [COM(2005) 82 final]. El 14 de marzo de 2005 la Comisión publicó el Libro verde en materia de divorcio que da el pistoletazo de salida a los trabajos para la elaboración de un Reglamento sobre la ley aplicable en

materia de divorcio (Reglamento Roma III). El Libro verde pone de manifiesto la necesidad de unificar las normas de conflicto de leyes a fin de facilitar la libre circulación de decisiones relativas a esta materia. Al hilo de este objetivo principal se sugiere asimismo la posibilidad de revisar las normas de competencia judicial internacional comunitarias ya existentes (introducidas en el Reglamento 1347/2000 y recogidas posteriormente en el Reglamento 2201/2003).

La Comisión hace especial hincapié en las grandes diferencias que en esta materia presenta el Derecho sustantivo de los Estados miembros. En efecto, el Libro verde se acompaña de un anexo que contiene un «estudio» de derecho comparado que revela que en estos momentos coexisten en Europa sistemas de divorcio *express* (p. ej. Finlandia y Suecia y próximamente por lo que parece España) con otros sistemas sumamente restrictivos (p. ej. Irlanda y Polonia) o en los que incluso no existe el divorcio (Malta). Esta es una de las principales dificultades para elaborar normas de Derecho internacional privado comunes. El estudio realizado por encargo de la Comisión por el Asser Instituut (*Practical Problems Resulting from the Non-Harmonization of Choice of Law Rules in Divorce Matters* – T.M.C. Asser Instituut The Hague, The Netherlands – Diciembre 2002 disponible en http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.) pone asimismo de manifiesto las resistencias sobre todo de los juristas prácticos en relación a la aplicación de Derecho extranjero. En sociedades con un alto número de residentes extranjeros y un alto índice de divorcios la sujeción de la ruptura matrimonial a un derecho extranjero plantea múltiples problemas prácticos. Sin embargo, parece claro que la aplicación de la *lex fori* no proporciona soluciones habida cuenta de la diversidad legislativa antes reseñada.

Como es habitual se recaba la participación de los sectores interesados que pueden presentar sus respuestas al cuestionario hasta el día 30 de septiembre de 2005. Se invitará a los participantes a la audiencia pública que la Comisión tiene intención de organizar.

Véase además en la Sección «Vida Jurídica» las referencias de la autora a la CEFL.

EL DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO

Profesora de Derecho civil,
Universidad Autónoma de Barcelona

La ausencia en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*DOCE* núm. C325, de 24 de diciembre de 2002) de toda referencia expresa a la protección de la propiedad intelectual (art. 295) impidió a la Comunidad europea la adopción de medidas tendentes a la uniformización o a la armonización de los derechos nacionales en materia de propiedad intelectual. No obstante, las disposiciones nacionales sobre la propiedad intelectual estaban ya orientadas por las Convenciones internacionales en la materia, concretamente, por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 (http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html),

de forma que la intervención comunitaria, en la línea descrita de uniformización o armonización, no habría tenido demasiado éxito.

A partir de los años setenta, el Tribunal de Justicia de las comunidades ha ido formulando una serie de principios que, si bien no han conducido a una armonización de las normativas nacionales, han permitido limitar los efectos negativos que sobre la unidad del mercado interior comunitario la aplicación de las reglas en materia de propiedad intelectual (e industrial) habría producido ya que tanto la propiedad intelectual como la industrial comportan un derecho privativo o un monopolio que constituye una limitación al principio de la libre competencia. Desde la perspectiva comunitaria, cualquier excepción a las normas que tutelan la libre competencia sólo es admisible si se trata de proteger otras situaciones también dignas de tutela, lo que resulta de la interpretación conjunta de los artículos 30 y 36 del Tratado referido.

El Tribunal de Justicia ha aplicado estos preceptos al ámbito de la propiedad intelectual y ha sostenido que, si bien el artículo 36 del Tratado consiente que los Estados miembros deroguen las normas sobre la libre circulación de mercancías en virtud de la protección de la propiedad industrial y comercial, es también cierto que esta potestad no es ilimitada. Así, el tribunal ha extendido el principio del agotamiento del derecho al ámbito de la propiedad intelectual (STJCE, de 20 de enero de 1981, C-55/80, Musik Vertrieb). El mismo argumento ha sido sostenido para las normas comunitarias antitrust (arts. 85 y 86 del Tratado) que también han sido aplicables a los negocios de cesión de facultades de explotación económica del autor (STJCE, de 8 de junio de 1971, C-78/70, Deutsche Grammophon).

Es sólo a partir de los años noventa que la Comunidad europea ha abordado la pretendida armonización, la cual ha venido favorecida por la revolución tecnológica en la que estamos inmersos y que ha dado lugar al nacimiento de nuevas figuras y situaciones jurídicas no previstas ni en la normativa internacional ni en la nacional. La intervención comunitaria ha abordado, pues, predominantemente las nuevas tecnologías (programas de ordenador, bases de datos, transmisiones vía satélite, internet). Por ello, nosotros vamos a presentar la normativa comunitaria en función del orden en el que han aparecido las Directivas en materia de derecho de autor.

1. Legislación

En este epígrafe se van a destacar las Directivas europeas que se han dedicado por las instancias comunitarias a armonizar el derecho de la propiedad intelectual. Acto seguido referiremos la norma española que las incorporó al ordenamiento jurídico nacional.

La protección de los programas de ordenador

La protección jurídica de los programas de ordenador se lleva a cabo mediante la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (*DOCE* L núm. 122, de 17 de mayo de 1991), la cual fue incorporada al derecho español en virtud de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre («BOE» núm. 307, de 24 de diciembre de 1993).

Esta es la primera intervención comunitaria en materia de propiedad intelectual debido al desarrollo de la informática en los últimos tiempos, sobre

todo, a partir de los años ochenta. La evitación de la «piratería informática» en el seno de la Unión europea era también una tarea esencial. Objeto de protección son los programas de ordenador entendidos como «obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas» (art. 1.1). Se considera autor del programa de ordenador a la persona física o grupo de personas físicas que lo hayan creado o, según las disposiciones nacionales, también a la persona jurídica. Cuando un programa de ordenador se cree conjuntamente por varias personas pertenecerán a ellas en común los derechos exclusivos de explotación (art. 2). Los derechos exclusivos del titular incluyen el derecho de realizar o autorizar: *a)* la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria; *b)* la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos; *c)* cualquier forma de distribución pública, incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias (art. 4).

Derecho de alquiler y de préstamo

En esta materia es menester destacar la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (*DOCE* L núm. 346, de 27 de noviembre de 1992), que fue incorporada al derecho español en virtud de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre («BOE», núm. 313, de 31 de diciembre de 1994).

El objetivo de la presente Directiva es el de armonizar las disposiciones nacionales que conceden el derecho a autorizar o a impedir el alquiler y el préstamo de originales y de reproducciones de obras protegidas tanto por el derecho de autor como por los derechos denominados afines en función de las nuevas tecnologías y de las diversas formas de explotación económica que se han venido desarrollando en los últimos tiempos. Se trata de garantizar un nivel elevado y uniforme de protección a los autores, a los productores de fonogramas, a los productores de la primera fijación de una película respecto del original y de las copias de sus películas, a los organismos de radiodifusión y a los artistas en consideración al posible conflicto de intereses que pudiera surgir entre dichos sujetos (art. 2). Se considera «alquiler» de objetos su puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo o indirecto (art. 1.2) y «préstamo» de objetos, su puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de entidades accesibles al público (art. 1.3). Entre los derechos afines o conexos al derecho de autor figuran: *a)* el derecho exclusivo de fijación de las ejecuciones en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 6.1); *b)* el derecho de reproducción, directa o indirecta en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, los productores respecto de la primera fijación de la película y las entidades de radiodifusión (art. 7); *c)* el derecho de radiodifusión y comunicación al público en el caso de los organismos de radiodifusión (art. 8); *d)* el derecho de distribución en el caso de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de las primeras fijaciones de una película y entidades de radiodifusión (art. 9).

Radiodifusión vía satélite y distribución por cable

La Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable (*DOCE* L núm. 248, de 6 de octubre de 1993) fue la encargada de reglar esta cuestión. Esta norma comunitaria se incorporó al derecho español en virtud de la Ley 28/1995, de 11 de octubre («BOE», núm. 245, de 13 de octubre de 1995).

La Directiva ha tomado en consideración toda una serie de cuestiones también jurídicas que derivan del hecho de que una transmisión vía satélite puede ser captada en cualquier parte del mundo sin límite territorial alguno. De entre los problemas más importantes afrontados por la Directiva se encuentra el de establecer si, en caso de difusión de programas protegidos por el derecho de autor, los derechos deben adquirirse en todo Estado donde la señal se capte o sólo en el Estado de origen. La directiva ha resuelto la cuestión mediante la formulación de un nuevo concepto de «comunicación al público vía satélite», la cual consiste en el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programa, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra [art. 1 letra a)]. Los Estados miembros deben reconocer a los autores el derecho exclusivo de autorizar las comunicaciones al público vía satélite de obras protegidas por el derecho de autor (art. 2) y deben garantizar que esta autorización se hará efectiva mediante contrato (art. 3.1). Así pues, los emisores de programas emitidos más allá de las fronteras estarán sujetos a las mismas reglas sobre tutela del derecho de autor y una vez adquirida la autorización a la transmisión por parte del titular o por parte de las entidades de gestión representativas de los autores y editores, el programa podrá ser libremente difundido en cualquier Estado miembro.

Prolongación del plazo de protección del derecho de autor

Conocida es, en relación con el plazo de protección del derecho de autor, la Directiva núm. 93/98, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (*DOCE* L 290, de 24 de noviembre de 1993) que fue incorporada al derecho español en virtud de la Ley 27/1995, de 11 de octubre («BOE» núm. 245, de 13 de octubre de 1995).

La Directiva extendió la protección de las obras literarias, artísticas y cinematográficas o audiovisuales durante toda la vida del autor o autores y setenta años después de su muerte (art. 1). Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes expirarán a los cincuenta años después de la fecha de la representación o de la ejecución (art. 3.1). Tienen una duración también de cincuenta años los derechos de los productores de fonogramas después de que se haya hecho la grabación y los derechos de los productores de la primera grabación de una película después de que se haya hecho la grabación (art. 3.2 y 3). Los derechos de las entidades de radiodifusión expirarán a los cincuenta años después de la primera retransmisión de una emisión (art. 3.4)

Protección para el autor de una base de datos

Debe mencionarse la Directiva 96/9/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, relativa a la tutela jurídica de las bases de datos (*DOCE* L núm. 77, de 27 de marzo de 1996), incorporada al derecho español en virtud de la Ley 5/1998, de 6 de marzo («BOE» 57, de 7 de marzo de 1998).

Según la Directiva tiene la consideración de base de datos las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma (art. 1.2). Objeto de protección es el denominado derecho *sui generis* consistente en la posibilidad para el autor de la misma de impedir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos (art. 7.1). Se entiende por «extracción» la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice [art. 7.2 letra a)]. Por «reutilización» se considera toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias, alquiler, transmisión en línea o en otras formas [art. 7.2 letra b)]. El préstamo público no constituye un acto de extracción o de reutilización. El derecho *sui generis* es reconocido a los ciudadanos de un Estado miembro o que residen habitualmente en el territorio de la Comunidad, incluso a empresas y sociedades constituidas según la normativa del Estado miembro y teniendo su sede social, la administración central o el centro de actividad principal en el interior de la comunidad (art. 11).

Disciplina de la propiedad intelectual en los servicios on-line

Muy importante es, a estos efectos, la Directiva 2001/29/CEE del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (*DOCE* L núm. 167 de 22 de junio de 2001). Esta directiva todavía no incorporada al derecho español, si bien existen varios borradores de anteproyecto de ley de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual en vista a su posible incorporación. El último borrador data de noviembre de 2004. El plazo para su incorporación expiraba el 22 de diciembre de 2002.

La Directiva pretende garantizar el buen funcionamiento del mercado interior europeo en relación con algunos aspectos del derecho de autor (art. 1.1). En concreto, su objetivo es regular algunos aspectos de la denominada «sociedad de la información» en relación con productos y servicios disponibles on-line aunque también aquellos que se presenten en un soporte físico. La Directiva hace aplicación de las principales disposiciones de los recientes tratados internacionales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación, ejecución y fonogramas (WWPT) adoptados el 20 de diciembre de 1996. La Directiva afecta al derecho de reproducción (art. 2), derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas (art. 3) y al derecho de distribución (art. 4). Además, impone a los Estados

miembros la obligación de adoptar una protección jurídica adecuada para impedir toda técnica, dispositivo o componente que, en funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas. La Directiva denomina a estas técnicas «medidas tecnológicas» (art. 6).

Nueva regulación del derecho de participación

En cuanto a la obra de arte original debe tenerse en cuenta la directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (*DOCE* L núm. 272 de 13 de octubre de 2001). Esta Directiva todavía no ha sido incorporada al derecho español. De todos modos, el plazo para su incorporación finaliza el 1 de enero de 2006.

La directiva tiene por finalidad el establecimiento de un panorama armonizado en materia de derecho de participación en el beneficio obtenido mediante la transmisión de una obra original. Se trata de garantizar el funcionamiento del mercado de las obras de arte modernas y contemporáneas en el interior de la Unión Europea. El derecho de participación es un derecho inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado, a percibir un porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor (art. 1.1). Este derecho pretende atribuir a los autores (o sus causahabientes tras la muerte del autor) una participación económica en el éxito de su producción artística y reestablecer el equilibrio entre pintores, escultores y diseñadores de una parte y los autores de música y de textos literarios de otra parte que ya estaban protegidos por la normativa vigente. La Directiva entiende por «obra de arte original» las obras de arte gráficas o plásticas tales como los cuadros, colages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal y fotografías, siempre que éstas constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales (art. 2.1).

2. Otras normas y documentos relevantes

a) La Comunidad europea suscribe el Tratado de Ginebra mediante la Decisión 2000/278/CE del Consejo de 16 de marzo de 2000 relativa a la aprobación en nombre de la Comunidad Europea, del tratado de la OMPI sobre el derecho de autor y el tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (*DOCE* L núm. 89, de 11 de abril de 2000).

b) Los dos Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, sobre el derecho de autor (WCT) y sobre las interpretaciones o ejecuciones y sus fonogramas (WPPT) se proponen garantizar un nivel de protección adecuado a las nuevas técnicas digitales de registro de sonidos e imágenes que, si bien ofrecen una mejor visión y sonido (alta fidelidad) en cambio son más fácilmente reproducibles y hacen más difícil diferenciarlas de las copias ilícitas. Los dos acuerdos de la OMPI han comportado una revisión y un aplazamiento de la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886, a su vez varias veces modificada (en 1908, 1914, 1928, 1948, 1967 y 1971).

c) La CE se adhiere también a los Acuerdos TRIPs mediante el Acuerdo TRIPs (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) sobre aspectos de derechos de propiedad intelectual relativos al comercio, suscritos en Marrakech el 15 de abril de 1994 y contenido en el anexo C del Acuerdo constitutivo de la OMC a su vez aprobado por la Comunidad Europea en virtud de la Decisión 94/800/CE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1994.

d) Libro Verde de la Comisión Europea, de 27 de julio de 1995, sobre derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información [COM(95) 382 final]. Este estudio ha sido actualizado por otro sucesivo que lleva por título Seguimiento del Libro Verde sobre Derechos de autor y Derechos afines en la Sociedad de la Información [COM(96) 568 final, de 20 de noviembre de 1996].

e) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de enero de 2003 relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual [COM (2003) 46 final].

3. Jurisprudencia europea

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

– TPI de 16 de diciembre de 1999, *Micro Leader Business c. Comisión de la Comunidad Europea*. Recurso dirigido a anular la decisión de la Comisión núm. IV/36.219. Derecho de autor y reglas sobre la libre competencia (Rec. 1999, II-3989).

Se anula la decisión de la Comisión de 15 de octubre de 1998 por la que se desestima definitivamente la denuncia de la demandante en la que se considera contrarias a los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente, arts. 81 y 82 CE) las maquinaciones de las sociedades Microsoft France y Microsoft Corporation encaminadas a impedir la importación a Francia de programas de ordenador de la marca Microsoft editados en lengua francesa y comercializados en Canadá.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Derechos de alquiler y de préstamo

– STJCE de 16 de octubre de 2003, C-433/02, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el reino de Bélgica por incumplimiento de la Directiva 92/100/CE*. <http://www.europa.eu.int/eur-lex>. Declara que el reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 5 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, al no haber aplicado las disposiciones relativas al derecho de préstamo público establecidas en dicha Directiva.

– STJCE de 6 de febrero de 2003, C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) contra Nederlandse Omroep Stichting*. Petición de decisión prejudicial propuesta por Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) sobre la noción de «remuneración equitativa» respecto del

derecho de autor en materia de radiodifusión y comunicación al público.
<http://www.europa.eu.int/eur-lex>

El concepto de remuneración equitativa que figura en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, debe ser interpretado de una manera uniforme en todos los Estados miembros y ser aplicado por cada Estado miembro, a quien incumbe determinar en su territorio los criterios más pertinentes para lograr, dentro de los límites impuestos por el derecho comunitario y, en particular, por la mencionada Directiva, el respeto de dicho concepto comunitario.

El artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 no se opone a un método de cálculo de la remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas que haga uso de factores variables y fijos, tales como la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras de radio y de televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas fijadas por contrato en materia de derechos de ejecución y de radiodifusión de obras musicales protegidas por los derechos de autor, las tarifas practicadas por los organismos públicos de radiodifusión en los Estados miembros vecinos del Estado miembro de que se trate y las cantidades pagadas por las emisoras comerciales, puesto que dicho método permite alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dicho fonograma en condiciones razonables y no es contrario a ningún principio del derecho comunitario.

– STJCE de 22 de septiembre de 1998, C-61/97. Foreningen af danske Videogramdistributører e aa. C. Laserdisken (Rec. 1998, I-5171). Petición de decisión prejudicial presentada por Retten i Ælborg (Dinamarca) sobre la admisibilidad de la prohibición de alquiler de copia de obra cinematográfica.

Los artículos 30 y 36 del Tratado CE, así como la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, no se oponen a que el titular de un derecho exclusivo de alquiler prohíba en un estado miembro el alquiler de copias de una obra cinematográfica a pesar de que el alquiler de esas copias haya sido autorizado en el territorio de otro estado miembro.

– STJCE de 28 de abril de 1998, C-200/96. Metronome Musik GmbH contra Music Point Hokamp GmbH (Rec. 1998, I-1953). Petición de decisión prejudicial presentada por el Landgericht Köln (Alemania) acerca de que la Directiva 92/100 sobre el derecho de alquiler exclusivo sobre derechos afines no constituye una derogación del principio de agotamiento del derecho.

El examen de la cuestión prejudicial no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

Radiodifusión vía satélite y distribución por cable

– STJCE de 7 de enero de 2004, C-58/02, Comisión de las Comunidades Europeas contra el reino de España por incumplimiento de la Directiva 98/84/CE. <http://www.europa.eu.int/eur-lex>

Declara que el reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir dicha directiva.

– STJCE de 3 de febrero de 2000, C-293/98, Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) contra «Hostelería Asturiana, SA» (HOASA) (Rec. 2000, I-00629). Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo (España) sobre la transmisión de señales televisivas en las habitaciones de hoteles, la cual no entra en la disciplina de la directiva 93/83.

La cuestión de si la captación, por parte de una entidad hotelera, de señales de televisión vía satélite o terrestre y su distribución por cable a las distintas habitaciones del hotel es un «acto de comunicación al público» o de «recepción por el público» no está regulada por la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, por lo que debe ser apreciada conforme al derecho nacional.

Prolongación del plazo de duración del derecho de autor

– STJCE de 6 de junio de 2002, C-360/00, Land Hessen contra G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GMBH. Petición de decisión prejudicial presentada por el Bundesgerichtshof (BGH-Alemania) sobre la interpretación del artículo 6.1 del Tratado CE actualmente artículo 12.3 CE. <http://www.europa.eu.int/eur-lex>

La prohibición de discriminación establecida en el artículo 6, párrafo primero, del Tratado CE (actualmente artículo 12 CE, párrafo primero, tras su modificación) es aplicable asimismo a la protección de los derechos de autor en el caso de que el autor ya hubiera fallecido cuando el Tratado CEE entró en vigor en el Estado miembro cuya nacionalidad posea. Se opone a que el período de protección concedido por la normativa de un Estado miembro a las obras de un autor nacional de otro Estado miembro sea inferior al que concede a las obras de sus propios nacionales.

– STJCE de 29 de junio de 1999, C-60/98, Butterfly Music Srl contra Carosello Edizioni Musicali e Discografiche Srl (Rec. 1999, I-3939). Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal civil y penal de Milán sobre las nuevas normas italianas relativas al plazo de protección, las cuales no se corresponden con la Directiva núm. 93/98.

El apartado 3 del artículo 10 de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, no se opone a una disposición nacional como la que, en la Ley italiana núm. 52, de 6 de febrero de 1996, modificada por la Ley italiana núm. 650, de 23 de diciembre

de 1996, prevé un período limitado para permitir la distribución de soportes de sonido efectuada por personas que, debido a la extinción de los derechos relativos a dichos soportes amparada en la legislación anterior, hubieran podido reproducirlos y comercializarlos antes de la entrada en vigor de dicha Ley.

Derechos afines al derecho de autor

– STJCE de 20 de octubre de 1993, C-92/92 y C-326/92. Phil Collins contra Imtrat Handelsgesellschaft Mbh e Patricia Im contra Emi Electrola GMBH (Rec. 1993, I-5145). Petición de decisión prejudicial presentada por el Landgericht München (Alemania) sobre derechos afines a los derechos de autor y las normas del Tratado.

Los derechos de autor y los derechos afines están comprendidos en el ámbito de aplicación del Tratado, a efectos del párrafo primero del artículo 7 y, por tanto, el principio general de no discriminación establecido en dicho artículo se aplica a dichos derechos.

El párrafo primero del artículo 7 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la legislación de un estado miembro excluya a los autores y artistas intérpretes o ejecutantes de los restantes Estados miembros, y a sus derechohabientes, del derecho, reconocido por esa misma legislación a sus nacionales, de prohibir la comercialización en el territorio nacional de un fonograma fabricado sin su consentimiento, cuando la prestación se haya ejecutado fuera del territorio nacional.

El párrafo primero del artículo 7 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que un autor o un artista de otro estado miembro, o sus derechohabientes, pueden invocar directamente ante el Juez nacional el principio de no discriminación que dicha disposición establece para gozar de la protección reservada a los autores y artistas nacionales.

Derecho de autor y actividad publicitaria

– STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95. «Parfums Christian Dior, SA» contra Parfums Christian Dior BV Evora BV (Rec. 1997, I-6013). Petición de decisión prejudicial presentada por el Hoge Raad (Países Bajos) en el sentido de resultar inadmisibles impedir una actividad publicitaria desarrollada por un revendedor que utiliza también imágenes, tuteladas por el derecho de autor, realizada por el mismo productor.

Los artículos 30 y 36 del Tratado CE deben interpretarse en el sentido de que el titular de un derecho de marca o de un derecho de autor no puede oponerse a que un comerciante, que habitualmente comercializa artículos del mismo tipo pero no necesariamente de la misma calidad que los productos protegidos, utilice dichos productos, conforme a los métodos usuales en su ramo de actividad, para anunciar al público la comercialización ulterior de los mismos, a menos que se demuestre que, habida cuenta de las circunstancias específicas de cada caso, el empleo de dichos productos a estos efectos menoscaba gravemente la reputación de los mismos.

Bases de datos

– STJCE de 9 de noviembre de 2004, C-444/02, Factures Marketing Ltd contra Organismos pragnostikon agonon podesfairon AE (OPAP). Petición

de decisión prejudicial planteada por el Monomelos Protodikeio Athinon para el más adecuado concepto de «bases de datos».

El concepto de base de datos en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, se refiere a toda recopilación que incluya obras, datos u otros elementos, separables unos de otros sin que el valor de su contenido resulte afectado, y que esté dotada de un método o sistema, sea de la naturaleza que sea, que permita localizar cada uno de sus elementos. Un calendario de partidos de fútbol como el controvertido en el litigio principal constituye una base de datos en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 96/9.

El concepto de inversión destinada a la obtención del contenido de una base de datos, a efectos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9, debe entenderse en el sentido de que designa los recursos dedicados a la búsqueda de datos ya existentes y a su recopilación en dicha base. No incluye los recursos utilizados para la creación de los datos constitutivos del contenido de la base de datos. Por consiguiente, en el contexto de la elaboración de un calendario de partidos con vistas a la organización de campeonatos de fútbol, el mencionado concepto no incluye los recursos dedicados a determinar las fechas, los horarios y las parejas de equipos correspondientes a los diferentes encuentros de los referidos campeonatos.

– STJCE de 9 de noviembre de 2004, C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd.* contra Svenska Spel AB. Petición de decisión prejudicial planteada por Högsta domstolen centrada principalmente en el concepto de inversión.

El concepto de inversión destinada a la obtención del contenido de una base de datos, a efectos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, debe entenderse en el sentido de que designa los recursos dedicados a la búsqueda de datos ya existentes y a su recopilación en dicha base. No incluye los recursos utilizados para la creación de los datos constitutivos del contenido de la base de datos. Por consiguiente, en el contexto de la elaboración de un calendario de partidos con vistas a la organización de campeonatos de fútbol, el mencionado concepto no incluye los recursos dedicados a determinar las fechas, los horarios y las parejas de equipos correspondientes a los diferentes encuentros de los referidos campeonatos.

– STJCE de 9 de noviembre de 2004, C 46/02, *Mixtures Marketing Ltd.* contra Oy Veikkaus Ab. Petición de decisión prejudicial planteada por Vantaan Käräjäoikeus relativa al derecho sui generis.

El concepto de inversión destinada a la obtención del contenido de una base de datos, a efectos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, debe entenderse en el sentido de que designa los recursos dedicados a la búsqueda de datos ya existentes y a su recopilación en dicha base. No incluye los recursos utilizados para la creación de los datos constitutivos del contenido de la base de datos. Por consiguiente, en el contexto de la elaboración de un calendario de partidos con vistas a la organización de campeonatos de fútbol, el mencionado concepto no incluye los recursos dedicados a determinar las fechas, los horarios y las parejas de equipos correspondientes a los diferentes encuentros de los referidos campeonatos.

– STJCE de 9 de noviembre de 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd. y otros contra William Hill Organization Ltd.* Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England and Wales) sobre el concepto de inversión y de reutilización.

El concepto de inversión destinada a la obtención del contenido de una base de datos, a efectos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, debe entenderse en el sentido de que designa los recursos dedicados a la búsqueda de datos ya existentes y a su recopilación en dicha base. No incluye los recursos utilizados para la creación de los datos constitutivos del contenido de la base de datos. El concepto de inversión destinada a la verificación del contenido de la base de datos, a efectos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9, debe entenderse en el sentido de que se refiere a los recursos que, con vistas a garantizar la fiabilidad de la información contenida en la base de que se trate, se dedican al control de la exactitud de los datos buscados, tanto durante la constitución de la base de datos como durante el período de funcionamiento de ésta. No se incluyen en dicho concepto los recursos dedicados a operaciones de verificación durante la fase de creación de datos posteriormente reunidos en una base. Los recursos dedicados a la elaboración de una lista de los caballos que participan en una carrera y a las operaciones de verificación que se inscriben en dicho marco no corresponden a una inversión destinada a la obtención y a la verificación del contenido de la base de datos en la que figura la referida lista.

Los conceptos de extracción y de reutilización, a efectos del artículo 7 de la Directiva 96/9, deben interpretarse en el sentido de que se refieren a todo acto no autorizado de apropiación y de difusión al público de la totalidad o de una parte del contenido de una base de datos. Tales conceptos no suponen un acceso directo a la base de datos de que se trate. La circunstancia de que el contenido de la base de datos se haya hecho accesible al público por obra de la persona que constituyó dicha base o con su consentimiento no afecta al derecho de esta última a prohibir los actos de extracción y/o de reutilización relativos a la totalidad o a una parte sustancial del contenido de una base de datos. A efectos del artículo 7 de la Directiva 96/9, el concepto de parte sustancial del contenido de una base de datos, evaluada cuantitativamente, se refiere al volumen de datos extraído y/o reutilizado de la base y debe apreciarse en relación con el volumen del contenido total de ésta.

El concepto de parte sustancial del contenido de una base de datos, evaluada cualitativamente, se refiere a la magnitud de la inversión destinada a la obtención, la verificación o la presentación del contenido del objeto del acto de extracción y/o de reutilización, con independencia de si dicho objeto representa una parte cuantitativamente sustancial del contenido general de la base de datos protegida.

En el concepto de parte no sustancial del contenido de una base de datos se incluye toda parte que no responda al concepto de parte sustancial desde un punto de vista tanto cuantitativo como cualitativo.

La prohibición que establece el artículo 7, apartado 5, de la Directiva 96/9 se refiere a aquellos actos no autorizados de extracción y/o de reutilización que, en virtud de su efecto acumulativo, tiendan a reconstituir y/o a poner a disposición del público, sin autorización de la persona que haya constituido la base de datos, la totalidad o una parte sustancial del contenido de dicha base y que, de este modo, perjudiquen gravemente la inversión de esa persona.

– STJCE de 11 de enero de 2001, C-370/99, Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda por incumplimiento de la Directiva 96/9/CE. <http://www.europa.eu.int/eur-lex>

Declara que Irlanda a incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la citada Directiva.

Derechos de autor y sociedad de la información

– STJCE de 28 de abril de 2005, C-31/04, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España por el incumplimiento de la Directiva 2001/29/CE. <http://www.europa.eu.int/eur-lex>

Declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva.

Derechos de autor y reglas sobre la libre competencia

– STJCE de 29 de abril de 2004, C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GMBH & Co. KG. Petición de decisión prejudicial presentada por el Landgericht de Frankfurt am Main (Alemania) sobre la interpretación del artículo 82 CE en relación con los derechos de autor. <http://www.europa.eu.int/eur-lex>

Para el examen del carácter eventualmente abusivo de la negativa de una empresa que ocupa una posición dominante a otorgar una licencia de utilización sobre una estructura de segmentos protegida por un derecho de propiedad intelectual del que es titular, el grado de participación de los usuarios en el desarrollo de esa estructura y el esfuerzo, en particular, en cuanto al coste, que los usuarios potenciales deberían realizar para poder comprar estudios sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos presentados sobre la base de una estructura alternativa son elementos que deben ser tomados en consideración para determinar si la estructura protegida es indispensable para la comercialización de estudios de esta naturaleza.

La negativa de una empresa, que ocupa una posición dominante y que es titular de un derecho de propiedad intelectual sobre una estructura de segmentos indispensable para la presentación de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en un Estado miembro, a otorgar una licencia para la utilización de esta estructura a otra empresa, que desea asimismo suministrar tales datos en el mismo Estado miembro, constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE siempre que concurren los siguientes requisitos.

La empresa que ha solicitado la licencia pretenda ofrecer, en el mercado del suministro de datos de que se trata, productos o servicios nuevos que el titular del derecho de propiedad intelectual no ofrece y para los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores.

La negativa no está justificada por consideraciones objetivas. La negativa puede reservar a la empresa titular del derecho de propiedad intelectual el mercado del suministro de datos sobre ventas de productos farmacéuticos en el Estado miembro de que se trate, excluyendo toda competencia sobre éste.

– STJCE de 6 de abril de 1995, C-241/91 y C-242/91 (Rec. 1995 I-00743). Recurso de casación presentado contra la STPI de 10 de julio de 1991 interpuesto por Radio Telefis Eireann, por Independent Television Publications Ltd. y por Intellectual Property Owners Inc.

Unas sociedades de teledifusión se encuentran en una posición dominante, en el sentido del artículo 86 del Tratado, cuando, además del monopolio de hecho que tienen sobre las informaciones relativas a sus listas de programas, captados por la mayoría de los hogares de un Estado miembro y una parte sustancial de los hogares de la zona fronteriza de otro Estado miembro, tienen poder para obstaculizar la existencia de una competencia efectiva en el mercado de los semanarios de televisión en las regiones afectadas. Un comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante que entra en el ejercicio de un derecho calificado como «derecho de autor» por el Derecho nacional, no queda excluido, por ese mero hecho, de toda valoración a la luz del artículo 86 del Tratado.

Ciertamente, a falta de una unificación comunitaria o de una aproximación de las legislaciones, incumbe a las leyes nacionales fijar los requisitos y las modalidades de protección de un derecho de propiedad intelectual, y el derecho excluyente de reproducción forma parte de las prerrogativas del autor, de modo que una negativa a conceder la licencia, aunque la haga una empresa en posición dominante, no puede constituir en sí misma un abuso de ésta. No obstante, el ejercicio del derecho excluyente por el titular puede dar lugar, en circunstancias excepcionales, a un comportamiento abusivo. Esto es lo que ocurre cuando unas sociedades de teledifusión se amparan en los derechos de autor que les confiere la legislación nacional para impedir a otra empresa publicar unas informaciones (la cadena, el día, la hora y el título de las emisiones), acompañadas de comentarios e imágenes, obtenidas con independencia de dichas sociedades, con una periodicidad semanal, debido a que, en primer lugar, este comportamiento obstaculiza la aparición de un producto nuevo, una guía semanal completa de programas de televisión, que las recurrentes no ofrecían, y para la que existe una demanda potencial por parte de los consumidores, lo que constituye un abuso conforme a la letra *b*) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado; en segundo lugar, a que la negativa no estaba justificada ni por la actividad de radiodifusión televisiva ni por la de edición de revistas de televisión y, en tercer lugar, a que las sociedades interesadas se reservan mediante su comportamiento, un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en este mercado, puesto que negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía.

Con arreglo al artículo 168 A del Tratado y al artículo 51 del Estatuto del Tribunal de Justicia, un recurso de casación no puede fundarse más que en motivos referentes a la infracción de normas jurídicas, excluyendo cualquier apreciación de los hechos. Para que se cumpla el requisito de que sea afectado el comercio entre los Estados miembros, en el sentido del artículo 86 del Tratado, no es necesario que el comportamiento imputado haya afectado efectivamente a dicho comercio de modo sensible. Basta con demostrar que este comportamiento puede producir semejante efecto. Esto es lo que ocurre cuando una empresa excluye a todos los competidores potenciales del merca-

do geográfico constituido por un Estado miembro y una parte de otro Estado miembro, y por lo tanto, modifica la estructura de la competencia en este mercado, lo que afecta a la corriente de intercambios potenciales entre dichos Estados miembros.

Las disposiciones de un convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado o, en su caso, con anterioridad a la adhesión de un Estado miembro, convenio al que se aplica el artículo 234 del Tratado, no pueden invocarse en las relaciones intracomunitarias, en los casos en los que no se trata de derechos de Estados terceros. Cuando un convenio ha sido ratificado por un Estado miembro ya vinculado por el Tratado, no puede invocarse para limitar la competencia de la Comunidad, tal como la establece el Tratado, puesto que éste sólo puede revisarse conforme al procedimiento del artículo 236.

La aplicación del artículo 3 del Reglamento núm. 17 debe efectuarse en función de la naturaleza de la infracción comprobada y puede suponer tanto la orden de realizar determinadas actividades o prestaciones, omitidas contra Derecho, como la prohibición de continuar determinadas actividades, prácticas o situaciones, contrarias al Tratado. En el marco de la aplicación del artículo 3 del Reglamento núm. 17, el principio de proporcionalidad significa que las obligaciones impuestas a las empresas para poner fin a una infracción del Derecho de la competencia no deben ir más allá de los límites de lo necesario y adecuado para alcanzar el fin perseguido, a saber, el restablecimiento de la legalidad en relación con las normas que se hayan infringido en el caso de autos. Las decisiones de la Comisión cuyo objeto es declarar una infracción de las normas sobre competencia, dictar ordenes conminatorias e imponer sanciones pecuniarias deben estar motivadas obligatoriamente en virtud del artículo 190 del Tratado, que exige que la Comisión exponga las razones que le han inducido a adoptar una Decisión, a fin de permitir al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia ejercer su control y dar a conocer, tanto a los Estados miembros como a los ciudadanos interesados, las condiciones en las que se ha aplicado el Tratado. Por otra parte, no puede exigirse que la Comisión examine la totalidad de los elementos de hecho y de Derecho abordados durante la fase administrativa previa.

EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA

Profesora Ayudante de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

1. **Legislación**

La presente crónica pretende ofrecer una visión panorámica del Derecho de daños desde la perspectiva del Derecho comunitario, haciendo hincapié en los cambios y aportaciones recientes en la materia.

1.1 LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN VIGOR

Responsabilidad civil en materia de energía nuclear

– Decisión del Consejo 2004/294/CE, de 8 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio de París de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Protocolo por el que se modifica dicho Convenio o a adherirse a él («Diario Oficial» L 097 de 08/03/2004).

El Protocolo por el que se modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado mediante el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y mediante el Protocolo de 16 de noviembre de 1982 (el llamado Convenio de París), se ha negociado con el fin de mejorar la indemnización de las víctimas de daños provocados por accidentes nucleares. En este sentido, contempla un aumento de los importes de responsabilidad y la extensión del régimen de responsabilidad civil nuclear a los daños medioambientales.

La negociación del Protocolo por el que se modifica el Convenio de París en las materias que son competencia de la Comunidad Europea ha corrido a cargo de la Comisión, de conformidad con las directrices de negociación del Consejo de 13 de septiembre de 2002; no obstante, estas directrices no contemplaban la negociación de una cláusula que permitiese la adhesión de la Comunidad al Protocolo: ni el Convenio de París ni su Protocolo de modificación están abiertos a la participación de las organizaciones regionales. Por consiguiente, la Comunidad no puede firmar ni ratificar el Protocolo, ni tampoco adherirse a él. Ello justifica la previsión de que los Estados miembros que son actualmente Partes contratantes en el Convenio de París ratifiquen el Protocolo por el que se modifica dicho Convenio, o se adhieran a él, en interés de la Comunidad Europea (art. 1 de la Decisión del Consejo 2004/294/CE). Estos Estados adoptarán las medidas necesarias para depositar simultáneamente los instrumentos de ratificación del Protocolo o de adhesión a éste en un plazo razonable ante el Secretario General de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, de ser posible antes del 31 de diciembre de 2006 (art. 21 de la Decisión del Consejo 2004/294/CE).

Responsabilidad civil por falta de conformidad

– Directiva 2004/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 relativa a los instrumentos de medida («Diario Oficial» L 135 de 30/04/2004).

La Directiva, que deberá ser incorporada al Derecho nacional antes del 30 de abril de 2006 (art. 24), menciona específicamente la responsabilidad del fabricante en el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella, de modo que se considera «fabricante» toda persona física o jurídica responsable de la conformidad del instrumento de medida con la presente Directiva, ya sea con vistas a su comercialización en nombre propio y/o a su puesta en servicio para fines propios [art. 4 d) Directiva 2004/22/CE].

Responsabilidad civil medioambiental

– Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de los daños medioambientales («Diario Oficial» L 143 de 30/04/2004).

Al cumplirse un año de la aprobación de la Directiva 2004/35/CE, se han iniciado en España los trabajos para su transposición en forma de ley especial, concluyendo el plazo para su incorporación al Derecho interno el 30 de abril de 2007 (art. 19 Directiva 2004/35/CE).

La Directiva, en coherencia con el principio de desarrollo sostenible, establece como criterio en materia de prevención y reparación de los daños medioambientales el principio «quien contamina paga» (*vid. infra*).

Ha de advertirse que la perspectiva adoptada por el legislador comunitario es la de prevenir y reparar los daños medioambientales a un coste razonable para la sociedad. En otras palabras, se opta para las medidas más beneficiosas para el grupo social en su conjunto. Ello justifica que un operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente de tales daños sea declarado responsable desde el punto de vista financiero—como señala el Cdo. 2.^º *in fine* de la Directiva 2004/35/CE—*a fin de inducir a los operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños medioambientales, de forma que se reduzca su exposición a responsabilidades financieras*.

En la misma línea se prevé que los Estados miembros tomen medidas para animar a los operadores a utilizar seguros u otras formas de garantía financiera a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones financieras establecidas por la Directiva (art. 14 Directiva 2004/35/CE).

En cuanto a su ámbito de aplicación, ha de partirse de la definición de daño medioambiental como cualquier daño adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente. Quedan comprendidos los daños a las especies y hábitats naturales protegidos (cfr. Anexo I) y los daños a las aguas (*vid. la Directiva 2000/60/CE*, del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas) (art. 2. 1.º y 2.º Directiva 2004/35/CE).

La Directiva contempla los daños medioambientales causados o la amenaza inminente de daños provocada por una actividad profesional, esto es, una actividad efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter privado o público y de que tenga o no fines lucrativos, recogida en el Anexo III de la Directiva: gestión de residuos, manipulación de sustancias peligrosas, vertidos, utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, etc.; esto es, actividades profesionales que presenten un riesgo real o potencial para la salud humana o para el medio ambiente. Asimismo, se prevé la aplicación de la Directiva a cualquier actividad profesional, además de las mencionadas en el Anexo III, respecto de los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos así como respecto a cualquier amenaza inminente de tales daños, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador (art. 3. 1.º Directiva 2004/35/CE).

De acuerdo con el principio de «quien contamina paga», es el operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con

causarlos quien debe sufragar el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias. Operador se considera cualquier persona física o jurídica, privada o pública que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad (art. 2. 6 Directiva 2004/35/CE). De concurrir varios operadores, será de aplicación la normativa nacional relativa a la imputación de costes en caso de varios responsables; especialmente considerando la posición del usuario de un producto, a quien no puede imputarse la responsabilidad de daños medioambientales en las mismas condiciones que al productor (art. 9 Directiva 2004/35/CE).

Todavía respecto del ámbito de aplicación, conviene advertir que la Directiva 2004/35/CE no se ocupa de las lesiones causadas a las personas, los daños causados a la propiedad privada o cualquier tipo de pérdida económica. De forma que, sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la Directiva 2004/35/CE no concede a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos (art. 3. 3.º Directiva 2004/35/CE). Por tanto, aun cuando el título de la Directiva mencione expresamente el término responsabilidad, lo cierto es que su objeto es prevenir y reparar el daño medioambiental, sin afectar a los derechos de compensación por «daños tradicionales» otorgados con arreglo a la legislación nacional ni a cualquiera de los acuerdos internacionales correspondientes que regulan la responsabilidad civil (Cdo. 11 Directiva 2004/35/CE).

Los particulares, personas físicas o jurídicas, que se vean o puedan verse afectados por un daño medioambiental o que tengan un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño, únicamente podrán presentar a la autoridad competente observaciones en relación con los casos de daño ambiental o de amenaza inminente de tal daño que obren en su conocimiento y solicitar que se actúe para la prevención y reparación del daño (art. 12 Directiva 2004/35/CE). Sin perjuicio de que corresponda a cada Estado miembro la determinación de qué constituye «interés suficiente», se considerará suficiente el interés de las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos establecidos por la legislación nacional.

Respecto de los daños medioambientales o la amenaza inminente de tales daños causados por la contaminación de carácter difuso, la Directiva 2004/35/CE sólo se aplicará cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de los operadores concretos (art. 4. 5.º Directiva 2004/35/CE). Sobre el particular se aclara que no resulta posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad, pues, para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, que los daños sean concretos y cuantificables y que se establezca un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados; por tanto, entiende el legislador comunitario que la responsabilidad no resulta un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales (Cdo. 13 Directiva 2004/35/CE).

Tampoco se aplicará la Directiva a los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de tales daños provocados por un acto derivado de un

conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible. Igualmente se excluyen los daños medioambientales o la amenaza inminente de tales daños cuando la responsabilidad o indemnización estén reguladas por algunos de los convenios internacionales enumerados en el Anexo IV (así respecto de la contaminación por hidrocarburos y el transporte de mercancías peligrosas), la actividad nuclear (cfr. Anexo V), las actividades cuyo propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, ni a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales (art. 4 Directiva 2004/35/CE).

Respecto de las medidas a adoptar, se distingue entre acción preventiva y acción reparadora. La primera entra en funcionamiento cuando aún no se hayan producido los daños medioambientales, pero exista una probabilidad suficiente de que se produzcan en un futuro próximo (cfr. art. 2.9 Directiva 2004/35/CE); en tal caso, el operador deberá adoptar, sin demora, las medidas preventivas necesarias, sin perjuicio de que la autoridad competente (*vid.* art. 11 Directiva 2004/35/CE) exija al operador, en cualquier momento, que facilite información sobre toda amenaza inminente de daños medioambientales y que adopte las medidas preventivas necesarias; asimismo, la autoridad competente podrá dar al operador instrucciones sobre las medidas preventivas a adoptar y adoptar por sí misma las medidas preventivas necesarias cuando el operador incumpla sus obligaciones, no pueda ser identificado o no esté obligado a sufragar los costes en virtud de la propia Directiva (art. 5 Directiva 2004/35/CE).

La acción reparadora sigue a la producción de daños medioambientales y comprende las medidas contempladas en el Anexo II de la Directiva. La adopción y definición de tales medidas corresponde, en principio, al operador, sin perjuicio de que deba ajustarse a las instrucciones dadas por la autoridad competente o que sea esta autoridad la que adopte tales medidas como último recurso, cuando el operador incumpla sus obligaciones, no pueda ser identificado o no esté obligado a sufragar los costes en virtud de la propia Directiva (arts. 6 y 7 Directiva 2004/35/CE).

Si las medidas de prevención y/o reparación han corrido a cargo de la autoridad competente, ésta podrá recuperar del operador que haya causado los daños o la amenaza inminente de esos daños los costes ocasionados dentro del plazo de cinco años (art. 10 Directiva 2004/35/CE), salvo que no pueda identificarse al operador. Tampoco se exigirá al operador que sufrague el coste de estas medidas cuando se demuestre que los daños fueron causados por un tercero, habiéndose producido a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas o que se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública. En estos casos, los Estados miembros tomarán las medidas oportunas para permitir que el operador recupere los costes en que haya incurrido. A su vez, los Estados miembros podrán permitir que los operadores que no hayan incurrido en culpa o negligencia no sufraguen el coste de las medidas reparadoras cuando el daño medioambiental haya sido causado por una emisión o un hecho expresamente autorizados o por una emisión, actividad o cualquier forma de utilización de un producto que no se hubieran considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que tuvieron lugar (art. 8 Directiva 2004/35/CE).

Respecto de la aplicación temporal de la Directiva, se excluyen los daños causados antes de la expiración de su plazo de transposición y cuando hubiesen transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo (art. 17 Directiva 2004/35/CE).

Por último, conviene aclarar que estamos ante una Directiva de mínimos, que no obsta al mantenimiento o adaptación de disposiciones más rigurosas por parte de los Estados miembros, ni a la adopción de otras medidas adecuadas, como la prohibición de la doble recuperación de los costes (art. 16 Directiva 2004/35/CE).

Indemnización a las víctimas de delitos

– Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos («Diario Oficial» L 261 de 06/08/2004).

Con la finalidad de asegurar en el ámbito de la Unión Europea la protección de las víctimas de delitos violentos, los Estados miembros garantizarán que, cuando se haya cometido un delito doloso violento en un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el solicitante de una indemnización tiene su residencia habitual, éste tendrá derecho a presentar la solicitud ante una autoridad o ante cualquier otro organismo de este último Estado miembro. Ahora bien, respecto de la responsabilidad del pago, abonará la indemnización la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se cometió el delito (arts. 1 y 2 Directiva 2004/80/CE). Como presupuesto previo, todos los Estados miembros garantizarán que sus normas nacionales establezcan la existencia de un régimen de indemnización para las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios, que asegure a las víctimas una indemnización justa y adecuada (art. 12. 2.º Directiva 2004/80/CE).

Las normas sobre el acceso a una indemnización en situaciones transfronterizas establecidas por la Directiva 2004/80/CE se aplicarán basándose en los regímenes de los Estados miembros para la indemnización de las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios. No obstante, no se impedirá a los Estados miembros: (a) adoptar o mantener disposiciones más favorables en beneficio de las víctimas de delitos u otras personas afectadas por ellos; (b) adoptar o mantener disposiciones que permitan indemnizar a las víctimas de delitos cometidos fuera de su territorio, o a cualquier otra persona afectada por ellos, con supeditación a cualesquiera condiciones que los Estados miembros puedan definir con este fin, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con la propia Directiva (art. 17 Directiva 2004/80/CE)

Los Estados miembros deberán transponer la Directiva antes del 1 de enero de 2006, a excepción de lo establecido en el apartado 2 del artículo 12; de modo que deberán poner en vigor antes del 1 de julio de 2005 las normas sobre el régimen de indemnización para las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios (art. 18 Directiva 2004/80/CE). A su vez, podrán establecer que las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2004/80/CE se apliquen solamente a los solicitantes cuyas lesiones hayan sido ocasionadas por delitos cometidos después del 30 de junio de 2005.

Responsabilidad civil por falta de información

– Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, 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 y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE («Diario Oficial» L 390 de 31/12/2004).

La divulgación de información exacta, completa y puntual sobre los emisores de valores es precisa para la existencia de mercados de valores eficientes, transparentes e integrados, contribuyendo no sólo a estimular el crecimiento y la creación de empleo a través de una mejor distribución del capital y una reducción de costes, sino también a fomentar la confianza del inversor al permitirle una evaluación informada de su rendimiento y sus activos. Por tanto, la divulgación de información mejora la protección de los inversores y aumenta la eficiencia del mercado.

Para conseguir este objetivo, los emisores de valores deben asegurar a los inversores la apropiada transparencia a través de un flujo regular de información. Por el mismo motivo, los accionistas, o las personas físicas o jurídicas que tengan derechos de voto o instrumentos financieros que den derecho a adquirir acciones existentes con derecho de voto, deben también informar a los emisores de la adquisición u otras modificaciones de participaciones importantes en empresas, de forma que estas últimas puedan mantener informado al público (Cdos. 1 y 2 de la Directiva 2004/109/CE).

En caso de incumplimiento de este deber de información, el emisor o sus órganos de administración, gestión o control, o los responsables en el seno del emisor deben estar sujetos a las normas de responsabilidad pertinentes, según lo establecido en la legislación o reglamentación nacional de cada Estado miembro, que puede determinar libremente el alcance de esta responsabilidad (art. 7 de la Directiva 2004/109/CE).

Lo establecido en la Directiva 2004/109/CE deberá ser incorporado al Derecho interno a más tardar el 20 de enero de 2007 (art. 31).

Responsabilidad civil en materia de transporte aéreo

– Reglamento (CE) núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, 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 («Diario Oficial» L 46 de 17/02/2004).

El 17 de febrero de 2005 entró en vigor el Reglamento (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004 [art. 19 Reglamento (CE) núm. 261/2004].

El nuevo Reglamento viene justificado por el todavía gran número de pasajeros a los que se deniega el embarque o se ven afectados por cancelaciones sin previo aviso o por largos retrasos y ello pese a la aprobación del Reglamento (CEE) núm. 295/91, por el que se establecían normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular, ahora derogado [art. 18 Reglamento (CE) núm. 261/2004].

La finalidad perseguida es garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros, considerando, a su vez, los requisitos de protección de los con-

sumidores. Para ello se prevé que cada Estado miembro supervise el cumplimiento del Reglamento por parte de los transportistas aéreos, estableciendo el régimen de sanciones aplicables en caso de infracción [art. 16 Reglamento (CE) núm. 261/2004]. Ha de tenerse en cuenta que esta normativa se aplicará tanto a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro, como a los pasajeros que salen de un aeropuerto situado en un tercer país y se dirijan a un aeropuerto situado en un Estado miembro, cuando el encargado de efectuar el vuelo sea un transportista aéreo comunitario [art. 3. 1.º *a*) y *b*) Reglamento (CE) núm. 261/2004].

No se distingue según la relación jurídica que una al transportista aéreo y al pasajero, esto es, el régimen aplicable será el mismo se trate de una relación contractual o extracontractual. Por tanto, el Reglamento será de aplicación a cualquier transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que proporcione transporte a los pasajeros, conforme a un contrato con un pasajero o, cuando no tenga contrato con el pasajero, se considerará que lo hace en nombre de otra persona, jurídica o física, que tenga un contrato con dicho pasajero [cfr. art. 2 *b* y 3. 5.º Reglamento (CE) núm. 261/2004]. Tan sólo se excluyen los pasajeros que viajen gratuitamente o con un billete de precio reducido que no esté directamente o indirectamente a disposición del público. No obstante, el Reglamento sí será de aplicación a los pasajeros que posean billetes expedidos por un transportista aéreo o un operador turístico dentro de programas para usuarios habituales u otros programas comerciales.

A propósito de la aplicación del Reglamento a supuestos de responsabilidad extracontractual, se suscitan dos cuestiones.

En primer lugar, la relación con la Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Al respecto, se advierte de que la distinción entre servicios aéreos regulares y no regulares tiende a difuminarse, de modo que el régimen de protección debe aplicarse no sólo a los pasajeros de vuelos regulares, sino también a los de vuelos no regulares, incluidos los que forman parte de viajes combinados [considerando (5) Reglamento (CE) núm. 261/2004]; es más, se prevé que, a más tardar el 1 de enero de 2007, la Comisión presente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la posible ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento a los pasajeros que tengan un contrato con un transportista comunitario o hayan hecho la reserva de vuelo que forme parte de un viaje combinado al que sea de aplicación la Directiva 90/314/CEE y que tenga su salida de un aeropuerto de un tercer país y su destino en un aeropuerto de un Estado miembro, cuando se trate de vuelos que no correspondan a un transportista aéreo comunitario [art. 17 Reglamento (CE) núm. 261/2004]. De ahí que este Reglamento se entienda sin perjuicio de los derechos que asisten a los pasajeros en virtud de la Directiva sobre viajes combinados, aclarando que el Reglamento (CE) núm. 261/2004 no será de aplicación cuando un viaje combinado se cancele por motivos que no sean la cancelación del vuelo [art. 3. 6.º Reglamento (CE) núm. 261/2004].

Con un alcance más general, el Reglamento evita cuidadosamente referirse en sus disposiciones al establecimiento de un régimen de responsabilidad, aludiendo a compensación y asistencia a los pasajeros y al cumplimiento de las obligaciones que incumben a los transportistas aéreos. Propiamente, viene a establecerse un protocolo de actuación frente a los pasajeros cuyo incumplimiento será sancionado de forma eficaz, proporcionada y disuasorio.

ria, pero sin señalar a quién corresponde en último término la responsabilidad ni el régimen de ésta.

Así, el Reglamento (CE) núm. 261/2004 se aplicará sin perjuicio de los derechos del pasajero a obtener una compensación suplementaria, de la que podrá deducirse la compensación que se conceda con arreglo a dicho Reglamento.

En caso de incumplimiento por el transportista aéreo de las obligaciones previstas, y al margen de la eventual sanción que corresponda, el pasajero podrá acudir a los tribunales de justicia, si bien no resulta claro –a la vista del artículo 15– que éstos puedan basar su decisión directamente en el Reglamento. Según este precepto, *las obligaciones para con los pasajeros establecidas en el presente Reglamento no podrán limitarse ni derogarse, especialmente por medio de una cláusula de inaplicación o de una cláusula restrictiva en el contrato de transporte; si, no obstante, dicha cláusula de inaplicación o cláusula restrictiva se aplica con respecto al pasajero o si no se le informa debidamente acerca de sus derechos (cfr. art. 14. Obligación de informar a los pasajeros de sus derechos) y por esa razón acepta una compensación inferior a la que dispone este Reglamento, el pasajero seguirá teniendo el derecho de emprender las acciones necesarias en los tribunales y organismos competentes para obtener una compensación adicional.*

Desde la perspectiva del transportista aéreo, el abono de una compensación o el cumplimiento de las demás obligaciones impuestas por el Reglamento (CE) núm. 261/2004 no podrá interpretarse como una limitación del derecho del transportista aéreo a reclamar una compensación a cualquier persona, incluidos terceros, de conformidad con la legislación aplicable. En especial, no se limita el derecho del transportista aéreo a reclamar el reembolso de un operador turístico u otra persona con quien el transportista aéreo tenga un contrato. Asimismo, tampoco se establece ninguna restricción al derecho del operador turístico o de un tercero no pasajero con quien el transportista aéreo tenga un contrato de solicitar de este último el reembolso o una compensación con arreglo a la legislación aplicable en la materia [art. 13 Reglamento (CE) núm. 261/2004].

– Reglamento (CE) núm. 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos («Diario Oficial» L 138 de 30/04/2004).

El 30 de abril de 2005 entró en vigor el Reglamento (CE) núm. 785/2004 que se dirige a reforzar la protección de los consumidores garantizando un nivel mínimo adecuado de seguros para cubrir la responsabilidad de las compañías aéreas con respecto a los pasajeros, el equipaje, la carga y terceros [Cdo. (1) y arts. 1, 6 y 7 Reglamento (CE) núm. 785/2004]. Estos requisitos mínimos se exigirán a todas las compañías aéreas y a todos los operadores aéreos que efectúen vuelos dentro del territorio de un Estado miembro, con destino a él, procedentes de él o que lo sobrevuelen [art. 2 Reglamento (CE) núm. 785/2004] respecto de los supuestos en que sean responsables de conformidad con las normas de los Convenios Internacionales, el Derecho comunitario o nacional, sin interferir con dichas normas; en todo caso, los riesgos asegurados incluirán actos de guerra, terrorismo, secuestro, actos de sabotaje, apoderamiento ilícito de aeronaves y disturbios sociales [art. 4 Reglamento (CE) núm. 785/2004].

Responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles

– Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles («Diario Oficial» L 149 de 11/06/2005).

La presente Directiva pretende la actualización y mejora del sistema comunitario del seguro de vehículos automóviles, haciendo especial hincapié en el incremento, en términos reales, de la cobertura mínima en aras a la protección de las víctimas. Se da, así, nueva redacción al artículo 1 de la Directiva 84/5/CEE que, sin perjuicio del establecimiento de importes de garantía superiores eventualmente prescritos por los Estados miembros, eleva los importes por los que dicho seguro sea obligatorio para daños corporales y materiales por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas. En caso necesario, se permite que los Estados miembros puedan establecer un período transitorio de hasta cinco años a partir de la fecha de aplicación de la Directiva 2005/14/CE (11/06/2005) para adaptar su cobertura mínima a los importes establecidos. En todo caso, en el plazo de 30 meses desde la fecha de aplicación de la Directiva 2005/14/CE, los Estados miembros deberán haber incrementado las garantías hasta, al menos, la mitad de los importes establecidos. Se prevé también una revisión de dichos importes cada cinco años en función del índice de precios de consumo europeo (art. 2 Directiva 2005/14/CE).

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2005/14/CE a más tardar el 11 de junio de 2007, sin perjuicio de la posibilidad de mantener o poner en vigor disposiciones más favorables para el perjudicado (art. 6 Directiva 2005/14/CE).

1.2 LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Se incluye en este apartado el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa («Diario Oficial» C 310 de 16 de diciembre de 2004), firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, en cuanto está en proceso de ratificación. Por España ha sido ratificado mediante Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo («BOE» 121 de 21/5/2005).

Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea

Reconocida personalidad jurídica a la Unión Europea (artículo 1-7 Título I Definición y objetivos de la Unión, Parte I del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), el artículo III-431 párrafo 2.º (Título VII Disposiciones comunes, Parte III: Políticas y funcionamiento de la Unión) se ocupa del régimen aplicable a su responsabilidad extracontractual de acuerdo con el siguiente tenor: *En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por las instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros*. No obstante, el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por sí

mismo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con el criterio antes expuesto, es decir, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros (art. III-431 párrafo 3.º). El precepto, cuando menos, constituye un recordatorio de la necesidad de avanzar en el estudio e identificación de los principios generales de la responsabilidad extracontractual en el ámbito de la Unión.

Responsabilidad civil medioambiental

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (art. III-233.2.º) contempla expresamente el principio «quien contamina paga». Sobre la materia, *vid.* también artículos I-3.3.º, II-97, III-119, III-172.3.º y III-234 del Tratado (*cf.* *supra*).

Seguridad del transporte aéreo

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía operadora y a la comunicación de la información en materia de seguridad entre los Estados miembros, Bruselas 16.2.2005 [COM (2005) 48 final].

Las estadísticas demuestran que los accidentes de transporte aéreo se han vuelto escasísimos en Europa, lo que debe contemplarse como resultado de los esfuerzos realizados para mantener e incrementar la seguridad de las operaciones aéreas. No obstante, el 3 de enero de 2004, un reactor en el que viajaban 148 pasajeros con destino a París se estrelló poco después de despegar del centro turístico de Sharm-El-Sheikh sin dejar supervivientes. Tras el accidente se descubrió que esta compañía operadora tenía prohibido volar a Suiza por motivos de seguridad, pero estaba autorizada en determinados Estados miembros. A la vista de estas circunstancias, la Comisión presenta una propuesta legislativa para mejorar la situación de los pasajeros de transporte aéreo estableciendo un mayor grado de transparencia. De una parte, la compañía aérea contratante deberá informar al pasajero de la identidad de la compañía o compañías aéreas que efectuarán el vuelo; de otra, se facilitará el intercambio de información entre los Estados miembros respecto de las compañías aéreas a las que hayan prohibido el uso de su espacio aéreo o sometido a restricciones de tráfico por motivos de seguridad.

Responsabilidad civil en materia de servicios

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior (presentada por la Comisión), Bruselas, 13.1.2004 [COM (2004) 2 final].

La Propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como «Directiva Bolkestein» por el nombre de su responsable, ha generado una amplia polémica en el ámbito comunitario, especialmente por lo que se refiere a los aspectos relativos a la libertad de establecimiento (capítulo II) y a la libre circulación de servicios (capítulo III). No obstante, esta Propuesta de Directiva marco contiene algunas cuestiones susceptibles de afectar al Derecho de daños en relación con la prestación de servicios. Así, el

artículo 17 de la Propuesta excluye la aplicación del principio del país de origen (art. 16) respecto de la responsabilidad extracontractual del prestador en caso de accidente ocurrido en el ejercicio de su actividad a una persona en el Estado miembro al que el prestador se desplace.

Con carácter general, la Propuesta de Directiva se presenta como complementaria respecto de algunas iniciativas en curso, como la seguridad de los servicios [vid. el Informe sobre la seguridad de los servicios prestados a los consumidores COM (2003) 313 final]. En este sentido, se pone el acento en la calidad de los servicios (capítulo IV), prestando especial atención a la información que los prestadores deben poner a disposición del destinatario del servicio (art. 26) y al establecimiento de seguros y garantías profesionales. Al respecto, el artículo 27.1.º de la Propuesta de Directiva dispone que los *Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo especial para la salud o la seguridad o un riesgo económico especial para el destinatario estén cubiertos por un seguro de responsabilidad profesional adecuado en relación con la índole y la magnitud del riesgo o por cualquier otro tipo de garantía o disposición de compensación equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad.*

1.3 LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Responsabilidad por productos

– Real Decreto 2131/2004, de 29 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos farmacéuticos («BOE» núm. 262, de 30/10/2004).

El Real Decreto 2131/2004 transpone las disposiciones de la Directiva 2003/15/CE relativas al plazo de utilización de los productos cosméticos después de su apertura, así como la Directiva 2003/80/CE de la Comisión, de 5 de septiembre de 2003, que establece el símbolo que indica el plazo de utilización de los productos cosméticos.

Real Decreto 2220/2004, de 26 de noviembre, por el que se modifica la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, aprobada por el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio («BOE» núm. 286, de 27/11/2004).

– Real Decreto 2220/2004, que transpone en el Derecho español la Directiva 2003/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de noviembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 2000/13/CE en lo que respecta a la indicación de los ingredientes presentes en los productos alimenticios.

La finalidad perseguida con la reforma es facilitar una información más completa al consumidor sobre la composición de los productos ante la creciente incidencia de las alergias alimentarias, susceptibles de afectar a la salud e incluso a la vida de las personas.

Responsabilidad en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas

– Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicacio-

nes electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios («BOE» núm. 102, de 29/04/2005).

El 30 de abril de 2005 entró en vigor el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios con el que, según su exposición de motivos, se complementa la transposición de las Directivas comunitarias que conforman el marco regulador de las comunicaciones electrónicas; en concreto, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Sin perjuicio de la regulación relativa al contenido de los contratos celebrados entre los operadores y los consumidores y los derechos en relación con el servicio telefónico disponible al público, el Reglamento se remite en materia de responsabilidad por los daños que se produzcan a los usuarios finales a lo previsto en la legislación civil o en la normativa sectorial que resulte de aplicación (art. 102.3.º).

Por otra parte, apuesta decididamente por el fomento de procedimientos no judiciales o alternativos de resolución de conflictos (art. 104). En este sentido, el Reglamento exige de los operadores que dispongan de un departamento o servicio especializado de atención al cliente, que tenga por objeto atender y resolver las quejas y reclamaciones. Este servicio, de carácter gratuito, deberá prestarse de forma que el consumidor tenga constancia, en cualquier caso, de la reclamación, queja o petición efectuada.

Específicamente, en materia de protección de datos personales en la explotación de redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, se desarrolla lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones. Como norma de carácter técnico, el artículo 81 del Reglamento se ocupa de la responsabilidad de los operadores que tengan sus redes interconectadas. Así, la generación y entrega en el punto de interconexión de la identidad de la línea de origen y el respeto de la posible marca de supresión que haya sido introducida por el usuario será responsabilidad del operador desde cuya red se origine la llamada; igualmente, en la prestación de la facilidad de identificación de la línea conectada, los operadores de las redes origen o destino de las llamadas serán responsables de la correcta provisión de las funcionalidades específicas que correspondan a su red; por último, el envío de la información sobre la identidad de la línea de origen en la interconexión internacional con terceros países sólo se realizará hacia aquéllos cuya normativa garantice el adecuado tratamiento de los datos de la persona.

Jurisprudencia

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad-Principio de cautela

– STPI (Sala Segunda) de 10 de marzo de 2004 [asunto T-177/02], «Malagutti-Vezinhet, S.A.» contra la Comisión de las Comunidades Europeas. La demandante pretendía la reparación del perjuicio que alegaba haber sufrido como consecuencia de la difusión por la Comisión –en virtud de la Directiva 92/59/CEE, del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos– de un mensaje de alerta rápida en el que se informaba de la presencia de plaguicidas en manzanas de origen francés y en el que se mencionaba el nombre de la demandante como empresa exportadora de las mercancías de que se trata. El Tribunal desestima el recurso al entender que, según el principio de cautela que rige en materia de protección de la salud pública, la autoridad competente puede estar obligada a adoptar las medidas adecuadas con vistas a la prevención de determinados riesgos potenciales para la salud pública, sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos; razonamiento que es asimismo, válido en relación con un dispositivo de información rápida como el que establece la Directiva 92/59/CEE. La demandante, que ha sido víctima de este sistema de alerta creado para proteger la salud humana, ha de aceptar las consecuencias negativas, puesto que se debe atribuir una importancia preponderante a la protección de la salud pública frente a las consideraciones económicas.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad-Prescripción-Causalidad

– STPI (Sala Tercera) de 21 de abril de 2005 [asunto T-28/03], recurso de indemnización de «Holcim (Deutschland), AG», contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Según el Tribunal, siguiendo el criterio jurisprudencial fijado hasta la fecha, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Comunidad no puede empezar a correr antes de que se cumplan todos los requisitos a los que está supeditada la obligación de resarcimiento; sin embargo, el hecho de que un demandante haya estimado que no disponía aún de todos los datos que le permitirían demostrar de modo suficiente en Derecho la responsabilidad de la Comunidad en un procedimiento judicial no puede impedir que el plazo de prescripción comience. Respecto de la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio alegado, sólo puede considerarse responsable a la Comunidad del perjuicio que se derive de forma suficientemente directa del comportamiento irregular de la institución de que se trate.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad-Obligación de medios

– STJCE (Pleno) de 23 de marzo de 2004 [asunto C-234/02 P], en el recurso de casación interpuesto por el Defensor del Pueblo Europeo, apoyado por el Parlamento Europeo, contra la STPI (Sala Tercera) de 10 de

abril de 2002, Lamberts/Defensor del Pueblo (T-209/00, Rec. p. II-2203). Para determinar si se produjo una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad a causa del comportamiento del Defensor del Pueblo, el Tribunal tiene en cuenta la singularidad de su cometido, recordando que el Defensor del Pueblo está sujeto únicamente a una obligación de medios y que dispone de un amplio margen de apreciación. Por tanto, en contra de lo que han sostenido el Defensor del Pueblo y el Parlamento, el control que ejerce este último sobre el primero no excluye un control judicial, que debe ejercerse tomando en consideración la singularidad del cometido del Defensor del Pueblo. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia no infringió las disposiciones del Derecho comunitario que regulan el ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo y el control sobre éste al declarar que, en principio, un recurso de indemnización basado en la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por la supuesta tramitación incorrecta de una reclamación por el Defensor del Pueblo es admisible. Por tanto, tras reconocer que el Defensor del Pueblo dispone de un margen de apreciación muy amplio por lo que respecta al fundamento de las reclamaciones y al curso que conviene darles y que no tiene ninguna obligación de resultado en este ámbito, el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 57 de la sentencia recurrida que, aunque el control del juez comunitario debe ser, por tanto, limitado, no es menos cierto que no puede excluirse la posibilidad de que, en circunstancias ciertamente excepcionales, un ciudadano pueda demostrar que el Defensor del Pueblo ha cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario en el ejercicio de sus funciones que puede causar un perjuicio al ciudadano afectado.

Responsabilidad medioambiental-Concepto de residuos, productor de residuos y de poseedor de residuos

– STJCE (Sala Segunda) de 7 de septiembre de 2004 [Asunto C-1/03] respecto de la petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour d'Appel* de Bruselas en el proceso penal seguido ante dicho órgano jurisdiccional contra los Sres. Van de Walle, Laurent y Mersch, responsables de «Rexaco Belgium, S.A.» y contra la propia Texaco por delito de abandono de residuos. El Tribunal declara que los hidrocarburos vertidos de manera no dolosa y que causan la contaminación de la tierra y las aguas subterráneas son residuos en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991. Lo mismo cabe decir respecto a la tierra contaminada por hidrocarburos, incluso en el supuesto de que esta tierra no haya sido excavada. En circunstancias como las del procedimiento principal, sólo puede considerarse que la sociedad petrolera que abastece a la estación de servicio es poseedora de dichos residuos, en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 75/442, si la fuga en las instalaciones de almacenamiento de la estación de servicio, que dio lugar a los residuos, es imputable al comportamiento de esta empresa.

Responsabilidad contractual y extracontractual

– STJCE (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005 [asunto C-27/02], que resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Innsbruck* (Austria), relativa a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el procedimiento entre Petra Engler y «Janus Versand, GMBH». El tribunal interpreta las reglas de la competencia establecidas por el Convenio de 27 de septiembre de 1968 de la siguiente manera: la acción judicial mediante la cual un consumidor solicita que se condene, en virtud de la legislación del Estado contratante en cuyo territorio tiene su domicilio, a una sociedad de venta por correo, establecida en otro Estado contratante, a la entrega de un premio aparentemente ganado por él es de naturaleza contractual, en el sentido del artículo 5, número 1, de dicho Convenio y no de carácter delictual en el sentido del artículo 5, número 3, siempre que, por una parte, dicha sociedad, con el fin de incitar al consumidor a celebrar un contrato, le hubiera remitido nominalmente un envío que podía dar la impresión de que se le atribuiría un premio en cuanto remitiera el «bono de pago» incluido en dicho envío y que, por otra parte, el consumidor acepte las condiciones estipuladas por el vendedor y reclame efectivamente el pago del premio prometido; en cambio, a pesar de que el citado envío contiene además un catálogo publicitario de productos de la misma sociedad acompañado de un formulario de «solicitud de prueba sin compromiso», la doble circunstancia de que la atribución del premio no dependa de la realización de un pedido de mercancías y de que el consumidor, de hecho, no haya realizado tal pedido carece de incidencia sobre la interpretación anteriormente mencionada.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

DRA. HELENA TORROJA MATEU

Profesora Ayudante de Derecho internacional público
Universidad de Barcelona

DR. DAVID BONDIA GARCÍA

Profesor Titular de Derecho internacional público
Universidad de Barcelona

Asunto Novoseletskiy c. Ucrania (demanda 47148/99) de 22 de febrero de 2005. Violación artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y artículo 1, Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad).

Mediante una ordenanza de 2 de junio de 1995, basándose en la ley sobre la educación, el comité sindical del Instituto Pedagógico de Estado de Melitopol concedió al demandante –su empleado– y a su esposa el título indefinido de propiedad y disfrute de un apartamento de dos piezas en un inmueble en Melitopol. En agosto de 1995, el demandante dimitió de su puesto y se instaló en Vladimir (Rusia) para preparar su tesis doctoral. Antes de partir, llevó a su esposa a Kotovsk (Ucrania) para seguir un tratamiento médico. El 5 de octubre de 1995, el Instituto anuló la ordenanza de 2 de junio de 1995 y concedió el título de propiedad a T. –otro empleado–, que ocupó el apartamento en noviembre de 1995. Después de agotar diversos recursos internos –en los que se constató que la esposa del demandante, también titular del derecho de propiedad, sólo estuvo ausente temporalmente por cuestiones de salud, que el demandante sólo se instaló por un corto período en Vladimir y que los bienes del Sr. Novoseletsky y de su esposa que estaban en el apartamento habían desaparecido–, en el año 2000, los tribunales ucranianos decidieron restituir el apartamento al demandante y a su esposa. Debido al estado de insalubridad en el que se encontraba dicho apartamento, el matrimonio tuvo que desistir en su deseo de seguir viviendo en él. El TEDH, aún considerando que los tribunales ucranianos retornaron la propiedad al Sr. Novoseletskiy y a su esposa, consideró que éstos no habían garantizado las obligaciones positivas que dimanaban del artículo 8 del CEDH puesto que las dilaciones en el proceso y la restitución del apartamento en estado inhabitable vulneraron directamente el derecho al respeto del domicilio, así como la vida privada y familiar del demandante.

El TEDH también constató una violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1, puesto que el Estado no había respetado el justo equilibrio entre los

intereses en juego al no proceder a iniciar una investigación eficaz e imparcial sobre la desaparición de los bienes del demandante al ser intervenido su apartamento.

Asunto Frizen c. Rusia (demanda 58254/00) de 24 de marzo de 2005.

Violación del artículo 1, Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad).

La Sra. Frizen, de nacionalidad rusa, reclama a Rusia haberse apropiado de un coche de su propiedad sin base legal alguna. La demandante trabajaba desde 1995 como contable en una sociedad de responsabilidad limitada (TMS), en la cual su marido tenía un puesto de alto nivel. En 1996, la Sra. Frizen y TMS celebraron un contrato de préstamo sin intereses para financiar la compra de un coche; posteriormente la Sra. Frizen reembolsaría parte de las cuotas. En 1998, el marido de la demandante y el antiguo director-general de TMS fueron condenados penalmente a cuatro años de prisión y a la confiscación de sus bienes por un fraude a gran escala canalizado a través de la empresa TMS; el tribunal ordenó la confiscación, entre otros bienes, del coche de la demandante como forma de compensación de los daños causados. Así ocurrió posteriormente, frente a lo que respondió la Sra. Frizen incoando una acción civil a fin de que fuera levantada la orden de embargo. No tuvo éxito ni en primera instancia ni en apelación. Tanto el Código Civil (art. 243) como el Código Penal [arts. 44 g) y 52] de la Federación Rusa prevén la confiscación de bienes como pena por la comisión de un crimen u otra ofensa. Sin embargo, la demandante alegó que la confiscación de su coche se había debido a delitos que ella no había cometido y carecía además de base legal alguna. El Gobierno alegaba que la demandante había sido privada de sus bienes en el bien del interés público y de acuerdo con la legislación interna, y que el embargo era «necesario» para cubrir el daño causado por el marido de la demandante.

El TEDH procede a una interpretación del artículo 1 del Protocolo 1, indicando que éste consta de tres aspectos diferenciados. No hay controversia entre las partes con respecto a la privación del goce pacífico de la propiedad. Se trata por tanto de determinar si la intervención estatal en la propiedad de la demandante se hizo de forma acorde con el Derecho interno del Estado demandado, y garantizando un justo equilibrio entre el respeto del interés general y el derecho individual de la demandante. En tal sentido, para el TEDH el primero y más importante requisito del artículo 1 del Protocolo 1 es que esta injerencia esté autorizada previamente por la legislación interna; se trata de un requisito fundamental en una sociedad democrática. De tal manera que la determinación de si hubo o no un equilibrio proporcionado entre el interés general y los derechos individuales sólo adquiere relevancia si se ha demostrado el requisito de legalidad y no arbitrariedad de la medida en cuestión. El TEDH observa que ni en el proceso penal ni en el civil se hizo mención a disposición legal alguna como base jurídica para el embargo del coche de la demandada. Ni siquiera ante el TEDH el Gobierno invocó de manera expresa o por referencia, ninguna disposición legal en la cual se basara la confiscación del coche de la demandante. Por tanto, el TEDH considera que la «injerencia» en la propiedad de la demandante no ha sido «legal» en el sentido del artículo 1 del Protocolo 1, que ha sido por tanto violado. Ello hace innecesario examinar el otro aspecto.

Asunto Goffi c. Italia (demanda 55984/00) de 25 de marzo de 2005. Violación artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), violación del artículo 1, Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad), y violación del artículo 2, Protocolo núm. 4 (derecho de circulación y residencia).

El 30 de mayo de 1989, el tribunal de Brescia declaró la quiebra del demandante –socio de la sociedad G.–. El proceso posterior a la declaración de la quiebra no concluyó hasta el 18 de diciembre de 2002. El Sr. Goffi alegó ante el TEDH que mediante la declaración de quiebra se le había privado de todos sus bienes, su correspondencia había sido remitida al síndico de la quiebra y que se le había impedido alejarse de su lugar de residencia durante este período. El TEDH, haciéndose eco de su jurisprudencia anterior y considerando que el Gobierno italiano no había aportado ningún hecho ni argumento que le permitiese apartarse de esta jurisprudencia, estimó que la duración del procedimiento de quiebra –más de trece años y seis meses– generaba diversas violaciones al CEDH. Esta situación comportó la ruptura del justo equilibrio entre el interés general –pago a los acreedores– y el interés individual del demandante –derecho al respeto a sus bienes, derecho al respeto de su correspondencia y a su libertad de circulación–. Por tanto, el TEDH concluyó que las injerencias en los derechos y libertades del demandante fueron desproporcionadas con el objetivo perseguido.

Asunto Matheron c. Francia (demanda 57752/00) de 29 de marzo de 2005. Violación artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

En 1993, funcionarios de la policía francesa procedieron a establecer un control de vigilancia especial hacia el demandante y otra persona –G. B.– por ser sospechosos de tráfico internacional de estupefacientes. En diciembre de 1994, el juez de Marsella que instruyó la causa ordenó la transcripción de unas escuchas telefónicas intervenidas por dos jueces de instrucción de Nancy, en un procedimiento iniciado contra G. B. En julio de 1998, el demandante invocó la nulidad de estas escuchas puesto que al ser obtenidas en un procedimiento en el que no estaba encausado no se le notificaron y, por tanto, no había podido impugnarlas en su momento.

El TEDH, destacando que las comunicaciones telefónicas se encuentran comprendidas en las nociones de «vida privada» y de «correspondencia», señala que su interceptación debe analizarse como una «injerencia de una autoridad pública» en el ejercicio de un derecho garantizado. Estas injerencias sólo están permitidas si están previstas por ley, persiguen una finalidad legítima y son necesarias en una sociedad democrática. El TEDH, aún teniendo dudas a propósito de la previsión legal –ya que las escuchas telefónicas se realizaron en vistas al procedimiento en curso en Nancy–, considera que la finalidad era legítima –permitir la manifestación de la verdad en el marco de un proceso penal y, por tanto, pretendía la defensa del orden y la prevención del delito–, sin embargo, estimó que esta restricción no era necesaria en una sociedad democrática.

Al analizar si el Sr. Matheron dispuso de un recurso eficaz para poder controlar la regularidad de la intervención de sus comunicaciones telefónicas, el TEDH constató que los pronunciamientos de las autoridades judiciales francesas privaron al demandante de la protección que le debe ofrecer la ley, puesto que se vio privado de poder oponerse a la realización y a la validez de las escuchas telefónicas realizadas en un procedimiento en el que no

estaba encausado, pero que posteriormente fueron utilizadas en otro procedimiento en su contra. Esta última circunstancia vació el mecanismo protector de gran parte de su sustancia y, por tanto, el TEDH estimó que el demandante no se benefició de un control eficaz y apto, como establece la primacía del derecho para limitar lo que es necesario en una sociedad democrática.

Asunto Dumbraveanu c. Moldavia (demanda 20940/03) de 24 de mayo de 2005. Violación del artículo 6. 1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo), violación del artículo 1, Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad).

El demandante, Sr. Dumbraveanu, nacido en Moldavia, alega que la no ejecución de una sentencia interna durante un largo período había violado su derecho a un juicio justo, así como el derecho al goce pacífico de su propiedad.

El demandante, como todos los policías del Estado, tenía derecho según la legislación interna a recibir de la Administración una vivienda; derecho que nunca vio realizado, pese a su petición oficial al Consejo Municipal. Inició entonces una serie de procedimientos ante los tribunales internos para exigir la entrega del apartamento, primero, y para recibir una suma de dinero en su lugar, después. Por decisión definitiva, el 8 de noviembre de 2000 los tribunales reconocieron su derecho a una cantidad determinada. Pero ésta no fue satisfecha hasta el 11 de septiembre de 2003. En la argumentación del TEDH el lapso de tiempo de más de treinta y cuatro meses que se tardó en ejecutar la sentencia no fue razonable, por lo que hubo violación del artículo 6.1. Paralelamente, siguiendo su jurisprudencia anterior, afirma, pese a la posición del gobierno, que una «reclamación», puede constituir un título de «propiedad» en el sentido del artículo 1 del Protocolo 1, si ésta tiene suficiente consistencia para ser exigible. Tal era el caso de la sentencia del año 2000. Por lo que la inejecución de la misma durante esos meses constituyó una injerencia en el derecho al goce pacífico de la propiedad del demandante.

Asunto Kokol y otros c. Turquía (demanda 68136/01) de 29 de marzo de 2005. Violación del artículo 1, Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad).

Los demandantes son ocho nacionales turcos a los que les fueron expropiadas sus tierras en Ankara para la construcción de una autopista. Se les pagó la suma fijada por un comité de expertos, siendo considerada insuficiente por los demandantes, por lo que iniciaron un procedimiento interno para pedir una compensación más alta, que finalmente fue asignada por los tribunales y pagada por la Administración. Sin embargo, los demandantes alegan ante el TEDH que tal compensación adicional, obtenida tras cuatro años y once meses de procedimientos, había sido inferior a la realmente debida, por no haberse tenido en cuenta la inflación en el momento del pago. El TEDH siguiendo su jurisprudencia, considera que por el retraso en el pago de la compensación, los bajos intereses, y la duración de los procedimientos en su conjunto, los demandantes tuvieron que soportar una carga individual y excesiva que supera el equilibrio que se debe mantener entre el interés general y la protección del derecho al goce pacífico de la propiedad. Por lo que hubo violación del artículo 1 del Protocolo 1.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Barcelona

– STJCE de 20 de enero de 2005, Petra Engler c. «James Versand, GmbH». Demanda de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Innsbruck (Austria). En relación con el Convenio de Bruselas de 1968, se pregunta si el derecho del consumidor a reivindicar el premio aparentemente ganado tiene naturaleza contractual (y, en ese caso, si es al amparo del art. 13.1.3 o bien del art. 5.1) o extracontractual (en base al art. 5.3). El Tribunal decide que la acción en virtud de la cual la legislación del Estado en el que el consumidor está domiciliado permite condenar a la restitución de un premio a una sociedad de venta por correspondencia, establecida en otro Estado contratante es de naturaleza contractual (*ex* art. 5.1 CB) sólo si se dan las condiciones siguientes: por un lado si se da el caso de que, con el objetivo de incitar al consumidor a contratar, la sociedad se dirige a él nominativamente por correo designándole como ganador de un premio con sólo reenviar el bono que se le ha adjuntado; por otro lado, el consumidor debe haber aceptado las condiciones estipuladas por el vendedor y reclamar efectivamente la entrega del premio.

– STJCE de 10 de marzo de 2005, «EasyCar (UK), Ltd.», c. Office of Fair Trading. Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (Dir. 97/7). Interpretación del artículo 3.2. Los contratos de alquiler de vehículos sin conductor son contratos de servicios de transporte y, por tanto, quedan exceptuados del ámbito de aplicación de la Directiva.

– STJCE de 7 de enero de 2004, K. B. c. National Service Pensions Agency. Artículo 141 TCE y Dir. 75/117/CEE y principio de igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo. Derecho de un transexual a ser beneficiario de una pensión de viudedad como consecuencia de la muerte de su compañera de su mismo sexo biológico con la cual, por esta misma razón, se le impidió contraer matrimonio en Gran Bretaña. El Tribunal declara que el legislador nacional está en su perfecto derecho de sólo conceder determinadas ventajas a las parejas que han contraído matrimonio (par. 28) y que, en principio, la exclusión del compañero transexual masculino de una mujer afiliada al régimen de pensiones del *National Health Service*, no es discriminatoria por el hecho de que el solicitante sea un hombre o una mujer (par. 29); sin embargo, lo es porque existe una desigualdad de trato que incide en un requisito previo para que el derecho a la pensión pueda ser reconocido

(par. 30). La legislación inglesa vulnera, pues, el artículo 141 TCE (par. 34). Además, negar el derecho a contraer matrimonio a un transexual operado con otra persona de su antiguo mismo sexo vulnera el artículo 12 CEDH (par. 33). El TJCE concluye que corresponde al juez nacional determinar si en un caso como el del litigio principal, una persona en la situación de K. B. puede invocar el artículo 141 TCE para que se reconozca a su compañero transexual el derecho al cobro de la pensión (par. 36).

– STJCE de 4 de marzo de 2004, «Cofinoga Mérignac, S.A.», c. Sylvain Sachihanathan. Interpretación Dir. 87/102, modificada por la Directiva 90/88, sobre crédito al consumo. En la renovación de un contrato de crédito al consumo en condiciones idénticas a la concesión del préstamo, el prestamista no está obligado a indicar al consumidor el TAE. Es suficiente con que éste se especifique en el momento de firmar el contrato. Así se desprende de una interpretación literal de los preceptos de la Directiva y de su interpretación finalista y sistemática de los diferentes preceptos en estudio. La información que es relevante, tanto para la mejor protección del consumidor como para mantener la transparencia del mercado, es la que se proporciona en el momento precedente a la celebración del contrato. No puede interpretarse el Derecho comunitario a la luz de lo que es el Derecho vigente en uno de los Estados miembros, de manera que no puede condicionar la interpretación del Derecho comunitario que en Francia la renovación de un crédito al consumo sí que sea considerado como celebración de un nuevo contrato y no reconducción del inicial. Las normas especiales de la Directiva para cierto tipo de contratos no pueden extrapolarse a los contratos que están sujetos a las normas generales de la misma.

– STJCE (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa. Seguros. Tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida. El sistema *bonus-malus* no es contrario al principio de libre fijación de las tarifas por el mero hecho de tener consecuencias sobre la evolución de la prima. Seguridad y salud de los trabajadores. Efecto directo del artículo 6.2 Dir. 93/104, que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que la duración del trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada siete días. La normativa nacional no resulta conforme con esta previsión debe desaplicarse a favor del efecto directo de la Directiva, puesto que el precepto en cuestión reúne todos los requisitos para producirlo (par. 106). Con todo, a este resultado se llega por la vía de la «interpretación conforme» (par. 113), pues es sabido que el TJCE no admite el efecto directo horizontal de las Directivas (par. 108).

– STJCE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France c. Ministère d'Économie, des Finances et de l'Industrie. La normativa nacional francesa que prohíbe remunerar las cuentas corrientes es contraria al Derecho de establecimiento para las sociedades de los Estados miembros distintos de la República francesa. Es un obstáculo importante para el ejercicio de sus actividades por medio de una filial en este último Estado y ello afecta a su acceso al mercado. En consecuencia, dicha prohibición constituye una restricción a efectos del artículo 43 CE porque obstaculiza a tales empresas la captación de fondos del público por parte de las entidades de crédito, filiales de sociedades extranjeras, al privarlas de la posibilidad de competir de forma más eficaz, mediante la remuneración de las cuentas corrientes, con las entidades de crédito tradicionalmente implantadas en el Estado miembro de establecimiento, dotadas de una extensa red de agencias y que por tanto dis-

ponen de mayores facilidades que dichas filiales para captar fondos del público (par. 12, 13).

– STJCE de 19 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*. Menores de edad y derecho de establecimiento en el Estado miembro en el que se ha nacido con el padre de nacionalidad de un Estado que no es miembro de la Unión Europea. A ello no se oponen ni el artículo 18 TCE ni la Dir. 90/364/CEE, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia, si resulta que ello no supone una carga económica para el Estado de acogida porque el residente dispone de recursos suficientes. En ese caso, el derecho a residir es ilimitado, tanto para el menor como para el padre que tiene la guarda del mismo.

– STJCE de 8 de abril de 2003, «*Pippig Augenoptik, GmbH & Co. KG*», c. *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH y Verlassenschaft nach dem verstorben Franz Josef Hartlauer* (Rec. 2003 I-033095). Publicidad engañosa y requisitos de la publicidad comparativa. Según el Tribunal, el artículo 7.2 Dir. 84/450/CEE, modificada por la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, se opone a la aplicación a la publicidad comparativa de disposiciones nacionales más rigurosas en materia de protección contra la publicidad engañosa, en lo que atañe a la forma y al contenido de la comparación, sin que proceda distinguir entre los diferentes elementos de la comparación, es decir, las indicaciones relativas a la oferta del anunciante, las indicaciones relativas a la oferta del competidor y la relación entre ambas ofertas. Además establece que el artículo 3 bis, 1, a), Dir. 84/450, debe interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional verificar si la omisión de la marca más renombrada puede resultar engañosa. Señala también que el precepto no se opone a que los productos comparados se compren a través de canales de distribución distintos, ni a que el anunciante realice una compra piloto a un competidor incluso antes de lanzar su propia oferta, siempre que se cumplan los requisitos para que la publicidad comparativa esté permitida, establecidos en dicho artículo. Finalmente, establece que una comparación de precios no implica el descrédito de un competidor, a efectos del artículo 3 bis, apartado 1, letra e), de la Directiva 84/450. La norma no impide que la publicidad comparativa reproduzca el nombre, logotipo e imagen del establecimiento del competidor si la publicidad se ajusta a los requisitos previstos por el Derecho comunitario.

– STJCE de 20 de mayo de 2003, *Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk* y otros y *Christa Neukom y Joseph Lauermann c. Österreichischer Rundfunk*. Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, Directiva 95/46/CE. Protección de la intimidad. Divulgación de datos sobre los ingresos de empleados de entidades sujetas al control del *Rechnunshof*. (Rec. 2003 I-04989). El TJCE afirma que las disposiciones de la Directiva y, en concreto, el derecho a la intimidad, deben interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales, que «forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» (par. 68). La comunicación a terceros –una administración pública– por parte del empresario de datos personales relativos a la retribución de las personas constituye una injerencia en la vida privada (par. 74) y sólo puede justificarse, al amparo del artículo 8.2 CEDH, si la medida es adecuada y necesaria (par. 90) para lograr el objetivo de mantener los salarios dentro de unos límites determinados. Se declara que los artículos 6.1.c), 7.c) y e) Dir. 95/46 son directamente aplicables y un particular puede invocarlos para evitar la aplicación del Derecho interno que sea contrario a tales disposiciones (par. 101).

Jurisprudencia Nacional (enero a mayo 2005)

MIRIAM ANDERSON
Profesora Lectora de Derecho civil
Universidad de Barcelona

TRIBUNAL SUPREMO

– ATS de 25 de enero de 2005 (JUR 2005/95588). Ponente: Clemente Auger Liñán. Se confirma la inadmisión del recurso de casación interpuesto sin traslado de copias a la recurrida (infracción de los arts. 483.2.1.º, 276 y 277 LEC), sin perjuicio de que el rigor de la carga procesal deba atemperarse en los casos en que es el propio órgano jurisdiccional quien induce, propicia, motiva o coadyuva a la omisión de su cumplimiento, de conformidad con la doctrina impuesta tanto por el TC como por el TEDH (cita como ejemplos de decisiones recientes en este sentido STEDH de 26 de octubre de 2000, as. *Leoni vs. Italia*, y STEDH de 15 de febrero de 2000, as. *García Manibardo vs. España*). No se estiman concurrentes en el caso motivos de atenuación de la exigencia.

– STS de 2 de marzo de 2005 (RJ 2005/1765). Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. Cláusulas limitativas. Diferenciación respecto de las cláusulas de delimitación del riesgo asegurado. La cláusula conforme a la cual se establece que la cobertura del seguro no se extiende a siniestros acaecidos fuera del territorio español no es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, sino que define cuándo nacen tales derechos, de modo que no le es de aplicación la normativa relativa a las referidas cláusulas limitativas. Abundante aportación jurisprudencial al respecto.

– STS de 3 de marzo de 2005 (RJ 2005/1770). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Propiedad Industrial: Marcas. Acción de cesación. Se estiman concurrentes los requisitos necesarios para que prospere una acción de cesación de conformidad con lo dispuesto en el capítulo II de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, en la actualidad derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre. A mayor abundamiento, se estima que la marca goza de la cualidad de notoria.

– STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/1697). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Propiedad Industrial: Marcas. Aplicación del Derecho comunitario e interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario. Segunda STS relativa a un supuesto de cancelación de marcas

por no uso y de marca derivada, a raíz de la anulación de la primeramente dictada (STS de 22 de septiembre de 1999, RJ 1999/6604) por STC de 9 de febrero de 2004 (RTC 2004/8). Planteada una cuestión prejudicial comunitaria, el TS considera (FJ 3.º): «innecesario el planteamiento de cuestión prejudicial alguna ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Solamente, y de forma breve, resulta oportuno recordar, que, sin perjuicio del deber de interpretar el derecho interno en sintonía con el ordenamiento jurídico comunitario, no cabe aplicar, por regla general, las Directivas Comunitarias que contradigan aquel cuando se trata de conflictos entre particulares [SS. de 22 de abril (RJ 2002, 3311) y 13 de junio de 2002 y 30 de abril de 2004 (RJ 2004, 1678), y las que cita]. En el caso deben aplicarse las normas del Estatuto de la Propiedad Industrial (RCL 1930, 759) y de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre (RCL 1988, 2267) [que en diversos extremos disuena de la Directiva comunitaria 104/89/CEE (LCEur 1989, 132), cuya incorporación al ordenamiento interno tuvo lugar por su transposición por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre (RCL 2001, 3001), la cual no es aplicable al caso por razones de derecho intertemporal]». Por lo que se refiere al sentido de la exigencia de «uso real y efectivo» de la marca, el TS analiza en el FJ 6.º la situación doctrinal al respecto en España, los términos adoptados por legislaciones extranjeras y la doctrina establecida en la STJCE de 11 de marzo de 2003 (TJCE 2003/74) al interpretar el artículo 12.1 de la Directiva 89/104/CEE, relativa a la aproximación de los Estados miembros en materia de marcas, para entender que «esta resolución comunitaria es sustancialmente aplicable al régimen jurídico interno anterior a la Ley de Marcas de 2001, porque, como la misma declara, debe seguirse en relación con el tema una interpretación uniforme en toda la Comunidad, para que la adquisición y conservación de un derecho sobre la marca registrada estén, en principio, sujetos, en todos los Estados miembros, a las mismas condiciones, y el concepto de uso efectivo constituye el elemento determinante del mantenimiento de los derechos de la marca; a lo que debe añadirse, que, sin desconocer las importantes diferencias de regulación en la materia entre las normativas de 1988 (RCL 1988, 2267) y la de 2001 (que traspone, casi totalmente, la DC), sin embargo, ambas, recogen el mismo concepto con el doble adjetivo “real” y “efectivo” con relación al uso obligatorio».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Cláusulas abusivas

– SAP de Valencia núm. 66/2005, de 14 de febrero de 2005 (TOL 621076). Intereses desproporcionados. Validez de una cláusula de vencimiento anticipado, siempre que no permita la resolución discrecional por una de las partes y que se conceda a la otra una facultad equivalente, de conformidad con el criterio que recogen los artículos 10 bis.17 LGDCU y 10 de la Ley 7/1995. En el mismo sentido, SAP Madrid núm. 114/2005, de 4 de marzo de 2005 (TOL 625892), que, por otro lado, confirma la invalidez de una cláusula de redondeo al alza de los intereses. Validez de los intereses moratorios pactados, pese a ser elevados, atendiendo a las circunstancias del caso, tal y como indican la Ley 7/1998, de 13 de abril, al dar redacción a la DA 1.ª LGDCU, ap. 29, y la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo,

artículo 4. Respecto de esta última cuestión, en idéntico sentido, SAP de Barcelona, de 1 de febrero de 2005 (JUR 2005/81376) y SAP de Lleida, de 27 de enero de 2005 (JUR 2005/81737).

– SAP de Cáceres, de 6 de abril de 2005 (JUR 2005/99743). Se consideran abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho ciertas condiciones relativas a la duración y denuncia de un contrato de mantenimiento de elevadores.

Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles

– SAP de Ciudad Real, de 9 de febrero de 2005 (JUR 2005/92060). Se confirma la anulabilidad a instancia de la compradora del contrato de compraventa de enciclopedia realizado fuera de establecimiento mercantil, por no constar que se entregase el documento de revocación exigido por el artículo 3 de la Ley 26/1991, en el momento de concluirse el contrato. No importa que hayan transcurrido los plazos para la revocación, puesto que la nulidad derivada de la incorrecta formalización del contrato opera con carácter previo.

– SAP de Burgos, de 28 de febrero de 2005 (AC 2005/330). Venta domiciliaria. Se declara la nulidad del contrato de compraventa de una enciclopedia celebrado en el domicilio de la compradora, en el cual la parte vendedora no hizo constar la fecha, incumpliendo así uno de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre.

Contrato de agencia

– SAP de Murcia, de 23 de marzo de 2005 (JUR 2005/100203). Diferencias con el contrato de distribución en exclusiva; imposibilidad de aplicar a este último la Ley 12/1992.

Contrato de seguro

– SAP de Cáceres, de 15 de abril de 2005 (JUR 2005/99270). Al ser obligatorio para las compañías aseguradoras remitir al Fichero Informativo de Vehículos Asegurados las altas, propuestas y solicitudes de seguro aceptadas, la certificación del referido fichero es determinante respecto de la vigencia del seguro (DT 13.^a Ley 30/1995, RDGS de 8 de marzo de 1996 y Directiva 90/232/CEE, de 14 de mayo de 1990).

Crédito al consumo

– SAP de Baleares, de 3 de febrero de 2005 (AC 2005/20); SAP de Cantabria, de 28 de enero de 2005 (AC 2005/60). Se considera que un contrato de préstamo para la financiación de un curso de inglés, existiendo un acuerdo previo entre el financiador y el proveedor del curso y siendo ofertado con carácter de exclusividad, constituye un «contrato vinculado» de conformidad con el artículo 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Por tanto, deviene ineficaz al frustrarse por resolución unilateral del proveedor los contratos financiados, al cesar éste en la prestación de los bienes y servicios adquiridos por los demandantes.

Derechos de aprovechamiento por turno

– SAP de Asturias, de 15 de febrero de 2005 (AC 2005/277). Se declara la nulidad de un contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico en aplicación de los artículos 10.1.a) y c) y 10 bis LGDCU, por no haberse incluido en el contrato la transcripción literal de los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

– SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 7 de marzo de 2005 (JUR 2005/103869). Pese a referirse el contrato a un inmueble situado en Andorra al que, en consecuencia, no les es de aplicación la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, la falta de claridad y el carácter incompleto justifican el pronunciamiento de nulidad del referido contrato de adhesión, de acuerdo con la normativa general de defensa de los consumidores y usuarios.

Garantías en la venta de bienes de consumo

– SAP de Burgos, de 17 de febrero de 2005 (JUR 2005/101107). La aplicación de la Ley 23/2003, de 10 de julio, no depende de que se haya hecho referencia a ella en el contrato de venta. No puede estimarse la pretensión resolutoria del comprador cuando con anterioridad ha optado claramente por la reparación y ésta se ha llevado a cabo correctamente.

– SAP de Madrid, de 28 de febrero de 2005 (JUR 2005/84478). Compraventa civil: responsabilidad del vendedor y de la sociedad garante por los defectos ocultos en el bien vendido. Sentencia pronunciada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 23/2003, de 10 de julio. Se estima que tanto el vendedor como la sociedad que prestó la garantía voluntaria, con independencia de cuáles sean sus relaciones internas, deben responder conjuntamente frente al comprador en un supuesto en el que se vendió un automóvil de segunda mano con un kilometraje superior al que aparecía en el marcador; la decisión se basa en los artículos 3.a) y 11.2 LGDCU, sin perjuicio de que, además, hubiesen podido regir las previsiones de los artículos 1484 y siguientes CC por cuanto que los plazos no habían transcurrido todavía cuando el comprador reclamó. No obstante, en el caso enjuiciado no se condena al garante, puesto que ya en primera instancia quedó establecido que no había sido avisado con la antelación pactada al contratar la garantía voluntaria. Además, el Tribunal estima que el vendedor responde de los daños y perjuicios ocasionados de conformidad con los artículos 25 a 27 LGDCU y, finalmente, respecto del hecho de no haberse configurado el sistema de navegación en castellano, acudió a la regla prevista en el artículo 1907 CC.

Inmisiones acústicas

– SAP de Madrid, de 14 de enero de 2005 (AC 2005/213). Condena a cesar en la realización de actividades que superan el nivel de contaminación acústica permitido, con indemnización de los daños y perjuicios producidos.

Propiedad industrial

– SAP de Zaragoza, de 10 de febrero de 2005 (JUR 2005/76877). Marcas. La llamada preclusión por tolerancia recogida en la LM conlleva la sujeción de las pretensiones de nulidad relativa a un régimen peculiar y distinto al

de la prescripción. El artículo 55 LM contempla la caducidad de la marca como sanción por incumplimiento de la obligación de uso que impone el artículo 39 LM. El concepto de uso efectivo es indeterminado y de difícil aprehensión y el TJCE afirma ser competente para interpretarlo (STJCE de 11 de marzo de 2003, caso *Ansul v. Ajax* –TJCE 2003/74– y ATJCE de 27 de enero de 2004 –TJCE 2004/20).

Propiedad intelectual

– SAP de Murcia núm. 109/2005, de 17 de marzo de 2005 (TOL 615880). No constituye un acto de comunicación pública la mera recepción de imágenes por parte de un hotel y su contemplación en las habitaciones, siempre que el hotel no cuente con su propia red de difusión a efectos de retransmitir las imágenes. El TJCE tiene resuelto (S de 3 de febrero de 2000; TJCE 2000/16) que la cuestión acerca de si la captación de señales vía satélite o terrestre y su difusión por cable a las distintas habitaciones de hoteles constituye un acto de comunicación al público o de recepción por el público no está regulada en la Directiva 93/1983 y debe ser apreciada según la legislación de cada Estado.

Viajes combinados

– SAP de Guadalajara núm. 31/2005, de 4 de febrero de 2005 (TOL 604417). Responsabilidad del mayorista. Responsabilidad solidaria de mayorista y minorista: posturas de las Audiencias Provinciales respecto de la responsabilidad del minorista

– SAP de Zaragoza, de 1 de abril de 2005 (AC 2005/665). Se estima concurrente causa de fuerza mayor suficientemente acreditada para la cancelación de un viaje contratado sin necesidad de abonar penalización alguna, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio. A pesar de reconocer que la cuestión no es pacífica, el Tribunal se inclina por la responsabilidad solidaria de minorista y mayorista por lo que se refiere a la devolución del precio pagado por el consumidor (art. 11 Ley 21/1995).

Libros sobre Derecho Privado Europeo Recensiones y otras Noticias Breves

LETE ACHIRICA, Javier (ed.): *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Santiago de Compostela, 2004.

I. El libro es fruto de la Conferencia internacional que se desarrolló en la facultad de derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, los días 30 y 31 de enero de 2004. Dicho evento versaba, como el propio título de este volumen indica, sobre la garantía en la venta de bienes de consumo. En esta obra se recogen las ponencias presentadas por profesores universitarios y juristas de prestigio internacional (Ferran Badosa Coll, Ludovic Bernardeau, María Paz García Rubio, Hans-Wolfgang Micklitz, Antonio Manuel Morales Moreno, Pilles Paisant, Geneviève Pignarre, Sophie Stijns, entre otros) en el referido Congreso. Desde luego, también estuvo presente el punto de vista de los sectores afectados: por un lado, los empresarios a través de la intervención de Christine De Saint Didier (representante del MEDEF y de Peugeot) y, por otro, los consumidores, con la presencia del jefe de servicio de protección al consumidor del Instituto Galego de Consumo, José María Pita Ponte.

II. Los diferentes escritos que en el libro se recogen abordan, desde diferentes ángulos, la reciente regulación tanto comunitaria como nacional de la garantía en la venta de bienes de consumo. De todos ellos, sin embargo, pueden extraerse unas líneas de preocupaciones comunes que son las que seguidamente se exponen:

a) La importancia de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, que regula determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171, de 7 de julio de 1999, p. 12) y el impacto que supone, en los diferentes ordenamientos jurídicos de los estados miembros, al tocar el corazón del derecho de obligaciones (incumplimiento) y del derecho de contratos (la compraventa).

b) De destacar es la preocupación sentida acerca de la técnica legislativa empleada por los diferentes estados miembros para incorporar a su ordenamiento interno la Directiva 1999/44/CE, extremo éste causa de desarmonización en el seno de la Unión Europea. Así, de los Estados miembros representados en el Congreso del que trae causa la obra que comentamos, resulta una diversidad de técnicas legislativas, de entre las cuales la española resulta, por razones obvias, la más susceptible a la crítica (Javier Lete Achirica: *La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo*,

p. 197). Conocido es que Alemania optó por aprovechar la incorporación de esta Directiva para modernizar todo su derecho de obligaciones en el que ya venía trabajando desde hacía, al menos, veinticinco años (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001). La técnica legislativa empleada, pues, ha consistido en incorporarla directamente al BGB (Hans-W. Micklitz: *La transposition de la directive 1999/44 en droit allemand*, pp. 261 ss.). Bélgica ha optado por incorporar la Directiva también en el Código Civil pero simplemente como nuevos artículos (arts. 1649 bis hasta 1649 octies CC incorporados por la Ley 2004-09-01/38, entrando en vigor el 1 de enero de 2005) en el capítulo dedicado a la compraventa sin detenerse a coordinar la norma emanada de las instancias europeas con las normas al respecto ya existentes. La misma línea ha sido seguido por el legislador italiano de la que no se da cuenta en esta Conferencia internacional (arts. 1519 bis –1519 octies Codice civile introducidos mediante el Decreto legislativo núm. 24, de 2 de febrero de 2002). Francia, el Estado miembro que más tiempo ha tomado en la incorporación de la Directiva, finalmente ha optado por incorporarla a su Code de la Consommation (L-211 ss. introducidos mediante la Ordonnance núm. 2005-136, de 17 de febrero de 2005, Journal Officiel de 18 de febrero de 2005), si bien la propuesta del grupo Viney iba en la misma dirección que el legislador alemán (Gilles Paisant: *La transposition, en France, de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation*, pp. 227 ss.). Portugal aunque, en principio, optó por la técnica legislativa española (Decreto-Lei núm. 67/2003, de 8 de abril, Diário da República I, série A, núm. 83, p. 2280), prevé su incorporación en un futuro Código de consumo siguiendo, finalmente, el modelo francés (António Pinto Monteiro: *La transposition de la directive 1999/44/CE dans le droit portugais*, pp. 247 ss.). España, como se sabe, opta por incorporar la Directiva mediante una Ley especial (Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, BOE, núm. 165, de 11 de julio de 2003) con todos los problemas jurídicos que ello plantea y que, por conocidos, no es menester relatar aquí (Antonio Manuel Morales Moreno: *Adaptación del Código Civil al derecho europeo: La compraventa*, Ponència a les dotzenes Jornades de Dret català a Tossa, Universidad de Girona, 2002, pp. 118 ss.). No obstante, habida cuenta de la disposición final cuarta de la Ley 23/2003 en virtud de la cual se habilita al Gobierno para que, en el plazo de tres años, proceda a refundir en un texto único las normas que afectan a los consumidores, quizá terminemos en España por tener, como en Francia y en Portugal, un código del consumo o de los consumidores que dé coherencia jurídica a este sector del ordenamiento jurídico. No es ésta la técnica legislativa más adecuada –la opción alemana es, nos parece, la más adecuada y más urgente en nuestro ordenamiento jurídico (Susana Navas Navarro: *El incumplimiento no esencial de la obligación*, Madrid, 2004, pp. 164 ss.)– pero es mejor que la que viene empleando, en los últimos años, el legislador español a la hora de incorporar las directivas comunitarias.

c) La armonización que lleva a cabo la Directiva es mínima y parcial debido, se sostiene, a ser fruto del compromiso entre profesionales y consumidores (Fabrice Picod: *La directive 1999/44/CE. Genèse et principes*, pp. 23 ss.). Se trata de una primera aproximación a la unificación de diferentes tradiciones jurídicas, la anglosajona y la romana y ello sólo se ha podido hacer cambiando la naturaleza jurídica del saneamiento por vicios ocultos en los ordenamientos jurídicos de corte romano-francés y romano-germánico, que pasa de ser una norma que afecta(ba) a la causa onerosa a representar una

forma de identificar el objeto del contrato: de norma causal a norma del objeto del contrato (Ferran Badosa Coll: *El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor. Los plazos del artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, p. 130). A nuestro modo de ver, el legislador comunitario podía haber ido un poco más allá y haber incluido dentro de la falta de conformidad con el contrato, la existencia de los denominados vicios jurídicos o, como se conoce en los sistemas latinos, el saneamiento por evicción y gravámenes ocultos. Incluso podía haber postulado la fundamental distinción entre incumplimiento esencial y no esencial y desde esta perspectiva asignar los diferentes remedios jurídicos de los que dispone el comprador consumidor (Susana Navas Navarro: *El incumplimiento no esencial de la obligación*, Madrid, 2004, pp. 42 ss.). En definitiva, se reconoce de una forma u otra, en las distintas ponencias presentadas a la Conferencia internacional de la que, implícitamente, damos cuenta, la gran influencia, en cuanto modelo, que para el legislador comunitario, ha representado la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 («BOE» núm. 26, de 30 de enero de 1991). Pero nótese que las relaciones que regla este texto internacional son las que tienen lugar entre vendedores y compradores profesionales; mientras que la Directiva 1999/44/CE regla las relaciones existentes entre empresarios y consumidores, lo que viene a demostrar el carácter de verdadero modelo del incumplimiento que representa el recogido en la mencionada Convención (arts. 25, 35 ss., 51 y 73).

d) Otra reflexión, que aparece en las diferentes contribuciones que conforman este libro, es la dificultad existente en la armonización/unificación [vid. en torno al uso de estos vocablos, Sergio Cámara Lapuente: «Un derecho privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en Sergio Cámara Lapuente (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, p. 51; Esther Arroyo i Amayuelas: «Estudio preliminar: las perspectivas de un Derecho privado europeo» en Esther Arroyo Amayuelas/Reiner Schulze/Reinhard Zimmermann, *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, Madrid, 2002, p. 28] del Derecho privado europeo mediante la publicación de Directivas, las cuales, salvo supuestos contados (así, la Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y la Directiva 2002/65/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización distancia de servicios financieros destinados a los consumidores), suelen tener carácter de armonización mínima, lo que da un amplio margen de actuación a los estados miembros. Ello trae como resultado —y muy acertadamente destaca María Paz García Rubio— un efecto contrario al deseado, esto es, la «desarmonización» y distanciamiento entre los sistemas jurídicos (*La Directiva 1999/44: caos y orden en la construcción de un derecho contractual europeo*, pp. 313 ss.). Ahora bien, preciso es significar que en las directivas tendentes a la protección de los consumidores se repiten toda una serie de conceptos jurídicos (v. gr. concepto de consumidor, deberes precontractuales, carácter vinculante de la publicidad, derecho de desistimiento, etc...) que permiten extraer toda una serie de principios comunes que pueden servir de base para la construcción del derecho contractual europeo. Ésta es

la labor que se ha propuesto el *Acquis-Group*, uno de los grupos que actualmente, en el seno de la Unión europea, está estudiando la deseada, por las instancias comunitarias, construcción y del cual me honro formar parte (<http://www.acquis-group.org>).

III. La comunidad científica debe felicitar, en definitiva, por eventos de este tipo que dan a conocer el trabajo de las instancias comunitarias, de los institutos y academias que se dedican al estudio y edificación del Derecho europeo, como la Academia de Derecho europeo de Trier (Alemania), representada, en la Conferencia de la que venimos haciendo mención, por su director el Dr. Wolfgang Heusel, de los juristas que se preocupan por estos temas y por profesores universitarios como el Profesor Javier Lete Achirica que, comprometidos con la referida edificación del Derecho Privado europeo, hacen posibles eventos y publicaciones como la obra objeto de nuestra atención.

Susana NAVAS NAVARRO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RAUSCHER, Thomas/HEIDERHOFF, Bettina/VON HEIN, Jan/LEIBLE, Stefan/MANDOWSKI, Peter/RAUSCHER, Thomas/STAUDINGER, Ansgar: *Europäisches Zivilprozeßrecht Kommentar*, Sellier. European Law Publishers GmbH, München 2004.

Desde el Convenio de Bruselas de 1968, pasando por la Reforma de Maastricht, que creó el llamado «tercer pilar», hasta la Reforma de Amsterdam, que permitió legislar con normas de Derecho derivado en materia de cooperación en el ámbito de la justicia, se ha ido observando una voluntad, siempre creciente, de garantizar un espacio de justicia que facilite la ejecución de las libertades comunitarias. En Niza se consolida esta tendencia, puesto que se facilitó el procedimiento de adopción de estas normas. Y deberá desarrollarse aún más con la entrada en vigor de los artículos III-257 y ss de la Constitución Europea. Ése fue, también, el objetivo de la Decisión de 28 de mayo de 2001 por la que se crea una Red Judicial europea en materia civil y mercantil. Sin embargo, a pesar de todo, todavía estamos muy lejos de una armonización legislativa europea en materia de Derecho Procesal. No obstante, la creación de dichas normas de Derecho derivado está empezando a facilitar, si no la total armonización, sí, al menos, que el citado espacio de justicia se esté convirtiendo en una auténtica realidad.

En este contexto, tan atractivo para diversos autores que ya han publicado otras obras sobre la cuestión (por ejemplo, en lengua española, Azparren Lucas, Gutiérrez Zarza, Lopes Da Mota: *El espacio judicial europeo cooperación judicial civil y penal: código de normas*, ed. Colex, Madrid 2004), se sitúa la obra reseñada, dedicada a comentar normas tan importantes como el Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, básico en la materia; el Reglamento 1347/2000, sobre el mismo tema pero en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes; el Reglamento 1348/2000, sobre notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, y el Reglamento 1206/2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdic-

cionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

La obra está dirigida por el Profesor Thomas Rauscher, que ocupa la cátedra de Derecho Internacional privado, Derecho comparado y Derecho Civil de la Universidad de Leipzig. El resto de comentaristas son, asimismo, docentes universitarios del más alto nivel, especializados todos ellos en Derecho Internacional privado y Derecho Procesal internacional en diversas universidades alemanas.

La obra puede parecer extensa (más de mil páginas), pero en realidad el volumen de la misma se deriva del gran número de preceptos a analizar. Consiste en una glosa concisa, precepto por precepto, de cada norma comunitaria comentada. Sin embargo, en ocasiones, se va más allá de dicha glosa, puesto que en el comentario del Reglamento 44/2001, que ocupa prácticamente la mitad de la obra, destaca la magnífica introducción del Profesor Staudinger, (pp. 8 a 45), imprescindible para el conocimiento del pasado, presente e incluso futuro del ámbito del Reglamento citado, también llamado «Bruselas I», y que viene a sustituir, salvo para Dinamarca, al antiguo Convenio de Bruselas de 1968.

Al estar dirigido el estudio, primordialmente, a jueces y abogados, posee un claro enfoque práctico, abordando cada artículo centrándose en los problemas de aplicación del mismo, dejando de lado farragosas explicaciones doctrinales, y utilizando muy activamente la jurisprudencia del TJCE en los preceptos en que ha sido posible, por existir normas anteriores de similar tenor. El *modus operandi* es muy acertado, puesto que un comentario estrictamente doctrinal hubiera desbordado completamente el proyecto, teniendo en cuenta el enorme número de preceptos comentados.

Sin embargo, la formación universitaria de los autores se deja sentir en los materiales empleados para la elaboración de la obra. Todos los comentarios cuentan con extensas referencias bibliográficas en las que se hallarán citadas obras de los diversos Estados miembros en lengua española, francesa, inglesa e italiana. Aunque estando dirigida la obra, primordialmente, al lector alemán, se acaban utilizando de manera efectiva principalmente obras de autores alemanes, por lo que las citas de doctrina de otros países simplemente tienen la intención de ilustrar al lector sobre la bibliografía existente en otros Estados en cada caso, lo que resulta de especial utilidad al plantearse un caso concreto de aplicación de las normas comentadas con respecto a uno de esos Estados cuya bibliografía se cita.

Jordi NIEVA FENOLL
Profesor Titular de Derecho procesal
Universidad de Barcelona

RAUSCHER, Thomas: *Der europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen*, Sellier. European Law Publishers GmbH, München 2004.

El desarrollo del espacio de justicia europeo, como quedó decidido en la reunión del Consejo en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999, precisaba de la supresión del *exequatur*, así como de la creación de un procedimiento rápido y eficaz para el reconocimiento mutuo de títulos ejecutivos de los Estados miembros, de manera que fueran ejecutables en las mismas condiciones que

un título interno. Las reclamaciones dinerarias constituyen la parte más importante del contencioso en los tribunales de cualquier Estado, y por ello las Instituciones de la Unión están trabajando activamente en la simplificación de dichas reclamaciones cuando poseen el elemento transnacional.

La próxima novedad importante, si llega a buen término, será la creación de un procedimiento común de reclamación de deudas de escasa cuantía, en el que acertadamente se opta de manera valiente por la escritura, frente a la oralidad, de lo cual ojalá tomen nota los legisladores internos. No obstante, el proyecto está todavía en fase de estudio. Sin embargo, debe saludarse la iniciativa tendente a la armonización, siguiendo la línea marcada por el recientemente desaparecido Profesor Giuseppe Tarzia, en su trabajo «Modelli europei per un processo civile uniforme», *Riv. di Dir. Proc.*, 1999, pp. 947 y ss.

El Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, es un paso más, y muy importante, en la materialización de ese espacio de justicia. Se encarga de comentar dicho reglamento el Profesor Thomas Rauscher, catedrático de Derecho Internacional privado, Derecho Comparado y Derecho Civil de la Universidad de Leipzig, reputado especialista en materia de Derecho Procesal Civil Europeo.

El comentario debía ser forzosamente breve, por las características de la propia edición, enmarcada en la publicación periódica *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivaterecht-GPR*, del que el estudio comentado es uno de los estudios monográficos que irán acompañando a dicha publicación (*Schriften zum Gemeinschaftsprivaterecht*). Pero a pesar de la brevedad, lo cierto es que el estudio no constituye una simple repetición comentada de los preceptos del Reglamento, sino que el autor se pone en el lugar del juez y del abogado que utilizarán en el mismo. De ese modo se analizan, entre otros, los dos problemas que, por desgracia, más van a entorpecer desde el punto de vista práctico la aplicación del Reglamento: el orden público (aun partiendo del principio de confianza mutua, pp. 7 y ss.), y las diferencias existentes en los procedimientos de notificación de los Estados miembros (pp. 19 y ss. y 41 y ss.), que precisan de una urgente armonización. Se trata de dos circunstancias tan esenciales, que si no se resuelven de manera acertada provocarán el fracaso más rotundo del Reglamento.

La obra del Profesor Rauscher ofrece, por tanto, una herramienta útil a los participantes en un proceso de estas características, puesto que les ofrece una información rápida de todos los puntos del Reglamento, sin entrar en innecesarios detalles dogmáticos que poco importan a los profesionales. La publicación está en la línea de otras ya existentes –por ejemplo, en España, la de Rodríguez Vázquez, M.^a Ángeles: *El título ejecutivo europeo*, Ed. Colex, Madrid 2005–, así como otros artículos doctrinales que no es momento de referir ahora. En cualquier caso, esa riqueza bibliográfica, teniendo en cuenta lo reciente del Reglamento, que no es de entera aplicación hasta el 21 de octubre de 2005, dan prueba del interés de obras como la comentada, que merecería la pena que fuera traducida al español para la mayor accesibilidad de las ideas manifestadas por Rauscher.

Jordi NIEVA FENOLL
Profesor Titular de Derecho procesal
Universidad de Barcelona

BAUMANN, Antje: *Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte. Eine vergleichende Untersuchung der UNIDROIT Principles, der Principles of European Contract Law, des Uniform Commercial Code und des deutschen Rechts*, Osnabrück, V&R Unipress, 2004, 216 pp., ISBN 3-89971-155-6.

En el Derecho Comunitario no existen disposiciones generales sobre la interpretación de los contratos y, entre las pocas reglas que éste dedica al tema, destacaría el artículo 5 Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, que establece la interpretación *contra proferentem*, en virtud de la cual en la interpretación de las cláusulas que consten por escrito y que no tengan un sentido claro debe prevalecer el que sea más favorable al consumidor. Para llenar estas lagunas del *acquis* y dotarle de una mayor coherencia, además del recurso a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (art. 8), se impone también el análisis del Derecho comparado, esto es, el análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia de los Estados miembros [Reiner Schulze 1 (2005) *European Review of Private Law* 2005, 15]. Y ahí es donde juega un papel importante la tesis doctoral de Antje Baumann porque, con la finalidad inmediata de descubrir si los métodos nacionales de interpretación de los contratos sirven para interpretar los contratos internacionales, explica la historia y el derecho actualmente vigente en torno a esta materia en Alemania y los EUA, contrastando las soluciones que éstos proporcionan con las de los textos de Derecho uniforme europeo (PÜ, PECL) y americano (UCC). Queda excluido del análisis el *Common Law* británico pero como contrapartida se analizan las reglas del *2nd Restatement on Contracts*, que tanta influencia han tenido sobre el *Commercial Code*, y éste, a su vez, sobre los Principios Unidroit, puesto que ambos se ocupan de las reglas de la contratación internacional. Se omite también cualquier consideración al Convenio de Viena.

Tras la delimitación de la finalidad de la investigación y una somera presentación de su contenido (Cap. 1), el Cap. 2 está dedicado a la comparación jurídica de los ordenamientos sobre los que se trabaja y el *soft law* al que también se acaba de aludir, procurando analizar algunas de las cuestiones más relevantes. En una primera parte, tras la constatación de que la común intención de los contratantes es el elemento principal de interpretación en todos los ordenamientos jurídicos [§ 133 BGB; con diferente formulación de la del Derecho alemán en los arts. 4.1 (1) y 4.2 (1) Unidroit, art. 5:101 (1), (2) Lando y la Sec. 201 (1981) *2nd Restatement*], Baumann explica la necesidad de recurrir a otras reglas normativas cuando tal voluntad no pueda deducirse porque cada una de las partes interpreta cosas distintas. Supuesto, pues, que deba ser superada la teoría subjetiva, el problema es entonces determinar los estándares que deban servir para objetivar la interpretación. En primer lugar, se describe el parámetro de la «razonabilidad», es decir, el sentido que al contrato daría cualquier persona razonable. Los § 157 BGB, 4.1 (2) Unidroit, 5:101 (3) PECL apenas presentan diferencias en este punto y también el Derecho americano ha seguido el mismo camino. Como ejemplo, cita la autora (p. 47) el caso *A&G Construction Co v. Reid Brothers Logging Co* [547 P 2d. 1207 (Alaska 1976)], en virtud del cual no quedaba claro si el precio a pagar por los materiales de construcción de una autopista a cuyo suministro se había obligado la empresa *Reid* era el correspondiente a todo el material suministrado o si sólo debía incluir el efectivamente utilizado en tal construcción. El contrato no era claro en este punto, pero el Juez decidió a favor del suministrador en base a la consideración que «a reasona-

ble merchant would expect to be paid for all material supplied to a purchaser». Otra cosa es que el Derecho americano haga primar el *reasonable-test* y que los derechos continentales opten por dar preferencia a la teoría subjetiva de la común intención de los contratantes.

En otro caso, se atiende a las circunstancias relevantes [expresamente, art. 4.3 Unidroit, art. 5:102 PECL o § 1-205 (1) UCC; este último, de manera bastante amplia (la misma que se utiliza para definir el contrato [§ 1-201 (3)], señala: «[...] *by [the parties] action, read and interpreted in the light of commercial practices and other surrounding circumstances*». Mientras que las circunstancias concurrentes tras la celebración del *contrato* apenas son tenidas en cuenta en el Derecho alemán, en cambio sí que son relevantes para los PECL o los PU y, en éstos, con una amplitud mayor que en el Derecho americano.

La segunda parte de este mismo capítulo se dedica a las máximas de la interpretación, no tipificadas en el BGB –sí desarrolladas por la jurisprudencia para dotar de contenido a los §§ 133, 157, 242 BGB– pero sí en numerosos preceptos del *Soft Law* y, en todo caso, coincidentes entre sí y también con las reglas desarrolladas en el *Common Law*. Son las que ayudan a desvelar el sentido de una cláusula cuando ésta es oscura [entonces se aplica la máxima *magis ut res valeat quam pereat* para evitar la ineficacia del contrato: *in favorem validitatis*, art. 4.5 PU, 5:106 PECL, § 203 (a) 2nd. *Restatement on Contract*] o las que se refieren a la divergencia entre textos redactados en más de una lengua (art. 4.7 PU, art. 5:107 PECL; lógicamente, no existen reglas ni en el BGB ni en el UCC); y las que procuran la mayor equiparación de posiciones jurídicas, equilibrio de prestaciones, o reciprocidad de intereses: así, la regla *contra proferentem* –aunque el BGB la ha limitado a las cláusulas generales, § 305 c Abs. 2– la que ordena la interpretación restrictiva cuando de cláusulas que limiten los derechos de uno de los contratantes, o la preeminencia de una cláusula negociada frente a otra que sea estándar (art. 2.21 PU, 5:104 PECL).

Finalmente, el capítulo concluye con dos secciones (III y IV) dedicadas a las especialidades de la interpretación de los contratos concluidos por escrito, en las que se profundiza sobre las cuestiones analizadas anteriormente.

El Capítulo 3 es el más sugestivo porque en él la autora justifica la respuesta a la pregunta expuesta al comienzo del libro, que es la que ha guiado la investigación en el capítulo inmediatamente anterior [amplio capítulo de 123 páginas (pp. 21-144)]. Tras pronunciarse sobre los aciertos y debilidades de las regulaciones analizadas y sugerir propuestas de mejora en algunos aspectos de los PU (por un lado, en relación con la interpretación de textos bilingües y, por el otro, en cuanto a la necesidad de colmar las lagunas del contrato de la manera que económicamente sea más eficiente) la autora recomienda la utilización de los PU como instrumento de Derecho uniforme que debería aplicarse en la interpretación de los contratos mercantiles internacionales, evitando así que el Juez tenga que recurrir a las reglas de un ordenamiento que él desconoce. Niega, pues, que sea imposible encontrar principios generales para la interpretación de los contratos internacionales o que su descubrimiento sea tan difícil como generalmente ha sido afirmado por parte de la doctrina alemana.

Esther ARROYO I AMAYUELAS
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Barcelona

SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a Elena-GAMBARO, Antonio (eds.): *Land Law in comparative perspective*, Kluwer Law International, 2002.

Nos hallamos ante un libro original. Su título denota el eje central alrededor del cual gira toda la obra, aunque sin mostrar ánimo de exhaustividad: pretende el estudio del derecho inmobiliario desde una perspectiva comparativista. Y quién mejor que dos reputados profesores e investigadores en el ámbito del derecho inmobiliario, como son la Dra. Elena Sánchez Jordán y el Dr. Antonio Gambaro, para aglutinar escritos de hasta quince participantes que son el resultado del Congreso anual que tuvo lugar en 2001 en Santa Cruz de Tenerife de la Asociación de la Ciencia Jurídica, dedicada entonces a esta compleja lid.

Si bien el tronco principal lo conforma el derecho inmobiliario y su estudio desde una óptica comparativista, dos son las constantes que planean sobre la obra: primero, la dicotomía propiedad privada vs. sus límites y controles privados (Registro, función social) y públicos (planeamiento urbanístico); el segundo, la conjugación de tres bloques de artículos: 1) los dedicados al Derecho comparado, 2) los dedicados al Derecho español y 3) los dedicados al contexto legislativo canario. Estas dos constantes hacen que esta obra sea única, en el sentido que puede interesar a investigadores y profesionales de cada uno de estos tres ámbitos, permitiendo incluso que uno pueda empezar de lo general a lo particular (del Derecho comparado al canario) o viceversa (del canario al comparado), así como estudiar los tres bloques por separado (que bien podrían haber quedado así claramente sistematizados en la obra).

Buques insignia del Derecho comparado inmobiliario lo son las contribuciones de Frank Upham y de Van Erp. El primero, muy recomendable para aquellos que quieran una radiografía de la regulación inmobiliaria en Estados Unidos de una manera clara, amena y descriptiva, sin complejidades ni excesivos detalles. El segundo compara el Derecho hipotecario en el *civil law* con el del *common law*, sin dar tampoco demasiados datos, pero sí mostrando un esfuerzo de condensación en las ideas y claridad en la exposición, para finalizar hablando sobre la armonización hipotecaria europea hasta lo que existía en 2001, que es poco si tenemos en cuenta la evolución que está sufriendo la Eurohipoteca desde 2004, en parte gracias al impulso que el grupo *The Eurohypothech: a common mortgage for Europe* (www.eurohypothech.com) está efectuando [Mucha bibliografía, así como lo más avanzado a este respecto en este momento, la encuentran en Drewicz-Tulodziecka, Agnieszka (ed.), *Basic guidelines for a Eurohypothech*, Varsovia, mayo 2005, Polish mortgage credit foundation]. También puede hallarse un trabajo de Derecho comparado de García Cantero sobre el dualismo *numerus clausus vs. numerus apertus* en los derechos reales, debate que a menudo surge cuando se pretende alterar o modernizar/dinamizar el derecho inmobiliario e hipotecario de un determinado ordenamiento jurídico o a nivel europeo.

En el segundo bloque de artículos debemos destacar, como no podría ser de otra manera, las contribuciones de Pau Pedrón y de Carrasco Perera. El artículo del primero de ellos puede bien servir tanto para extranjeros que pretendan una introducción al Derecho registral español como para españoles –teóricos y prácticos– que quieran ver sistematizadas las virtudes de nuestro sistema registral. Efectivamente, se trata de un interesante recorrido por lo bueno y mejor del sistema registral español, al tiempo que se le compara con sistemas alternativos en otros ordenamientos jurídicos (especialmente destacan los resúmenes de virtudes del Registro de la Propiedad y su progresiva digitali-

zación; mucho más avanzada actualmente, como puede comprobarse en www.registradores.org). Naturalmente, el trabajo de Carrasco Perera, en la tónica de su excelente trabajo junto a otros autores en *Derecho de la Construcción y la Vivienda* (Dilex, 2005) que es un auténtico tratado de *housing* español, utiliza con gran fluidez las normas (de derecho público y privado) que van afectando a las transacciones inmobiliarias en España con algunos tintes comparativistas. Y hablando de *housing*, un trabajo interesante de Michael Schill en el libro sobre las barreras regulatorias al desarrollo de la vivienda en EEUU revela, desde una óptica neoliberal, cómo una ineficiente legislación urbanística e inmobiliaria puede impedir un eficaz desarrollo inmobiliario y provocar carencias o excesos de vivienda en diversas zonas de EEUU. Aprovecho, además, para reivindicar, una vez más, la necesidad de la constitución en nuestro país de unos estudios interdisciplinares de la vivienda, que ayuden a comprender desde la óptica jurídica, económica, financiera, arquitectónica, geográfica, medioambiental, etc., este complejo fenómeno (como sucede en el Reino Unido y en Alemania, por ejemplo), que tan protagonista está siendo en los últimos años en el contexto social y económico de España.

La rúbrica del libro la marca el tercer bloque de contribuciones que, desde diversas ópticas (derecho privado y público, con especial atención al régimen de aguas), analizan el régimen inmobiliario en las islas Canarias (tanto desde el derecho público como desde el derecho privado) y el impacto de las diversas disposiciones legislativas.

El libro está escrito prácticamente todo en inglés, cuenta con artículos más concretos y detallistas y otros con pretensiones claramente generalistas pero sintéticas que dan al lector que pretenda leer el libro de principio a fin la misma sensación que ir bajando por un río con torrentes y aguas estancadas: mucha información –en ocasiones trepidante– y condensada, conjuntada con estudio de instituciones concretas y de distintos ámbitos geográficos, que bien pudieran evocar los grandes contrastes de las islas afortunadas.

Sergio NASARRE AZNAR
 Profesor Lector de Derecho civil
 Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

CORDIANO, Alessandra: *Sicurezza dei prodotti e tutela preventiva dei consumatori*, Padova, Cedam, 2005, pp. 282.

El comienzo de la investigación está dedicada al estudio del origen del Derecho sobre la seguridad de los productos: originariamente surgida en el ámbito de la política general de tutela a los consumidores –por tanto, de naturaleza sustancialmente económica– la seguridad de los productos adquiere posteriormente un valor eminentemente social. La evolución de tal política ha sido puesta de manifiesto en las intervenciones comunitarias habidas hasta 1985 y luego en el llamado «nuevo enfoque», que ha sido el origen de la promulgación de las directivas «verticales» (esto es, las relativas a la seguridad de productos específicos), de la normativa técnica y de la imposición del sistema de certificaciones de calidad. Finalmente, se ha promulgado la Directiva 92/59, sobre seguridad general de los productos, y las sucesivas modificaciones de 2001. En seguida se ve que esta normativa presenta elementos novedosos y también que adopta un enfoque diferente, en la medida que procura una mayor atención a la tutela de los consumidores, con una función principalmente pre-

ventiva. La norma introduce una obligación de seguridad, núcleo y fundamento de la disciplina, que impone a los productores y distribuidores la colocación en el mercado de sólo productos que sean seguros; e introduce igualmente deberes accesorios a cargo de los mismos sujetos, de información y control sobre los productos, de entre los cuales es importante subrayar la importancia que adquieren respecto del momento precedente y del posterior a la puesta en circulación de los mismos. Ello lleva a analizar la normativa y la problemática relativa a la presentación y el etiquetado del producto, las certificaciones de calidad y las consecuencias de todas estas manifestaciones, en términos contractuales y extracontractuales. Se intenta establecer las relaciones y las diferencias entre «defecto» y «seguridad», o sea, entre la disciplina que afecta a la responsabilidad del empresario y la que tiene que ver con la seguridad de los productos; aun más, entre la regulación general de 1992 y las directivas «verticales» o específicas, intentando resolver las lagunas detectadas en torno a ciertos aspectos de la protección.

El análisis de los efectos que tal normativa ha generado en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos conduce a examinar las divergencias que presentan las diferentes leyes de transposición en el ámbito de aplicación de la normativa (productos cubiertos y sujetos afectados); las obligaciones impuestas a los productores y a los distribuidores; o los poderes conferidos a las autoridades nacionales en situaciones ordinarias y de urgencia. De todo ello pueden extraerse algunas consideraciones sobre el estado general de la normativa en tema de seguridad de los productos. La comparación de las legislaciones nacionales, que son fruto de la transposición de la directiva sobre seguridad en los productos, permite verificar en concreto si se han cumplido los objetivos previstos por la citada norma y si los Estados miembros disponen por igual de los mismos instrumentos para llevar a cabo una política eficiente de seguridad de los bienes de consumo.

Para mejor comprender la problemática que afecta a este tema, la autora trata de trazar un cuadro exhaustivo y por ello mismo distinto del sistema de seguridad de los productos, a base de diferenciar los aspectos de *Premarket* y de *Postmarket Controls*. El panorama de los instrumentos ofrecidos por la legislación europea y nacional, que tienen como finalidad directa o indirecta la tutela de la salud de los consumidores en cualquier momento de la producción, permite distinguir entre instrumentos privados, dirigidos a productores y distribuidores, e instrumentos de naturaleza diversa, cuando no específicamente publicista, como en el caso de las exportaciones a terceros países de productos considerados peligrosos. Los resultados que se obtienen después de describir el panorama normativo y la realidad práctica sobre la seguridad de los productos supera el «mero» estadio cognoscitivo porque permite evidenciar numerosos aspectos que no están claros, así como individuar otros problemas que plantea la tutela de los consumidores.

En la última parte del trabajo, se evidencia el vacío de tutela a los consumidores que se produce en todos aquellos casos en los que se producen violaciones de los deberes impuestos por la normativa sobre seguridad general de los productos que no entran en el ámbito de aplicación de la directiva. Estos casos se califican como hipótesis de inseguridad y peligrosidad de los productos en la fase precedente y sucesiva a su puesta en circulación, que puede ser seguida o no por la causación de un daño. Atendida la consolidada hegemonía de la disciplina que se ocupa de la responsabilidad del productor para regular las hipótesis de inseguridad calificada como «defecto-daño» del producto, para la fase precedente a la puesta en circulación del producto en el mercado –y según las reglas

tradicionales de la responsabilidad objetiva— se establecen hipótesis sobre la individualización de supuestos de hecho autónomos de tutela respecto a la «inseguridad-defecto», si bien éstos se han hecho pivotar en torno a la disciplina de la seguridad. Sin perder de vista el análisis y las indicaciones que ofrece la mejor doctrina europea —y, en particular, la doctrina alemana sobre la Ley de Protección (*Schutzgesetz*)— y teniendo presente una visión unitaria del ordenamiento, se opta por una interpretación alternativa de la normativa que se examina y se es proclive a su aplicación más allá de los confines del Derecho público. Así, siempre que se constate la existencia de un daño como consecuencia de la violación de las normas sobre puesta en circulación de los productos, se acaba configurando un ilícito civil autónomo, independientemente de la normativa sobre la responsabilidad del productor. En estas hipótesis, el resarcimiento del daño y, en particular, el resarcimiento en forma específica, se presenta según modalidades peculiares. Junto a la tradicional sustitución del bien o el reembolso del precio, se afianza la retirada del producto, bien del comercio —instrumento que se revela fundamental— o directamente de entre las manos del consumidor. Por el contrario, para las hipótesis de inseguridad que no tienen relación con el daño potencial del producto, la investigación se centra en la problemática de la llamada responsabilidad preventiva o responsabilidad por riesgo. Tras un cumplido análisis de gran parte de la literatura europea sobre el ilícito por riesgo (en particular, de la doctrina alemana de la *Gefährdungshaftung*), se individualizan las peculiaridades y las originalidades que presentan los supuestos de hecho del peligro en la normativa en examen y se encuadra sistemáticamente el daño a la seguridad de los consumidores, intentando ofrecer una solución original para delinear la posibilidad de una responsabilidad preventiva, además de concretos instrumentos de tutela diferenciados entre sí en base a la naturaleza del defecto del producto peligroso: puede tratarse de un defecto particular, sólo relativo a una cierta parte de la producción y además potencialmente lesivo sólo si se llevan a cabo determinados usos. En esos casos puede ser ciertamente eficaz un resarcimiento en forma específica que consista en la retirada del producto y su sustitución por otro, o bien el reembolso; si, por el contrario, se trata de un defecto generalizado, que deriva de una concepción errónea del producto, o de una errónea elección de los materiales, o bien de un defecto que se refiere a la información que se proporciona al consumidor que, por tanto, se proyecta en todas las categorías de perjudicados potenciales, entonces no bastaría con un simple remedio que previera el resarcimiento, puesto que ello no corregiría íntegramente el «defecto-peligrosidad» del producto. En estas hipótesis, en las que el mantenimiento en el mercado de productos peligrosos constituiría un delito continuado contra el derecho a la seguridad de los consumidores, se aventura la hipótesis de una tutela inhibitoria mediante la retirada del producto incriminado, o la prohibición de su ulterior comercialización. El estudio concluye con la problemática relativa a la admisibilidad de una tutela civil inhibitoria general y atípica. Se estudia la doctrina italiana que ya existe sobre este tema, con la finalidad de repensar y de dotar de una nueva sistemática a los mecanismos de tutela, dotándoles de una estructura compleja, diferenciada y diferenciable. La inhibitoria sería uno de ellos y, según la autora, debería actuar como cláusula general del sistema, siendo su uso tan fundamental como en los mecanismos ordinarios de resarcimiento.

Giovanni BISAZZA

Doctorando y ayudante en la cátedra
de Derecho civil de la Universidad degli studi di Verona

VAQUER, Antoni (ed.): *La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo/The Principles of European Contract Law Part. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 675 pp. ISBN 84-8456-297-2.*

El libro contiene las ponencias y comunicaciones presentadas en el III Congreso Internacional «La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo» que tuvo lugar en la Universitat de Lleida los días 7 y 8 de mayo de 2003 (*vid.* crónica anterior en este mismo Anuario). No incluye el texto de los Principios (hubiera sido una ocasión excelente para publicar la traducción castellana) y el título bilingüe en castellano e inglés ya indica las lenguas en que se da a conocer su contenido.

La III Parte de los Principios Lando se ocupa del Derecho de Obligaciones y contiene los efectos de la ilegalidad y de la inmoralidad, el interés compuesto, condiciones, prescripción extintiva de las pretensiones y aquellos temas que tanto afectan a las obligaciones contractuales como a las no contractuales, tales como la cesión de derechos, la asunción de deudas, la pluralidad de deudores y acreedores y la compensación. Con la publicación de esta III Parte, la Comisión Lando acaba sus trabajos, que han durado más de veinte años. Ahora el Grupo Lando y el *Study Group* se han fusionado, tal y como se pone de manifiesto en la respuesta conjunta de ambos grupos al Plan de Acción de la Comisión de 2001 [ahora publicada en 10 (2002) ERPL, pp. 183-248], bajo la rúbrica I «General», en la que se explica los objetivos comunes y la composición de cada uno de los Grupos, poniendo el acento en la idea de que la mayoría de personas formaban parte de ambas. Se continúa, pues, trabajando para completar todos los ámbitos que son propios del Derecho de obligaciones y, sobre todo, los contratos en particular.

Además de los casos en que los autores han optado por un estudio exegético de los Principios, en muchos otros las contribuciones tienen por objeto poner en relación tal regulación con el respectivo Derecho nacional. Aunque, a veces, hay más Derecho nacional que Principios. A la mayoría de los temas citados (todos, excepto las condiciones y la capitalización de intereses) se dedica un mínimo de dos ponencias y, casi siempre, también comunicaciones (aunque la publicación no diferencia entre unas y otras). Los estudios van precedidos de una nota introductoria a cargo de Eric Clive, que presenta la naturaleza, función, estructura y contenido de esta III Parte de los PECL (*PECL-An overview and assessment*, pp. 15-22). A modo de conclusión, Jan Smits cuestiona la eficacia de los PECL en la armonización del Derecho en Europa (*PECL and the harmonisation of Private Law in Europe*, pp. 567-590) y Bohumil Havel: *The Influence of European Contract Law on Czech Private Law-A Sketch on Irrationality*, pp. 591-602) se exclama contra la marginación que sufren los países post-comunistas en la construcción de un Derecho privado para Europa.

En relación con la pluralidad de deudores o acreedores deben citarse las siguientes contribuciones: Simon Whittaker: *A Few Observations on the «Plurality of Debtors», and on the Effects of Release* (pp. 23-49), Eugenia Dacoronia: *PECL III-Plurality of Creditors. A Comparison with the Greek Civil Code* (pp. 51-67). Además, entre los españoles, M.^a Jesús Moro Alcaraz: *Fuentes de solidaridad activa y poderes de actuación de los acreedores solidarios* (pp. 69-101); Belén Trigo García: *Pluralidad de deudores, evolución de la responsabilidad y régimen de solidaridad* (pp. 103-117), y Marta Carballo Hidalgo, *La eficacia de las sentencias dictadas en materia de deudas solidarias* (pp.119-132).

La cesión de créditos viene representada por los capítulos de Brigitta Lurger (*Assignment of Claims*, pp. 133-149) y de Stefan Enchelmaier (*Assignment in its Commercial Context*, pp. 151-183) y por el refrescante comentario jurisprudencial de Beatriz Fernández Gregoraci (*Undisclosed Agency y cesión de créditos: los PECL ante el caso Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd.*, pp. 185-203). Le sigue, desde la perspectiva de la coherencia del Derecho concursal en relación con las cuestiones que plantea la concurrencia entre el cesionario y los acreedores del cedente, Ángel Espiniella Menéndez: *El artículo 11.401 (4) de los Principios de Derecho Contractual Europeo: quiebra del cedente del crédito y Derecho concursal comunitario*, pp. 205-231).

Stefan Leible se ocupa de la cesión de deuda (*Cambio de deudor*, pp. 233-244) y Miguel Ángel Adame (*A Few Remarks on Chapter 12 of The Principles of European Contract Law*, pp. 245-280) de la cesión de contrato. El Capítulo 13 de los PECL es objeto de comentario por parte de Pascal Pichonaz (*Sett-Off Compensatio: From Diversity to Unity. Comments on The Principles of European Contract Law. Part III*, 281-300) y M.^a Ángeles Parra Lucán (*La compensación en Derecho español y en los Principios de Derecho contractual europeo. Una comparación*, pp. 301-433). Les siguen, Manuel Chamorro y Francisco Marcos (*Autonomía de la voluntad y compensación. Derecho dispositivo y Derecho impositivo en la liquidación simplificada de obligaciones de Derecho privado*, pp. 435-450).

Reinhard Zimmerman ilustra la regulación de la prescripción poniendo de relieve cómo los PECL han influido en el Derecho alemán (*The New German Law of Prescription and Chapter 14 of the Principles of European Private Law*, pp. 451-494) y Antoni Vaquer hace lo propio, lamentando, en cualquier caso, que el legislador catalán no se haya fijado más en ellos (*The New Regulation of Prescription in the Civil Code of Catalonia: More Modernised than Principled, but still Spanish*, 495-516). A continuación, Daniel Rodríguez Ruiz de Villa y M.^a Isabel Huerta Biesca se ocupan de la admisibilidad de pactos para la alteración de los plazos de prescripción (*Reflexiones y propuestas sobre la alterabilidad convencional uniforme de los plazos de prescripción extintiva de las pretensiones*, pp. 517-548).

Hector MacQueen escribe sobre la ilicitud de los contratos, esto es, acerca del Cap. 15 de los PECL. Literalmente, el título de su ponencia es *Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles* (pp. 549-566), aunque el geniecillo que siempre hay en todas las imprentas haya preferido que en la cabecera de cada página en lugar de «Immorality in Contracts» aparezca «Immortality in Contracts»

En las páginas finales del libro se incluyen otros temas que no tienen que ver con el objeto del Congreso (Enrique de Elera-San Miguel Hurtado y M. Cristina Hernández Ruiz, *Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación*, pp. 617-675), aunque en parte pueden reconducirse a la problemática de la armonización y, en concreto, a la de la transmisión de la propiedad y las posibles causas de ineficacia (David L. Carey Miller: *Principle v Policy in Title Issues*, pp. 603-616).

Esther ARROYO AMAYUELAS
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Barcelona

Miscelánea

ESTHER ARROYO AMAYUELAS
Universidad de Barcelona

INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

– La UE ha iniciado procedimientos de infracción contra 10 Estados miembros (Alemania, Italia, Letonia, Malta, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Finlandia) para que éstos corrijan su política legislativa en materia de comunicaciones electrónicas [IP/05/430].

– STJCE de 13 de enero de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas c. el Reino de España (DOUE C 82, de 2 de abril de 2005, 3). Se declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular:

a) al excluir del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, de dicho texto refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra *b)*, párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;

b) al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del texto refundido y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra *c)*, de éste los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y

c) al permitir en los artículos 141, letra *a)*, y 182, letras *a)* y *g)*, del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

– Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2005 contra el Reino de España por la Comisión de las Comunidades Europeas (Asunto C-47/05) (DOUE 82 C, de 2 de abril de 2005, 15). Se solicita que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condene al Reino de España, al haber adoptado y mantenido en vigor, en materia de seguros de vida y pensiones, un régimen por el que la desgravación fiscal (artículo 48 de la Ley 40/1998) se aplica exclusivamente a las contribuciones que se realizan en el marco de contratos celebrados con entidades establecidas en España y no, en cambio, en las realizadas en el marco de contratos celebrados con entidades constituidas en otros Estados miembros, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 39, 43, 49 y 56 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y de los artículos 28, 31, 36 y 40 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y de los artículos 28, 31, 36 y 40 del Acuerdo sobre el EEE. Se alega que el tratamiento fiscal diferente dispensado en función de que los planes de pensiones se celebren con entidades establecidas en España o con entidades constituidas en otros Estados miembros restringe las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE (arts. 39, 43, 49 y 56 de este último, y artículos 28, 31, 36 y 40 del Acuerdo sobre el EEE). El requisito de establecimiento, conforme al Derecho nacional, que impone a las gestoras de pensiones la legislación fiscal española constituye, además de una discriminación que limita el derecho de las entidades constituidas dentro de la Unión Europea y del EEE a prestar libremente sus servicios a personas residentes en España, una clara restricción a la circulación de trabajadores y capitales, así como a la libertad de establecimiento.

– Recurso interpuesto el 6 de abril de 2005 contra la República Francesa por la Comisión de las Comunidades Europeas (Asunto C-160/05) (DOUE C 11, de 14 de mayo de 2005, 33). Se solicita que se declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva o, en cualquier caso, al no haber comunicado tales disposiciones a la Comisión. El plazo señalado para adaptar el Derecho interno a la Directiva expiró el 27 de diciembre de 2003.

– Recurso interpuesto el 8 de abril de 2005 contra la República Francesa por la Comisión de las Comunidades Europeas (Asunto C-164/05) (DOUE C 11, de 14 de mayo de 2005, 33) en el que se solicita que se declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, por la que se modifican las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE del Consejo, relativas al sistema general de reconocimiento de las calificaciones profesionales, y las Directivas 77/452/CEE, 77/453/CEE, 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, 80/154/CEE, 80/155/CEE, 85/384/CEE, 85/432/CEE, 85/433/CEE y 93/16/CEE del Consejo, relativas a las profesiones de enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, veterinario, matrona, arquitecto, farmacéutico y médico, (1) al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión. El plazo para la adaptación del Derecho interno a la Directiva expiró el 1 de enero de 2003.

LIBROS VERDES

- Publicado el Libro verde sobre la política de los servicios financieros (2005-2010) [COM (2005) 177].
- Publicado el Libro verde sobre sucesiones (*vid. infra* en «Estudios» y, además, en la Sección temática).
- Publicado el Libro verde sobre el divorcio (*vid.* Sección temática).
- Publicado el Libro verde sobre obligaciones alimenticias [COM(2004) 254 final, de 15 de abril de 2004].

ESTUDIOS

- Publicado el estudio realizado por orden de la Comisión Europea y que ha servido de base para redactar el Libro verde sobre las sucesiones (*vid.*, en esta misma crónica, Sección temática) a cargo del Deutscher Notarinstut (DNotI), *Les successions internationales dans l'Union européenne. Perspectives pour une harmonisation*, Bruxelles, 10-11 de mayo de 2004, Allemagne, 2004. La publicación ha sido subvencionada por la UE.
- Publicado un estudio del Senado francés, «La lutte contre les violences conjugales» LC 144 (febrero 2005) y «Le mariage homosexuel» LC 134 (junio 2004) <http://www.senat.fr/legcmp/tr13.html>.
- Otros estudios que sirven de base a los libros verdes ya editados y en preparación, en http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.html.

LEGISLACIÓN EUROPEA

- Se ha aprobado la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»)* (DOUE L 149, de 11 de junio de 2005, 22).
- Propuesta modificada Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, que deroga la Directiva 87/192 y modifica la Directiva 93/13 [COM (2004) 747 final, de 28 de octubre de 2004]. Se define el contrato de «contrato de crédito conexo» de la siguiente manera: «contrato en el que el crédito en cuestión sirve *exclusivamente* para financiar un contrato relativo a la adquisición de un bien o la prestación de un servicio y los dos contratos constituyen una *unidad comercial desde un punto de vista objetivo*. Debe suponerse que interviene una *unidad económica*, en especial, cuando el vendedor de la mercancía o el suministrador del servicio financien el crédito del consumidor o, en el caso de financiación mediante un tercero, cuando el *prestamista se sirva de la intervención del vendedor de la mercancía o el suministrador del servicio* en la preparación o celebración del contrato de

crédito, o cuando este último haga referencia a los bienes o servicios específicos que se financiarán mediante el crédito». Y se añade que «[E]n el caso de un contrato de crédito conexo, si el consumidor está autorizado a retractarse del contrato de adquisición, podrá anular igualmente el contrato de crédito. Sin embargo, la Directiva no incluirá las consecuencias que tendrá la anulación del contrato de crédito sobre los contratos de adquisición, puesto que no parece adecuada su inclusión en una Directiva que sólo se refiere a los contratos de crédito. No obstante, se mantendrán los principios establecidos en el apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 87/102 (derecho a dirigirse contra el prestamista), dado que todos los Estados miembros los han incorporado a su legislación. En consecuencia, serán recogidos en su totalidad en el artículo correspondiente. Entre otros aspectos, la Directiva incide igualmente en los deberes de información precontractuales, regula el contenido del contrato, introduce cambios en el cálculo del TAE y en las condiciones del reembolso anticipado. Además, se introduce en el anexo previsto por la Directiva sobre cláusulas abusivas la siguiente referencia: «[cláusulas que tengan por efecto] *obligar* al consumidor, como condición para la disposición del crédito, a pignorar, total o parcialmente, las sumas prestadas o concedidas, o a afectarlas, total o parcialmente, a la constitución de un depósito o a la compra de valores mobiliarios u otros instrumentos financieros, salvo si el consumidor obtuviera por dicho depósito, compra o pignoración *como mínimo* un tipo de interés equivalente a la tasa anual equivalente acordada; b) *obligar* al consumidor, al suscribir un contrato de crédito, a suscribir otro contrato con el prestamista, el intermediario de crédito o un tercero designado por ellos, salvo si los gastos relativos a dicho contrato se incluyen en el coste total del crédito».

– Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, de 25 de febrero de 2004 [COM (2004) 2 final 2004/0001 (COD)]. Publicado el 10 de febrero de 2005 el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo [CESE 137/2005-2004/0001 (COD)].

INFORMES Y RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN

– Recomendación de la Comisión de 12 de julio de 2004 relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (Texto pertinente a efectos del EEE) (2005/309/CE) (*DOUE* L 98, de 16 de abril de 2005, 47).

– Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación intermedia del Programa marco de cooperación judicial en materia civil (2002-2006), Bruselas, 9 de febrero de 2005 [COM(2005) 34 final], que es una prolongación de los antiguos programas Grotius (1996-2000), Grotius Civil (2001) y Schumann (1999-2001). Informe que valora la estructura y gestión desde su adopción en abril de 2002 hasta junio de 2004. Entre las actividades emprendidas a iniciativa de la Comisión (algunas aún no finalizadas) se encuentra:

a) El Atlas judicial europeo (http://europa.eu.int/comm/justice_home/judicialatlascivil/html/index_es.htm), que permite a los profesionales del derecho la búsqueda de los tribunales competentes en un determinado país, y encontrar todo tipo de información sobre la notificación y el traslado

de documentos, la obtención y práctica de pruebas, el reconocimiento y ejecución de resoluciones y otras cuestiones diversas.

b) una base de datos de jurisprudencia, concebida para agrupar las sentencias y resoluciones dictadas por los tribunales de los Estados miembros, en lo que se refiere a los Reglamentos Bruselas I, II y el Convenio de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988.

c) una campaña de información dedicada a los expertos del Derecho. Incluye las siguientes iniciativas:

– edición y distribución a los profesionales del Derecho de una guía de bolsillo sobre los instrumentos comunitarios en el ámbito de la cooperación civil.

– creación de un portal de internet: <http://www.eurocivil.info>.

– Inserciones publicitarias en la prensa especializada.

– Relaciones con los medios de comunicación.

– Alentar la organización de conferencias sobre el tema de la justicia civil en los países miembros.

Entre las asociaciones financiadas con cargo a este programa pueden citarse:

a) en 2003 y 2004, PEOPIIL (*Pan European Association for Personal Injury Lawyers*), cuyo objetivo es desarrollar la cooperación entre abogados en Europa, en relación con el reparto de las indemnizaciones debidas por daños corporales y promover el acceso a la justicia de los consumidores que sufrieron este tipo de daños.

b) en 2004, CEFL (*Commission on European Family Law*), con el objetivo de establecer principios en el ámbito del Derecho de familia para una futura armonización en esta materia.

El informe lamenta que los proyectos referidos al intercambio de magistrados o acciones de información sean prácticamente inexistentes.

– La Comisión europea ha aprobado nuevas cláusulas contractuales tipo que las empresas podrán utilizar para asegurar las garantías adecuadas en la transferencia de datos de carácter personal de la Unión Europea hacia terceros países (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/modelcontracts/02-16_de.pdf). El documento es la continuación de la previa Decisión de la Comisión 2002/16/CE de las Comunidades Europeas, de 27 de diciembre de 2001, *relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE (DOCE L, de 10 de enero de 2002, 52)*.

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

– Informe sobre competitividad (mercado interior, industria e investigación), de 18 de abril de 2005. *Vid.* Comunicado de prensa 7723/05 (Presse 75). En relación con el mercado anterior, se anuncia la adopción por el Consejo de una Directiva sobre el seguro automovilístico de responsabilidad civil, que modifica las anteriores D 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE, 90/232/CEE y 2000/26/CE. Además, se comunica la adopción de la Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales.

En cuanto a la investigación, se anuncia la próxima creación de las bases del 7.º Programa Marco, con una proposición de presupuesto de 73,215 mil millones de euros para el periodo 2007-2013. Se propone incrementar la

movilidad de los investigadores y el interés de los jóvenes por iniciarse en la investigación, así como promover la igualdad entre hombres y mujeres en el mundo científico.

– El programa de La Haya: consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea (DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005, 1). Se establecen los objetivos y prioridades del programa y se invita a la Comisión a que presente en 2005 un Plan de Acción con los proyectos que se adecuen a los mismos y un calendario con todas las actuaciones previstas. El programa es el reflejo de las ambiciones expresadas en el Tratado por el que se establece una Constitución europea y se prevé su puesta en acción y funcionamiento antes de que éste entre en vigor, precisamente para que cuando este momento llegue (previsto para 2006, si no hay cambios), la Unión se encuentre preparada. El Programa propone el respeto y la promoción de los Derechos fundamentales, tal y como exige la Carta europea. En relación con la justicia, el Consejo recomienda la plena utilización del «reconocimiento mutuo», de manera que las fronteras dejen de ser un obstáculo para la resolución de cuestiones de Derecho civil o a las demandas y ejecución de resoluciones en asuntos civiles.

Se invita también a la Comisión a presentar modificaciones al Estatuto del Tribunal para agilizar las solicitudes de resolución prejudicial relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia.

El Consejo sugiere que la cooperación judicial podría verse mejorada mediante la consolidación de la confianza mutua y un desarrollo paulatino de «una cultura jurídica basada en la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y en la Unidad del Derecho europeo». Se afirma expresamente que el Derecho civil «incluye el Derecho de familia» (punto 3.4.1). Se conmina a seguir con los trabajos sobre conflictos relativos a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y a las obligaciones contractuales (Roma I), el proceso monitorio europeo y los instrumentos sobre modalidades alternativas de solución de conflictos y sobre litigios de escasa cuantía. Además, se explica que deberá incrementarse la eficacia de los instrumentos existentes en materia de reconocimiento mutuo, lo cual, entre otras medidas, incluirá la elaboración de normas mínimas para determinados aspectos de Derecho procesal.

En cuanto al derecho de familia y de sucesiones, se invita a la Comisión a que presente las propuestas siguientes:

a) Un Proyecto de instrumento sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de obligaciones alimenticias, incluidas las medidas cautelares y la aplicación (*sic*) provisional, en 2005 (existe ya libro verde, *vid. supra*).

b) Un libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de sucesión, incluida la cuestión de la competencia, el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones en este ámbito, un certificado de herencia europeo y un mecanismo que permita el conocimiento preciso de la existencia de las últimas voluntades y testamentos de los residentes de la Unión europea, en 2005 (existe ya libro verde, *vid. supra*).

c) Un libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que incluya la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo en 2006.

d) Un libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de divorcio (Roma III), en 2005 (ya existe).

Se afirma que los instrumentos relativos a los ámbitos señalados deberían estar ultimados a más tardar en 2001. Se precisa que sólo se referirán al Derecho internacional privado y que «no deberán basarse en conceptos armonizados de “familia”, “matrimonio”, etc.» Se prevé la posibilidad de introducir normas de derecho material uniforme, pero sólo como medida de acompañamiento y cuando ello sea posible para facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones o para mejorar la cooperación judicial en materia civil.

Una vez adoptados, la aplicación del programa del reconocimiento mutuo exige el examen de su funcionamiento, de manera que los resultados puedan servir para preparar nuevas medidas.

En relación con el Derecho contractual, se reafirman los propósitos que todos ya conocemos: «[...] deberá mejorarse la calidad del Derecho comunitario actual y futuro mediante medidas de refundición, codificación y racionalización de los instrumentos jurídicos vigentes y mediante la definición de un marco de referencia común. Deberá crearse un marco para estudiar la posibilidad de desarrollar para toda la UE cláusulas y condiciones tipo de Derecho contractual que puedan ser utilizadas por las empresas y las asociaciones sectoriales de la Unión. Deberán tomarse medidas que capaciten al Consejo para hacer un seguimiento sistemático de la calidad y la coherencia de todos los instrumentos jurídicos comunitarios relativos a la cooperación en materia civil».

Se desea, además, que la Comunidad se adhiera lo antes posible a la Conferencia de La Haya.

EL CONSEJO DE EUROPA

El Comité consultivo de la Convención para la protección de las personas respecto al proceso automatizado de los datos de carácter personal (T-PD), publica un estudio sobre la incidencia de las técnicas biométricas en la vida diaria (huellas digitales, reconocimiento del iris del ojo, reconocimiento de la cara), a la vista de la decisión de la UE de introducir estos datos en los pasaportes, visas y permisos de residencia a partir de 2006. El *Informe de la situación relativo a la publicación de los principios de la Convención 108 a la recogida y al proceso de los datos biométricos*, elaborado por el T-PD en su 21.ª reunión (2-4 de febrero de 2005), y que es un Documento de la Secretaría preparado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos, puede leerse en la dirección de internet de la Agencia Española de Protección de Datos (<http://www.agpd.es/index.php>).

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS

– La 42.ª edición del repertorio de la Legislación comunitaria vigente, se publicó a finales de junio de 2004 y a partir de ahora estará disponible solamente en formato electrónico en EUR-Lex, el portal del Derecho de la UE. Los suscriptores de la edición impresa del Diario Oficial podrán obtener de forma gratuita este Repertorio. Todos los Diarios Oficiales pueden consultarse gratuitamente en el sitio Internet: <http://europa.eu.int/eur-lex> (Nº de catálogo: OA-23-03-000-ES-C).

– Propuesta del Presidente Barroso de un nuevo marco que permita integrar una cultura de los derechos fundamentales en la legislación de la Unión europea. Se trata de procurar que toda las proposiciones legislativas europeas queden sometidas a un control de conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales, de manera que no sólo se respete la libertad de expresión y de información, o el derecho a estar protegido frente a las injerencias del Estado, por citar algunos ejemplos, sino también el principio de igualdad de oportunidades y se impidan discriminaciones [IP/05/494].

Vida jurídica

NUEVOS PROYECTOS Y GRUPOS DE INVESTIGACIÓN

Commission on European family law

La *Commission on European family law* se crea en septiembre de 2001 con el objetivo de contribuir a la armonización del Derecho de familia y sucesiones en Europa mediante la formulación de unos Principios de Derecho de familia europeos. Se trata de una iniciativa genuinamente científica e independiente de cualquier organización e institución. La *Commission* tiene su sede en Utrecht y sus trabajos se difunden a través de Internet (<http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>). Cuenta asimismo con una colección (*European family law series*) de la Editorial belga *Intersentia* a la que se hará referencia más adelante.

La *Commission on European Family law* se divide en dos grupos: el *Organising Committee* y el *Expert group*. El *Organising Committee* está integrado por siete personas: Katharina Boele-Woelki (presidente), Frédérique Ferrand, Maarit Jänterä-Jareborg (desde diciembre de 2002), Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens y Dieter Schwab (hasta noviembre 2002) y Cristina González Beilfuss (desde diciembre de 2002). Su función es establecer el *Expert Group* y preparar y coordinar los trabajos de la Comisión. Los miembros del *Organising Committee* son asimismo miembros del *Expert Group*, en el que además están representados 26 Estados; la mayoría de los Estados miembros así como otros países europeos (Noruega, Rusia y Suiza).

En diciembre de 2005 la Comisión presentó los Principios de Derecho Europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados. Siguiendo el modelo de los *Restatement* americanos los principios se complementan con información acerca del Derecho comparado (*Comparative overview*) y con unos comentarios explicativos (*Commentary*). Puesto que la lengua de trabajo de CEFL es el inglés, los comentarios, el material comparativo y los Principios se presentan en esa lengua. Existen, sin embargo, versiones auténticas de los Principios en francés y alemán y traducciones realizadas por los miembros del *Organising Committee* a sus respectivas lenguas: el holandés, el castellano y el sueco.

Los principios se han redactado a partir de los Informes nacionales elaborados por los expertos. El método empleado es el denominado método del *Common core*, en el que se intenta a partir de un análisis funcional determinar los principios comunes del Derecho europeo. Subsidiariamente se complementa con el denominado *better law approach*. Este último método plan-

tea mayores dificultades en tanto implica una evaluación de las distintas soluciones a fin de determinar la que se adecúa más a las necesidades presentes y futuras.

El segundo ámbito de trabajo es la responsabilidad parental. En base a un cuestionario elaborado por el *Organising Committee* se han elaborado los Informes nacionales que ya están disponibles en la red. El *Organising Committee* ha iniciado asimismo ya la redacción de los Principios en la materia.

CEFL ha organizado dos Conferencias internacionales. La primera tuvo lugar en diciembre de 2002 en Utrecht y se dedicó al análisis de las perspectivas para la unificación y armonización del Derecho de familia en Europa. La segunda conferencia tuvo asimismo lugar en Utrecht en diciembre de 2004. En ella se presentaron los Principios en materia de divorcio y de alimentos entre esposos divorciados.

La colección *European family Law series* de la Editorial belga Intersentia ha publicado hasta la fecha nueve volúmenes que se enumeran a continuación. Puede hallarse información adicional sobre los mismos en <http://www.intersentia.be>

Los libros publicados son los siguientes:

9. BOELE-WOELKI, Katharina; BRAAT, Bente; SUMNER, Ian (eds.): *European Family Law in Action*. Volume III: Parental Responsibilities, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005.

8. SUMNER, Ian; WARENDORF, Hans: *Inheritance Law Legislation of the Netherlands*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005.

7. BOELE-WOELKI, Katharina; FERRAND, Frédérique; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina; JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; LOWE, Nigel; MARTINY, Dieter; PINTENS, Walter: *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004.

6. BRAAT, Bente: *Indépendance et interdépendance des époux dans le régime matrimonial légal des droits français, néerlandais et suisse*, Staempfli, Berna, 2004.

5. SUMNER, Ian; WARENDORF, Hans: *Family Law Legislation of the Netherlands*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2003.

4. BOELE-WOELKI, Katharina (ed.): *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2003.

3. BOELE-WOELKI, Katharina; BRAAT, Bente; SUMNER, Ian: *European Family Law in Action*. Volume II: Maintenance Between Former Spouses, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2003.

2. BOELE-WOELKI, Katharina; BRAAT, Bente; SUMNER, Ian, *European Family Law in Action*. Volume I: Grounds for Divorce, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2003.

1. BOELE-WOELKI, Katharina; FUCHS, Angelika (eds.): *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2003.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

El *Acquis Group*

El *Acquis Group* es un grupo de investigación nuevo, creado para la construcción del Derecho privado común europeo. El proyecto se inicia a fines del año 2002 y en el 2005 recibe una conspicua financiación europea, en la convocatoria del VI Programa Marco, lo cual le permitirá funcionar eficazmente. En el *Acquis Group* participan reputados investigadores provenientes de los Estados miembros de la Unión Europea, que vienen representados por las siguientes Universidades: Alessandria, Atenas, Barcelona, Berlín, Bielefeld, Budapest, Coimbra, Copenhague, Cracovia, Graz, Heidelberg, Helsinki, Hull, Jena, Lancaster, Leuven, Lyon III, Lund, Münster, Nijmegen, Oslo, Oxford, Paris I, Regensburg y Torino. Todavía está abierta la posibilidad de incorporar otras universidades. El sitio internet de referencia es el siguiente: <http://www.acquis-group.org/>.

El nombre del nuevo proyecto está claramente vinculado al *acquis communautaire*, esto es, al conjunto de las normas primarias y derivadas de las sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia y también de todos los actos de las instituciones formalmente no vinculantes (por ejemplo: recomendaciones y comunicaciones) que constituyen el *soft law* europeo. Para su definición, *vid.* el Glosario de términos de la Unión Europea en http://www.europa.eu.int/scadplus/glossary/community_acquis_it.htm

A diferencia de lo que ocurre con otros proyectos, tradicionalmente centrados en el análisis comparativo de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, el grupo *Acquis* asume como punto de partida el Derecho comunitario existente. Así pues, enriquece la perspectiva clásica, según la cual la taxonomía nacional constituye el fundamento sobre el cual edificar el Derecho privado común europeo.

Las dos diferentes aproximaciones (la del *Acquis Group* y la tradicional de los otros proyectos de investigación, como el *Common Core de Trento*, el *Study Group on European Civil Code*, o el proyecto de Código Civil europeo de Pavía) no son contradictorias sino concurrentes y sirven para aclarar los límites y el contenido del Derecho privado europeo que, de hecho, es parte integrante de cada uno de los Derechos nacionales.

El *acquis* comunitario está en constante evolución y ha asumido dimensiones críticas. Por esta razón y como respuesta a las solicitudes provenientes de la Comisión europea (*cf.* las dos Comunicaciones sobre el Derecho europeo de Contratos de 2001 y de 2003), el *Acquis Group* se ha propuesto como objetivo reordenar y sistematizar las reglas existentes. El proyecto actúa sobre dos ejes: uno, de tipo descriptivo; el otro, más bien prescriptivo. Previamente, el Proyecto pretende aclarar los contenidos de la intrincada masa de normas comunitarias, para favorecer la transparencia y facilitar el acceso a las normas de parte de los ciudadanos de la Unión Europea. De aquí la oportunidad de elaborar comentarios sobre el Derecho privado comunitario existente.

En segundo lugar, el proyecto tiende a solicitar una calidad de la producción normativa que procure una mayor eficiencia del Derecho comunitario, de manera que de esta manera puedan elaborarse indicadores fiables de referencia para futuros actos normativos de la Unión Europea. El efecto indirecto auspiciado es el de la simplificación de los procedimientos nacionales de transposición del Derecho comunitario en el seno de cada uno de los Estados miembros; el objetivo principal, sin embargo, es la formulación de Principios del Derecho comunitario existente, los llamados «*Acquis-Principles*» en

forma de artículos de un probable futuro *Restatement* o Código de Derecho privado comunitario.

El objeto de estudio del *Grupo Acquis* es el Derecho de contratos, lo cual incluye el análisis de todo el Derecho de obligaciones y además de todos los ámbitos que con éste tengan que ver (garantías, reserva de dominio).

Si a primera vista podría parecer que la investigación del *Grupo Acquis* tiene esencialmente finalidad cognoscitiva (esto es: ofrecer un cuadro completo y sistemático del Derecho privado comunitario existente), en un análisis más atento no puede pasarse por alto la influencia que la política legislativa europea tiene sobre el trabajo del equipo. Así pues, los efectos de la investigación se explican en una doble dirección: por un lado, permite discutir el sistema de las fuentes del Derecho supranacional y, por el otro, incide en los procedimientos nacionales de actuación del Derecho comunitario.

En cuanto al método, la investigación del *Grupo Acquis* se sirve de la comparación jurídica, de la descomposición en formantes del Derecho y de la teoría de la circulación disociada de los formantes jurídicos de un ordenamiento jurídico a otro (para más información, Sacco R., «Introduzione al diritto comparato», in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 5.ª ed. 1992 (1.ª ed., Torino, 1980), pp. 167 ss. y, ampliamente, Monateri P.G., Sacco, R., «Legal Formants», in P. Newman (ed.), *The New Palmgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, London-New York, 1998, pp. 531 ss.; Sacco, R., *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 *American Journal of Comparative Law*, 1991, 1-34 e 343-402; Sacco, R., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980; Sacco, R., «Droit commun de l'Europe et composantes de droit», in Cappelletti M. (eds.), *New Perspective for a Common Law of Europe/Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Firenze, 1978. La perspectiva sistemática y funcional del Grupo, dedicado a aislar y a describir las características comunes del Derecho privado comunitario existente, puede constituir otra cuña útil para la edificación del Derecho privado europeo.

Sobre el Grupo, *vid.* Pasa, Barbara, «I progetti di ricerca europei sul diritto privato comune: il nuovo *Acquis Group*» (2002) *Contratto e Impresa/Europa*, 654 – 662; Schulze, Reiner, «European Private Law and Existing EC Law» 1 (2005) *ERPL* 3-19. Además, Arroyo Amayuelas, Esther, en 679 (2003) *RCDI* [3026-3040], 3027-3030.

Barbara PASA
 Doctora en Derecho y *ricercatore*
 Università di Torino

Derecho y Lengua: El Proyecto *Syllabus*

Actualmente, en el estudio del Derecho comparado, entre las diversas experiencias nacionales, prevalece el método funcionalista según el cual lo fundamental es el análisis de la función o finalidad de las instituciones y las reglas jurídicas. Sin embargo, este análisis tiende a ocultar o prescindir de algunos elementos importantes para la comprensión de los fenómenos jurídicos, en particular del papel que llevan a cabo los conceptos y las categorías jurídicas en la interpretación doctrinal y del razonamiento jurídico.

Los conceptos jurídicos desempeñan un rol fundamental en el proceso de armonización europea del Derecho privado. El proceso de integración pone

de manifiesto que, a falta de categorías comunes de referencia o en ausencia de una efectiva descripción del alcance de las diversas conceptualizaciones, el efecto «previsto» de armonización se concreta en un efecto opuesto de mayor diversificación que deriva de la diferente calificación de las reglas de matriz externa al contenido y al tejido propio de los diversos derechos nacionales.

Un emérito estudioso del Derecho comparado italiano, Rodolfo Sacco, ha tratado siempre de buscar, junto al análisis de las reglas operativas, los medios para la homologación de las categorías conceptuales [Sacco, Rodolfo-Castellani, Luca (dirs.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Torino, Harmattan, 1999 y Sacco, Rodolfo (dir.), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, Torino/Paris, Harmattan, 2002]. En otras palabras, ha tratado de hacer «traducibles» a las categorías y a la terminología de los juristas pertenecientes a una determinada experiencia nacional, las normas y las reglas utilizadas por juristas procedentes de otras experiencias. Bajo su magisterio, la Escuela del Derecho comparado de Turín ha activado una serie de proyectos en los cuales los elementos lingüísticos de Derecho están en el centro del debate, con la intención de describir y de delinear los diversos contenidos de significado de los conceptos. Es una finalidad que va bastante más allá de un análisis pragmático, dirigido a la representación de reglas jurídicas

Más concretamente, deberían señalarse los trabajos dirigidos por el Prof. Gianmaria Ajani en el marco del V Programma Marco IHP, financiado por la Comisión europea, «*Uniform Terminology for European Private Law*» como, por ejemplo, el *Syllabus project* (<http://www.dsg.unito.it/ut/>). El objetivo del *Syllabus* es la construcción de un vocabulario multilingüe en formato electrónico en el ámbito del Derecho de los consumidores, en el cual sea posible buscar las formulaciones lingüísticas y las definiciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales de los principales términos relativos al Derecho de los consumidores de matriz comunitaria.

El diccionario deberá permitir una «navegación» entre términos, a un diverso nivel, europeo y nacional, dentro de un mismo sistema jurídico que se expresa en una misma lengua oficial. Por ejemplo: si se busca en el *Syllabus* la regla relativa a la rescisión del contrato contenida en la Directiva sobre multipropiedad, se encontrarán las referencias exactas contenidas en el Derecho comunitario (no sólo en la Directiva sobre multipropiedad, sino también en la Directiva sobre ventas fuera de establecimientos comerciales, viajes combinados, etc.) y en el Derecho español. La novedad está en el hecho de que el diccionario evidenciará también eventuales problemas de traducción de instituciones jurídicas que el legislador nacional puede haber encontrado en la transposición del Derecho comunitario y las posibles incongruencias entre el Derecho que se transpone y el Derecho nacional preexistente. En nuestro ejemplo, el diccionario pondrá de manifiesto la introducción, en ciertos sectores, de un derecho de desistimiento unilateral *ad nutum*, al que se dota de características particulares con la finalidad de mantener los mismos contenidos de la formulación comunitaria y que, por tanto, se deberá considerar diferente (por lo menos en algunos casos) del desistimiento según la regulación del Derecho interno.

Además, el *Syllabus* permitirá la confrontación de términos (siempre a diferente nivel, europeo y nacional) entre lenguas y sistemas jurídicos diferentes. Otro ejemplo: el diccionario permitirá saber que, para valorar la aplicabilidad o no de la cláusula contractual conocida en el Reino Unido como

«*unfair term*», el intérprete inglés se refiere al principio de la razonabilidad («*reasonableness*»); mientras que en Italia, para individualizar una «*clausola vessatoria*» el intérprete utilizará los principios de la buena fe («*buona fede*»). Así es fácil percatarse de que los sistemas conceptuales implícitos en, por un lado la «*reasonableness*» y, por el otro, la «*buona fede*», son diversos y hasta qué punto pueden medirse las diferencias y semejanzas.

Los ordenamientos jurídicos objeto del *Syllabus project* son el alemán, el italiano, el español, el francés y el *Common Law* y los sujetos implicados son juristas expertos en los respectivos derechos nacionales, que resultan confrontados con la finalidad de permitir descifrar (en el sentido de la posibilidad de traducción a la que antes se aludía) lo que es propio de sus respectivos ordenamientos.

Como añadido al diccionario multilingüe, se redactarán una serie de contribuciones en forma de artículos específicos, dirigidos a analizar mejor los concretos problemas de naturaleza dogmática y conceptual y de interpretación del Derecho comunitario de los consumidores, sobre todo allí donde éste entra en conflicto con las categorías nacionales.

Sobre el proyecto *Syllabus vid. Terms and Concepts: Towards a Syllabus for European Private Law*, Rossi, Piercarlo-Vogel, Christian 2 (2004) ERPL 293-300.

Barbara PASA
 Doctora en Derecho y *ricercatore*
 Università di Torino

La armonización hipotecaria en Europa

Los años 2004 y 2005 han visto renacer con vigor la idea de la armonización hipotecaria en Europa, que tuvo en 1966 el Prof. Claudio Segré y que propuso a la Comisión Europea, aunque lo desatendió.

En enero de 2004 nació el grupo de investigación «The Eurohypotec: a common mortgage for Europe» (www.eurohypotec.com), formado por 10 prácticos y académicos interesados en el derecho y mercado hipotecarios cuya finalidad ha sido diseñar un modelo de Eurohipoteca (hipoteca común para Europa) que congenie la seguridad, la flexibilidad y la transnacionalidad, para ser propuesta como Directiva a la Comisión Europea. El grupo ha ido celebrando una serie de encuentros científicos, como el Congreso sobre vivienda celebrado en la Universidad de Valladolid en junio de 2004 [publicación de resultados en Muñoz Espada, Esther (coord.), *La evolución de la hipoteca y su impacto en la vivienda*, 2005] más un *plenary meeting*, además del *workshop* celebrado en Berlín en noviembre de 2004. De ambos eventos surgió un primer documento que se sometió a consideración de todos los juristas españoles mediante su publicación en diversas revistas especializadas (así, Grupo de Investigación Eurohipoteca, «Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión» 685 *RCDI* 2467 ss.), entre ellas este Anuario. En abril de 2005, el grupo tuvo un encuentro en Tarragona con expertos hipotecarios españoles para discutir abiertamente sobre la cuestión, para posteriormente trasladar las aportaciones al *workshop* mixto que tuvo lugar en Berlín a finales del mes de abril. El proyecto de la Eurohipoteca, resultante del último de los *meetings* (sale publicado en inglés en mayo de 2005 y en castellano a finales de año), ha tenido la participación de miem-

bros del *Forum Group* de la Unión Europea, de diversos investigadores en materia de derecho patrimonial europeo y ha tenido acogida tanto en la Federación Hipotecaria Europea como en la propia Comisión Europea.

Fue precisamente en ambos *meetings* en noviembre de 2004 y en abril de 2005 en Berlín, donde miembros del grupo de la Eurohipoteca tuvieron la oportunidad de trabajar con miembros del Proyecto EULIS (www.eulis.org). Dicho proyecto, enmarcado en el Programa *eContent* de la Unión Europea, tuvo precisamente su Seminario final en Londres en junio de 2004, aunque el grupo de trabajo continúa. Su objetivo primordial es abrir un portal de internet a través del cual se puedan consultar los Registros de la Propiedad y los Catastros de 8 países europeos, entre los que no se encuentra España. Dicho portal estará plenamente operativo en septiembre de 2005. Además, han realizado un interesante glosario de términos jurídicos de diferentes idiomas europeos, traduciéndolos al «eulish» (inglés aplicado al derecho inmobiliario). Hasta agosto de 2005 está funcionando una demo en su página web y se prevé que para septiembre de ese año el servicio esté ya plenamente operativo. La virtud del proyecto EULIS es la posibilidad de tener acceso inmediato a toda la información, tanto registral como catastral, de las fincas sitas en los países miembros asociados a EULIS, de manera que las operaciones transnacionales con inmuebles se facilitarán. Este objetivo es naturalmente compartido por el grupo de la Eurohipoteca. Sobre la finalidad de EULIS y su relación con la Eurohipoteca, ver Nasarre Aznar, Sergio, *La reforma del derecho registral inglés. Un modelo de Registro flexible para una Eurohipoteca* 683 (2004) *RCDI* 1285-1311; también, en inglés, ver Ploeger, Hendrik y Van Loenen, Bastiaan, «EULIS-At the beginning of the road to harmonization of Land Registry in Europe» 3 (2004) *ERPL* 379-387; y Ploeger, Hendrik y Van Loenen, Bastiaan, *Harmonization of Land Registry in Europe*, «From Pharaohs to Geoinformatics», *FIG Working Week 2005 and GSDI-8*, El Cairo, Egipto, abril 16-21, 2005.

Por su parte, diversos grupos de trabajo europeos están interesándose cada vez más por la armonización hipotecaria en Europa. De este modo, organizado por Christoph Schmid, tuvo lugar en la sede del European University Institute en Florencia (www.iue.it) una interesante e intensa reunión de expertos europeos en materia hipotecaria, en la que se pusieron en común las respuestas de un cuestionario previamente elaborado en el que entró en detalle no sólo sobre los aspectos legales de las hipotecas sino también en materia de práctica hipotecaria. De todo ello se espera una publicación durante 2005, aunque ya puede encontrarse en internet (<http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/ProjectRealPropertyLaw.shtml>).

El Proyecto de Trento (*The common core of European Private Law*, www.jus.unitn.it/dsg/common-core/) ha prestado en 2005 especial atención a la materia hipotecaria, con un seminario especializado en su *meeting* anual sobre hipotecas que giró en torno a 14 *cases* que estudian en global todo el mercado hipotecario (operaciones activas y operaciones pasivas), dirigido por los profesores Cornelius Van der Merwe, Francesca Fiorentini y Raffaele Caterina. Persiguen investigar las reglas que gobiernan las garantías sobre inmuebles en Europa, analizando situaciones fácticas.

Sergio NASARRE AZNAR
Profesor Lector de Derecho civil
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

RESEÑA DE CONGRESOS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO

a) **Congreso de Como, 15-16 abril 2005, «Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento/The Language Policies of EU Institutions after the Enlargement».**

Los dos días de duración del Congreso se emplearon en discutir acerca de la política de redacción y de traducción de los textos normativos adoptados por las instituciones europeas (Comisión, Consejo, Parlamento, Tribunal de Justicia, Banco Central Europeo) y su incidencia en la armonización del Derecho europeo en la Unión de los 25.

El Congreso fue organizado por el *Centro Interuniversitario di ricerca in diritto comparato*, recientemente constituido en la Universidad de Insubria, de Milán y de Bolonia, con la finalidad de profundizar en la problemática lingüística conexas al estudio de las diversas tradiciones jurídicas. Pretendía ser una muestra más del fenómeno según el cual la sensibilidad del jurista del siglo XXI cada vez está más atraída por el conocimiento del dato jurídico extranjero y por la profundización en las variables lingüísticas: con mucha más frecuencia que antes, el jurista (ya sea práctico o teórico) se enfrenta a las dificultades de traducción que comporta la falta de correspondencia conceptual entre términos que pertenecen a sistemas jurídicos distintos y a los diferentes cánones interpretativos típicos del contexto global multilingüe.

La Primera parte del Congreso tuvo un marcado carácter teórico. Participaron diferentes académicos cuya intervención tenía por objeto delinear el marco problemático de referencia sobre la lengua y el derecho. Las ponencias estuvieron todas presididas por cuestiones generales sobre la relevancia de la terminología jurídica en la armonización del Derecho europeo. Así, el Prof. Mattila (U. *Lapland*) «Giurilinguistica comparata: una disciplina in *statu nascenti*», la Prof. Ferreri (U. *Torino*), «Comunicare in un contesto internazionale», el Prof. Whittaker (U. *Oxford*), «La terminologia della tutela civile: diritti, rimedi e procedura», el Prof. Vismara (U. *Insubria*), «L'interpretazione dei testi multilingue da parte della Corte di Giustizia».

En la Segunda Parte del Congreso las intervenciones corrieron a cargo de ponentes procedentes de las instituciones comunitarias relacionadas con la materia tratada, quienes describieron, con extrema claridad, qué mecanismos debían regular la traducción de los textos jurídicos ante los diferentes servicios. Por parte de la Comisión europea, la Sra. Dragone, coordinadora del grupo de los juristas-revisores del Servicio Jurídico de la Comisión; del Consejo de la Unión Europea, la Sra. Guggeis, jurista-lingüista, y el Sr. Gallas, jefe de la Unidad del Servicio de Juristas-lingüistas; la representación del Parlamento europeo fue la del Sr. Ricci, del Servicio Jurídico, y el Sr. Hakala, del Secretariado de los coacuerdos y codecisiones; el Tribunal de Justicia estuvo representado por el Sr. Gallo, jefe de la Sección de Traducción de lengua italiana ante el Tribunal, y la Sra. Oddone, jurista-lingüista revisora ante el mismo tribunal; por el Banco Central europeo, la Sra. Weenink-Griffiths, jefe del Departamento de Juristas-Lingüistas, dentro de la Sección Jurídica del Banco Central europeo.

La tercera parte del Congreso versó sobre el diálogo ente las instituciones comunitarias y el mundo académico. Fue animada con el debate entre todos los participantes, esto es, los ponentes y el público presente en la Sala, seguidos del escrito de conclusiones del Prof. Monateri (U. *Torino*), que

valoró críticamente el régimen del multilingüismo y, sobre todo, las implicaciones que esto tiene para el Tribunal de Justicia.

Los participantes se fueron de Como con el convencimiento de que el jurista no puede en absoluto desinteresarse del lenguaje del Derecho. La lengua que se habla en ciertas áreas, conoce sistemas conceptuales múltiples; existen significados comunes a más de una lengua e incluso diversos dentro de la misma lengua; los términos jurídicos son muchas veces intraducibles o traducibles con neologismos y se privilegia el análisis semántico en la individualización de las palabras que son objeto de traducción. En fin, las lenguas están en evolución constante, se transforman con el tiempo y todas las contaminaciones y los cambios les son beneficiosos: las metamorfosis provocadas por nuevas necesidades son estudiadas con atención y rigor en los laboratorios lingüísticos de los juristas europeos (los juri-lingüistas) más perspicaces.

Las actas del Congreso se publicarán en otoño, en la Colección «*Le lingue del diritto*», de la que se ocupa Barbara Pozzo, en la editorial Giuffrè de Milán. La colección se inició en 2005 con el Volumen I, *Ordinary Language and Legal Language*.

Barbara PASA

Doctora en Derecho y *ricercatore*
Università di Torino

b) XVII Colloquio Biennale AIDC (Associazione Italiana di Diritto Comparato), Brescia, 12-14 maggio 2005, *Global Law v. Local Law*.

Cada dos años, la Asociación Italiana de Derecho Comparado reúne a todos sus socios (sobre la Asociación, *vid.* referencias en esta *Crónica*, en el número precedente); este año, el Coloquio ha tenido lugar en la Facultad de Derecho de Brescia.

El propósito, expresado en la apertura del Congreso por el Prof. Giulio Ponzanelli (U. *Brescia*), que es quien junto con la Prof. Cristina Amato, ha organizado el encuentro, era que los estudiosos pertenecientes a diversas áreas jurídicas expresaran sus opiniones en torno al tema de la globalización: el jurista positivista (Rainer Arnold, *Regensburg*), la socióloga del Derecho (Maria Rosaria Ferrarese, *Cagliari*), el estudioso de Derecho público comparado (De Vergottini, *Bolonia*), el economista (Mario Deaglio, *Turín*) y el filósofo del Derecho (Danilo Zolo, *Florenia*).

El tema seleccionado, *Global Law versus Local Law*, era escurridizo e incómodo, lo cual se puso de manifiesto desde el comienzo: los ponentes tuvieron dificultades para definir qué debía entenderse por «*global*» o «*local*» y aun más para situar al Derecho dentro de esta dicotomía.

En la mesa redonda de introducción al tema, presidida por el Prof. Antonio Gambaro (U. *Milan*, presidente de la Asociación), fue Arnold quien constató el nacimiento de un Derecho de la globalización y añadió la necesidad de construir un *corpus* universal de reglas, no necesariamente formado sólo de meras reglas jurídicas. Ferrarese evocó de manera lúcida los procesos de desnacionalización en marcha en el interior de los Estados, o bien la existencia de realidades territoriales «*locales*» que sufren presiones de naturaleza «*global*» –por ejemplo, las unidades territoriales subnacionales, como las Regiones, las Comunidades Autónomas, los *Länder*, etc.– las cuales dan

paso a contaminaciones e hibridaciones sin que sea predecible el éxito de los resultados, pero que, ciertamente, no neutralizan las diferencias existentes. Finalmente, De Vergottini elencó los peligros de un policentrismo acentuado, en el cual el Estado no tiene ya la fuerza de imponer un Derecho imperativo, centralista, único, y auspició una reunión de las varias entidades «locales» en torno a un nuevo centro «global», situado a nivel supranacional, donde el reparto de competencias sea establecido en clave de complementariedad y de subsidiariedad.

Tras la primera jornada introductoria, común a todos los participantes, el Coloquio preveyó un par de sesiones paralelas, tanto por la mañana («El derecho de contratos» y «El espacio en la tutela de los derechos») como por la tarde («El Derecho de sociedades» y «El Estado: sus límites y sus competidores»).

La sesión matinal sobre el Derecho de contratos fue de gran interés. En ella tomaron parte: el Prof. Bonell (U. Roma, *La Sapienza*), que se ocupó de la dimensión global evocada por los Principios UNIDROIT y el Derecho del comercio internacional; el Prof. Galgano (U. Bologna) se ocupó del «pan-contractualismo» protagonista en nuestra época y de las infinitas potencialidades de la *lex mercatoria* que, desde el extremo oriente hasta el viejo continente, vehicula reglas y principios jurídicos; el Prof. Grundmann (U. Humboldt, Berlín) se ocupó de las soluciones que ofrece el Derecho europeo de contratos, que ha definido como «locales y globales» a la vez, el Prof. Patti (U. Roma, *La Sapienza*) sostuvo que el Derecho de contratos es ontológicamente «global»; el Prof. Roppo (U. Genova), adoptando la perspectiva «local», reivindicó la necesidad de profundizar en los mecanismos relativos a la producción de reglas jurídicas de base local y territorial, partiendo de los lugares de enraizamiento de las tradiciones, con el fin de recuperar la energía existencial frente a la aspereza de la globalización. Llamó sobre todo la atención en la estructura basada en las autonomías territoriales, que ayuda también a configurar el Derecho privado, citando, entre los ejemplos, a las Comunidades Autónomas. El Prof. Sirena (U. Siena) afirmó que, para modernizar la disciplina general del contrato, es sobre todo necesario definir la categoría de los «contratos de empresa», como instrumento dogmático de parte general y, en segundo lugar, dar la vuelta al principio de buena fe contractual, poniéndolo al servicio de la tutela del libre mercado en lugar de al del consumidor; el Prof. Pardolesi (U. LUISS, Roma) se ocupó de la polisemia del término «contrato» y, sobre todo, se entretuvo con la cuestión de si el instituto contiene en sí mismo tensiones entre «local» y «global» y añadió que es estéril continuar razonando en términos de «Derecho contractual», dado que éste no es un *unicum*, sino que se encuentra fragmentado. Entre los ejemplos propuestos: *B2B*, los contratos concluidos entre operadores sofisticados (empresas), que continúan estando sujetos a la lógica ochocentista, con los cuales Pardolesi indentifica el «polo global»; *B2C*, los contratos con consumidores, reino de la armonización coactiva impuesta desde Bruselas; *C2C*, los contratos entre privados regulados en el Derecho interno, sobre los cuales todavía los jueces pueden experimentar soluciones innovativas, y con los cuales Pardolesi identifica el polo «local».

Tal y como se deduce de esta breve reseña, cada uno interpretó términos antitéticos (global/local) de manera bastante original y, a pesar del tono neutro con el cual los ponentes se expresaban, sin embargo se perfilaron dos orientaciones distintas: una favorable y la otra crítica con la globalización.

Eso significa que el tema del Congreso ha impactado de manera significativa en el adormecido pensamiento dogmático de la civilística italiana.

El último día del Congreso fue dedicado nuevamente a un tema general en sesión plenaria: la globalización del pensamiento jurídico. La mesa redonda fue extremadamente interesante, con la intervención del Prof. Piccinelli (U. Roma, Tor Vergata) con el Mediterráneo como metáfora del «mundo comunicador», fundado sobre una estrecha red de intercambios comerciales y culturales entre occidente y el Islam, dos modelos con vocación universal aunque, en la lógica de la globalización, uno tiende a prevalecer sobre el otro. Entre otros intervinientes, deben señalarse el Prof. Lupoi (U. Genova) y el Prof. Pascuzzi (U. Trento) a propósito del papel de la informática y de la tecnología digital (el *web* e *internet*), que anulan las variables «espacio» y «tiempo» en el Derecho. Finalmente, el congreso concluyó con la ponencia del prof. Duncan Kennedy (*Harvard Law School*), invitado como observador extranjero experto en globalización y el impacto de la misma sobre el pensamiento jurídico y la mentalidad del jurista. La globalización ha sido definida esencialmente como un ejercicio de poder, un modo de dominar las diferencias y de acelerarlas, el medio a través del cual se expresa un cierto imperialismo cultural que niega las identidades locales.

Y con este manifiesto político finalizaron los trabajos del XVII Coloquio biennial de la Asociación Internacional de Derecho Comparado. Las ponencias, como es habitual, serán publicadas a final de año en la Colección dirigida por la Asociación, que recoge siempre las actas de los coloquios bianuales precedentes (*vid.* el sitio oficial <http://www.aidc.it>).

Barbara PASA
Doctora en Derecho y *ricercatore*
Università di Torino.

c) **«Harmonisation of European Contract Law: Conference on the Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice», Institute of European and Comparative Law, University of Oxford, 18/19 de marzo de 2005.**

Los pasados 18 y 19 de marzo tuvo lugar en Oxford el congreso *«Harmonisation of European Contract Law: Conference on the Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice»*, organizado por el *Institute of European and Comparative Law* de la Universidad de Oxford, con la ayuda económica del bufete de abogados Clifford Chance.

El congreso pretendía, sobre todo, determinar cuál era el grado de armonización al que se había llegado con la europeización del Derecho de contratos, teniendo en cuenta las intervenciones de la Comisión Europea en el curso de los últimos dos decenios. Los organizadores deseaban promover la discusión acerca de la necesidad de disponer de un Derecho europeo de contratos sobre la oportunidad de ulteriores intervenciones de parte de las instituciones de la Unión europea. Con la finalidad de evitar que el debate fuera demasiado teórico, fueron invitados a tomar parte en él no sólo docentes universitarios, sino también representantes del mundo profesional, industrial e institucional. El congreso favoreció, además, la confrontación de opiniones entre los varios sectores interesados en el proceso de armonización del Derecho de contratos.

Entre los temas tratados se encuentran no sólo los que se refieren a la utilidad de un Derecho de contratos uniforme, sino también aquellos que afectan a la base constitucional, esto es, a la posible realización por parte de las instituciones comunitarias. Estimuló el debate la presentación de los resultados de una investigación empírica que ha contado con 175 empresas con sede en ocho Estados miembros de la Unión Europea, acerca de la necesidad de uniformizar el Derecho de contratos en Europa. Las empresas afectadas se mostraron dispuestas a responder a un cuestionario previamente elaborado por los Profesores Stefan Vogenauer y Stephen Weatherhill, ambos docentes en la Universidad de Oxford, en colaboración con el despacho de abogados Clifford Chance. No se puede entrar ahora a discutir los méritos de la investigación llevada a cabo, pero es suficiente recordar que de la misma resulta que 2/3 de las empresas afectadas habían encontrado obstáculos de naturaleza económica en las operaciones transnacionales. Lo cual debe poder reconducirse, ya sea a la diversa reglamentación nacional, ya sea a la existencia de sustanciales diferencias en la implementación e interpretación de las directivas europeas en los diferentes Estados miembros. 1/3 de las empresas consideró que la presencia de obstáculos parecidos incide en su capacidad y su voluntad de llevar a cabo negocios transnacionales. En fin, es significativo que el 83 por 100 de las empresas se hayan mostrado favorables a la posibilidad de tener un Derecho de contratos armonizado, si bien queriendo mantener la libertad de elección de la ley reguladora del contrato. Ulteriores informaciones sobre los resultados de la investigación podrán obtenerse tras la valoración del cuestionario por parte de los profesores Stefan Vogenauer y Stephen Weatherhill, que será publicada en la revista *Juristen Zeitschrift* además de en las actas del Congreso, recopiladas en un volumen al cuidado de los citados autores y publicado por la editorial *Hart*, que el lector interesado encontrará en el mercado presumiblemente en la primavera de 2006.

Alessandra BRAUN
St. John's College, Oxford

d) **Society of European Contract Law (SECOLA) Conference 2005: *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Praga, 17 y 18 de junio de 2005.**

Los días 17 y 18 de junio de 2005 tuvo lugar, en Praga, el Congreso anual de la *Society of European Contract Law* (SECOLA) bajo el título *Standard Contract Terms in Europe A Basis for and a Challenge to European Contract Law*.

El Congreso se dividió en cuatro ponencias. En la primera de ellas, de carácter introductorio, se planteó la problemática de las condiciones generales dentro de la evolución del derecho contractual europeo. El Dr. Moritz Röttinger, miembro de la *European Commission* y profesor de la Universidad de Viena hizo un repaso a las más recientes actividades de la EC en materia de derecho de contratos, y el Dr. Aristides N. Hatzis, de la Universidad de Atenas, analizó el carácter abusivo de las condiciones generales desde un punto de vista del análisis económico del Derecho.

Las dos siguientes ponencias se dedicaron a las medidas a adoptar, a nivel comunitario, con relación a las condiciones generales. Mientras la tercera ponencia se centró en negocios y cláusulas concretas –los contratos para

la prestación de servicios financieros, las promesas unilaterales y las reglas de procedimiento—, la segunda ponencia se ocupó de la problemática general de las condiciones generales, tratándose aspectos como la interpretación de las cláusulas, el deber de información, y las consecuencias de la nulidad de las cláusulas. Particularmente interesante fue la conferencia del Dr. Simon Whittaker, de la Universidad de Oxford, respecto a las propuestas de la Comisión Europea para la elaboración, a nivel comunitario, de un listado de cláusulas de condiciones generales para su necesaria incorporación a ciertos contratos celebrados por comerciantes y por organismos públicos, señalando una serie de importantes inconvenientes para ello, tanto de tipo lingüístico, como derivados de la propia naturaleza del contrato y de las diferencias entre los derechos nacionales en cuanto al listado de cláusulas consideradas abusivas y las reglas sobre interpretación de las cláusulas del contrato.

Por último, en la cuarta ponencia se hizo un análisis comparativo de la transposición de la Directiva sobre Cláusulas Abusivas en los Estados miembros —concretamente en España, Italia, Grecia, Alemania, Irlanda, Portugal, República Checa, Francia y Reino Unido— en relación a cuatro aspectos: ámbito de aplicación, integración de las condiciones generales dentro del contrato, la interpretación de la cláusula de equilibrio, y la lista de cláusulas abusivas.

Los *abstracts* y algunas de las ponencias presentadas pueden consultarse en la página web de SECOLA (www.secola.org), donde asimismo se ofrece información del próximo Congreso, a celebrar en junio de 2006 en Berlín.

Esteve BOSCH CAPDEVILA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

BIBLIOGRAFÍA

Libros

GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, ed. Comares, Granada, 2004, 265 pp.

La monografía del Profesor González Gozalo aborda la problemática de la fase de formación del contrato. Se trata de un tema clásico en nuestra disciplina, cuyo interés ha resurgido con fuerza en los últimos años. Esta actualidad se debe a dos fenómenos relativamente recientes: la protección de los consumidores y la contratación electrónica. En ambos campos el legislador ha introducido alteraciones en el régimen de la formación del contrato, ya sea de forma sectorial o general. Atención especialísima merece la modificación de los artículos 1262.2 y 3 CC y 54 CCO, introducida en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –en adelante, LSSI– que regulan la controvertida cuestión del momento y el lugar de la perfección del contrato celebrado entre personas distantes.

En todo caso, la obra objeto de esta recensión no se limita al comentario del Derecho positivo, sino que en su afán de ofrecer una imagen completa de la fase de formación del contrato estudia también los problemas obviados por nuestro legislador. Por ejemplo, trata la vigencia temporal de las ofertas, los efectos del cruce de las declaraciones de aceptación y de revocación de la oferta, la eficacia de las aceptaciones tardías, la incidencia de la muerte o la incapacidad sobrevenida de una de las partes después de la emisión de la oferta y antes de la perfección del contrato, etc. Para aportar soluciones a estas y otras cuestiones, el autor acude con frecuencia a la aplicación analógica de las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, pero también se inspira en normas de Derecho comparado, acuerdos internacionales o meras declaraciones de intenciones.

El trabajo está estructurado en tres capítulos, relativos respectivamente a las declaraciones de voluntad –principalmente, oferta y aceptación–, la perfección del contrato, y los contratos con consumidores y contratos electrónicos. Los dos primeros capítulos de la obra constituyen la parte general, mientras que el último examina la parte especial.

El primer capítulo, titulado «Las declaraciones de voluntad contractual», se consagra a la oferta y a la aceptación de la misma. En cuanto a aquella, el autor presenta con detalle sus requisitos –el propósito serio e inequívoco de quedar obligado, la suficiencia de contenido y el carácter recepticio– para adentrarse a continuación en los aspectos controvertidos. Así, las páginas sucesivas se dedican a la exposición del debate doctrinal, estudio de Derecho comparado y propuesta de soluciones a los siguientes interrogantes que plan-

tea la figura de la oferta: perfección de la misma, revocabilidad o irrevocabilidad, duración y los efectos de la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente o del destinatario.

Naturalmente, no es posible recoger aquí en la extensión que sería necesaria las explicaciones y planteamientos del profesor González Gozalo, por lo que nos limitaremos a apuntar algunas de sus conclusiones. En cuanto a la perfección de la oferta, cuya importancia práctica estriba en que la oferta puede ser retirada hasta que no llega dicho momento, el autor aboga por la aplicación de la regla de la cognición atemperada, de acuerdo con la cual la oferta será efectiva desde el momento en que pueda ser conocida por su destinatario. Asimismo, afirma que la oferta tiene carácter revocable, incluso cuando venga acompañada de un plazo de vigencia, y siempre que no se derive lo contrario de la ley, del acuerdo de las partes, de los usos o de la voluntad del oferente. El autor también mantiene que la revocación se perfecciona cuando llega a su destino o, mejor, cuando su destinatario no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, pero no será efectiva si se ha remitido con posterioridad a la expedición de la aceptación. Por otra parte, el autor se suma a aquellos que entienden que toda oferta está sometida a un plazo explícito o implícito de vigencia, transcurrido el cual no puede ser aceptada. Finalmente, en relación a los efectos sobre la oferta de la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente, se inclina por dar una solución caso por caso, disminuyendo las expectativas de pervivencia de la oferta cuanto mayor sea el componente *intuitu personae*. Por el contrario, la incapacidad sobrevenida del oferente, que sin embargo es suficiente para perfeccionar el contrato, solamente afectará a la validez del mismo cuando dicha incapacidad frustre el fin del negocio ofrecido.

Tras el tratamiento de la oferta, el autor dirige su atención a la aceptación y al estudio de sus requisitos, a saber: el carácter definitivo, el propósito serio e inequívoco de quedar obligado, la conformidad con la oferta y la tempestividad. El punto que mayor problemática genera es la conformidad entre aceptación y oferta, en especial, cuando media la incorporación de condiciones generales de la contratación. En particular, el autor dedica varias páginas al análisis crítico del Real Decreto 1906/1999, que desarrolla (o lo pretende) el actual artículo 5.4 [contratación telefónica o electrónica] de la Ley 7/1998, de 7 de abril, sobre condiciones generales de la contratación –en adelante, LCGC–. El autor se suma a la denuncia unánime en nuestra doctrina sobre la ilegalidad de dicho reglamento. Además, cuestiona alguna de las decisiones de política legislativa en él adoptadas, como el tratamiento indistinto de contratación telefónica y electrónica o de consumidores y empresarios; sugiere una interpretación correctora de alguno de sus preceptos (p. ej., entiende que el art. 2 de dicha norma reglamentaria, en contra de su tenor literal, debe interpretarse en el sentido de tener a disposición de cualquier posible adherente las condiciones generales al menos tres días antes de la perfección del contrato); y tilda de nulos a otros (p. ej., el art. 4.3, que sanciona el incumplimiento del deber de información precontractual con la ampliación del plazo de resolución del contrato, en lugar de la no incorporación de las condiciones generales al contrato, como prevé el art. 7 LCGC).

El último apartado del primer capítulo trata el rechazo de la oferta. El rechazo provoca la extinción de la oferta. Al igual que sucede con el resto de declaraciones de voluntad, y producto de su carácter recepticio, cabe su retirada desde el momento de la emisión hasta el de la recepción. Entre los

supuestos de rechazo se ubica la contraoferta, es decir, el rechazo de la oferta primitiva más una nueva oferta.

El segundo capítulo de la obra versa sobre la perfección del contrato y de buen inicio el autor enumera los múltiples efectos jurídicos que ésta comporta. Seguidamente, se exponen los fundamentos de la clasificación de los contratos en función de que estos tengan lugar entre presentes –personas que se encuentran en el mismo lugar– o entre distantes –personas en lugares diferentes–. El autor señala como la aparición de medios de comunicación instantánea y bidireccional (por ejemplo, la telefonía) ha conducido paradójicamente a que a los efectos de determinar el momento de perfección del contrato éste deba ser considerado entre presentes, mientras que para determinar su lugar de celebración deba encuadrarse entre los celebrados entre distantes. Con la voluntad de resolver dicha distorsión, se ha sugerido la implantación de una nueva taxonomía de los contratos en lo que a la determinación del momento de perfección se refiere, por un lado, los de formación instantánea –la comunicación no se interrumpe entre oferta y conocimiento de la aceptación– y, por otro, los de formación sucesiva –entre la oferta y el conocimiento de la aceptación se interrumpe la comunicación–. Si bien es cierto que algunos supuestos se resisten a situarse con claridad en una u otra categoría, como los mensajes de correo electrónico y los SMS, que el autor se decanta por ubicar entre los contratos de formación interrumpida.

Tras una breve alusión a los contratos entre presentes, respecto de los cuales el autor señala que su conclusión se produce en el momento en que la aceptación llega a conocimiento del oferente –en general, el mismo en el que la aceptación es emitida–, se pasa a tratar la perfección de los contratos entre distantes. En esta parte de la obra el Profesor González Gozalo describe de forma sucinta las teorías sobre la perfección del contrato –emisión, expedición, recepción, y cognición– y analiza críticamente las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, al tiempo que aporta detallada información sobre las soluciones adoptadas en Derecho comparado y supranacional. Una vez realizada la presentación del escenario, el lector es conducido al análisis de nuestro ordenamiento. En concreto, los artículos 1262 CC y 54 CCO proclaman clónicamente desde la LSSI que «[h]allándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta» y «[e]n los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación». No obstante, antes de centrarse en la interpretación de estos preceptos, el autor trata los dos preceptos modificados, no en vano siguen siendo aplicables a los contratos celebrados con anterioridad al 13 de julio de 2002. Así pues, según indica el autor, la legislación vigente acoge como regla general la teoría de la cognición atemperada, ya que es suficiente que el oferente deba conocer la aceptación por parte del destinatario para que el contrato se entienda concluido.

El segundo capítulo finaliza con el tratamiento del lugar de perfección del contrato. El autor dedica alguna atención a la situación anterior a la reforma de la LSSI, cuando todavía el artículo 54 CCO guardaba silencio sobre dicho extremo. En la actualidad, tanto este precepto como su homólogo en el Código civil establecen con rotundidad que los contratos entre personas dis-

tantes se presumen celebrados «en el lugar en que se hizo la oferta». Éste puede ser identificado, en opinión del Profesor González Gozalo, con el lugar de emisión o el de expedición e, incluso, puede eventualmente acudir al establecimiento mercantil o residencia habitual del oferente.

Por último, el tercer capítulo dedica sus dos epígrafes, respectivamente, a los contratos con consumidores y a los contratos electrónicos, es decir, a los dos grupos de contratos que mayor problemática han generado en la aplicación de las normas sobre la formación del contrato. Además, en ambos supuestos existe legislación específica.

Las publicaciones existentes sobre contratación con consumidores son numerosas y el Profesor González Gozalo lo refleja en las detalladas citas que apoyan su discurso. Una primera cuestión a tratar es el carácter de oferta o mera invitación a ofrecer de la declaración pública del empresario, decantándose el autor por la respuesta individualizada en cada supuesto, que en todo caso debe tomar en consideración si la oferta fue lo suficientemente precisa. A continuación, se alude al deber de información previa, que muchas de las normas especiales de protección al consumidor imponen al empresario. Siguiendo lo manifestado por la doctrina, el autor subraya que «el no informar no se sanciona con la ineficacia del contrato, sino con su integración con aquellas condiciones relevantes para su celebración no suministradas pero que razonablemente cabía esperar». Para finalizar esta primera parte del tercer capítulo se examinan los problemas que genera la declaración de voluntad del consumidor. El primer interrogante es la consecuencia de la no adopción de la forma escrita cuando ella sea requerida por la ley. Y la respuesta dependerá de la normativa especial en cuestión, como pormenorizadamente explica el autor. También se refiere en este apartado sobre la aceptación de las cláusulas predispuestas por el empresario, explicando a grandes trazos los controles de incorporación y contenido previstos en el artículo 10.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Por último, se alude al derecho de desistimiento. El autor desecha la teoría que afirma que la posibilidad de desistir nos sitúa frente a un contrato en el que el consentimiento se presta en dos fases, y considera que estamos sencillamente frente a un contrato concluido de acuerdo con las reglas generales, al que se le ha adherido un derecho de desistimiento unilateral.

El último apartado de la obra versa sobre la formación del contrato electrónico. Los contratos electrónicos son, según definición de la LSSI, «todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones», por ejemplo, la compra en sitios *web*. A partir de aquí, el autor apunta que si oferta o aceptación se han transmitido por otra vía, no estaremos ante un contrato electrónico y, por tanto, no deberán cumplirse los deberes fijados por la LSSI. Para la válida celebración de contratos electrónicos no es necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de dichos medios, salvo en el ámbito mercantil (art. 51.2 CCO), ni la implementación de mecanismos de firma electrónica, salvo cuando la Ley así lo exija.

Las partes del contrato electrónico son el prestador, que es la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información, y el destinatario, que es la persona que lo recibe. Como el Profesor González Gozalo observa, en ambas definiciones el elemento esencial es el «servicio de la sociedad de la información» y éste consiste en «todo servi-

cio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario». Por ello, proclama el autor, «no tiene la consideración de servicio de sociedad de la información el intercambio de mensajes de correo electrónico o la comunicación a través de medios análogos para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan (...), y ello aunque contengan alguna declaración de voluntad contractual».

En sede de contratación electrónica se vuelve a plantear la controvertida distinción entre oferta y mera invitación a ofrecer, reiterando el autor su tesis de que ésta es una cuestión que debe resolverse casuísticamente. Asimismo, se trata también aquí el deber de información previo, impuesto por la LSSI al prestador de servicios, y que abarca tanto la información general (p. ej., nombre o denominación social del prestador, dirección, correo electrónico ...) como la específica del servicio que se contrata. El autor enumera varios de los deberes concretos y propone la sanción que en cada caso considera más adecuada por su incumplimiento, lo que resulta particularmente complejo al no estar esto previsto en la LSSI.

La obra finaliza con el examen del momento y lugar de perfección del contrato electrónico. A partir de la información extraída de los textos prelegislativos –muy en particular, del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002–, el autor pone luz sobre algunos puntos oscuros de la LSSI. Entre otras aportaciones, resultan del máximo interés las páginas que el autor dedica al deber de acusar recibo del pedido del cliente. Después de desechar por inconsistentes y contradictorias todas las opciones interpretativas imaginables, propone una reforma de la LSSI, en la que se obligue al prestador a la confirmación del pedido en todo caso y se vincule al incumplimiento de este deber una sanción consistente en la extensión del plazo de que goza el destinatario del servicio para desistir del contrato.

En definitiva, de la obra del Profesor González Gozalo lo que debe destacarse es su exhaustividad, rigor y claridad en la exposición. El carácter exhaustivo queda patente en la profusión de citas, tanto nacionales como extranjeras, de gran utilidad para aquellos que quieran profundizar en el análisis. Además, las aportaciones jurisprudenciales son igualmente notables, alcanzando a resoluciones de otros países de nuestro entorno. También resulta encomiable el manejo del Derecho comparado, los acuerdos internacionales y meras declaraciones de intenciones, como los Principios del Derecho Europeo de Contratos. El rigor científico lo muestra el autor contrastando todas las posiciones doctrinales, antes de manifestar el criterio propio. Por último, el autor mima al lector con una exposición clara, salpicada de ejemplos cotidianos y reiterando aquellas ideas que habiendo sido discutidas anteriormente resultan útiles en el flujo del discurso. De hecho, se trata de un trabajo que persigue solventar problemas concretos –como muestra el didáctico y atractivo principio de la obra–, a partir de unos sólidos fundamentos teóricos. Por todo ello, nos encontramos frente a una herramienta extremadamente valiosa para los prácticos del Derecho y una cita obligada para los teóricos.

VV. AA.: *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen (sous la direction de Daniel Gadbin et Francis Kernaleguen)*, ed. Bruylant, Bruselas, 2004, 514 pp.

1. La aprobación en noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* ha dado lugar, en los últimos años, a la aprobación de numerosas normas, nacionales e internacionales, sobre dicha materia. Asimismo, también son numerosos los trabajos doctrinales que abordan el estudio de los derechos de los menores.

La citada *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 está compuesta por una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos los Estados que la han ratificado y que no son negociables. Estipula los derechos humanos básicos que deben disfrutar los menores, sin discriminación alguna: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra las influencias peligrosas, contra el maltrato y la explotación; y a la plena participación en la vida cultural, familiar y social. Todos los derechos descritos en la *Convención* se ajustan a la dignidad humana y al desarrollo equilibrado de todos los menores. La *Convención* protege los derechos de los menores al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales. Los Estados Partes de la *Convención* están obligados a establecer y poner en práctica todas las medidas y políticas de conformidad con el interés superior de los menores. Es importante destacar que la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos, así como derechos económicos, sociales y culturales. Hasta la fecha, la mencionada *Convención* ha sido ratificada por 192 Estados (entre los que no se encuentran ni Estados Unidos ni Somalia).

Por otra parte, el denominado Derecho de los menores afecta a sectores del Ordenamiento muy diversos (entre otros, al Derecho civil de las personas y de las relaciones familiares, al Derecho constitucional, al Derecho comunitario europeo, al Derecho internacional privado, al Derecho internacional público, al Derecho penal, o al Derecho procesal).

La monografía objeto de esta recensión constituye un buen instrumento para conocer no sólo el estado actual, sino también la evolución del denominado Derecho de los menores en Europa, pues en ella se recogen los distintos trabajos presentados en las Jornadas nacionales de estudios sobre «el estatuto jurídico de los menores en el espacio europeo», organizadas por la *Commission pour l'Etude des Communautés Européennes (CEDECE)* que se celebraron en mayo de 2003 en la ciudad de Rennes (Francia).

2. La estructura de la obra es la siguiente: tras una primera parte introductoria en la que se recogen las contribuciones, por una parte, de la profesora Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN (*Université Catholique de Louvain*), que realiza una aproximación al contenido y significado del estatuto jurídico de los menores en el ámbito europeo, y por otra, del profesor Jacques COMMAILLE (*Universités à l'Ecole Normale Supérieure de Cachan*), que se plantea si es posible hablar de una infancia europea, abordando desde un punto de vista sociológico cuál es la situación en Europa de los menores en el ámbito de la familia y de la sociedad, la monografía se divide en seis partes diferenciadas, en las que se agrupan por temas las contribuciones de los distintos autores.

3. En la Parte I se realiza un análisis de cuáles son los derechos de los menores reconocidos en el orden jurídico internacional. En primer lugar, el profesor Jean DHOMMEAUX (*Université de Rennes 1*) expone los derechos reconocidos a la infancia en los distintos convenios y tratados internacionales impulsados por la ONU, la OIT, la UNESCO y la OMS, asimismo examina brevemente las obligaciones que los Estados asumen en virtud de los citados tratados internacionales y los controles que se establecen para garantizar el respeto a los derechos reconocidos (pp. 3 a 30).

En segundo lugar, Sylvaine POILLOT PERUZZETTO (*Université de Toulouse 1*) analiza de qué forma los derechos de los menores se reflejan en el Ordenamiento comunitario europeo (pp. 31 a 64).

Finalmente, Hubert BOSSE-PLATIÈRE (*Université de Bourgogne*) examina el estatuto de la infancia y la europeización de las fuentes del Derecho de familia, no sólo en lo referente al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales en materia matrimonial, filiación y patria potestad, sino también en lo referente a la armonización del Derecho de familia material o sustantivo (pp. 65 a 95).

4. En la Parte II de la obra se aborda el examen del derecho que tienen los menores de pertenecer a una familia concreta. En primer lugar, el profesor Francis KERNALEGUEN (*Université de Rennes 1*) analiza, de forma breve, las distintas vías que existen en el espacio europeo para materializar el derecho de toda persona a determinar, establecer y mantener un vínculo de filiación con sus progenitores biológicos (pp. 99 a 117).

A continuación, Pierre MURAT (*Université Pierre Mendès-France, Grenoble II*) expone la evolución de la normativa de los distintos países europeos sobre el derecho a la adopción (prestando especial atención a la *Adoption and Children Act* de 2002 aprobada en el Reino Unido) y destaca como esta institución ha dejado de ser una institución de naturaleza esencialmente caritativa y se ha convertido, en la actualidad, en una institución que el Estado debe impulsar para conseguir una familia a los menores que carecen de ella. Asimismo, analiza dos de los rasgos definidores que se pueden extraer de la normativa sobre la adopción: por una parte, que el derecho a la adopción es un mecanismo de protección de los menores, razón por la cual los adultos no tienen derecho a adoptar menores, sino que lo que debe primar es el interés del menor; y, por otra, su carácter subsidiario, pues sólo se da cuando el menor carece de una familia biológica adecuada para su desarrollo (pp. 119 a 141).

5. La Parte III del libro objeto de esta recensión lleva por título «El derecho de los menores a la protección del vínculo familiar» y en ella se aborda por Muriel LE BARBIER-LE BRIS (*Université de Rennes 1*) la cuestión del reagrupamiento familiar en el Derecho comunitario europeo, cuya importancia se ha incrementado en los últimos años como consecuencia de la inmigración procedente de terceros países (no pertenecientes a la Unión Europea). Señala que el reagrupamiento familiar es una de las manifestaciones del derecho fundamental de respeto a la vida familiar reconocido expresamente, entre otras normas, en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que los menores son en última instancia los beneficiarios de los diferentes regímenes jurídicos existentes sobre reagrupamiento familiar (pp. 145 a 171).

Seguidamente, el profesor Hugues FULCHIRON (*Université Jean Moulin Lyon 3*) analiza el régimen jurídico de la responsabilidad de los padres respecto a los hijos menores de edad en el denominado espacio jurídico europeo. Señala el citado autor que en Europa la evolución del Derecho de familia en

esta materia se ha caracterizado por dos grandes ideas: la igualdad y la continuidad. La primera se refiere a la igualdad de todos los hijos ante la ley, sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, así como a la igualdad de los progenitores (padre y madre) en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes respecto de los hijos menores. La segunda de las ideas que preside esta materia es la continuidad de los vínculos personales y jurídicos de los menores con cada uno de sus progenitores cuando se produce la ruptura de la relación de éstos (crisis matrimoniales o finalización de la convivencia en las parejas de hecho), si bien es cierto que, como señala el autor, en cada país el régimen jurídico aplicable en esta materia es diferente (pp. 173 a 188).

Por último, la magistrada Sonya DJEMNI-WAGNER expone, de manera sucinta, las novedades y avances que representa la aprobación en 2003 del Reglamento comunitario *Bruselas II bis*, referente a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias en materia matrimonial y de filiación (pp. 189 a 201).

6. En la Parte IV de la monografía se agrupan diversos trabajos que tienen como denominador común el derecho de los menores a la seguridad y que se analiza pormenorizadamente desde distintas perspectivas. En primer lugar, Brigitte LE MINTIER (*Université de Rennes 1*) analiza qué grado de protección tiene el embrión en el espacio jurídico europeo. La conclusión a la que llega, después de realizar un recorrido por los Ordenamientos de distintos países de la Unión Europea y de comprobar el silencio de la mayoría de ellos sobre esta cuestión, es que puede hablarse, utilizando la terminología de la autora, de la existencia en el espacio europeo de un régimen de seguridad prenatal que actúa tanto en el ámbito personal como en el patrimonial (pp. 205 a 219).

En segundo lugar, Anne BOURRAT-GUEGUEN (*Université de Rennes 2*) aborda la cuestión del derecho de los menores a la integridad sexual en el espacio jurídico europeo. Destaca, en primer término, la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en esta materia, así como el reconocimiento de la integridad sexual de los menores como derecho fundamental en la Convención Europea de los Derechos del Hombre y cuya vulneración constituye un delito en todos los países de la Unión Europea. Por otra parte, examina los distintos pasos que se han dado para prevenir la explotación sexual de los menores y para la creación de un espacio europeo de protección de la integridad sexual de los menores con la adopción de determinadas medidas de cooperación judicial y policial (pp. 221 a 239).

En el último trabajo que se incluye en la Parte IV de esta obra se examina el tema de la seguridad económica de los menores en el Derecho europeo. Su autora, Sylvie HENNION MOREAU (*Université de Rennes 1*), señala, en primer lugar, que no existe, a diferencia de lo que ocurre con la seguridad jurídica, una noción ni unos contornos definidos de la denominada seguridad económica. Seguidamente analiza los distintos aspectos de la seguridad económica de los menores (por una parte, el reconocimiento de la obligación legal de alimentos que los padres tienen respecto de sus hijos menores de edad, y, por otra, las prestaciones sociales, esto es, los mecanismos de protección económica instaurados por el denominado estado del bienestar). También aborda el estudio de distintas normas europeas cuya finalidad es la protección de los menores en razón de su vulnerabilidad física y psíquica. Se trata de normas que intentan evitar la explotación económica de los

menores y que limitan el acceso al mercado de trabajo de éstos. Por último, se detiene brevemente en la exposición del régimen de protección del patrimonio personal de los menores que existe en la actualidad en el ámbito europeo (pp. 241 a 260).

7. La Parte V se titula «El derecho de los menores a la autonomía» y en ella se abordan cuestiones de muy diversa índole. El derecho de los menores a la educación en el espacio europeo es el tema analizado por Daniel GADBIN (*Université de Rennes 1*). Destaca, por una parte, la extensión progresiva del derecho de acceso a los sistemas educativos de los distintos Estados miembros de la Unión Europea que tienen los menores, sin que puedan ser discriminados por razón de su nacionalidad. Este hecho permite hablar al autor de la existencia de un espacio europeo de educación. Por otra parte, aborda la interesante e importante cuestión del derecho a la integración social activa de los menores en el espacio europeo, que debe estar presidida por la idea de proteger los intereses de los menores en el ámbito educativo europeo (respeto a las convicciones religiosas y éticas, respeto a las preferencias lingüísticas, protección de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas) (pp. 263 a 293).

A continuación, Dominique MAILLARD DESGREES DU LOU (*Université d'Angers*) expone el estatuto de los menores en el ámbito educativo francés. Señala que, conforme a las leyes francesas, todos los menores tienen derecho a recibir una formación escolar y que el Estado tiene el deber de organizar un sistema de educación gratuito y laico al que puedan acceder todos los ciudadanos. Asimismo se detiene en la exposición de los derechos y obligaciones que incumben a cada uno de los miembros que integran el servicio público de educación francés, dedicando especial atención al estatuto jurídico de los menores (alumnos) como miembros de pleno derecho de la comunidad educativa (pp. 295 a 318).

En tercer lugar, Adeline GOUTTENOIRE (*Université Pierre Mendès-France, Grenoble II*) examina, de forma breve, los dos elementos que componen el denominado estatuto procesal europeo de los menores: por una parte, la determinación del grado de capacidad procesal en el espacio jurídico europeo que tienen los menores para defender sus derechos ante los tribunales (distingue según se trate de un proceso ante la jurisdicción civil, penal o administrativa) y, por otra parte, la cada día más importante facultad que tienen los menores de expresar su opinión ante los tribunales de justicia en aquellos procesos que les afecten de una u otra manera (pp. 319 a 333).

El último de los trabajos que se incluye en la Parte V de esta monografía versa sobre el análisis del régimen jurídico de la responsabilidad civil de los menores derivada de delito establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España y es obra de Íñigo Alfonso NAVARRO MENDIZÁBAL (*Universidad Pontificia de Comillas de Madrid*) (pp. 335 a 358).

8. La Parte VI, y última, de la obra lleva por título «Entre la protección y la represión de los menores en el espacio europeo» y en ella se incluyen trabajos como el de Georges FOURNIER (*Université de Rennes 1*) en el que se aborda el estudio de la evolución de la responsabilidad penal de los menores en el espacio jurídico europeo conforme a lo dispuesto en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en distintas Recomendaciones del Consejo de Europa, así como en distintas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia (pp. 361 a 395).

En segundo lugar, Sara DíEZ RIAZA (*Universidad Pontificia de Comillas de Madrid*) realiza una breve exposición de las principales cuestiones que suscita la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España (pp. 397 a 416). Por su parte, Stewart FIELD (*University of Cardiff*) expone de manera sucinta la evolución y el régimen jurídico actual de la responsabilidad penal de los menores en el Reino Unido (pp. 417 a 435).

A continuación, se transcribe la mesa redonda en la que participaron Jean DANET, Sara DíEZ RIAZA, Stewart FIELD, Catherine GLON, Geneviève LEFEBVRE y Dominique LEGRAND y en la que los temas de debate eran, por una parte, la protección de los menores por el Derecho penal, y, por otra, la represión de los menores por el Derecho penal (pp. 437 a 463).

La monografía objeto de esta recensión concluye con una ilustrativa e interesante síntesis realizada por Frédérique GRANET-LAMBRECHTS (*Université Robert Schuman de Strasbourg*) en la que se refleja no sólo la diversidad de los temas abordados durante las Jornadas, sino en la que se pone de manifiesto la importancia creciente del denominado Derecho de los menores y que se trata de una cuestión que debe regularse de manera uniforme por todos los Estados, razón por la cual las distintas Organizaciones internacionales están llamadas a desempeñar un importante papel en esta materia (pp. 465 a 504).

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA

VV. AA.: *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, ed. Dalloz, Paris, 2005, 527 pp.

1. La excepcional trayectoria profesional de Jean-Luc Aubert –con una amplia labor como docente universitario, decano, consejero de la *Cour de cassation* y jurista de reconocido prestigio en Francia y fuera de sus fronteras– justifica por sí sola la idoneidad del homenaje que discípulos, colegas y amigos le brindan.

El libro respeta escrupulosamente el esquema clásico francés de este tipo de obras: currículum del homenajeado (con una enumeración de sus principales publicaciones); presentación de la persona homenajeada realizada por los discípulos que se han encargado de organizar el homenaje (los profesores, Barret, Collart Dutilleul y Savaux); a continuación, los treinta y dos trabajos de colaboración; y, para terminar, un considerable número de suscriptores que se adhieren al homenaje a Jean-Luc Aubert.

2. Aunque las contribuciones de Aubert en las más diversas materias del Derecho civil son incontables, como apuntan sus propios discípulos, entre sus escritos destacar la serie de *Obligaciones* (publicada, en su origen con Jacques Flour) y la *Introducción al derecho y temas fundamentales del derecho civil*. Estas *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert* se dedican a prolongar la reflexión sobre estas materias esenciales del derecho en las que Aubert ha hecho valiosas aportaciones. Por ello, llevan por título, *Propos sur le droit des obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*. Para organizar los trabajos, el libro se divide en dos partes: la primera, dedicada a las obligaciones y los contratos y, la segunda, a otros temas del derecho.

3. La primera parte, bajo la rúbrica «contratos y obligaciones» contiene un importante número de artículos de diversas materias, todos ellos de máximo interés y calidad, sin duda alguna por la excelencia de sus autores.

3.1 En materia de teoría general de las obligaciones, cabe destacar el excelente trabajo de Jacques Ghestin («En relisant “De la cause des obligations” de Henri Capitant», pp. 115 a 134), sobre la causa de las obligaciones, que resulta tremendamente sugestivo. El profesor Ghestin toma como referencia el concepto unitario de causa de Henri Capitant, según el cual, la causa es el fin por el cual las partes han decidido obligarse. Ghestin pretende demostrar que la brillante construcción de Capitant, a pesar de ser muy seductora, se asienta sobre contradicciones y ambigüedades internas. Sobre todo en lo que respecta a las relaciones entre la causa y el motivo determinante –que hace que la construcción de Capitant no funcione para los contratos a título gratuito–. Pero también en lo referente a las relaciones entre la causa por un lado y la obligación, el contrato y sus elementos constitutivos por otro. Mientras que para Capitant la idea de causa no sólo interviene en el momento del acuerdo de voluntades sino que permanece en tanto el contrato no se haya ejecutado por completo (esto justifica, en los contratos sinalagmáticos, la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución por incumplimiento), según Ghestin, en la apreciación de la existencia de causa en los contratos sinalagmáticos es suficiente con que la contrapartida convenida tenga desde la formación del contrato, un objeto real. Todo ello lleva al profesor Ghestin a proponer para una nueva reflexión sobre la causa, al menos como punto de partida, la teoría de Jacques Maury que comienza distinguiendo, por un lado, los actos a título gratuito y a título oneroso, y por otro lado, la ausencia de causa y la causa ilícita.

3.2 El profesor Philippe Simler («L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégrant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée», pp. 295 a 309), contribuye al homenaje con un interesante trabajo sobre la operación compleja que constituye la delegación pasiva y que supone la creación de un compromiso suscrito entre delegado y delegatario, dirigido, la mayoría de las veces, a la extinción de dos obligaciones previas: la del delegante con el delegatario y la del delegado con el delegante. Tanto en el caso de delegación simple –en la que la obligación del delegante subsiste hasta que el delegatario no cumpla la suya– como en el de delegación novatoria –en la que se extingue la obligación del delegante frente al delegatario–, la obligación nueva del delegado tiene vocación de sustituir las obligaciones preexistentes.

En ambos tipos de delegación, la relación obligatoria existente inicialmente entre delegante y delegado se ve afectada por el nuevo compromiso suscrito por el delegado. Sin embargo, según pretende demostrar Simler –a falta de voluntad contraria claramente establecida–, no se puede admitir que dicha obligación se extingue pura y simplemente, sino que tiene lugar una renuncia condicional del delegante a su crédito contra el delegado (sometida a condición resolutoria del incumplimiento por este último del compromiso adquirido con el delegatario). Sólo así se justifican soluciones conformes, a la vez, a la probable voluntad de las partes y a los principios esenciales del derecho de obligaciones.

3.3 Gilles Goubeux («La carence du débiteur, condition de l'action oblique: questions de fond et questions de preuve», pp. 147 a 160), también opta por un tema sobre el que Aubert ha hecho importantes aportaciones. Nos referimos a la acción subrogatoria (*vid.* Aubert, J. L., «Le droit pour le créan-

cier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur», *RTD civ.*, 1962, pp. 692 ss.). El trabajo se centra en un aspecto concreto del mecanismo de la acción subrogatoria: la necesaria inactividad del deudor para que la actuación del acreedor sea legítima. Analiza el *arrêt* de la Cámara I.^a de la *Cour de cassation* de 28 de mayo de 2002 que establece una presunción de inactividad del deudor y explica por qué no considera razonable extender dicha presunción a todas las acciones subrogatorias. Sostiene Goubeux que con carácter general la «inactividad» del deudor no debe consistir en la simple ausencia de diligencia, sino que debe existir una «inactividad prolongada e injustificada del deudor», que debe ser probada por el acreedor.

3.4 Y, Catherine Caillé, discípula de Aubert, opta por un tema del que también se ha ocupado su maestro. Se trata de la distinción entre el hecho jurídico y el acto jurídico como fuentes de las obligaciones («*Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique*», pp. 55 a 66).

4. También hay que destacar las importantes contribuciones que en materia de teoría general del contrato han realizado ilustres profesores en los trabajos aportados para homenajear a su colega y, en ocasiones, maestro.

4.1 Como bien apunta Denis Mazeaud («*Le juge et le contrat (Variations optimistes sur un couple "illégitime")*», pp. 235 a 259), en un libro dedicado a Jean-Luc Aubert resulta muy oportuno realizar un trabajo sobre las relaciones entre el juez y el contrato. Afirmar Mazeaud que preguntarse sobre el papel del juez en el contrato supone tomar partido por una concepción del mismo. Partiendo de un principio de no injerencia del juez en el contrato (*vid.* Aubert, *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, Connaissance du droit, 2000, p. 116) y de las atenuaciones y excepciones que se establecen al mismo en el derecho contemporáneo de contratos, Mazeaud se pronuncia sobre la oportunidad y legitimidad de la intervención judicial en el contrato, y sobre si ésta tiene lugar «por», «fuera» o «contra» la ley. El autor constata que los jueces ejercen con moderación y prudencia tanto el poder de injerencia que la ley excepcionalmente les reconoce, como el poder que ellos mismos se arrojan por interpretación de la ley. A continuación pone de manifiesto que el respeto al contrato y a las previsiones de las partes que suele tener el juez, desaparece cuando el legislador o las partes han neutralizado el poder de injerencia de aquél. Es lo que el autor denomina, la «revancha del juez» que, en ningún caso, le lleva a atrofiar la libertad contractual o a poner en peligro la seguridad jurídica.

4.2 En un interesantísimo artículo, el profesor Rémy Libchaber («*Réflexions sur les effets du contrat*», pp. 211 a 233), se ocupa de la cuestión de en qué momento produce efectos el contrato y hasta cuándo, ¿continuamente o inmediatamente? En el modelo de la codificación de 1804, el contrato es creador de efectos jurídicos en el momento de su formación y se agota en esa función. Este modelo ha sido válido hasta mediados del siglo xx pero, a partir de ese momento, se ha hecho evidente que la duración del contrato juega un papel fundamental en la concepción del mismo, y en ocasiones es necesario volver sobre él para adaptarlo a las circunstancias surgidas después de su formación. En un primer lugar, intervino el legislador para someter el contrato a sucesivas reformas, después, se permitió que fuera el juez quien adoptara las medidas y, hoy, se pretende que sean las partes las que intervengan para realizar la adaptación del contrato (se mantiene la voluntad de los fundadores del contrato, pero actualizada según la coyuntura). Libcha-

ber pone de manifiesto que los cambios apuntados tienen lugar, sobre todo, en determinados contratos que se caracterizan porque prevén una relación de permanencia en el tiempo, desprovista de antagonismo entre las partes y fundada en la consecución de unos intereses comunes (por ej. los contratos de distribución y mandato).

4.3 El papel que juegan la oferta y la aceptación en la formación del contrato fue objeto de análisis por el profesor Aubert en la tesis doctoral que realizó bajo la dirección del profesor Flour (*Notion et rôles de l'offre et de la acceptation dans la formation du contrat*, 1968, premio Julliot de la Morandière 1969). No podía faltar en este libro una referencia a la formación del contrato (*vid.* respecto de la formación del contrato de seguro *infra* 5.1 y 2). Así, destaca el trabajo de uno de sus discípulos, el profesor Olivier Barret («Variations autour du refus de contracter», pp. 3 a 24), que se dedica a analizar el alcance que el legislador ha reconocido a la denominada «libertad de no contratar», es decir, a la posibilidad de concluir o no el contrato. Este autor demuestra que el ejercicio de la libertad de no contratar es ilegítimo cuando proviene de una ruptura abusiva de las negociaciones. Y, por otro lado, pone de manifiesto que la libertad de contratar con quien se quiera y su corolario que es la libertad de no contratar con quien no se quiera, no debe conducir a legitimar una negativa a contratar inspirada en consideraciones contrarias a los principios que sustentan la organización socioeconómica. En este último caso, el examen de la licitud de la negativa a contratar se hace sobre el motivo de la exclusión del candidato al contrato.

5. Centrándonos ya en figuras contractuales concretas, otra de las materias en las que es especialista Aubert es el contrato de seguro. No es de extrañar por tanto que en el libro aparezcan diversos trabajos dedicados al mismo.

5.1 Dos de los trabajos dedicados al contrato de seguro analizan también aspectos de la formación de dicho contrato. Así, Roger Bout («Vices du consentement et droit du contrat d'assurance», pp. 45 a 54), pone de relieve que en el contrato de seguro se dan importantes especialidades en la formación del contrato que lo alejan del derecho común: técnicamente es el asegurado el que hace la oferta de contrato, además, esa oferta puede ser retirada y, lo que es más llamativo, se establece una exigencia particular de lealtad entre las partes del contrato. Por un lado, el asegurador debe poner al servicio del asegurado su cualificación profesional. Y, por otro lado, el tomador del seguro debe manifestar un alto grado de buena fe y poner al asegurador en situación de apreciar los elementos sobre los que calcula su prestación. En el artículo se analiza el papel que pueden jugar las reglas del derecho común sobre vicios del consentimiento en relación con el derecho especial del contrato de seguro.

Por su parte, Fabrice Leduc («La formation tacite du contrat d'assurance», pp. 193 a 210), demuestra que es posible la formación del contrato de seguro por acuerdo de dos voluntades tácitas. Pero, según mantiene Leduc, en contra de lo que sostiene la jurisprudencia francesa, no existe formación tácita del contrato en los casos de tácita reconducción del contrato de seguro (no estamos ante un nuevo contrato que nace en el mismo momento en el que expira el otro), sino que la formación tácita del contrato opera en el marco del acto unilateral de denuncia y, en concreto, en caso de renuncia a la denuncia bien ejercitada.

En otro trabajo dedicado al contrato de seguro, Hubert Groutel [«De la difficulté d'élaborer une règle de droit (À propos de la garantie dans le temps en assurance de responsabilité)», pp. 161 a 170], se ocupa de delimitar qué elementos deben situarse dentro de la duración del contrato para que el siniestro quede cubierto por la garantía. Para este autor, es necesario que el hecho dañoso tenga lugar durante la vigencia del contrato y, si bien la situación ideal es que el hecho dañoso y la reclamación de la víctima tengan lugar durante la vigencia del contrato, la garantía se mantiene aunque la reclamación se realice después de la extinción del contrato de seguro.

Poniendo fin a los trabajos sobre el contrato de seguro, Jérôme Kullmann («Incertitudes sur incertitude dans le contrat d'assurance: l'évanouissement de l'événement aléatoire et la restitution de la prime», pp. 171 a 191), analiza el problema de la restitución –prorrata *temporis*– de la prima pagada por adelantado, cuando desaparece el acontecimiento aleatorio (riesgo).

5.2 Respecto del contrato de préstamo de uso, el profesor Philippe Bihr («Le temps de la restitution dans le prêt à usage», pp. 33 a 44), analiza la cuestión de si la existencia de un plazo es inherente a este tipo de contrato, o si, por el contrario, es concebible un contrato de duración indeterminada. El autor sostiene que no debe excluirse esta hipótesis lo que obliga a buscar el régimen aplicable al contrato de préstamo desprovisto de término extintivo y fijar en qué condiciones dicho contrato llegará a su fin. En este sentido, analiza las diferentes soluciones jurisprudenciales al respecto y acoge la que le parece más pragmática: cuando no se ha fijado plazo en el contrato de préstamo de una cosa para su uso permanente, el prestamista tiene derecho a ponerle fin en cualquier momento, respetando un plazo de preaviso razonable.

5.3 En el marco del contrato de compraventa, Antonio Manuel Morales Moreno («El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», pp. 260 a 270) colabora en el libro homenaje con unas reflexiones muy interesantes sobre la Directiva 1999/44 CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. El estudio se centra en el derecho del comprador a pedir la reparación o sustitución de la cosa en caso de entrega de una cosa no conforme al contrato y, en concreto, en la correspondencia entre el deber de prestación del vendedor, en lo que a la conformidad de la cosa se refiere, y la pretensión del comprador de sustitución o reparación de la cosa. Morales Moreno resalta el hecho de que los remedios de la reparación y sustitución de la cosa entregada traspasan los límites estrictos del deber de prestación del vendedor, especialmente cuando se aplican a una compraventa específica. En este tipo de compraventa, el derecho tradicional no dota al comprador de una pretensión de cumplimiento que le permita exigir al vendedor la supresión de los defectos; los problemas de defectos de la cosa se resuelven a través de la garantía o saneamiento y el comprador elige entre la resolución del contrato o a la adecuación del precio al verdadero valor de la cosa (cosa distinta es que el vendedor ofrezca la reparación o la sustitución de la cosa y que se considere que la negativa del comprador a aceptarla sea contraria a la buena fe). Los remedios de la reparación y de la sustitución que la Directiva de 1999 otorga al comprador suponen una nueva forma de entender la obligación y la pretensión de cumplimiento en caso de falta de conformidad, puesto que, yendo más lejos que el modelo tradicional, permite al comprador obtener *in natura* la satisfacción de su interés, con independencia de cuál pueda ser primariamente el deber de prestación del vendedor. Con ello se hace efectiva la exi-

gencia propia del nuevo derecho de obligaciones según la cual el deudor garantiza la satisfacción del interés del acreedor. Finaliza su trabajo el profesor Morales haciendo unas interesantes reflexiones sobre la pretensión de cumplimiento bajo la modalidad de sustitución en el caso de ventas específicas.

5.4 En un sugestivo artículo, Éric Savaux y Rose-Noelle Schütz («Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs. Réflexions à partir du contrat de bail», pp. 271 a 293) estudian la indemnización de daños y perjuicios en el contrato de arrendamiento, a raíz de tres sentencias de la tercera cámara, civil de la *Cour de cassation* (de fechas 30 de enero de 2002, 3 de diciembre de 2003 y 25 de febrero de 2004). Los autores se preguntan por el significado que tiene la suma de dinero que se otorga al acreedor de la obligación que no se ha ejecutado correctamente, si dicha suma de dinero tiene por objeto, como se dice normalmente, reparar el perjuicio causado por el incumplimiento, o si se trata de procurarle al acreedor el beneficio que no ha obtenido. La elección es entre la reparación –responsabilidad contractual– y el pago –cumplimiento en equivalente–. Savaux y Schütz se decantan por otorgarle una función claramente indemnizatoria, de tal forma que para que se condene al pago de dicha cantidad de dinero, es necesario probar que el incumplimiento ha provocado un perjuicio. Sin embargo, ponen de relieve que el sistema de protección de los derechos subjetivos –derechos fundamentales y bienes de la personalidad– podría provocar interferencias en las sanciones por incumplimiento contractual, especialmente en el caso del contrato de arrendamiento que, tratándose de la vivienda, está profundamente ligado a la persona del arrendatario y, en concreto, a su derecho a la intimidad. No hay que olvidar que dicho sistema no exige la existencia de perjuicio para conceder una indemnización. Sostienen estos autores que para impedir esta intromisión, en los casos en los que exista claramente un incumplimiento contractual, hay que evitar a toda costa emplear las sanciones específicas del incumplimiento contractual en beneficio del sistema de protección de los derechos subjetivos.

5.5 Otros autores también han dedicado trabajos a contratos en especial. Así, François Collart Dutilleul («Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble: vingt ans après», pp. 67 a 83) vuelve sobre el que fue objeto de su tesis doctoral dirigida por el homenajeadado y analiza en qué situación se encuentran hoy los contratos preparatorios de la compraventa de inmuebles. Philippe Delebecque, se ocupa del contrato de transporte y, especialmente, del transporte de mercancías («Pour une théorie du contrat de transport», pp. 103 a 114).

6. En una obra homenaje a Jean-Luc Aubert no podía faltar una referencia a la responsabilidad civil de los notarios, tema por el que ha mostrado un especial interés y cuyas aportaciones en la materia han ejercido, sin duda, una notable influencia en las decisiones de los tribunales (v. gr., *La responsabilité civile des notaires*, 4.^a ed., 2002). Así lo ponen de manifiesto dos trabajos dedicados a la responsabilidad de los notarios y, especialmente, al deber de consejo que le corresponde al notario. Se trata de los artículos de Marcel Beaubrun («L'absolutisme du devoir de conseil du notaire ou le choix d'une valeur», pp. 25 a 32) y de Jean-Paul Decorps («De l'influence de la responsabilité du notaire sur la rédaction des actes qu'il reçoit», pp. 85 a 101).

7. Pero hay más artículos dedicados a la responsabilidad civil, como es el caso del realizado por la profesora Geneviève Viney («La mise en place du système français de responsabilité des producteurs pour le défaut de sécurité

de leurs produits», pp. 329 a 358). En esta ocasión la autora, especialista en responsabilidad civil, realiza un interesantísimo trabajo sobre el sistema francés de responsabilidad de los fabricantes y productores por daños causados por productos defectuosos. Pone de relieve la autora que, para comprender el régimen francés de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, no basta con *interpretar* la Ley de 19 de mayo de 1998 que incorpora tardíamente al ordenamiento francés la Directiva de 25 de julio de 1985 sobre la materia, sino que es necesario llevar a cabo una tarea de *integración* de dicha ley en el seno del derecho común de responsabilidad francés. La Ley de 1998, haciendo aplicación del artículo 13 de la Directiva, admite la posibilidad de que las víctimas funden sus derechos en los principios del derecho común de la responsabilidad contractual y extracontractual, ello supone que el régimen especial de la ley no elimina el derecho común sino que concurre con él. La tarea de interpretación de la ley resulta complicada por el origen comunitario de la norma y se ha centrado fundamentalmente en el ámbito de aplicación del régimen especial establecido en dicha ley y en el contenido de dicho régimen. En cuanto a la tarea de integración del régimen especial establecido en la ley en el conjunto del sistema francés de responsabilidad civil, resulta todavía más complicada porque muchas de las nuevas soluciones legales son difíciles de conciliar con el derecho común nacional.

8. Marius Tchendjou («La responsabilité civile des organisateurs de loteries publicitaires», pp. 311 a 328), también se ocupa de un tema de responsabilidad civil, en este caso, de las prácticas comerciales de las loterías publicitarias en las ventas por correspondencia. Dichas prácticas consisten en captar al consumidor enviándole una carta en la que le comunican que ha ganado un importante premio. Sostiene el autor que es necesario encontrar un fundamento jurídico en el ordenamiento francés para sancionar a los organizadores de dichas loterías. Propone el mecanismo de la apariencia como la solución de más fácil aplicación y más conforme con las reglas de derecho. Dicho mecanismo permite asegurar una indemnización satisfactoria para el consumidor y proteger únicamente al consumidor de buena fe.

9. Completa esta primera parte del libro el trabajo de Marie Goré («Les créanciers et le trust: l'exemple américain», pp. 135 a 145) sobre el *trust* en derecho americano y su utilización para poner un activo al abrigo de las reivindicaciones de los acreedores. Aunque reconoce que el *trust* no es un contrato, afirma que no se puede negar que existen ciertas analogías con el contrato aunque sólo sean funcionales.

10. En la segunda parte del libro homenaje a Jean-Luc Aubert, bajo el título «Otros temas del derecho», se agrupan una serie de artículos de diferentes materias.

10.1 En una obra dedicada a Jean-Luc Aubert, no podían faltar escritos dedicados al papel que juega la doctrina y a la relación que existe entre la doctrina y la jurisprudencia. Así sucede con el artículo de Guy Canivet, primer presidente de la *Cour de cassation* («La *Cour de cassation* et la doctrine. Effets d'optique», pp. 373 a 393) y el de Jacques Lemontey («De la doctrine à la loi par la jurisprudence», pp. 481 a 485) presidente de cámara de la *Cour de cassation*. Christian Atias [«Debout les ouvriers du droit! (Autorité et poids de la doctrine)», pp. 361 a 371] se ocupa exclusivamente de la importante influencia que ejerce la doctrina y, frente a la idea de doctrina «autorizada» formada por nombres de prestigio, el autor hace una defensa de la

labor que pueden desarrollar magistrados, abogados, profesores, procuradores y notarios anónimos.

10.2 Por su parte, Jacques Dupichot («L'adage *da mihi factum, dabo tibi jus*», pp. 425 a 439), hace un estudio del adagio *da mihi factum dabo tibi jus* que, en una fórmula muy concisa encierra la esencia del derecho procesal, es decir, el papel de las partes en relación con la función del juez. Hace un estudio del sentido y del alcance de este adagio y del significado que actualmente tiene, en función de la evolución contemporánea de las relaciones entre Derecho, juez y partes.

10.3 Jean Pierre Gridel [«Un élément de vie privée, divulgué en violation du droit, peut être repris par voie de presse s'il contribue à un débat d'intérêt general (Observations sur Cour EDH, 18 et 24 juin 2004)», pp. 441 a 448], analiza dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre que se pronuncian sobre el equilibrio entre la libertad de divulgación de hechos e ideas defendido por la prensa y el respeto a la vida privada. La sentencia de 24 de junio de 2004 (Asunto *von Hannover C. Allemagne*) se refiere a la difusión no consentida de fotografías de la princesa Carolina de Mónaco, en diferentes aspectos de su vida privada. El Tribunal europeo considera que se trata de escenas de la vida cotidiana de la princesa, totalmente ajenas al ejercicio de funciones oficiales, que forman parte de la vida privada que hay que respetar; el público no tiene un interés legítimo en saber cuáles son esos detalles de la vida privada aunque se trate de una persona notoria. La sentencia de 18 de junio de 2004 (Asunto *Société Plon C. France*) se refiere a la demanda interpuesta por la viuda y los hijos de Mitterand contra la editorial del libro, *Le grand secret*. En el libro, que se divulgó días después de la muerte de Mitterand, su médico personal relataba cómo se detecto el cáncer meses después de su reelección y la orden que dio de que no se revelara este hecho. En este caso el Tribunal Europeo declara que la prohibición de la publicación del libro caduca desde el momento en que el hecho de la vida privada se inscribe en un debate de interés general, como es la incidencia de la grave enfermedad en el ejercicio de las funciones de estado o el grado de transparencia de la vida política. Según Gridel, estas decisiones permiten deducir que sólo la contribución a un debate de interés general justifica el eco dado por vía de prensa a la revelación, irregular, de un elemento de la vida privada.

10.4 Completan la lista de colaboradores en el libro, los profesores, Joel Carbajo («Propos sur le retrait des décisions administratives individuelles non créatrices de droit», pp. 395 a 407); Philippe Chiappini («L'origine communautaire et sacramentelle des liens juridiques», pp. 409 a 423); Wilfrid Jeandidier («L'art de dépenaliser: l'exemple du droit des sociétés», pp. 449 a 470); Philippe Jestaz («Fantaisie sur un mur mitoyen», pp. 471 a 480) con un pequeño divertimento sobre la pared medianera; Marie-Laure Mathieu-Izorche («L'acte traslatif de savoir, ou les forces créatrices de l'analogie», pp. 487 a 503), que realiza una comparación entre dos ámbitos en apariencia muy distintos: el acto jurídico «traslativo de derechos» y el acto pedagógico «traslativo» de saberes; y, termina el homenaje, Georges Vermeille («La dissolution d'un groupement. Chronique d'une mort prononcée?», pp. 505 a 518), que estudia el precepto del Código penal que permite que se ordene la desaparición de la persona jurídica especialmente creada para realizar una actividad delictiva, lo que se consigue a través de su disolución.

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.–III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–IV. *Derecho de la Unión Europea*.–V. *Derecho procesal*.– Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 61 ss.

BUSTO LARGO, José Manuel: «Ámbito de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de Derecho civil: especialidades de la regulación autonómica del recurso de casación en materia de Derecho civil propio de Galicia (A propósito de la STC 47/2004, de 25 de marzo)», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 89 ss.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000», en *La Ley*, 2005, D-30.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000», en *La Ley*, 2005, D-30.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Las normas derogadas. Vigencia, validez, aplicabilidad», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 197 ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La supresión del exequátur en Europa: el título ejecutivo europeo», en *La Ley*, 2004, D-258.

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 361 ss.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 377 ss.

- OSTOS MORA, M.^a Jesús: «Efectos de la sentencia penal en el proceso civil posterior. Una visión jurisprudencial de la cosa juzgada», en *RDP*, enero-febrero 2005, pp. 43 ss.
- PAZ CANALEJO, Francisco: «Los acuerdos intercooperativos en el Derecho vigente (estatal y autonómico)», en *RJNot.*, núm. 52, 2004, pp. 137 ss.
- RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, Alfonso: «El procedimiento de atribución de competencias en la Ley 1/2002 de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la competencia», *GJ*, núm. 234, 2004, pp. 59 ss.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: «El Tribunal Constitucional y la garantía interna de aplicación del Derecho comunitario en España (A propósito de la STC 58/2004)», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 387 ss.
- VIÑAS OTERO, Antonio: «Los Reyes de Roma a la luz de una visión cíclica de la historia», en *RJUAM*, núm. 11, 2004, pp. 239 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: «La representación y la calificación notarial (Una reflexión sobre el valor del instrumento público)», en *AFDUAM*, núm. 8, 2004, pp. 249 ss.
- APARICIO SALOM, Javier: «El derecho a la imagen y la protección de datos», en *RDNT*, núm. 7, 2005, pp. 17 ss.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther y BONDÍA GARCÍA, David: «¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso *Pla & Puncernau vs. Andorra* (STEDH de 13 julio de 2004)», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 7 ss.
- BONDÍA GARCÍA, David y ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso *Pla & Puncernau vs. Andorra* (STEDH de 13 julio de 2004)», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 7 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Intromisión en el derecho al honor. Inexistencia. Ausencia de divulgación del contenido ofensivo de un manuscrito» (Comentario a la STS de 25 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 407 ss.
- CALZADILLA MEDIAN, M.^a Aránzazu: «Vicisitudes de la situación jurídica del menor extranjero en España y la institución adoptiva», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2005, pp. 133 ss.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *La Ley*, 2004, D-269.
- CHAMBERLAIN BOLAÑOS, Cynthia: «La convención Cedaw conociendo los derechos de la mujer, un primer paso para su defensa», en *RJUAM*, núm. 10, 2004, pp. 35 ss.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «En torno al concepto jurídico de representación», en *AFDUAM*, núm. 8, 2004, pp. 311 ss.
- ENRICH, Enrich: «El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión», en *RJC*, núm. 3, 2004, pp. 795 ss.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta: «Titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por los menores de edad. Examen de la jurisprudencia constitucional», en *RJC*, núm. 1, 2005, pp. 153 ss.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: «La firma de las personas jurídicas. Comentario al art. 7 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2005, pp. 645 ss.
- GARCÍA POVEDA, Carmen: «Constitucionalidad de las pruebas biológicas», en *RDF*, núm. 25, 2004, pp. 61 ss.
- GISBERT ZAMORA, Marta: «El arbitraje institucional en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre», en *DN*, núm. 168, 2004, pp. 5 ss.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pp. 11 ss.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: «Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas», en *RJN*, núm. 36, 2003, pp. 39 ss.
- GONDRA ROMERO: «La contribución de Derecho mercantil a la dogmática general de la representación», en *AFDUAM*, núm. 8, 2004, pp. 195 ss.
- LARA AGUADO, Ángeles: «Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)», en *La Ley*, 2004, D-207.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: «La nacionalidad. Comentario a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad», en *RDP*, julio-agosto 2004, pp. 443 ss.
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier: «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pp. 31 ss.
- MARTÍN MORALES, Ricardo: «El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámara y microfonía oculta», en *La Ley*, 2004, D-173.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva M.^a: «La rendición de cuentas en las fundaciones a la luz de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2004, pp. 2645 ss.
- MORENO TORRES, Julieta: «La protección jurídica del menor. Situación de riesgo, atención inmediata y desamparo», en *RDF*, núm. 25, 2004, pp. 21 ss.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pp. 61 ss.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «Los derechos fundamentales de la Constitución europea», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 407 ss.

- PALOMINO DÍEZ, Isabel: «La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del art. 172.1 CC», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2005, pp. 1303 ss.
- PÉREZ JIMÉNEZ, María Teresa: «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 2004, pp. 2540 ss.
- PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica de: «Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones», en *RDP*, septiembre-octubre 2004, pp. 639 ss.
- PUENTE ALFARO, Fernando de la: «Documentos en los que se interviene por representante y su acceso al Registro de la Propiedad y mercantil», en *AFDUAM*, núm. 8, 2004, pp. 213 ss.
- RELAÑO PASTOR, Eugenia: «La libertad religiosa y de conciencia en la Unión Europea: la Carta de los Derechos Fundamentales y la futura Constitución Europea», en *REDE*, núm. 12, 2004, pp. 563 ss.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», en *CDJ*, 2004-III, pp. 23 ss.
- RIVERA SABATÉS, Vidal: «Sobre el concepto de prodigalidad», en *RDP*, marzo-abril 2005, pp. 77 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «El nombre como bien de la personalidad y los títulos nobiliarios», en *RGLJ*, núm. 4, 2004, pp. 735 ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «De empresarios o profesionales, de consumidores o personas jurídicas y de productores o vendedores (a propósito de la Ley de Garantías 23/2003)», en *DN*, núm. 171, 2004, pp. 5 ss.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Publicación en una revista de la imagen de una persona extraída a partir de un fotograma del programa televisivo en el que dicha persona había aparecido. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen: preeminencia del derecho a la libertad de información. Distinta posición de los directores y editores de las publicaciones por un lado, y de los impresores por otro, respecto de la eventual responsabilidad por intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de terceros. (Comentario a la STS de 17 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1291 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «Problemas jurídicos derivados de la nueva regulación en materia de donación y aplicación humana de tejidos», en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2005, pp. 773 ss.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana: «Derecho a la propia imagen y a la intimidad: grabaciones videográficas efectuadas durante varios meses recogiendo la entrada a la vivienda de la demandante. No se aprecia vulneración de tales derechos. (Comentario a la STS de 2 de julio de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 423 ss.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJNot.*, núm. 52, 2004, pp. 231 ss.

SIRVENT GARCÍA, Jorge: «La separación voluntaria del socio en las asociaciones», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 199 ss.

— «Algunas consideraciones en torno a las limitaciones estatutarias de los derechos de asistencia y voto en la asociación», en *RDS*, núm. 23, pp. 215 ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», en *La Ley*, 2005, D-2.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ACOSA SÁNCHEZ, M.^a del Rosario: «La nueva regulación del crédito al consumo en el ámbito europeo: la Propuesta de Directiva de crédito a los consumidores, de 11 de septiembre de 2002», en *La Ley*, 2004, D-259.

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel: «El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa», en *DN*, núm. 173, 2005, pp. 7 ss.

ALBALADEJO, Manuel: «Sobre si la moderación de la responsabilidad del artículo 1103 del CC es o no aplicable a culpa extracontractual», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2005, pp. 5 ss.

ACEBES CORNEJO, Raúl: «Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo (LCC)», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2005, pp. 261 ss.

AGUILAR RUIZ, Leonor: «Ejecución de bienes gananciales por deudas conсорciales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de bienes comunes», en *RDPat*, núm. 14, 2005, pp. 101 ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «El domicilio del deudor en la ejecución hipotecaria», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1635 ss.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: «La representación y la calificación notarial (Una reflexión sobre el valor del instrumento público)», en *AFDUAM*, núm. 8, 2004, pp. 249 ss.

AVILÉS GARCÍA, Javier: «Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 215 ss.

BAENA BAENA, Pedro Jesús: «Reflexiones sobre la responsabilidad civil por daños causados por contaminación marítima de hidrocarburos», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 5 ss.

BALCELLS I CABANAS, Joseph M.: «La responsabilidad del vendedor y la garantía de los bienes de consumo», en *RJC*, núm. 1, 2005, pp. 85 ss.

BALLUGUERA GÓMEZ, Carlos: «Condiciones generales de la Contratación y Registro de la Propiedad», en *RDNT*, núm. 7, 2005, pp. 41 ss.

BASTALLER GRAU, Juan: «La protección del asegurado en el ordenamiento jurídico español», en *RDPat*, núm. 14, 2005, pp. 87 ss.

- BECH SERRAT, Joseph María: «Responsabilidad civil por accidentes de trabajo. Jurisdicción competente. Culpa. Compatibilidad con las indemnizaciones laborales. (Comentario a la STS de 11 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1257 ss.
- «Responsabilidad civil por el derrumbe de un edificio colindante. Alcançe de los daños indemnizables. Imprudencia de la deducción de viejo a nuevo. (Comentario a la STS de 21 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 277 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE: ¿Debe calificarse de abusiva una cláusula contenida en las condiciones generales de venta, en virtud de la cual el adquirente de una obra por realizar debe pagar la totalidad del precio de la misma con independencia de la evolución de los trabajos de construcción, si el vendedor constituye previamente una fianza bancaria a su favor que garantice las pretensiones pecuniarias del adquirente que puedan derivarse del cumplimiento deficiente o del incumplimiento del contrato. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 5.ª, de 1 de abril de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1389 ss.
- BLANCO CARRASCO, Marta: «El contrato de corretaje», en *RDP*, marzo-abril 2005, pp. 3 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «El aval y el requisito procesal de la consignación del precio en los retractos. La consignación ya no es preciso hacerla mediante el depósito de dinero efectivo, sino que es posible hacerla mediante cheque conformado y mediante aval. (Comentario a la STS de 16 de febrero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1133 ss.
- BOSCH CAPDEVILLA, Esteve: «Cesión de solar a cambio de construcción futura. Posposición de condición resolutoria explícita a hipoteca. Extensión objetiva de la hipoteca. Congruencia. (Comentario a la STS de 11 de noviembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 953 ss.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: «La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad contractual», en *La Ley*, 2004, D-205.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Acción *quantum minoris*. Efectos. Compatibilidad con acción de indemnización por daños y perjuicios. (Comentario a la STS de 25 de septiembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 905 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Medidas cautelares y arbitraje privado internacional», en *La Ley*, 2004, D-232.
- CAMÓS VICTORIA, Ignacio: «El régimen de responsabilidades derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales», en *RJC*, núm. 3, 2004, pp. 749 ss.
- CAMPO VILLEGAS, Elías: «Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva Ley», en *RJC*, núm. 1, 2005, pp. 113 ss.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel: «El contrato de franquicia, ordenación del comercio y derecho de la competencia», en *RJC*, núm. 2, 2005, pp. 399 ss.

- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «El desistimiento del arrendatario para uso distinto del de vivienda e indemnización de daños y perjuicios. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710)», en *RDPat*, núm. 14, 2005, pp. 159 ss.
- COBOS GAVLA, Rosa: «Algunas observaciones sobre la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2005, D-7.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Presupuestos de derecho de regreso en la cofianza», en *RCDI*, núm. 683, 2004, pp. 1187 ss.
- CUENCA ANAYA, Francisco: «Responsabilidad civil en los accidentes provocados en las carreteras por las piezas de caza», en *RJNot.*, núm. 52, 2004, pp. 9 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Vivienda vendida entre particulares con vicio de aluminosis. Acumulación eventual de la acción estimatoria, como principal, y de la anulatoria por error o dolo, como subsidiaria» (Comentario a la STS de 18 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1357 ss.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «El arbitraje de consumo y la nueva Ley de arbitraje», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2005, pp. 1285 ss.
- DÍAZ VALES, Fernando: «Legitimación activa del promotor que enajenó los pisos y locales para reclamar la responsabilidad *ex art.* 1591 CC. Comentario a la STS de 10 de febrero de 2004», en *La Ley*, 2005, D-17.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «En torno al concepto jurídico de representación», en *AFDUAM*, núm. 8, 2004, pp. 311 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Aval como contrato de garantía en sentido amplio y aval cambiario. Régimen del aval en documento separado. Fianza y solidaridad del afianzamiento mercantil. (Comentario a la STS de 26 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 303 ss.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva María: «Consideraciones en torno al *leasing* internacional a la luz del Convenio UNIDROIT sobre *leasing* internacional (Ottawa, 28 de mayo de 1988)», en *RDM*, núm. 254, 2004, pp. 1503 ss.
- ESPIGARES HUETE, José Carlos: «Garantías a *primer requerimiento* y condiciones generales de la contratación (comentario a Sentencia del TS alemán de 18 de abril de 2002)», en *DN*, núm. 174, 2005, pp. 25 ss.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J.: «Responsabilidad por vicios o defectos en la construcción. Reparación *in natura* y cumplimiento por equivalente. Obligaciones del director de ejecución de la obra. Responsabilidad solidaria de los arquitectos intervinientes. (Comentario a la STS de 10 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1239 ss.
- FERRERES COMELLA, Alex: «Algunas reflexiones en torno a las reclamaciones por daños y perjuicios derivados del consumo de tabaco en España y en Europa», en *La Ley*, 2004, D-227.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: «Responsabilidad médica. Cirugía de carcinoma vesical. Contenido de la información a facilitar al paciente. Excepción terapéutica. Protocolos de actuación médica. Doctrina tradicional de

la responsabilidad civil del médico. (Comentario a la STS de 31 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 135 ss.

GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Reclamación de cantidad como consecuencia de los daños producidos por pedrisco en cinco de las parcelas aseguradas. El régimen común del contrato de seguro no puede quedar desplazado por normas de rango reglamentario. Interpretación estricta del art. 2 LCS de 1980. (Comentario a la STS de 16 de septiembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 473 ss.

GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: «La firma de las personas jurídicas. Comentario al art. 7 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2005, pp. 645 ss.

— «Algunos comentarios a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», en *RJNot.*, núm. 51, 2004, pp. 117 ss.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Cesión de créditos: *pro soluto* y *pro solvendo*. Eficacia de la transmisión del crédito cedido *pro solvendo* y tercería de dominio. Cesión *pro solvendo* y cesión en garantía o prenda de créditos. (Comentario a la STS de 5 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1181 ss.

GOMÁ SALCEDO, José Enrique: «El modo como elemento accesorio del negocio jurídico: naturaleza; legitimación activa. (Con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003)», en *RJNot.*, núm. 51, 2004, pp. 231 ss.

GÓMEZ DE LA ROSA ARANDA, Martín P.: «Interpretación del artículo 20.4 párrafo 2.º de la Ley de Contrato de Seguro», en *La Ley*, 2005, D-10.

GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «La *consideration* del derecho anglosajón y el sistema de negocio causal español», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2005, pp. 1177 ss.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Derecho de enervación de la entidad acreedora: presupuestos y finalidad. Efectos de la enervación anunciada por la acreedora originaria en caso de negativa del deudor a la formalización de la novación modificativa del préstamo hipotecario en iguales condiciones a las ofrecidas por la entidad que pretende subrogarse: nulidad de la escritura de subrogación. Carácter excepcional de la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. (Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 971 ss.

INFANTE RUIZ, Francisco José: «Acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra. Responsabilidad solidaria del dueño de la obra y del contratista frente al subcontratista. Inversión de la carga de la prueba sobre la existencia del crédito del contratista frente al dueño de la obra. Reclamación hecha a través de requerimiento notarial. Prohibición de subcontratar. (Comentario a la STS de 19 de abril de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 149 ss.

JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos: «Indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de agencial. Análisis jurisprudencial y crítico», en *RDP*, noviembre-diciembre 2004, pp. 787 ss.

- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: «La nueva ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor», en *La Ley*, 2004, D-256.
- JORI TOLOSA, José Luis: «La responsabilidad por daños medioambientales», en *DN*, núm. 176, 2005, pp. 21 ss.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «Responsabilidad por ruina. Condena solidaria ante la imposibilidad de delimitar la responsabilidad individual de los causantes del daño. Acción de repetición del constructor condenado exclusivamente en un pleito promovido sólo contra él por vicios ruinógenos causados por todos los intervinientes en la ejecución de la obra. Extensión de los efectos de la cosa juzgada. (Comentario a la STS de 27 de febrero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1167 ss.
- LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen: «Reflexiones acerca del contrato de aparcamiento», en *RDPat*, núm. 14, 2005, pp. 25 ss.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «Responsabilidad de los profesionales sanitarios. Nacimiento de un hijo con malformaciones genéticas que no fueron detectadas por los ecografistas y de las que no se informó a los progenitores. Comportamiento negligente en el diagnóstico prenatal. (Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1023 ss.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «Las alegaciones publicitarias sobre las propiedades saludables de los alimentos», en *La Ley*, 2005, D-44.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaime y RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «La nueva ley italiana de franquicias: perspectiva comparada», en *DEN*, núm. 175, 2005, pp. 5 ss.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: «Responsabilidad médico-sanitaria. Daños causados por sangre contaminada con el virus de la hepatitis. (Comentario a la STS de 10 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 361 ss.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Responsabilidad del naviero en vía civil y en vía penal: algunas diferencias», en *La Ley*, 2005, D-35.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo: «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario», en *RDCE*, núm. 19, 2004, pp. 829 ss.
- MASIDE MIRANDA, Enrique: «El futuro Código Civil Europeo de Contratos», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1769 ss.
- MATEU DE ROS CEREZO: «¿Hay consentimiento en los contratos en masa?», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 131 ss.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.^a Dolores: «Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el Derecho español y portugués», en *RDP*, enero-febrero 2005, pp. 71 ss.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: «Acción de reclamación instada por Adelas, S.A., contra don Ángel, médico contratado por esta compañía, y su esposa, para recuperar las cantidades abonadas a unos asegurados en concepto de indemnización por los daños causados por el demandado en el

ejercicio de su profesión. (Comentario a la STS de 31 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 115 ss.

MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Ejercicio de la facultad de desistimiento en los contratos de concesión pactados por tiempo indefinido. Efectos derivados del ejercicio de la facultad de desistimiento. Delimitación contractual del alcance de la indemnización por extinción del contrato por el desistimiento unilateral. (Comentario a la STS de 18 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1308 ss.

MORENO VELASCO, Víctor: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil del odontólogo derivada de su actividad profesional en *La Ley*, 2004, D-196.

NAVARRO DELAGE, Gabriel: «Reconocimiento de deuda», en *La Ley*, 2004, D-199.

NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio: «La Ley de Arrendamientos Rústicos de 26 de noviembre de 2003», en *RCDI*, núm. 686, 2004, pp. 2825 ss.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «Contrato de cesión de fincas, para su urbanización, a un Ayuntamiento sometido a ratificación por el Pleno: inexistencia de condición puramente potestativa. Vinculación contractual del Ayuntamiento versus autonomía del Pleno. Condena a ratificar lo convenido. (Comentario a la STS de 6 de febrero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1123 ss.

O'CALLAGHAN, Xavier: «Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor», en *RDP*, enero-febrero 2005, pp. 23 ss.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «La necesidad del arrendador (art. 9.3 LAU/1994) a la luz de la jurisprudencia menor más reciente», en *RDPat*, núm. 14, 2005, pp. 113 ss.

OLIVA SANTOS, Andrés de la: «Consideraciones procesales sobre documentos electrónicos y firma electrónica», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pp. 119 ss.

OLMO DEL OLMO, José Antonio del: «La problemática de la enervación del desahucio por falta de pago de la renta en el arrendamiento de fincas rústicas», en *La Ley*, 2005, D-12.

PACHECO CAÑETE, Matilde: «Naturaleza jurídica del *leasing* financiero. Reflexiones a la luz de la Ley Concursal», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 83 ss.

PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «El jurista español ante la compensación de créditos regulada en los Principios de Derecho Contractual Europeo», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2005, pp. 389 ss.

RAMOS CHAPARRO, Enrique: «Incongruencia. Acción publiciana. Carga de la prueba. (Comentario a la STS de 5 de febrero de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 61 ss.

RAMOS MAESTRE, Áurea: «Distinción entre donación *inter vivos* y donación *mortis causa*. Requisitos necesarios para la validez de la donación *mortis causa*. (Comentario a la STS de 28 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 17 ss.

- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Accidente de trabajo. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios. Jurisdicción competente. Criterio de imputación del empresario. (Comentario a la STS de 31 de diciembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 27 ss.
- «Seguro de caución sobre reintegro de cantidades para la compra de viviendas. Ley de 27 de julio de 1968. Obligaciones del asegurado para obtener la indemnización pactada. (Comentario a la STS de 27 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 325 ss.
- «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo de valoración de daños a las personas de la LRCSCVM, posterior a la STC 181/2000», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 361 ss.
- RICO CARRILLO, Mariliana: «La forma en la contratación electrónica», en *DN*, núm. 172, 2005, pp. 15 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Saneamiento por vicios ocultos, resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitoria y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universalidad de cosas o en globo. (Comentario a la STS de 22 de abril de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 183 ss.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Responsabilidad civil medioambiental. Daños a explotaciones ganaderas causadas por las emisiones de flúor de una fábrica vecinal. Presupuestos de la responsabilidad: el daño. Prescripción de la pretensión de responsabilidad por daños continuados. Directiva 2004/35/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. (Comentario a la STS de 28 de enero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1077 ss.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio y MARTÍ MIRAVALLS, Jaime: «La nueva ley italiana de franquicias: perspectiva comparada», en *DEN*, núm. 175, 2005, pp. 5 ss.
- SALAZAR MARTÍNEZ-CONDE, Laura: «El aseguramiento de las responsabilidades civiles de los arquitectos», en *La Ley*, 2005, D-39.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Las tarjetas de pago», en *RDP*, noviembre-diciembre 2004, pp. 736 ss.
- SANTAMARÍA RAMOS, Francisco José: «La firma digital y el comercio electrónico», en *La Ley*, 2005, D-6.
- SERRANO PAREDES, Olga: «En torno a la existencia o no de responsabilidad ambiental por el ejercicio de actividades autorizadas», en *La Ley*, 2004, D-230.
- SOLA CANALS, Jorge: «Prueba de la preexistencia de los objetos en el seguro de daños», en *La Ley*, 2004, D-254.
- SOLÉ FELIU, J. y MARTÍN CASALS, M.: «Responsabilidad médico-sanitaria. Daños causados por sangre contaminada con el virus de la hepatitis. (Comentario a la STS de 10 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 361 ss.

- TORRES LANA, José Ángel: «Forma del negocio y nuevas tecnologías», en *RD*, julio-agosto 2004, pp. 489 ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Derecho concursal: ejercicio de las acciones rescisoria ordinaria estando el deudor declarado suspenso con insolvencia definitiva. Se halla exclusivamente legitimado el acreedor perjudicado, que podrá ejercitar la acción en su individual provecho. (Comentario a la STS de 30 de enero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1107 ss.
- TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francesc: «El sobreendeutament dels consumidors. Aspectes jurídics», en *RJC*, núm. 2, 2005, pp. 497 ss.
- VAQUERO PINTO, M.^a José: «Dies a quo del plazo legal de caducidad de la acción revocatoria o pauliana. Disposición fraudulenta en función de un crédito que nacerá con toda probabilidad más adelante. (Comentario a la STS de 26 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 885 ss.
- «Pacto de cuota litis: repercusiones en la validez del contrato. (Comentario a la STS de 13 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 239 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Los poderes empresariales del arrendatario rústico, entre el Código civil y la Ley 49/2003, de 26 de noviembre», en *RGLJ*, núm. 3, 2004, pp. 549 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «La delimitación del riesgo en el contrato de seguro», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 207 ss.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «Fianza: acciones del fiador contra el deudor antes del pago de una deuda ya exigible (ex art. 1843 del CC). (Comentario a la STS de 21 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 941 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Error y responsabilidad en el testamento y en la donación», en *RD*Pat, núm. 14, 2005, pp. 51 ss.
- ZUBIRI SALINAS, Mercedes: «Fletamento por viaje y contrato de transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque. Embargo de las mercancías transportadas por el fletador por viaje por parte del fletante. Tercería de dominio planteada por los propietarios de las mercancías bajo documentos calificados en la sentencia como conocimiento de embarque. (Comentario a la STS de 15 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 379 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- AGUSTINOY GUILAYN, Albert: «¿De qué hablamos cuando hablamos de los nombres de dominio?», en *RDNT*, núm. 7, 2005, pp. 29 ss.
- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto: «A propósito de la publicidad registral, su regulación y problemática actual en el Perú», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1625 ss.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «El domicilio del deudor en la ejecución hipotecaria», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1635 ss.

- AVILÉS GARCÍA, Javier: «Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 215 ss.
- BALLUGUERA GÓMEZ, Carlos: «Condiciones generales de la Contratación y Registro de la Propiedad», en *RDNT*, núm. 7, 2005, pp. 41 ss.
- BERCOVITZ, Alberto: «La nueva regulación del diseño industrial en la UE y en la legislación española», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 347 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad intelectual: originalidad de la obra; altura creativa; obras menores. Registro General de la Propiedad Intelectual. (Comentario a la STS de 24 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 397 ss.
- BLANCO URZÁIZ, Jorge: «El Registro de la Propiedad y las nuevas tecnologías», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 145 ss.
- BONET FERRER, José Luis: «La importancia de las marcas para la empresa. Criterios de valoración», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 305 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «El aval y el requisito procesal de la consignación del precio en los retractos. La consignación ya no es preciso hacerla mediante el depósito de dinero efectivo, sino que es posible hacerla mediante cheque conformado y mediante aval. (Comentario a la STS de 16 de febrero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1133 ss.
- BOSCH CAPDEVILLA, Esteve: «Cesión de solar a cambio de construcción futura. Posposición de condición resolutoria explícita a hipoteca. Extensión objetiva de la hipoteca. Congruencia. (Comentario a la STS de 11 de noviembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 953 ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «Atribución del uso de la vivienda familiar: derecho concedido por sentencia de separación y posterior divorcio. Oponibilidad a terceros de buena fe: improcedencia. Derecho no inscrito en el Registro de la Propiedad. Derecho oponible a terceros en la extensión y límites fijados por la decisión judicial que lo declara u homologa susceptible de acceso al Registro de la Propiedad. Observancia de las reglas que establece el derecho inmobiliario registral. Necesidades familiares inexistentes al haber alcanzado el hijo la mayoría de edad. Provisionalidad y temporalidad. (Comentario a la STS de 22 de abril de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 171 ss.
- CAÑETE QUESADA, Agustín: «El anteproyecto de ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio», en *La Ley*, 2004, D-245.
- «El retracto legal de colindantes», en *La Ley*, 2005, D-27.
- CARRIÓN, Francisco Javier: «Problemática de la infracción de patentes químico-farmacéuticas en España», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 207 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «El régimen jurídico del vínculo entre la marca comunitaria y la marca internacional», en *GJ*, núm. 235, 2005, pp. 44 ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María: «¿Hay que indemnizar las privaciones generales de propiedad? (En torno a la sentencia *Jahn y otros c. Alemania*, de 22 de enero de 2004)», en *REDE*, núm. 12, 2004, pp. 597 ss.

- DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Vicente: «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 2/2003, de 20 de julio», en *RCDI*, núm. 682, 2004, pp. 817 ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Hipoteca de bien embargado: ¿impugnación de la misma por fraude de acreedores o afección real de la cosa? Comentario a la STS de 11 diciembre 2003 (RJ 2003, 8655)», en *RDPat*, núm. 14, 2005, pp. 351 ss.
- ESTEVE PARDO, Asunción: «Primera evolución y estado de la cuestión acerca de la propiedad intelectual en España», en *RJC*, núm. 3, 2004, pp. 721 ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Marco legal del derecho de patentes», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 23 ss.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: «El Registro de la Propiedad y las nuevas tecnologías. La publicidad formal. Acceso al proceso y efectos jurídicos», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 85 ss.
- GALLEGO DEL CAMPO, Germán: «La usucapión *contra tabulas*», en *RCDI*, núm. 686, 2004, pp. 2655 ss.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «A propósito del artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal», *RDPat*, núm. 14, 2005, pp. 61 ss.
- GRAGERA GALLARDO, Juan: «Las marcas en la red», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 327 ss.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Derecho de enervación de la entidad acreedora: presupuestos y finalidad. Efectos de la enervación anunciada por la acreedora originaria en caso de negativa del deudor a la formalización de la novación modificativa del préstamo hipotecario en iguales condiciones a las ofrecidas por la entidad que pretende subrogarse: nulidad de la escritura de subrogación. Carácter excepcional de la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 953 ss.
- HERMOSO MESA, Diego: «El acceso de los documentos al Registro de la Propiedad. Cuestiones informáticas en la Gestión de Entradas», en *RDNT*, núm. 7, 2005, pp. 53 ss.
- LEMA DEVESA, Carlos: «Las nuevas perspectivas de notoriedad y renombre de la marca», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 281 ss.
- LEMA DEVESA, Carlos y TATO PLAZA, Anxo: «En torno al ámbito de protección de la denominada *marca-envase*», en *RDP*, julio-agosto 2004, pp. 395 ss.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Una aportación a la historia de la ciencia del Derecho Registral», en *RJNot.*, núm. 51, 2004, pp. 155 ss.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio: «La ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la propuesta de Reglamento Roma II», en *GJ*, núm. 235, 2005, pp. 23 ss.
- «Los tribunales españoles de marca y diseño comunitario y el Derecho internacional privado», en *La Ley*, 2004, D-262.

- MARTÍN BERNAL, José Manuel: «El sistema organizativo de las urbanizaciones y complejos inmobiliarios», en *La Ley*, 2004, D-260.
- «Desde las urbanizaciones privadas a los complejos inmobiliarios (privados)», en *La Ley*, 2004, D-217.
- «Tipología de conjuntos inmobiliarios y diversas fórmulas organizativas», en *La Ley*, 2004, D-240.
- MANZANO SOLANO, Antonio: «Certificación registral: valor probatorio en el proceso», en *RCDI*, núm. 683, 2004, pp. 1255 ss.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el derecho público español», en *RJNot.*, núm. 52, 2004, pp. 209 ss.
- MESA MARRERO, Carolina: «Excepciones y limitaciones a los derechos de explotación de la propiedad intelectual en la Directiva 2001/29/CE y su incidencia en el Derecho español», en *RDNT*, núm. 7, 2005, pp. 119 ss.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis: «La tradición traslativa del dominio (El Código civil español y el sistema iberoamericano)», en *RDP*, noviembre-diciembre 2004, pp. 771 ss.
- MONTÁNCHÉZ RAMOS, Manuel: «Aspectos registrales de la ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 227 ss.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pp. 61 ss.
- NASARRE AZNA, Sergio: «La reforma del Derecho registral inglés», en *RCDI*, núm. 683, 2004, pp. 1285 ss.
- OSUNA COSTA, Joaquín A.: «La extinción del condominio y la naturaleza ganancial o privativa de los bienes recibidos por esa causa», en *RJNot.*, núm. 52, 2004, pp. 129 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino: «La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: la problemática del nuevo recuso judicial», *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 49 ss.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar (Comentario a la STC 166/2003, de 29 de septiembre)», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 343 ss.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Dudas en torno a la propiedad de especies animales protegidas», en *La Ley*, 2005, D-21.
- RAMS RAMOS, Leonor: «Aspectos administrativos en la evolución del Registro General de Propiedad Intelectual como mecanismo de protección», en *RCDI*, núm. 686, 2004, pp. 2779 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «El diseño industrial no registrado», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 257 ss.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro: «Dos apuntes registrales en torno a la nueva Ley de Patrimonio», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1831 ss.

- TATO PLAZA, ANXO y LEMA DEVESA, Carlos: «En torno al ámbito de protección de la denominada *marca-envase*», en *RDP*, julio-agosto 2004, pp. 395 ss.
- TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: «La respuesta judicial a la legislación de marcas», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 231 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa: «Reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. Negativa a la anotación de una hipoteca asegurativa de Derecho alemán en el Registro de la Propiedad español por no conocer el Derecho español dicha figura tal como se recoge en el ordenamiento de procedencia. (Comentario a la RDGRN de 23 de febrero de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 79 ss.
- VÁZQUEZ ASENJO, Óscar Germán: «Efectos identificativos y descriptivos de la finca registral», en *RDNT*, núm. 7, 2005, pp. 99 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Ejecución de bienes gananciales por deudas conсорsoriales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de bienes comunes», en *RDP*, núm. 14, 2005, pp. 101 ss.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2005, pp. 534 ss.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los tribunales», en *RDP*, septiembre-octubre 2004, pp. 527 ss.
- ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: «El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre», en *RJN*, núm. 36, 2003, pp. 51 ss.
- ARIAS DÍAZ, María Dolores: «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos», en *La Ley*, 2005, D-30.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Invalidez de capítulos matrimoniales. Nulidad (anulabilidad) por vicio del consentimiento: intimidación. Cómputo del *dies a quo*: a partir de la sentencia de separación de los cónyuges. (Comentario a la STS de 15 de enero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1041 ss.
- CALZADILLA MEDIAN, M.^a Aránzazu: «Vicisitudes de la situación jurídica del menor extranjero en España y la institución adoptiva», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2005, pp. 133 ss.
- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: «Algunas observaciones sobre las parejas de hecho», en *RJNot.*, núm. 51, 2004, pp. 9 ss.
- CAMARERO SUÁREZ, M.^a Victoria: «Un apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el *status* jurídico de las parejas del mismo sexo», en *La Ley*, 2004, D-205.

- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «Atribución del uso de la vivienda familiar: derecho concedido por sentencia de separación y posterior divorcio. Oponibilidad a terceros de buena fe: improcedencia. Derecho no inscrito en el Registro de la Propiedad. Derecho oponible a terceros en la extensión y límites fijados por la decisión judicial que lo declara u homologa susceptible de acceso al registro de la Propiedad. Observancia de las reglas que establece el derecho inmobiliario registral. Necesidades familiares inexistentes al haber alcanzado el hijo la mayoría de edad. Provisionalidad y temporalidad. (Comentario a la STS de 22 de abril de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 171 ss.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador: «Sobre la pretendida autonomía de la quiebra de *affectio maritalis* como causa de separación matrimonial», en *La Ley*, 2004, D-159.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «¿Es constitucional, hoy, el matrimonio homosexual (entre personas de idéntico sexo)?», en *RDP*, marzo-abril 2005, pp. 77 ss.
- CRESPO MORA, M.^a Carmen: «La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales», en *RJUAM*, núm. 11, 2004, pp. 47 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Chile estrena divorcio (Ley de 17 de mayo de 2004)», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2005, pp. 527 ss.
- GARCÍA POVEDA, Carmen: «Constitucionalidad de las pruebas biológicas», en *RDF*, núm. 25, 2004, pp. 61 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Impugnación de la paternidad matrimonial determinada en virtud de reconocimiento de complacencia. (Comentario a la STS de 12 de julio de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 433 ss.
- GARRIGA GORINA, Margarita: «Les relacions paterno-filials de fet», en *RJC*, núm. 1, 2005, pp. 9 ss.
- GONZÁLEZ PILLADO, Esther: «El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2005, pp. 403 ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Ganancialidad de la deuda: ¿Presunción, prueba o determinación legal?», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 2004, pp. 2517 ss.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 171 ss.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «El contrato de acogimiento de familiar de personas mayores (aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)», en *RDP*, julio-agosto 2004, pp. 443 ss.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano: «Convenio de Bruselas. Ámbito de aplicación. Competencias especiales artículo 5, punto 2. Obligación de alimentos. Acción de repetición ejercitada por un organismo público que se subroga en los derechos del acreedor de alimentos. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 5.^a, de 15 de enero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1063 ss.
- JIMÉNEZ LINARES, M.^a Jesús: «La rehabilitación del progenitor sancionado conforme al art. 111 del CC», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2005, pp. 25 ss.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: «Eficacia de la sentencia de homologación de una sentencia de nulidad dictada por un tribunal eclesiástico sobre los efectos patrimoniales –en particular sobre la pensión compensatoria– establecidos en una anterior sentencia de divorcio. (Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1007 ss.
- MORENO VELASCO, Víctor: «Algunos comentarios sobre los efectos patrimoniales de la ruptura de la pareja de hecho», en *La Ley*, 2005, D-26.
- OSUNA COSTA, Joaquín A.: «La extinción del condominio y la naturaleza ganancial o privativa de los bienes recibidos por esa causa», en *RJNot.*, núm. 52, 2004, pp. 129 ss.
- PADIAL ALBÁS, Adoración: «La regulación del contrato de alimentos en el Código civil», en *RDP*, septiembre-octubre 2004, pp. 611 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Nulidad de capitulaciones matrimoniales por falta de causa o causa ilícita. Nulidad radical: inaplicabilidad del plazo de cuatro años del art. 1301 CC. Eficacia de la publicidad de las capitulaciones en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad. (Comentario a la STS de 10 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1209 ss.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Privación de la patria potestad a un padre condenado por delito de parricidio respecto de sus dos hijos menores por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. (Comentario a la STS de 2 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 27 ss.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar (Comentario a la STC 166/2003, de 29 de septiembre)», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 343 ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Filiación matrimonial: determinación por medio de un reconocimiento de complacencia; impugnación por no ser conforme con la verdad biológica. Costas: circunstancias excepcionales. (Comentario a la STS de 14 de julio de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 449 ss.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique José: «Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2005, pp. 1157 ss.
- RENTERÍA AROCENA, Alfonso: «Derecho civil de Navarra: capacidad de los cónyuges, sociedad conyugal de conquistas y derechos de los hijos de anteriores nupcias», en *RCDI*, núm. 685, 2004, pp. 2069 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y CASADO CASADO, Belén: «Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales», en *RCDI*, núm. 685, 2004, pp. 2307 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «Las fronteras del concepto jurídico de familia», en *La Ley*, 2004, D-231.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2005, pp. 1029 ss.
- SANZ VIOLA, Ana M.^a: «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la Ley Concursal», en *RDP*, noviembre-diciembre 2004, pp. 714 ss.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Ajuar doméstico de la vivienda habitual común: acción reivindicatoria por el cónyuge superviviente. (Comentario a la STS de 16 de febrero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1151 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

ABASCAL MONEDERO, Pablo y LUIS REYES, Antonio: «Problemática de la inclusión y exclusión de bienes en el inventario», en *RCDI*, núm. 682, 2004, pp. 651 ss.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», en *RDP*, enero-febrero 2005, pp. 3 ss.

ALEMÁN MONTERREAL, Ana: «Panorama actual y antecedentes históricos sobre los derechos sucesorios *abintestato* del conviviente superviviente de una pareja de hecho», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2005, pp. 151 ss.

ALONSO CAMINA, Germán: «Testamento ológrafo. Nulidad. Falta de institución de heredero. Encomienda de la aplicación de los fines que el instituido conoce y que le fueron previamente comunicados por la testadora a través de instrucciones reservadas. (Comentario a la STS de 19 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 267 ss.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther, y BONDÍA GARCÍA, David: «¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso *Pla & Puncernau vs. Andorra* (STEDH de 13 de julio de 2004)», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 7 ss.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra», en *RCDI*, núm. 682, 2004, pp. 473 ss.

BONDÍA GARCÍA, David, y ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso *Pla & Puncernau vs. Andorra* (STEDH de 13 julio de 2004)», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 7 ss.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: «El usufructo legal de fidelidad: apuntes para una revisión», en *RJNot.*, núm. 51, 2004, pp. 97 ss.

GOMÁ SALCEDO, José Enrique: «El modo como elemento accesorio del negocio jurídico: naturaleza; legitimación activa (Con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003)», en *RJNot.*, núm. 51, 2004, pp. 231 ss.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pp. 11 ss.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier: «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pp. 31 ss.

LUIS REYES, Antonio y ABASCAL MONEDERO, Pablo: «Problemática de la inclusión y exclusión de bienes en el inventario», en *RCDI*, núm. 682, 2004, pp. 651 ss.

- MARSAL GUILLAMET, Joan: «Els fills posats en condició: interpretació del testament i discriminació», en *RJC*, núm. 2, 2005, pp. 477 ss.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pp. 61 ss.
- POUS DE LA FLOR, María Paz: «El valor de los bienes en la colación», en *RCDI*, núm. 682, 2004, pp. 421 ss.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones», en *RCDI*, núm. 686, 2004, pp. 2711 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Designación de beneficiario *mortis causa* en cuenta de ahorro. Esbozo sobre la construcción dogmática de la figura», en *RGLJ*, núm. 3, 2004, pp. 459 ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La apertura del testamento cerrado (Notas de Historia)», en *RJNot.*, núm. 52, 2004, pp. 211 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La capacidad mental del testador: problemática jurídica», en *RCDI*, núm. 682, 2004, pp. 549 ss.
- «Problemática jurídica de los vicios testamentarios», en *RJNot.*, núm. 51, 2004, pp. 205 ss.
- SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: «El procedimiento para la división judicial de la herencia», en *RDF*, núm. 26, 2005, pp. 21 ss.
- TORRES LANA, José Ángel: «El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición *mortis causa*», en *RJN*, núm. 37, 2004, pp. 11 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Error y responsabilidad en el testamento y en la donación», en *RDPat*, núm. 14, 2005, pp. 51 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- AGUSTINOY GUILAYN, Albert: «¿De qué hablamos cuando hablamos de los nombres de dominio?», en *RDNT*, núm. 7, 2005, pp. 29 ss.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier: «La aplicación descentralizada del derecho de defensa de la competencia en Alemania», en *GJ*, núm. 234, 2004, pp. 46 ss.
- ÁVILA, Alfredo: «Conflicto entre marca preexistente y denominación social posterior. Violación del derecho de marcas. (Comentario a la STS de 27 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 33 ss.
- BERCOVITZ, Alberto: «La nueva regulación del diseño industrial en la UE y en la legislación española», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 347 ss.
- BONET FERRER, José Luis: «La importancia de las marcas para la empresa. Criterios de valoración», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 305 ss.

- CARRIÓN, Francisco Javier: «Problemática de la infracción de patentes químico-farmacéuticas en España», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 207 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «El régimen jurídico del vínculo entre la marca comunitaria y la marca internacional», en *GJ*, núm. 235, 2005, pp. 44 ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Marco legal del derecho de patentes», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 23 ss.
- GRAGERA GALLARDO, Juan: «Las marcas en la red», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 327 ss.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Reflexiones sobre la tutela de la clientela a través de la regulación de la competencia desleal», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 73 ss.
- LEMA DEVESA, Carlos: «Las nuevas perspectivas de notoriedad y renombre de la marca», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 281 ss.
- LÓPEZ ORTIZ, Alejandro: «Problemas relativos al cumplimiento de la obligación de inscripción del nombre de dominio en el Registro Mercantil», en *DN*, núm. 168, 2004, pp. 21 ss.
- LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ, Aurelio: «La ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la propuesta de Reglamento Roma II», en *GJ*, núm. 235, 2005, pp. 23 ss.
- «Los tribunales españoles de marca y diseño comunitario y el Derecho internacional privado», en *La Ley*, 2004, D-262.
- MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos y denominaciones sociales: marca, nombre comercial y denominación de la sociedad: conflicto entre marcas colectivas y denominaciones sociales. Violación del derecho de marca colectiva inscrito a través de una denominación social: existencia: riesgo de confusión entre ambas. Riesgo de confusión entre los consumidores y usuarios: extremo sobre el que versa: origen o procedencia empresarial de los productos o servicios distinguidos: apreciación o no del mismo en un contexto global, teniendo en cuenta la similitud gráfica, fonética y conceptual entre los signos en conflicto: prototipo de consumidor sobre el que se valora el riesgo de confusión: consumidor medio razonablemente informado, atento y perspicaz. Riesgo de asociación: no es una alternativa al riesgo de confusión, sino que presupone necesariamente este último y sirve para delimitar su alcance. Marca colectiva que incluye una mención geográfica: nulidad: inexistencia: aplicación indebida de las normas reguladoras de la nulidad de marca. (Comentario a la STS de 10 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 215 ss.
- MARCOS, Francisco: «¿Monopolio de las palomitas en los cines? (Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid –sección 21.ª– de 8 de enero de 2003)», en *RDM*, núm. 254, 2004, pp. 1483 ss.
- MARTÍNEZ MULERO, Víctor: «Defensa de la competencia y daños», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 111 ss.
- MASSAGUER, José: «Algunas novedades en el panorama de los procedimientos por infracción de patentes», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 45 ss.
- MUÑIZ CALAF, Bernardino X.: «La carga probatoria del agotamiento del Derecho de marca», en *La Ley*, 2004, D-246.

- PEINADO GARCÍA, Juan Ignacio: «Variaciones sobre el nuevo régimen comunitario de concentraciones empresariales», en *DN*, núm. 170, 2004, pp. 5 ss.
- PUENTE ALFARO, Fernando de la: «Documentos en los que se interviene por representante y su acceso al Registro de la Propiedad y mercantil», en *AFDUAM*, núm. 8, 2004, pp. 213 ss.
- RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, Alfonso: «El procedimiento de atribución de competencias en la Ley 1/2002, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la competencia», *GJ*, núm. 234, 2004, pp. 59 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «El diseño industrial no registrado», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 257 ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «De empresarios o profesionales, de consumidores o personas jurídicas y de productores o vendedores (a propósito de la Ley de Garantías 23/2003)», en *DN*, núm. 171, 2004, pp. 5 ss.
- TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: «La respuesta judicial a la legislación de marcas», en *EDJ*, núm. 49, 2003, pp. 231 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Aproximación al régimen jurídico de voto electrónico», en *RDM*, núm. 254, 2004, pp. 1341 ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «*In dubio, contra libertatem*: cláusulas estatutarias de separación *ad nutum* en la doctrina de la Dirección General de Registros», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 243 ss.
- ARROYO ÁLVAREZ DE TOLEDO, Francisco y GABEIRAS VÁZQUEZ, Patricia: «¿Cómo afectará la nueva Ley Concursal a los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos en curso?», en *DN*, núms. 166 y 167, 2004, pp. 17 ss.
- AUGOUSTATOS ZARCO, Nikolás: «Sociedad de capital. Responsabilidad de los administradores en orden a la disolución o remoción de la disolución de la sociedad. Presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad *ex* artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La buena fe en el demandante. (Comentario a la STS de 16 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 919 ss.
- BENAVIDES DEL REY, José Luis: «Aproximación a la publicidad societaria en el Derecho europeo. Especial referencia a la nueva Directiva de 15 de julio de 2003», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 269 ss.
- BENITO OSMA, Félix: «Las entidades de crédito en los fondos de pensiones y su participación en las sociedades cotizadas», en *DEN*, núm. 176, 2005, pp. 5 ss.
- CAGNASO, Oreste: «La reforma italiana del Derecho societario: fusiones, escisiones, transformaciones», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 109 ss.

- CANDELARIO MACÍAS, María Isabel y RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa: «Responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 17 ss.
- CASTAÑO RAMÍREZ, M.^a José: «El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia (análisis de las novedades introducidas por el artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 117 ss.
- COLLAZZO YELPO, Pablo: «Retribución ajustada a rendimiento relativo: el caso de las opciones indizadas», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 145 ss.
- CURTO POLO, Mercedes: «Acuerdo de aumento de capital en sociedad de responsabilidad limitada. Caducidad de la acción para impugnar el acuerdo. Simulación de aportación social. Ineficacia del acuerdo. (Comentario a la STS de 18 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 91 ss.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «La responsabilidad social corporativa ante el Derecho mercantil», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 11 ss.
- «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la Ley de Transparencia», en *RCDI*, núm. 685, 2004, pp. 2379 ss.
- «Los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas. (El art. 114 de la Ley del Mercado de Valores)», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 7 ss.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «La desconvocatoria de la junta general de accionistas (a propósito de la STS de 17 de marzo de 2004)», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 265 ss.
- FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: «Consideraciones en torno a la copropiedad de acciones y participaciones sociales», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 49 ss.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan: «La reforma de las sociedades cotizadas en España», en *La Ley*, 2004, D-211.
- FLORES DOÑA, M.^a de la Sierra: «Aumento de capital para mantener la autocartera», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 251 ss.
- GABEIRAS VÁZQUEZ, Patricia y ARROYO ÁLVAREZ DE TOLEDO, Francisco: «¿Cómo afectará la nueva Ley Concursal a los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos en curso?», en *DN*, núms. 166 y 167, 2004, pp. 17 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «El reglamento de la junta general», en *La Ley*, 2005, D-28.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: «La Sociedad Limitada Nueva Empresa: una apuesta de futuro», en *RJNot.*, núm. 52, 2004, pp. 91 ss.
- GONDRA ROMERO: «La contribución del Derecho mercantil a la dogmática general de la representación», en *AFDUAM*, núm. 8, 2004, pp. 195 ss.
- GONDRA, J. M.: «El nuevo rumbo del derecho de balances europeo: las opciones que se abren al legislador español», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 19 ss.

- GUISADO MORENO, Ángela y MARÍN HITA, Luis: «La sociedad limitada Nueva Empresa: algunas consideraciones en torno a su disciplina legal», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 5 ss.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «La transparencia de las sociedades anónimas cotizadas y los pactos parasociales», en *DN*, núm. 165, 2004, pp. 5 ss.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «El seguro de responsabilidad de los administradores por las deudas sociales del artículo 262-5 TRLSA. (A propósito de la sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de diciembre de 2002)», en *RDM*, núm. 254, 2004, pp. 1457 ss.
- JUSTE MENCÍA, Javier y PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, Blanca: «Ejercicio de la acción de responsabilidad por las deudas sociales contrario a la buena fe (STS 942/2003, Sala de lo Civil, de 16 de octubre)», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 257 ss.
- MARCOS, Francisco: «Autonomía de la voluntad y contravalor del aumento del capital social: ¿Hay algún límite a los aumentos mixtos? Comentario de la RDGRN de 4 de febrero de 2003», en *RJNot.*, núm. 52, 2004, pp. 115 ss.
- MARÍN HITA, Luis y GUISADO MORENO, Ángela: «La sociedad limitada Nueva Empresa: algunas consideraciones en torno a su disciplina legal», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 5 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «El ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador societario», en *La Ley*, 2005, D-29.
- MARTÍ MOYA, Vanesa: «Los derechos especiales distintos de las acciones. Su tratamiento en la fusión de sociedades», en *RDM*, núm. 254, 2004, pp. 1373 ss.
- PACHECO CAÑETE, Matilde: «Sociedades anónimas. Prescripción de la acción individual de responsabilidad contra los administradores. (Comentario a la STS de 7 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 197 ss.
- PUENTE ALFARO, Fernando de la: «Documentos en los que se interviene por representante y su acceso al Registro de la Propiedad y mercantil», en *AFDUAM*, núm. 8, 2004, pp. 213 ss.
- PUYOL, Blanca y SÁNCHEZ-CALERO, Juan: «La Recomendación Europea en materia de retribución de los administradores (Algunas reflexiones desde el ordenamiento español)», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 215 ss.
- PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, Blanca y JUSTE MENCÍA, Javier: «Ejercicio de la acción de responsabilidad por las deudas sociales contrario a la buena fe (STS 942/2003, Sala de lo Civil, de 16 de octubre)», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 257 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «El reglamento de la Junta General en las Sociedades Anónimas cotizadas», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 187 ss.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia: «Reducción de capital mediante amortización de acciones y reducción del capital a cero y simultáneo aumento.

Comentario a la STS de 3 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9792)», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 285 ss.

RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa y CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: «Responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 17 ss.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «Un análisis crítico acerca de la pretendida unificación de la llevanza de registro contable y la administración conservativa de valores anotados», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 143 ss.

SALAZAR MARTÍNEZ-CONDE, Laura: «La acción de oro del Estado en las empresas privatizadas», en *RDBB*, núm. 97, 2005, pp. 97 ss.

SÁNCHEZ LINDE, Mario: «El derecho de representación proporcional ejercido por la minoría en la sociedad anónima. Reflexiones», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 177 ss.

— Agrupación de acciones para la solicitud de auditor en las sociedades anónimas no obligadas a verificación contable», en *DN*, núms. 166 y 167, 2004, pp. 5 ss.

SÁNCHEZ-CALERO, Juan y PUYOL, Blanca: «La Recomendación Europea en materia de retribución de los administradores. (Algunas reflexiones desde el ordenamiento español)», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 215 ss.

SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La relevancia de las sociedades de clasificación naval en la seguridad marítima», en *DN*, núm. 169, 2004, pp. 5 ss.

SIRVENT GARCÍA, Jorge: «Algunas consideraciones en torno a las limitaciones estatutarias de los derechos de asistencia y voto en la asociación», en *RDS*, núm. 23, pp. 215 ss.

SPINDLER, Gerald: «El Derecho europeo de sociedades después de *Inspire Art y Golden Shares*», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 65 ss.

VALMAÑA OCHAÍTA, María: «Distintos aspectos del régimen sobre el folleto en supuestos de OPV o admisión a cotización (Directiva 2003/71/CE del Parlamento y del Consejo)», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 81 ss.

VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en Derecho inglés: *wrongful trading*», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 299 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

ESPÍN, Cristóbal: «Las regularizaciones efectuadas por los textos Refundidos de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros en materia de liquidación», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 355 ss.

GINEBRA SERRABOU, Xavier: «La competencia en el sector bancario», en *RDBB*, núm. 97, 2005, pp. 151 ss.

LEGUINA VILLA, Jesús: «Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 307 ss.

- PALÁ LAGUNA, Reyes: «El Comité europeo de reguladores de valores (CESR) y el nuevo proceso de elaboración de normas en la Unión Europea en aras de la consecución de un mercado financiero integrado en la UE», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 45 ss.
- PETIT LAVALL, M.^a Victoria: «La creación de los comisionados para la protección de los clientes de los servicios financieros», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 35 ss.
- SANJUÁN MUÑOZ, Enrique: «El consorcio de compensación de seguros en la administración del concurso de entidades aseguradoras», en *RDCP*, núm. 2/2005, pp. 147 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- CIENFUEGOS MATEO, Manuel: «El contrato de franquicia, ordenación del comercio y derecho de la competencia», en *RJC*, núm. 2, 2005, pp. 399 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Aval como contrato de garantía en sentido amplio y aval cambiario. Régimen del aval en documento separado. Fianza y solidaridad del afianzamiento mercantil. (Comentario a la STS de 26 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 303 ss.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva María: «Consideraciones en torno al *leasing* internacional a la luz del Convenio UNIDROIT sobre *leasing* internacional (Ottawa, 28 de mayo de 1988)», en *RDM*, núm. 254, 2204, pp. 1503 ss.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Responsabilidad del naviero en vía civil y en vía penal: algunas diferencias», en *La Ley*, 2005, D-35.
- PACHECO CAÑETE, Matilde: «Naturaleza jurídica del *leasing* financiero. Reflexiones a la luz de la Ley Concursal», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 83 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «La delimitación del riesgo en el contrato de seguro», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 207 ss.
- ZUBIRI SALINAS, Mercedes: «Fletamento por viaje y contrato de transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque. Embargo de las mercancías transportadas por el fletador por viaje por parte del fletante. Tercería de dominio planteada por los propietarios de las mercancías bajo documentos calificados en la sentencia como conocimiento de embarque». (Comentario a la STS de 15 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 379 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Aval como contrato de garantía en sentido amplio y aval cambiario. Régimen del aval en documento separado. Fianza y solidaridad del afianzamiento mercantil. (Comentario a la STS de 26 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 303 ss.

- FARIAS BATLLE, Mercedes: «Los derechos referentes a la provisión de fondos como garantía pignoratícia del crédito cambiario. (Estudio de la cláusula de cesión de la provisión del artículo 69 de la Ley Cambiaria y del Cheque)», en *RDBB*, núm. 97, 2005, pp. 7 ss.
- NÚÑEZ LOZANO, Pablo Luis: «La amortización de la letra de cambio», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 57 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: «Aproximación al descuento cambiario: la devolución de los títulos como obligación en la jurisprudencia», en *RDBB*, núm. 97, 2005, pp. 137 ss.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «Clasificación de excepciones oponibles frente a la pretensión cambiaria y entrega para cobranza. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2003», en *La Ley*, 2004, D-182.

DERECHO CONCURSAL

- ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María: «El problema de la modificabilidad de la propuesta de convenio en junta de acreedores», en *ADCon*, núm. 3, 2004, pp. 217 ss.
- ÁLVAREZ VEGA, M.^a Isabel: «Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *RDP*, septiembre-octubre 2004, pp. 573 ss.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «Los efectos del concurso sobre los créditos», en *RJUAM*, núm. 11, 2004, pp. 11 ss.
- BERTRAM, José Christian: «Las garantías de obligaciones preexistentes y la presunción del artículo 71 de la Ley Concursal», en *La Ley*, 2004, D-164.
- CUESTA RUTE, José M.^a de la: «Las normas de transición sobre el convenio concursal», en *ADCon*, núm. 3, 2004, pp. 251 ss.
- «A propósito de la función del convenio en el concurso», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 7 ss.
- CURIEL LORENTE, Fernando: «Proyecto de Ley Concursal. Aspectos registrales, en particular en relación con el Registro de la Propiedad inmobiliaria», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 327 ss.
- DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Vicente: «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 2/2003, de 20 de julio», en *RCDI*, núm. 682, 2004, pp. 817 ss.
- ESPÍN, Cristóbal: «Las regularizaciones efectuadas por los textos Refundidos de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros en materia de liquidación», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 355 ss.
- FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: «La importancia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales en general, en la Ley Concursal», en *RCDI*, núm. 682, 2004, pp. 871 ss.

- «Algunas consideraciones sobre la propuesta de convenio en la Ley Concursal (arts. 99 a 103)», en *RCDI*, núm. 683, 2004, pp. 1315 ss.
- FUSTÉ MIQUELA, Joseph M.: «Acomiadament col·lectiu i modificació de condicions en el procés concursal», en *RJC*, núm. 2, 2005, pp. 433 ss.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Calificación del concurso», en *EDJ*, núm. 54, 2004, pp. 301 ss.
- GARCÍA-PITA, José Luis: «Los créditos contra la masa», en *ADCon*, núm. 3, 2004, pp. 7 ss.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «La colisión entre el crédito laboral superprivilegiado y el crédito garantizado con hipoteca en caso de concurso del deudor», en *ADCon.*, núm. 3, 2004, pp. 187 ss.
- GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, Ignacio y LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada: «Especialidades del concurso de las entidades financieras tras la nueva Ley Concursal», en *RDM* núm. 254, 2004, pp. 1543 ss.
- GUACH MARTORELL, Rafael: «El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal», en *RDM*, núm. 254, 2004, pp. 1417 ss.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a del Mar: «Algunos problemas del régimen transitorio de los procedimientos concursales iniciados al amparo de la legislación anterior», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 295 ss.
- HERRERA CUEVAS, Edorta J.: «Aproximación al nuevo Derecho Concursal del Trabajo», en *RDCP*, núm. 2/2005, pp. 97 ss.
- LEÓN, Francisco J. y RECALDE, Andrés: «Concurso y factoring», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 65 ss.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, y GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, Ignacio: «Especialidades del concurso de las entidades financieras tras la nueva Ley Concursal», en *RDM*, núm. 254, 2004, pp. 1543 ss.
- MACÍA, Andrea: «La extinción del mandato por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 171 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La competencia y responsabilidad de la Administración Concursal en la Ley 22/2003», en *La Ley*, 2005, D-22.
- MANZANERO SALINAS, Jorge: «La calificación del concurso», en *EDJ*, núm. 54, 2004, pp. 159 ss.
- MARTÍN REYES, M.^a de los Ángeles: «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», en *RCDI*, núm. 682, 2004, pp. 913 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 315 ss.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: «La calificación del concurso», en *La Ley*, 2004, D-155.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: «La convivencia entre el Derecho concursal y la libre competencia. El caso argentino», en *DN*, núm. 177, 2005, pp. 7 ss.

- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: «La adopción del Convenio Concursal», en *RJUAM*, núm. 11, 2004, pp. 209 ss.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, Luis: «La acumulación de procesos al concurso o insolvencia del mandante o del mandatario», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 117 ss.
- PEÑA OCHOA, Salvador: «La masa activa del concurso», en *RGLJ*, núm. 4, 2004, pp. 629 ss.
- PERDICES, Antonio B.: «La clasificación de los créditos personalmente garantizados», en *ADCon*, núm. 3, 2004, pp. 115 ss.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a del Pilar: «Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma», en *RJUAM*, núm. 11, 2004, pp. 103 ss.
- PIÑEL LÓPEZ, Enrique: «Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa», en *RDCP*, núm. 2/2005, pp. 27 ss.
- PUEBLA PINILLA, Ana de la: «Aspectos laborales de la nueva ley concursal», en *RJUAM*, núm. 11, 2004, pp. 81 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (L 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)», en *La Ley*, 2004, D-191.
- RECALDE, Andrés, y LEÓN, Francisco J.: «Concurso y *factoring*», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 65 ss.
- ROCA ROQUER, Sebastián: «Consideraciones en torno a la Ley concursal 2/2004», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2005, pp. 1045 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «La Ley Concursal dentro del sistema español de Derecho concursal internacional», en *RJUAM*, núm. 11, 2004, pp. 153 ss.
- SÁNCHEZ RUS, Heliodoro y SÁNCHEZ RUS, Adelaida: «La ejecución de las garantías reales en el concurso», en *ADCon*, núm. 3, 2004, pp. 65 ss.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «La formación de las masas activa y pasiva en el proyecto de Ley Concursal», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 299 ss.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «La entidad de crédito frente al concurso», en *La Ley*, 2005, D-4.
- «El consorcio de compensación de seguros en la administración del concurso de entidades aseguradoras», en *RDCP*, núm. 2/2005, pp. 147 ss.
- SANZ VIOLA, Ana M.^a: «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la Ley Concursal», en *RDP*, noviembre-diciembre 2004, pp. 714 ss.
- SARÁ JIMENA, Rafael: «El convenio del concurso, una visión judicial», en *RDCP*, núm. 2/2005, pp. 67 ss.
- TIRADO, Ignacio: «El sistema de elección de los administradores concursales», en *ADCon*, núm. 3, 2004, pp. 203 ss.

- TORRALBA, Elisa: «La actuación en España del administrador del concurso extranjero», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 245 ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Derecho concursal: ejercicio de las acciones rescisorias ordinarias estando el deudor declarado suspenso con insolvencia definitiva. Se halla exclusivamente legitimado el acreedor perjudicado, que podrá ejercitar la acción en su individual provecho. (Comentario a la STS de 30 de enero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1107 ss.
- VEIGA, Abel B.: «La incidencia del concurso del tomador en el contrato de seguro», en *ADCon*, núm. 3, 2004, pp. 137 ss.
- VIÑUELAS, Margarita: «El problema de la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 265 ss.
- YÁÑEZ, Fátima: «La discordancia ente la presunción de donación del cónyuge concursado y el sistema de reintegración de la masa activa», en *ADCon*, núm. 4, 2005, pp. 229 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUADO FERNÁNDEZ, Dolores: «La valoración del suelo. Las dificultades para llegar a un acuerdo sobre los criterios a utilizar», en *RUD*, núm. 10, 2004, pp. 15 ss.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Desafectación y compensación de terrenos rotacionales como premisa para su permuta por obra futura», en *RDU*, núm. 213, 2004, pp. 13 ss.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «La nueva estrategia contra la contaminación acústica y el ruido ambiental», en *RJN*, núm. 36, 2003, pp. 65 ss.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «Los instrumentos de ordenación territorial en la Comunidad Foral de Navarra», en *RJN*, núm. 37, 2004, pp. 75 ss.
- ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario: «Política territorial, ordenación del espacio y actividad urbanística», en *RDU*, núm. 216, 2005, pp. 59 ss.
- ANTÓN OLIVA, Ángel y SANZ JUSDADO, Ignacio: «Las licencias urbanísticas a la luz de la más reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU*, núm. 213, 2004, pp. 133 ss.
- CANCER MINCHOT, Pilar: «Valoración de terrenos destinados a infraestructuras supramunicipales: análisis crítico», en *RUD*, núm. 10, 2004, pp. 41 ss.
- CARBALLEIRA RIVERA, M.^a Teresa: «Edificios fuera de ordenación y obras permitidas», en *RDU*, núm. 214, 2004, pp. 11 ss.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco: «El régimen jurídico de la evaluación ambiental de las actividades agroforestales», en *RDA*, núm. 7, 2005, pp. 71 ss.
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco: «La ordenación del territorio en la legislación de la Comunidad Foral de Navarra», en *RDU*, núm. 216, 2005, pp. 105 ss.

- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire: «Los retos de la regulación jurídica de los cultivos transgénicos: su investigación, cultivo y comercialización», en *RDA*, núm. 7, 2005, pp. 115 ss.
- FRÍAS LÓPEZ, Alejandra: «Responsabilidad patrimonial por actos de información urbanística. Indemnización por limitaciones singulares», en *RDU*, núm. 217, 2005, pp. 51 ss.
- FUERTES LÓPEZ, F. Javier: «De los efectos tributarios de la expropiación forzosa», en *RUD*, núm. 10, 2004, pp. 63 ss.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio: «La acción concertada en materia de medio ambiente. Los convenios medioambientales: su régimen jurídico y la responsabilidad por su incumplimiento», en *RDU*, núm. 215, 2005, pp. 137 ss.
- GARCÍA UREA, Agustín: «Algunas cuestiones sobre la regulación del derecho de participación a la luz del Convenio de Aarhus de 1998», en *RDA*, núm. 7, 2005, pp. 43 ss.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «Problemática jurídica de las áreas de transformación y de los suelos contaminados liberados por las mismas», en *RDU*, núm. 216, 2005, pp. 151 ss.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Pedro Mateo: «Algunas reflexiones sobre el carácter excepcional de la acción subrogatoria en el Derecho urbanístico español», en *RDU*, núm. 217, 2005, pp. 11 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El principio de precaución: incertidumbre científica, riesgos hipotéticos y decisión política», en *RDA*, núm. 7, 2005, pp. 97 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago: «Garantías jurídicas frente a las clasificaciones, calificaciones y descalificaciones de suelo (con especial referencia a Canarias)», en *RDU*, núm. 213, 2004, pp. 101 ss.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto: «La enajenación de los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo en el Derecho urbanístico de Andalucía», en *RDU*, núm. 214, 2004, pp. 105 ss.
- JORDANO FRAGA, Jesús: «El suelo no urbanizable en la legislación estatal (o la necesaria finalización del síndrome de Penélope en el derecho “urbanístico” estatal)», en *RUD*, núm. 10, 2004, pp. 75 ss.
- LÓPEZ MUÑOZ, Riansares: «Aspectos legales en el proceso de edificación», en *RDU*, núm. 216, 2005, pp. 11 ss.
- MARCOU, Gérard: «Instrumentos jurídicos para el control del crecimiento urbano en le Derecho francés», en *RDU*, núm. 215, 2005, pp. 115 ss.
- MARTÍNEZ CAPDEVILLA, Carmen: «La evaluación de impacto medioambiental: su eficacia directa y las «situaciones triangulares. (Comentario a la sentencia del TJCE en el asunto *Wells*)», en *REDE*, núm. 12, 2004, pp. 629 ss.

- MORALO IZA, Víctor: «Vicios procedimentales en el planeamiento urbanístico: valoración de su alcance invalidante», en *RDU*, núm. 217, 2005, pp. 121 ss.
- ORTEGA GARCÍA, Ángel y ORTEGA CIRUGEDA, Juan: «El sistema de compensación en la Ley del Suelo de Madrid», en *RDU*, núm. 214, 2004, pp. 163 ss.
- «El sistema de compensación en la Ley del Suelo de Madrid», en *RDU*, núm. 215, 2005, pp. 69 ss.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto: «Algunas cuestiones sobre la expropiación forzosa en la actualidad: el procedimiento expropiatorio y la determinación del justiprecio», en *RUD*, núm. 10, 2004, pp. 93 ss.
- PLAZA GONZÁLEZ, Marta: «De nuevo sobre la expropiación de las grandes infraestructuras: la Sentencia de 1 de julio de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León aclara el debate», en *RDU*, núm. 213, 2004, pp. 83 ss.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Una reflexión desde el Derecho urbanístico sobre las modernas sociedades pluriculturales y pluriconfesionales», en *RDU*, núm. 215, 2005, pp. 11 ss.
- SÁNCHEZ-CASAS, Carlos: «Aprovechamiento, edificabilidad y asignación de redes en la Ley 9/2001. Conclusión de la experiencia práctica de su aplicación», en *RDU*, núm. 214, 2004, pp. 135 ss.
- SANZ JUSDADO, Ignacio y ANTÓN OLIVA, Ángel: «Las licencias urbanísticas a la luz de la más reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU*, núm. 213, 2004, pp. 133 ss.
- SERRANO LÓPEZ, Juan Enrique: «Aproximación a la Ley 1/2001, de 24 de abril, del suelo de la región de Murcia, desde la perspectiva de la vigencia efectiva de la autonomía municipal», en *RDU*, núm. 214, 2004, pp. 45 ss.
- URRACA CAVIADES, Carlos: «La equidad en la ejecución del planeamiento urbanístico y los parámetros que se utilizan para su medida», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1711 ss.
- YÁÑEZ VELASCO, Igor: «Pero, ¿alguien dudó en serio de que era un contrato administrativo? Comentario a las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 1 de octubre de 2002 y 5 de febrero de 2003 relativas al agente urbanizador», en *RDU*, núm. 217, 2005, pp. 51 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier: «La aplicación descentralizada del derecho de defensa de la competencia en Alemania», en *GJ*, núm. 234, 2004, pp. 46 ss.

- BACHES OPI, Sergio y RODRÍGUEZ ENCINAS, Ana: «El nuevo reglamento comunitario de exención por categorías para los acuerdos de transferencia de tecnología», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 217 ss.
- BAQUERO CRUZ, Julio: «De la cuestión prejudicial a la casación europea: Reflexiones sobre la eficacia la uniformidad del Derecho de la Unión», en *REDE*, núm. 13, 2005 pp. 35 ss.
- BENAVIDES DEL REY, José Luis: «Aproximación a la publicidad societaria en el Derecho europeo. Especial referencia a la nueva Directiva de 15 de julio de 2003», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 269 ss.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *La Ley*, 2004, D-269.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «El régimen jurídico del vínculo entre la marca comunitaria y la marca internacional», en *GJ*, núm. 235, 2005, pp. 44 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Locke y la Constitución Europea», en *REDE*, núm. 13, 2005 pp. 5 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El principio de precaución en el Derecho de la UE: la aplicación de un principio general basado en la incertidumbre», en *DN*, núm. 174, 2005, pp. 5 ss.
- «¿Un Mercado *único* para 45 millones de consumidores?: las *excepciones* relativas a la libre circulación de mercancías en el Tratado de Adhesión», en *GJ*, núm. 235, 2005, pp. 8 ss.
- «La sentencia *Caixa Bank France*: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma la *convergencia* de su jurisprudencia relativa a la libre circulación en el ámbito del Mercado interior», en *REDE*, núm. 13, 2005 pp. 91 ss.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano: «Convenio de Bruselas. Ámbito de aplicación. Competencias especiales artículo 5, punto 2. Obligación de alimentos. Acción de repetición ejercitada por un organismo público que se subroga en los derechos del acreedor de alimentos. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 5.^a, de 15 de enero de 2004)», en *CCJC*, núm. 66, 2004, pp. 1063 ss.
- LÓPEZ-TARRELLA MARTÍNEZ, Aurelio: «La ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la propuesta de Reglamento Roma II», en *GJ*, núm. 235, 2005, pp. 23 ss.
- «Los tribunales españoles de marca y diseño comunitario y el Derecho internacional privado», en *La Ley*, 2004, D-262.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo: «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario», en *RDCE*, núm. 19, 2004, p. 829.
- MESA MARRERO, Carolina: «Excepciones y limitaciones a los derechos de explotación de la propiedad intelectual en la Directiva 2001/29/CE y su incidencia en el Derecho español», en *RDNT*, núm. 7, 2005, pp. 119 ss.

- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco: «Reflexiones en torno al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», en *RGLJ*, núm. 3, 2004, pp. 399 ss.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «Los derechos fundamentales de la Constitución europea», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 407 ss.
- PALÁ LAGUNA, Reyes: «El Comité europeo de reguladores de valores (CESR) y el nuevo proceso de elaboración de normas en la Unión Europea en aras de la consecución de un mercado financiero integrado en la UE», en *CDC*, núm. 42, 2004, pp. 45 ss.
- PUYOL, Blanca y SÁNCHEZ-CALERO, Juan: «La Recomendación Europea en materia de retribución de los administradores. (Algunas reflexiones desde el ordenamiento español)», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 215 ss.
- RODRÍGUEZ ENCINAS, Ana y BACHES OPI, Sergio: «El nuevo reglamento comunitario de exención por categorías para los acuerdos de transferencia de tecnología», en *RDM*, núm. 255, 2005, pp. 217 ss.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: «El Tribunal Constitucional y la garantía interna de aplicación del Derecho comunitario en España. (A propósito de la STC 58/2004)», en *DPC*, núm. 18, 2004, pp. 387 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO, Juan y PUYOL, Blanca: «La Recomendación Europea en materia de retribución de los administradores. (Algunas reflexiones desde el ordenamiento español)», en *RDBB*, núm. 96, 2004, pp. 215 ss.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «El título ejecutivo europeo», en *La Ley*, 2004, D-178.
- SPINDLER, Gerald: «El Derecho europeo de sociedades después de *Inspire Art* y *Golden Shares*», en *RDS*, núm. 23, 2004, pp. 65 ss.

DERECHO PROCESAL

- BAQUERO CRUZ, Julio: «De la cuestión prejudicial a la casación europea: Reflexiones sobre la eficacia la uniformidad del Derecho de la Unión», en *REDE*, núm. 13, 2005 pp. 35 ss.
- CALAZA LÓPEZ, M.^a Sonia: «La dudosa constitucionalidad de algunos aspectos procesales en la actual regulación de los procesos matrimoniales», en *RJUAM*, núm. 10, 2004, pp. 19 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1 /2000», en *La Ley*, 2005, D-30.
- CAMPO VILLEGAS, Elías: «Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva Ley», en *RJC*, núm. 1, 2005, pp. 113 ss.

- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000», en *La Ley*, 2005, D-30.
- CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel: «La ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En particular, la problemática suscitada por la existencia de ocupantes. Aspectos procesales», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 251 ss.
- DOIG DÍAZ, Yolanda: «La conformidad *premiada* en los juicios rápidos», en *La Ley*, 2004, D-266.
- ESPINA RAMOS, Jorge Ángel: «La impugnación de las pruebas periciales a la luz de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *La Ley*, 2004, D-235.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 5 ss.
- GALÁN GONZÁLEZ, Candela: «Apuntes sobre el derecho al juez imparcial», en *RJUAM*, núm. 10, 2004, pp. 197 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La supresión del exequátur en Europa: el título ejecutivo europeo», en *La Ley*, 2004, D-258.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Prueba del rebelde en la segunda instancia. Examen por el Tribunal Supremo de los documentos aportados en la segunda instancia. (Comentario a la STS de 18 de marzo de 2004)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 1337 ss.
- MONTÁNCHÉZ RAMOS, Manuel: «Aspectos registrales de la ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 227 ss.
- MORÓN PALOMINO, Manuel: «Precisiones y significación constitucional del recurso de casación», en *La Ley*, 2004, D-233.
- OLARRA ZORROZUA, Juan Carlos: «Acumulación objetiva de acciones y Juzgados de lo Mercantil: ¿una laguna legal?», en *La Ley*, 2005, D-18.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la: «Consideraciones procesales sobre documentos electrónicos y firma electrónica», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pp. 119 ss.
- OSTOS MORA, M.^a Jesús: «Efectos de la sentencia penal en el proceso civil posterior. Una visión jurisprudencial de la cosa juzgada», en *RDP*, enero-febrero 2005, pp. 43 ss.
- PÉREZ LÓPEZ, Eduardo: «Los criterios de la sala Primera del Tribunal Supremo en torno a la recurribilidad en casación y su control constitucional», en *La Ley*, 2005, D-13.
- POU DE AVILÉS SANS, Javier: «Efectos sobre las medias cautelares de la sentencia definitiva no firme» en *RJC*, núm. 3, 2004, pp. 813 ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Jurisdicción civil y Notariado», en *RJNot.*, núm. 51, 2004, pp. 191 ss.
- SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel: «La ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 167 ss.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDPPr.	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

El principio de fe pública registral y su aplicación a la hipoteca de constitución unilateral. Los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, sus requisitos y su posible aplicación a este caso. (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2003)

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

La sentencia que nos proponemos comentar versa sobre el conflicto de intereses planteado entre los compradores de unas viviendas y un banco. Y viene motivado por la hipoteca dispuesta en su día a favor de ese último mediante negocio jurídico unilateral de los entonces dueños de la finca gravada, que se recogió en escritura pública (5 de octubre de 1990) pero que sin embargo no se inscribió en el Registro de la Propiedad hasta dos años después (8 de octubre de 1992), tiempo en el que terceras personas habían comprado, con desconocimiento de la hipoteca dicha, los pisos-viviendas que sobre esa finca habían construido aquéllos. La aceptación por parte del banco de esa hipoteca, además, no accedió al Registro hasta el día 3 de marzo de 1993. Y así, llegado el momento, los compradores interponen demanda en la que solicitan se declare la nulidad de esa hipoteca y la cancelación de las correspondientes inscripciones registrales.

En el caso se involucran por tanto, de un lado, una modalidad hipotecaria (la hipoteca de constitución unilateral) que presenta singularidades en cuanto a su configuración y operatividad, y que por no ser demasiado común no siempre se tienen claras; y de otro lado, el principio de fe pública registral, en concreto, el significado del requisito de buena fe que el mismo exige.

Se trata de un caso límite por las circunstancias concurrentes que en él se dan. Prueba de ello es la disparidad de soluciones que va recibiendo en las

tres instancias judiciales por las que pasa, y sobre todo la disparidad de criterios que se van empleando para sustentarlas. Pues el Juzgado falló a favor del banco, la Audiencia a favor de los compradores, y el Tribunal Supremo también a favor de los compradores pero por razonamientos «no coincidentes... con las motivaciones de la sentencia recurrida» (FD 4.º).

Por todo lo cual, creemos que la sentencia resulta merecedora de comentario, como hacemos a continuación.

I

Para ello, nos parece lo mejor empezar apuntando los concretos argumentos en que el TS se apoya para resolver a favor de los compradores, que son dos.

a) El primero –FD 1.º–, tras afirmar breve pero rotundamente el carácter constitutivo de la inscripción registral en el caso del derecho de hipoteca («criterio evidente», dice), es que cuando la hipoteca se constituyó/inscribió, el bien pretendidamente gravado no era ya propiedad de los hipotecantes, por lo que, atendido lo dispuesto en los arts. 1857.2 CC y 138 LH, no pudo constituirse aquella válida y regularmente. «En el caso –dice el TS–, el litigante (los hipotecantes-vendedores) tenía la propiedad y gozaba de la disponibilidad del solar inscrito cuando estableció, mediante escritura pública de 5 de octubre de 1990, la hipoteca unilateral a favor del banco acreedor, pero, en el intermedio de los dos años transcurridos hasta que se procedió a la inscripción registral, vendió los pisos construidos en régimen de propiedad horizontal libres de cargas y gravámenes, de manera que cuando los adquirentes de los pisos tuvieron conocimiento de la hipoteca inscrita, con posterioridad a las ventas, hubieron de querellarse contra el vendedor, que fue condenado por un delito de estafa».

Apoyándose sólo sobre esta base, la Audiencia había declarado la nulidad radical de la hipoteca y había ordenado la cancelación de las inscripciones correspondientes, por considerar que el gravamen no pudo nacer al estar privado (el *deudor hipotecario*, dice la reseña que de la misma hace el TS, pero debe ser *los hipotecantes*) de la disponibilidad sobre los bienes hipotecados. El TS, por su parte, aunque comparte con la Audiencia este argumento, no lo considera sin embargo suficiente por sí solo. «La cuestión –dice el TS– no es tan sencilla, puesto que la apariencia creada por la inscripción exige ponderar, no obstante que la cosa hipotecada no fuera propia del otorgante de la hipoteca unilateral al tiempo de la inscripción, si se puede excluir la aplicación saneadora del artículo 34 de la LH». Éste es el otro argumento que el TS toma en consideración.

b) El segundo argumento, como hemos dicho, es el fundamental en la resolución del TS, y al que dedica mayores digresiones –FD 2.º y 3.º–, mientras que la Audiencia, tras apuntarlo meramente, lo desecha por considerar que «resulta supérfluo». Este argumento, que procede sobre la base de que los hipotecantes no eran ya propietarios cuando la hipoteca se constituyó/inscribió, se cifra en la imposibilidad de aplicar en auxilio del banco el principio de fe pública registral (art. 34 LH), no obstante haberse inscrito el derecho de hipoteca del banco antes que el derecho de los compradores sobre los pisos, por considerarse que éste no cumple con los requisitos que para ello exige la Ley, en particular porque se entiende que no era un adquirente de buena fe. El banco, afirma el TS, «mal puede invocar a su favor que no tuvie-

ra conocimiento de la realidad de las ventas efectuadas con anterioridad a la inscripción de la hipoteca, y por ello recabar en su beneficio su condición de tercero de buena fe, dado que el conjunto de anomalías que jalonan el *iter*, desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución unilateral de hipoteca hasta que la misma se inscribe en el Registro inmobiliario, refleja el conocimiento claro de cuanto ocurría en relación con las ventas efectuadas y las irregularidades que la entidad bancaria cometió en el cumplimiento de la escritura unilateral de hipoteca no inscrita e inaceptada hasta el día 3 de marzo de 1993, mediante la correspondiente acta notarial». A esta conclusión se llega, a juicio del TS, por las siguientes consideraciones.

Una, porque «en la escritura de constitución de hipoteca se consignó, como una característica del crédito (que el banco concediera a los entonces propietarios del solar, luego constructores y vendedores de los pisos en cuestión), y como condición *sine qua non* para la disposición del crédito, que en el plazo de seis meses a contar desde el día del otorgamiento de la escritura de hipoteca..., tendría que haberse entregado al banco la primera copia de la escritura de hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, acompañada de una certificación del Registro en la que se acreditara la libertad de gravámenes y cargas, la inexistencia de limitaciones de dominio y de condiciones resolutorias y rescisorias, y que no apareciera limitada la capacidad de disposición de los bienes hipotecados. Estas condiciones —dice el TS— no se cumplieron por los acreditados y en la fecha en que se inscribieron las fincas hipotecadas (sic. en el FD 3.º de la STS; debe ser en que se inscribieron los pisos, tras haberse inscrito la declaración de obra nueva y el título constitutivo de propiedad horizontal) a favor de don Pascual B. Ch. y doña M.ª del Carmen G. T. (los acreditados-hipotecantes), así como la escritura de constitución de hipoteca, dichos señores habían dispuesto ya de la totalidad del crédito, sin cumplir ni siquiera con las condiciones establecidas en la escritura de constitución de la hipoteca, puesto que las entregas se realizaron sobre la totalidad de las certificaciones de obra expedidas y no quedó retenido el treinta por ciento del crédito para el momento en que se obtuviera la cédula de habitabilidad de las viviendas hipotecadas. El banco pues, permitió (a los hipotecantes) disponer de la totalidad del crédito concedido pese a que para disponer del último treinta por ciento era necesario acreditar la venta de las viviendas con los correspondientes contratos de compraventa».

Y otra, porque «varios compradores... pagaron parte del precio de las viviendas compradas mediante ingresos efectuados a don Pascual B. Ch. (uno de los vendedores-hipotecantes) en su cuenta de Banco Español de Crédito, S.A.», y porque «don Dionisio P. B. [uno de los compradores], para pagar parte del precio del piso-vivienda comprado..., solicitó una operación financiera a Banco Español de Crédito, S.A., teniendo que efectuar para ello declaración de bienes el día 7 de septiembre de 1992 (un mes antes de la pretendida constitución de hipoteca), consignando en ella el piso comprado al señor B. Ch. y de la parte pendiente de pago de aquél...».

A la vista de lo cual, concluye entonces el TS afirmando que «no cabe, pues, dudar, a tenor de las estipulaciones de la escritura que estableció... el proyecto de venta de pisos y las notificaciones que obligaban a los deudores respecto de la entidad crediticia, que ésta tuvo todas las posibilidades objetivas de conocimiento de las ventas realizadas al margen de las obligaciones que se asumían en la escritura... Su conducta, por tanto, incursa desde luego en grave negligencia, que por tener todos los instrumentos de control en sus manos raya en el dolo, no puede tutelarse, invocando una buena fe inexistente».

II

Una vez expuestos los argumentos que llevan al TS a fallar a favor de los compradores y en contra del banco, procedemos por nuestra parte al comentario del caso, de sus circunstancias y de la valoración que de todo ello ha hecho el TS. Veámoslo, ateniéndonos al mismo orden en que la exposición ha sido hecha.

III

Y así tenemos, que al primero de esos argumentos –que cuando la hipoteca se constituyó/inscribió, el bien pretendidamente gravado no era ya propiedad de los hipotecantes, por lo que aquélla no pudo establecerse válida y regularmente– se puede decir lo siguiente.

a) De entrada que, al menos por la rotundidad con que se hace, la afirmación del carácter constitutivo de la inscripción registral en el caso del derecho de hipoteca es criticable. Pues aunque es cierto que hoy la doctrina y la jurisprudencia ampliamente dominantes se manifiestan en ese sentido, no lo es menos tampoco que no se trata de una cuestión absolutamente pacífica, ya que hay voces muy autorizadas dentro de la doctrina –*vid.*, por todos, A. Gordillo Cañas: *Hipoteca voluntaria: el iter de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, Academia Sevillana del Notariado, t. IV, 1991, pp. 318 ss; *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)*, ADC. t. LIV, fasc. I, enero-marzo 2001, pp. 5 ss, espec. pp. 86-110– y resoluciones jurisprudenciales –STS. 13 de septiembre de 1984, 31 de octubre de 1986 y 6 de abril de 1996 (esta última comentada por mí en CCJC., septiembre-diciembre 1996, núm. 42, pp. 967 ss)– que discrepan de ese planteamiento y defienden la configuración de ese caso con arreglo al criterio general de nuestro sistema, esto es, atribuyendo a la inscripción registral valor *ad opponibilitatem*, no *ad constitutionem*. Y si así fuera, en el caso la hipoteca habría nacido en un tiempo en que los hipotecantes eran sin duda propietarios: cuando se otorga la escritura pública –requisito éste que sí es indispensable, y que viene a sustituir a una *traditio* material aquí imposible– en que se recoge el negocio unilateral constitutivo de la misma. Pero además es que, en un momento dado, la hipoteca se inscribe, siendo así que los sujetos compradores de pisos no habían sin embargo inscrito todavía su adquisición. A la vista de lo cual, el debate en torno al pretendido carácter constitutivo de la inscripción registral de hipoteca no parece aquí muy trascendente. Ciertamente, esos sujetos desconocían la carga que sobre los pisos pesaba (que ahora suponemos existente, a efectos dialécticos), cuando los compraron. Pero esto no es óbice para que hubieran debido inscribir sus derechos. ¿No constituye esto un proceder semejante en cierta medida al del banco, que debería llevar a que su derecho no sea oponible a terceros, como a partir de la inscripción de la hipoteca sería con respecto a ellos el banco? Nótese, en este sentido, que tanto la tesis que atribuye a la inscripción registral valor constitutivo como la que le da valor meramente declarativo coinciden al atribuir a tal inscripción valor a efectos de oponibilidad a terceros, con independencia de que el nacimiento

del derecho real que sea se produzca antes o al mismo tiempo de esa inscripción, en función de la tesis adoptada. En esta apreciación coinciden ambas tesis, siendo ella predicable en general de cualquier derecho real, no sólo de la hipoteca. Surge así la pregunta: ¿son entonces terceros hábiles para preverlecer frente al Banco los compradores de los pisos? La respuesta a esta cuestión pasa por atender a lo que en el segundo argumento se considera, a cuya exposición y comentario remitimos.

En todo caso, a la vista de la premisa sobre la que opera el TS –inscripción registral de la hipoteca con carácter constitutivo–, y sea de ella lo que sea, no queremos aquí dejar de destacar la corrección con que el TS procede entonces en este punto, al plantearse si los hipotecantes son o no propietarios en el momento en que se inscribe la escritura de constitución unilateral de hipoteca (el 8 de octubre de 1992), no en el momento en que el banco beneficiario de la misma manifiesta su aceptación (en acta notarial, nos dice la sentencia, aunque lo propio sería en escritura pública) y ésta accede al Registro (el 3 de marzo de 1993). Pues efectivamente se trata de una hipoteca que nace, por hipótesis, como efecto de un negocio unilateral, esto es, de un negocio en el que interviene una sola parte (el hipotecante), cuya voluntad es la única necesaria para ello. Lo cual se justifica –al igual que ocurre en todos los negocios jurídicos de génesis unilateral– por el carácter netamente beneficioso de ese efecto para su destinatario, al que se atribuye un derecho sin pedírsele nada a cambio. Basta, por ello, con la sola voluntad de quien quiere gravar su patrimonio con tal carga, siempre que efectivamente su intención sea la de producir por sí solo tal efecto, sin requerir la concurrencia de la voluntad concorde del beneficiario del mismo, en cuyo caso pasaríamos a hablar de negocio de génesis bilateral, esto es, de contrato. En este sentido, la «aceptación» del beneficiario de una hipoteca unilateral, a que el artículo 141 LH hace referencia, no es una aceptación contractual, sino que tiene un significado y una virtualidad completamente distintos. Esa desafortunadamente llamada –por la confusión que ello produce– «aceptación» forma parte del mecanismo legalmente dispuesto en este caso para salir de la situación de incertidumbre que se produce transitoriamente, en tanto que a pesar del carácter netamente beneficioso que para su destinatario tiene el efecto propio del mismo (la hipoteca establecida en su favor), no hay seguridad de que vaya a ser efectivamente querido por éste. Y aunque inusual, si así fuera, su autonomía e independencia deben ser respetadas, por lo que hay que reconocerle la posibilidad de rechazar tal efecto (lo característico de los negocios de génesis unilateral, desde el punto de vista del destinatario de los mismos, es que sustituyen la necesidad de convenir aceptando, propia de los negocios bilaterales-contratuales, por la posibilidad de rechazar). Esto, ahora bien, crea una situación transitoria de incertidumbre o inestabilidad en cuanto al efecto ya producido, para poner término a la cual la LH ha ideado en este caso un mecanismo consistente en permitir al propietario de la finca gravada requerir al favorecido con la hipoteca para que, en el plazo de dos meses a contar desde que ese requerimiento se realice, se pronuncie al respecto, sea en un sentido –«aceptando», esto es, consolidando definitivamente en su patrimonio la hipoteca que ya tenía– o en otro –rechazándola retroactivamente–. De forma que si no lo hace, el dueño de la finca gravada puede entonces pedir al Registro la cancelación de la hipoteca, sin necesidad de contar con el consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó [sobre esta concreta figura puede verse nuestro trabajo *La hipoteca de constitución unilateral*, ADC. t. XLVII, fasc. IV, octubre-diciembre 1994, pp. 85 ss; más ampliamente

te sobre los negocios de génesis unilateral, nuestro libro *Promesas unilaterales y donaciones (La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español)*, Madrid-Barcelona 1998].

b) Dicho lo anterior pasemos ya pues, sin más preámbulos, a considerar la valoración que el TS hace de las circunstancias del presente caso que son relevantes desde esta perspectiva. Y la pregunta es: cuando la hipoteca se constituye/inscribe –el 8 de octubre de 1992– ¿eran los hipotecantes todavía propietarios del solar, o ya no? Dicho a la inversa: ¿tenían ya los compradores, en ese preciso momento, la propiedad de los pisos, o todavía sólo un derecho de crédito? Esta cuestión exige dilucidar si las operaciones de compraventa de pisos a que en el caso se hace referencia estaban todavía en fase obligacional, o si ya se habían consumado mediante la tradición. Más concretamente, lo que se trata es de calibrar si en el caso había habido *traditio* o no. Para lo cual es menester atender a las dos consideraciones siguientes.

– La primera atiende a la actitud o la postura del TS en la sentencia comentada, dando por sentado que efectivamente había habido *traditio*, y además antes de la inscripción registral de la hipoteca, con una afirmación rotunda pero poco o nada fundamentada. Pues en la sentencia no se nos dice qué tipo de *traditio* había habido, ni cuándo se había producido exactamente, ni se nos dan los datos concretos de los que sea posible extraer tales conclusiones. Y siendo éste el elemento clave en este argumento, parece necesario que así se hubiera hecho. Tal como se resuelve en la sentencia, la cuestión resulta susceptible de duda fundada.

Pero no queremos limitarnos a la crítica. Vamos por ello a ir más allá, tratando de hipotizar cómo pudo haber sido. Y la pregunta entonces es: ¿*traditio* material o *traditio* instrumental?

¿Es posible la *traditio* material antes de haberse llevado al Registro la declaración de obra nueva y el título constitutivo de la propiedad horizontal sobre el edificio de pisos construido (éstos se presentan simultáneamente con la escritura de constitución unilateral de hipoteca)? ¿Se habían obtenido, antes de esa tradición, las cédulas de habitabilidad de las viviendas (la sentencia no lo precisa)? ¿Es posible la *traditio* material, si no se han obtenido todavía esas cédulas? A todas estas cuestiones hay que responder en principio en sentido afirmativo. Pues la ley dice que «se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador» (art. 1462.1 CC), y que «la posesión se adquiere... por el hecho de quedar (los bienes adquiridos) sujetos a la acción de nuestra voluntad...» (art. 438 CC). Y la jurisprudencia ha resuelto en ocasiones –v.g., STS. 10 de mayo de 1994– que si el comprador ordena cambios en el piso mientras éste se está construyendo (antes, por tanto, de obtenerse la cédula de habitabilidad, y antes también, seguramente, de haberse hecho la declaración de obra nueva y de haberse otorgado título constitutivo de propiedad horizontal), éso se puede valorar como reflejo de que el bien está ya sometido a la acción de su voluntad (esto puede valorarse también como un caso de *constitutum possessorium*). En el caso, ahora bien, no se nos refiere ningún hecho en que apoyarnos en este sentido. Por lo cual, aun siendo teóricamente posible apreciar *traditio* por esas vías, como hemos dicho, a falta de tales datos creemos sin embargo que aquélla no puede presumirse, pues la regla de principio y la práctica común es la entrega material de los pisos una vez terminados, inscritos en el Registro con sometimiento al régimen de propiedad horizontal, y con las cédulas de habitabilidad ya obtenidas.

También podría ser un supuesto de *traditio* instrumental (art. 1462.2 CC). Las circunstancias del caso no lo impiden. Pero, ¿ha habido de hecho en el caso, y antes de acceder al Registro la declaración de obra nueva, el título constitutivo de la propiedad horizontal y la escritura de hipoteca (todos ellos, repetimos, se producen simultáneamente), escritura pública en la que se recoja el contrato de compraventa? Nada se nos dice en la sentencia a este respecto, lo que ciertamente sería sorprendente si la hubiera habido, por la trascendencia que ya hemos dicho que tiene esto en el caso. De tal modo que debemos concluir afirmando, en una línea semejante a la antes dicha, que aun siendo posible aquí también esta modalidad traditoria, no cabe sin embargo presumirla o darla por supuesta sin más.

– La segunda consideración que hay aquí que tener en cuenta es que, según nos dice la propia STS, los vendedores fueron condenados por la Audiencia, en el procedimiento abreviado correspondiente, por un delito de estafa a los compradores. En la sentencia que resolvió ese proceso, es verdad, entre otras cosas se afirmaba como hecho probado que los acusados (los hipotecantes-constructores-vendedores) vendieron los pisos «antes de que la hipoteca fuera legalmente constituida». Pero, ¿qué valor hay que dar a esa afirmación hecha en un proceso penal? ¿Debe entenderse estricta y literalmente? Nótese que, según decía el artículo 531 del Código Penal a la sazón vigente, en este caso la estafa podía ser: o por haber el vendedor enajenado o gravado el bien (los pisos) fingiéndose dueño del mismo sin serlo (párrafo 1.º), o por haberlo enajenado como libre sabiendo que estaba gravado, o por haberlo gravado después de enajenado (párrafo 2.º). Pues bien, la hipótesis del párrafo primero no encaja en nuestro caso, ya que se condena a los vendedores por estafa a los compradores (que son efectivamente los que ejercitan la acción penal), siendo así que aunque al tiempo de la venta la finca estuviera ya hipotecada, los vendedores seguirían siendo propietarios, y podrían por tanto vender los pisos que habían construido sobre ella. La que cuadra al caso es la segunda hipótesis. Pero entonces hay que tomar como hecho firme justo el contrario al planteado o declarado por la Audiencia: que la hipoteca sí existía ya cuando se produjo la venta, o que vino a existir (cuando la escritura accedió al Registro: recuérdese que el Tribunal procede sobre la premisa de una inscripción constitutiva) antes de que la venta se consumara mediante la tradición. Pues si no hubiera existido la hipoteca en ese tiempo, los estafados no habrían sido entonces los compradores de pisos sino el banco, ya que la hipoteca en su favor se habría constituido en un momento en que los hipotecantes no eran ya dueños del solar que se gravaba (supuesto del artículo 531.1 C. Penal de entonces). Y esto no se ha planteado nunca.

Las dos consideraciones hechas nos parece que son suficientemente sólidas como para poder cuestionar la afirmación del TS, de que cuando la hipoteca se constituye (se inscribe) ya había habido tradición de los pisos vendidos, y por tanto que los hipotecantes no eran ya dueños y no podían por consecuencia establecer válidamente el gravamen, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1857.2 CC y 138 LH.

IV

El segundo argumento del TS –que, sobre la base de no ser los hipotecantes propietarios de la finca gravada cuando la hipoteca se inscribe, el banco

no puede aducir en su auxilio el principio de fe pública registral, no obstante haber inscrito su derecho (la hipoteca) antes de que los compradores de los pisos hayan inscrito los suyos, pues no cumple los requisitos que para ello se fijan en el artículo 34 LH, en concreto porque no es un adquirente de buena fe— no es tampoco evidente e indiscutible, sino que por el contrario resulta susceptible de objeciones como las que le vamos a plantear aquí.

Antes, sin embargo, nos parece que es oportuno plantear las dos reflexiones siguientes.

La primera atañe al momento temporal en que la buena fe del adquirente ha de existir. ¿Cuál es éste? En el caso, hay que decir que la buena fe del banco no tiene que llegar hasta el momento de la «aceptación» por su parte de esa hipoteca, mucho menos hasta el acceso de la misma al Registro. Pues al tratarse de una hipoteca de constitución unilateral, la llamada «aceptación» no es tal, en el sentido de que no es aceptación de una oferta contractual ni forma parte del negocio constitutivo de hipoteca, que sería entonces bilateral (contractual). Esa «aceptación» en escritura pública, y su posterior inscripción en el Registro, ya se dijo antes que son sólo para eliminar la posibilidad de cancelación que la ley concede al hipotecante, si en el plazo de los dos meses siguientes al requerimiento que haga al acreedor para que se manifieste al respecto, éste no lo hace; pero si tal requerimiento (y subsiguiente cancelación) no tiene lugar, es perfectamente posible que esa «aceptación» no llegue nunca a producirse, sin que ello impida al acreedor hipotecario, llegado el momento, ejecutar directamente la hipoteca. La buena o mala fe del banco, por tanto, ha de calificarse en el preciso momento en que se produce la adquisición por su parte de esa hipoteca. Y en el caso, esa adquisición se produce desde que se otorga el negocio unilateral de hipoteca, o, si se opta por la tesis de la inscripción registral constitutiva, desde que el mismo accede al Registro. Pues desde entonces el sujeto beneficiario de la misma ya la tiene, aunque transitoriamente sea de forma inestable o no firme, por la posibilidad de que no la quiera y la rechace o de que se cancele a instancia del hipotecante que ejercite el expediente antes dicho sin respuesta del acreedor. Pero en tanto eso no ocurra —en cuyo caso se deshará retroactivamente—, hay que entender producida de algún modo, y desde el principio, la adquisición por parte del beneficiario. Es la singularidad de esta hipoteca, precisamente porque es de constitución unilateral.

La segunda reflexión, formulada en un plano más general, versa sobre el principio, o idea, propio de nuestro ordenamiento jurídico actual, de protección de los terceros. ¿Cómo se articularía, en este caso, esa protección? El TS, sin plantearse siquiera una duda al respecto, procede sobre la base del artículo 34 LH. Este precepto constituye hoy, sin duda ninguna, el paradigma en este sentido. Pero no es el único en que tal principio se recoge y refleja, sino que existen también otros a tener en cuenta, en particular —por lo que aquí nos interesa— el artículo 32 LH. Esta precisión puede ser importante, pues aunque ambos preceptos responden a una misma idea, los requisitos concretos para la aplicación de uno u otro no son exactamente los mismos. ¿Cómo se articula entonces esa posible protección al tercero, en el caso concreto de la sentencia que comentamos? ¿A través de qué precepto?

El TS hemos dicho ya que procede, sin dudar, por la vía del artículo 34 LH. También nosotros creemos que puede hacerse así, pero esto no obstante nos parece que no es inoportuno hacer algunas consideraciones en este sentido. Y la cuestión es: ¿tiene encaje, el caso de la sentencia que comentamos, en el supuesto del artículo 34 LH? La hipoteca que está en la base del pleito,

ciertamente, ha sido constituida por quien en el Registro aparece publicado como titular de la finca gravada, aunque no lo sea –damos esto ahora por supuesto, a efectos dialécticos–, y ha sido además inscrita en el Registro, que son dos de los requisitos que para la aplicación del artículo 34 LH se exigen. Pero, aun dejando ahora de lado el requisito de la buena fe –el único al que el TS atiende, y que luego consideraremos nosotros también con detenimiento–, quedan todavía otros requisitos por considerar. En concreto: ¿hay, en el caso, una adquisición subsumible en el supuesto del artículo 34 L.H? ¿Y adquisición a título oneroso?

Por cuanto hace a la primera pregunta hemos de decir, que en el pensamiento de los redactores del artículo 34 LH esa adquisición era sin duda una adquisición operada por vía de negocio bilateral entre el transmitente y el adquirente, esto es, por vía de contrato. Esta misma sigue siendo hoy la opinión doctrinal general, que responde además a la realidad estadística de los casos. Pero sin perjuicio de ello, lo dicho pensamos que no excluye totalmente la posibilidad de que ese mismo precepto opere en casos de adquisición por vía de negocio jurídico unilateral. A fin de cuentas, repárese en que el artículo 34 LH se refiere hoy, literalmente, al «tercero que... adquiriera... algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo...». Lo determinante es, pues, el resultado –la adquisición operada–, no la vía seguida para ello. Y en el caso de la hipoteca del artículo 141 LH, ya hemos dicho que el negocio unilateral del dueño de la finca gravada determina –al igual que todos los negocios de génesis unilateral, sean dispositivos u obligacionales– no sólo la constitución de la hipoteca, sino también su atribución/adquisición (según se mire) a/por su destinatario, pues tal derecho no queda vagando sin titular, a la espera de ser recibido por su destinatario. Aunque se trate momentáneamente de una adquisición no firme sino inestable, pues no se sabe si el destinatario beneficiado con ella lo va a querer efectivamente (lo normal es que así sea, dado su carácter netamente beneficioso) o lo va a rechazar retroactivamente, la conexión subjetiva con su destinatario se produce desde el primer momento. Por tanto, hay que entender que estos supuestos encajan también en el artículo 34 LH. Y en todo caso, si se piensa que la prevalencia del tercero adquirente sobre el verdadero titular extra-registral es una opción de política legislativa demasiado importante y trascendente para otorgarse a quien todavía no ha adquirido de forma estable y definitiva, no hay problema, pues este resultado se produce tan pronto como el beneficiario manifiesta de algún modo su asentimiento o anuencia en este sentido (la «aceptación» de que habla el artículo 141 LH, que ya hemos dicho que no es aceptación contractual). Lo que puede ser de forma explícita, haciéndola constar en el Registro, pero también de forma implícita, v.gr., como ocurre en el caso de la sentencia comentada, personándose y oponiéndose en el proceso incoado para pedir la nulidad de esa hipoteca (aunque entonces será raro que no manifieste explícitamente su anuencia y la haga constar en el Registro, como efectivamente ocurre en el caso).

Dicho lo cual, hemos de atender entonces al requisito de onerosidad que también se pide para que opere la fe pública registral. Esto es lógico, pues la razón de ser que subyace a este principio es la de proteger a la persona que actúa confiando en los datos relativos al dominio o a los derechos reales que el Registro publica, de tal modo que si éstos resultan luego falsos o inexactos, tales circunstancias no puedan oponerse al adquirente, en beneficio del cual lo publicado se tomará como si fuera cierto; y este esfuerzo, que el O. J. despliega a favor de ese tercero adquirente, demanda que esa confianza se haya

traducido en una adquisición por su parte realizada a título oneroso, pues la protección del adquirente a título gratuito no la demanda el tráfico. Ahora bien, esto dicho tenemos entonces que en el caso de la hipoteca unilateral podría pensarse que no existe tal confianza por parte del acreedor favorecido con ella que deba ser protegida, ya que éste no interviene en la constitución de esa hipoteca, permaneciendo ajeno al negocio. Se trata sin embargo, creemos, de una apreciación válida sólo a primera vista, pero que considerada con mayor detenimiento resulta discutible desde un punto de vista teórico, e inadecuada desde un punto de vista práctico. Considérese el supuesto —particularmente frecuente en este tipo de hipotecas, y que precisamente parece ser el caso de la sentencia que comentamos— de quien esperando obtener un crédito (en el caso, los constructores) comienza constituyendo hipoteca sobre una finca que en el Registro figura inscrita a su nombre y con facultades para poder disponer de ella, para así inclinar favorablemente en ese sentido el ánimo de aquel de quien espera conseguir el crédito (en el caso, el banco). Si éste, a la vista de aquélla, resuelve concederlo, ¿es sostenible entender que no actuó confiando en lo que el Registro publicaba? Una respuesta negativa, en términos absolutos al menos, no es posible. Es preciso pues, aquí también, contar con la posibilidad de que exista una confianza por parte del beneficiario de esa hipoteca en lo que el Registro publicaba, y en que esa confianza le haya podido mover a actuar en consecuencia. ¿Debe esa confianza ser protegida? La respuesta, al igual que si la constitución se hubiera hecho por medio de contrato, exige distinguir en función del carácter oneroso o gratuito de la operación. Llegamos así a la siguiente cuestión: ¿es posible hablar de onerosidad, en sede de hipoteca unilateral? A primera vista, el hecho —inherente a esta modalidad de constitución de hipoteca, así como a todos los negocios de génesis unilateral— de que en ella no haya en rigor sacrificio por parte del favorecido que «compense» el beneficio por él obtenido, puede hacer pensar que nos encontramos siempre ante un negocio de carácter gratuito. Esta conclusión entendemos sin embargo nosotros que, formulada en tales términos absolutos, no es acertada. Así lo sostuvimos hace ya algunos años (en *La hipoteca de constitución unilateral* antes cit., pp. 136 ss), y así lo seguimos haciendo. Pues para la determinación del carácter oneroso o gratuito de estas hipotecas entendemos que es preciso proceder con mirada amplia, que abarque al complejo que en este sentido forman la hipoteca y la obligación garantizada (piénsese además que onerosidad y sinalagma no son términos que vayan unidos siempre y necesariamente). Y así, cuando, como ocurre en el caso de la sentencia comentada, la hipoteca es elemento determinante de la concesión del crédito, en atención a la cual se otorga, no puede aquélla en modo alguno calificarse como gratuita. En estos casos la concesión del crédito es claro que aparece económicamente conectada a la constitución de hipoteca a favor del que lo concede: la confianza de éste en ello es determinante de su actuación, hasta tal punto que es más que razonable pensar que el crédito no se habría concedido si el prestamista no hubiera contado con esa hipoteca. En estos casos, por tanto, es necesario examinar el supuesto atendiendo no sólo al concreto negocio hipotecario sino al complejo formado por tal hipoteca y por la obligación garantizada. Pues en realidad nos encontramos ante una operación económica unitaria, aunque por las razones que sean se articule a través de dos negocios distintos y formalmente independientes (de hipoteca y de crédito). A la vista de lo cual, nos parece incuestionable poder hablar de onerosidad en este caso.

Por todo lo dicho, y dejando aparte el tema de la buena o mala fe del tercero adquirente, creemos poder concluir afirmando en este momento la aplicabilidad del artículo 34 LH al presente caso. Pero sin perjuicio de ello, y por si las razones dadas para sostener el encaje del caso en el supuesto del artículo 34 LH no convencen enteramente –sobre todo por la dificultad derivada del hecho de que el otorgamiento del negocio hipotecario en escritura pública, aun siendo seguramente anterior y conocido por el banco, por las razones que sean no accede al Registro hasta después de concedido el crédito, lo cual dificulta quizá apreciar la confianza en el Registro que el principio de fe pública registral pide–, podemos apuntar además que, en el caso, se podría llegar a una solución semejante por una vía distinta. Esta otra vía es la del artículo 32 LH, en el que, frente al principio hipotecario de fe pública registral que se recoge en el artículo 34 de esa Ley, se consagra el principio hipotecario de inoponibilidad de lo no inscrito. «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad –dice este art. 32 LH–, no perjudican a tercero». Precepto que aunque puede pensarse –así lo hacen los partidarios de la tesis monista– que no es sino otra perspectiva de la misma norma recogida en el artículo 34, realmente no es así (sobre esto vid. A. Gordillo Cañas: *¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid 2003, t. III, pp. 99-135), sino que hay diferencias entre ellos. Pues en el artículo 32 LH el supuesto se enfoca principalmente, no desde la perspectiva del adquirente sino de quienes pudiendo inscribir su derecho, para así proporcionarle oponibilidad *erga omnes*, no lo hacen, sancionándoles por su descuido o negligencia. Y este ha sido, sin lugar a duda, el caso de los compradores de los pisos. Frente a ellos, entonces, el banco es un tercero, puesto que ha adquirido un derecho real inmobiliario (la hipoteca) que además se ha inscrito en el Registro. Por lo que el título de dominio de los compradores, aun suponiendo ahora, a efectos dialécticos, que lo tuvieran, no podría serle opuesto y perjudicarle. Nótese además que el artículo 32 LH, para que se produzca tal consecuencia –la inoponibilidad de lo no inscrito–, no exige –al menos explícitamente, y la doctrina está dividida en este punto– que la adquisición del tercero sea onerosa. Lo cual, sin perjuicio de lo antes dicho sobre la posibilidad de apreciar onerosidad en el supuesto de la sentencia comentada, es en todo caso un argumento más a favor de poder aplicar en el caso la protección a terceros. El caso de la sentencia comentada encaja plenamente por tanto, al menos en principio, en la norma del artículo 32 LH. El único requisito que queda entonces por ponderar –aunque la letra del art. 32 LH no lo señala explícitamente, hay coincidencia absoluta, doctrinal y jurisprudencial, en ello– es, al igual que en relación con el artículo 34 LH, el de la buena fe.

Dicho lo cual, pasamos entonces ya a considerar los datos en que el TS se basa para negar en este caso la existencia de buena fe.

a) En primer lugar están «las irregularidades que la entidad bancaria cometió en el cumplimiento de la escritura unilateral de hipoteca...», ya que en ésta «se consignó, como una característica del crédito (que el banco concediera a los entonces propietarios del solar, luego constructores y vendedores de los pisos en cuestión), que en el plazo de seis meses a contar desde el día del otorgamiento de la escritura de hipoteca... tendría que haberse entregado al banco la primera copia de la escritura de hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, acompañada de una certificación del

Registro en la que se acreditara la libertad de gravámenes y cargas, la inexistencia de limitaciones de dominio y de condiciones resolutorias y rescisorias, y que no apareciera limitada la capacidad de disposición de los bienes hipotecados. Estas condiciones –dice el TS– no se cumplieron por los acreditados, y en la fecha en que se inscribieron las fincas hipotecadas a favor de don Pascual B.Ch. y doña M.^a del Carmen G.T., así como la escritura de constitución de hipoteca, dichos señores habían dispuesto ya de la totalidad del crédito, sin cumplir ni siquiera con las condiciones establecidas en la escritura de constitución de la hipoteca, puesto que las entregas se realizaron sobre la totalidad de las certificaciones de obra expedidas y no quedó retenido el treinta por ciento del crédito para el momento en que se obtuviera la cédula de habitabilidad de las viviendas hipotecadas. El banco pues, permitió (a los hipotecantes) disponer de la totalidad del crédito concedido pese a que para disponer del último treinta por ciento era necesario acreditar la venta de las viviendas con los correspondientes contratos de compraventa». A esto, ahora bien, hay que decir lo siguiente.

Por un lado –cuestión ésta menos trascendente–, que incurre el TS en cierta confusión cuando habla de irregularidades del banco en el cumplimiento de la escritura unilateral de hipoteca. Pues al ser constituida esa hipoteca mediante negocio jurídico unilateral de los hipotecantes, resulta entonces que ni en ese negocio ni en la escritura en que el mismo se recoge interviene el banco en cuyo favor se establece aquélla, por lo que ahí no puede contenerse el contrato de crédito entre los constructores y el banco, que es un negocio autónomo e independiente, al menos desde el punto de vista formal. Tal unión existe cuando el préstamo o el crédito se garantizan con hipoteca de génesis bilateral, contractual, pues entonces en la celebración de tales dos negocios –crédito e hipoteca– intervienen ambas partes, con voluntades integrantes, las dos, de esos negocios, que por consecuencia se otorgan normalmente en un mismo acto y se recogen en una misma escritura. Pero no cuando se trata de una hipoteca unilateral, en cuyo caso por un lado se celebra el contrato de préstamo o de crédito (negocios jurídicos bilaterales), y por otro el negocio unilateral de constitución de la hipoteca con la que se quiere garantizar aquél. Por tanto, las dichas «irregularidades» a que el TS alude hay que entender que se predicán propiamente del contrato de crédito, o de los concretos términos en que el mismo había sido concertado, no del negocio unilateral de constitución de hipoteca ni de la escritura en que éste se recoge.

Pero además –aspecto éste el más importante–, esas irregularidades hay que decir que, aun siendo ciertas, no pasan de ser más que un incumplimiento por parte de los constructores acreditados luego hipotecantes, o una inexigencia por parte del banco acreditante a sus acreditados, de una serie de prestaciones o estipulaciones accesorias establecidas con finalidad precautoria a favor de aquél, en el contrato que dio origen al crédito garantido. Esas irregularidades se refieren sólo a la relación crediticia existente entre el banco y los acreditados, de eficacia meramente relativa o *inter partes*, y por tanto sin repercusión ninguna a terceros. Por lo cual no son en absoluto relevantes en orden a negar la buena fe del banco, cuando de lo que se trata es de aplicar o no a éste la protección que el principio de fe pública registral dispensa a quien adquiere un derecho (el banco) de quien en el Registro aparece como titular legítimado para ello (los hipotecantes-vendedores), frente a la reclamación de los pretendidos verdaderos titulares (los compradores). Es más, esas «irregularidades» podrían incluso justificarse predicando del

banco, al igual que el TS hace con los compradores (aunque en el caso del banco –un profesional del crédito– esto no sea tan fácil), una confianza tal en los hipotecantes, que le llevó a relajar la exigencia de tales cautelas.

b) En segundo lugar, nos parece excesivo extraer prueba de mala fe, como hace el TS, del hecho de que algunos compradores de los pisos ingresaran parte del precio –¿tal vez las entregas anticipadas que se suelen hacer a cuenta, en el tiempo que media desde el contrato privado hasta la firma de la escritura? (aunque en el FD 1.º se nos dice que ha habido pago del precio total)– en una cuenta corriente a nombre de uno de los vendedores (don Pascual B. Ch.) abierta en el mismo banco. No se nos dice más. ¿Es suficiente esto para llegar a la conclusión dicha? Adviértase que no sabemos si esa cuenta estaba abierta en la misma oficina en que los vendedores gestionaron en su día el crédito a su favor que garantizaron con la hipoteca unilateral o en otra, ni si los vendedores tenían en ese banco o en esa oficina una sola o varias cuentas, ni si al hacerse esos ingresos se especificó el concepto en que se hacían. Pero, con ser importantes esos reparos, no son ellos en todo caso lo principal, sino si el hecho que está en el origen –el ingreso en la cuenta corriente de uno de los vendedores–, en sí mismo considerado, puede o no valorarse como conocimiento efectivo en este sentido por parte del banco, considerado ahora como beneficiario de una hipoteca unilateral constituida en su día en su favor para garantizar un crédito concedido por él. Pues bien, a nuestro entender, del hecho señalado no es posible extraer, sin más, esa consecuencia. Nótese que ese ingreso pudo haber sido sólo un apunte contable informático. Y que cuando los compradores hicieron los ingresos antes referidos, es posible que no especificaran el concepto en que lo hacían: recuérdese que según nos dice la sentencia que comentamos, tanta era la confianza de los compradores en los vendedores que «llegaron... a abonar el importe sin exigir documento alguno» (FD 3.º). Pero incluso si hubiera sido así, y además algún empleado del banco hubiera visto *de facto* esos ingresos, es más que posible que éste no fuera el encargado de la gestión de hipotecas, y que no se lo hubiera comentado a quien correspondiera (repárese además que pudo pensar que la compra se había hecho con retención o descuento del importe de la hipoteca –art. 118 LH–: el concepto que se señala en el ingreso en cuenta no da para más). Para llegar a la conclusión que el TS sostiene es necesario por tanto, a nuestro juicio, que el concreto y preciso empleado del banco encargado de las hipotecas haya tenido conocimiento de esos ingresos, y sobre todo del concepto en que se han hecho. Esto nos parece algo forzoso cuando de personas jurídicas se trata, cuya gestión se realiza a través de una pluralidad de sujetos individuales. Y ese preciso conocimiento entendemos que, al menos solamente por lo dicho en la sentencia, no se puede colegir. Esta es además una conclusión lógica: si el banco –el empleado a quien corresponde, no uno cualquiera de los muchos que en él trabajan– hubiera tenido conocimiento efectivo de esas operaciones de compra de pisos y de la conexión de éstos con la finca en su día hipotecada a su favor aunque todavía no inscrita, ¿tendría sentido que no hubiera puesto en conocimiento de los compradores la hipoteca que sobre la finca tenía o creía tener, ni hubiera exigido de inmediato, tan pronto como supiera de la primera de esas operaciones, la inscripción de la hipoteca en el Registro, habida cuenta del perjuicio que ello le podía suponer, si los compradores inscribían antes su adquisición en el Registro? Esto sólo cabe imaginarlo si el banco actuara en connivencia con los vendedores para estafar a los compradores, manteniéndolos engañados mediante el silencio o la ocultación de la hipoteca en los tratos que entre

ellos hubiera con motivo de la relación bancaria que con esos sujetos tenía, y mediante la no inscripción de la misma hasta que tales operaciones de compra se hubieran realizado pero antes de que accedieran al Registro. Pero esto no se ha probado, ni siquiera se ha alegado nunca.

Y tampoco nos parece que se pueda llegar a tal conclusión en base a la operación de financiación que don Dionisio P. B. gestiona con Banesto para pago de parte del precio del piso, entre cuyos trámites se encuentra una declaración de bienes que presenta al banco el día 7 de septiembre de 1992, consignando en ella el piso comprado al señor B. Ch. y la parte pendiente de pago de aquél. Al TS este hecho le parece definitivo, en orden a excluir la buena fe del banco en este sentido. A nuestro juicio, sin embargo, eso no es suficiente sino que hay que precisar más, en una línea semejante a la que acabamos de apuntar. ¿Qué empleado tuvo a su cargo la operación de financiación solicitada por don Dionisio P. B.? ¿Puede o debe él saber que el banco tiene pendiente de inscribir una hipoteca sobre la finca en que se ha construido el piso para cuya compra don Dionisio P. B. —un tercero con respecto al crédito hipotecario, en definitiva— pide financiación? Si ese empleado no es el que se encargó en su día del crédito hipotecario a los vendedores, ni es el que está hoy encargado de gestionar las hipotecas establecidas a favor del banco (en los dos años transcurridos las personas pueden haber cambiado), creemos que hay que aplicar entonces las mismas consideraciones hechas antes, que permiten excluir tal conocimiento efectivo por parte del banco.

c) Finalmente están las siguientes consideraciones, elaboradas a partir de la valoración que sobre la base de lo dicho hace el TS de la conducta del banco: «su conducta... —dice—, incurso desde luego en grave negligencia, que por tener todos los instrumentos de control en sus manos raya en el dolo, no puede tutelarse, invocando una buena fe inexistente» (FD 3.º). Esto plantea las siguientes cuestiones: ¿qué trascendencia tiene esa negligencia del banco, que además se califica como grave? ¿Fuerza a excluir, como hace el TS, la buena fe del banco? ¿En qué consiste el dolo que el TS apunta? ¿Cuál es la buena fe que la ley exige en este ámbito? Son, éstas, cuestiones varias que es conveniente separar.

Así, por cuanto hace al dolo que el TS apunta, creemos que es necesario precisar los conceptos que en la sentencia se emplean, para determinar qué sea ése exactamente. Antes, sin embargo, indicaremos qué debe aquí entenderse por buena fe. Y decimos: la buena fe que se establece como uno de los requisitos necesarios para gozar de la protección de la fe pública registral, es la creencia por parte del adquirente de que quien en el Registro aparece como titular y le transmite el derecho (en nuestro caso, la hipoteca), lo es y está legitimado para transmitirlo, aunque realmente no sea así. O dicho a la inversa —por emplar los términos literales del artículo 34.2 LH—: es el desconocimiento por su parte de la inexactitud del Registro en ese sentido. A tenor de lo cual, es adquirente de mala fe aquel que adquiere de quien en el Registro aparece publicado como titular y legitimado para transmitir, pero conociendo que la titularidad real del bien o derecho en cuestión no corresponde a él sino a otra persona, o en todo caso que no está legitimado para transmitirlo.

Y una vez dicho esto, nos planteamos: ¿qué es entonces ese dolo a que el TS hace alusión, referido al banco? Podría quizá entenderse como una noción más grave, como un plus sobre lo que se ha dicho que significa la mala fe. Pero, ¿en qué puede consistir ese plus? Sólo cabría imaginar en añadir, al conocimiento a secas de la discordancia entre Registro y realidad, la intención por parte del banco de dañar a alguien (los compradores) en prove-

cho propio o ajeno. Pero esto supone situar al banco en el terreno penal, por participación de algún modo –encubrimiento, cooperación necesaria, coautoría...– en la estafa. Y como ya se dijo antes, en el caso nunca se ha planteado esto. A la vista de lo cual hay que concluir que «dolo», en el decir del TS, es término que se usa en contraposición a «negligencia», significando por tanto lo que en la terminología hipotecaria habitual se denomina simplemente «mala fe» del tercero adquirente.

Esto, se llame como se quiera, ciertamente excluye la aplicación del principio de fe pública registral. Pero, ¿merece el banco tal calificación? Las consideraciones hechas en las páginas anteriores creemos que permiten cuando menos cuestionar el sentido en que el TS resuelve este punto. Pues la buena fe se ha de presumir siempre, ya que es principio general del ordenamiento jurídico y viene además explícitamente proclamada en el artículo 34.2 LH, en tanto que no se demuestre cumplidamente lo contrario. Y los hechos en que el TS se basa para considerar destruida esa presunción, como hemos visto, no son ni mucho menos tan evidentes e inequívocos como se nos quieren presentar.

Por cuanto hace a la actuación del banco, por no exigir en su día la inmediata inscripción en el Registro de la hipoteca constituida en su favor, hay que convenir sin duda en que el juicio de la misma como descuidada o negligente es correcto. Pero, ¿lleva esto a la conclusión que se pretende, de excluir la buena fe del banco y, por consecuencia, de impedirle gozar de la protección que el principio de fe pública registral dispensa? El TS entiende que sí, pareciendo que a su juicio, cuando es como la que el banco ha cometido en el caso, la negligencia debe asimilarse y recibir el mismo tratamiento que si lo que hubiera habido fuera mala fe, en el sentido dicho. *Culpa lata dolo aequiparatur*, que decían los clásicos. Ahora bien, ¿son esa equiparación y esa conclusión correctos en este caso? Creemos que no. Pues esa negligencia no suponía perjuicio jurídico en sentido estricto para terceros, sino que el perjudicado por tal comportamiento era el mismo banco, por el peligro de pérdida de la hipoteca que ello conllevaba, si los compradores de los pisos hubieran inscrito su adquisición. Nada menos, pero tampoco más. Por tanto, la exclusión de la protección que el artículo 34 LH dispensa en principio al adquirente de la hipoteca (el banco) creemos que sólo puede venir determinada por la prueba de mala fe de éste en el sentido dicho de conocimiento efectivo de que la finca sobre la que se había impuesto la hipoteca, a pesar de figurar registralmente a nombre de los hipotecantes, realmente no era ya de su propiedad cuando la hipoteca se constituyó/inscribió, sino de quienes habían comprado pisos construidos sobre ella. Para lo cual, los únicos datos a tener en cuenta son los antes indicados, cuya valoración, como también se ha dicho, no nos parece suficiente para excluir en el caso la buena fe del tercero adquirente (el banco).

V

Ninguno de los argumentos vistos es por tanto pilar suficiente para sustentar la solución a que el TS quiere llegar en este caso. Solución ésta que a su vez trae aparejadas derivaciones ulteriores concretas, que no se hacen esperar, y que sin embargo no resultan atendibles.

Nótese así que, del proceso penal promovido en su día por los compradores contra los vendedores, éstos saldrían no sólo condenados a la pena de

prisión establecida –arts. 528 ss C.Penal entonces vigente– sino además a subvenir la responsabilidad civil correspondiente. Pues la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar también los daños y perjuicios por él causados. «Toda persona responsable criminalmente de un delito... –decía el entonces artículo 19 C.Pen.– lo es también civilmente». Y esa responsabilidad civil comprende (arts. 101 ss C.Pen. de entonces; hoy igual: arts. 109 ss CP actual):

a) La restitución del mismo bien, siempre que sea posible. Esto no procede sin embargo cuando un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable.

b) La reparación del daño causado, que el Juez o Tribunal establecía atendiendo fundamentalmente al precio de la cosa, esto es, en el supuesto de la sentencia, al importe de la hipoteca (suponemos aquí, aunque la sentencia no lo aclare, que esa hipoteca no grava sólo el suelo, sino que habrá habido pacto en el sentido de extenderla al edificio o a los pisos que sobre él se han construido –art. 110.1.º LH–).

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados, tanto de índole material como moral, que igualmente fijarían los jueces.

A la vista de lo cual, si en el caso damos por buenos los resultados de los procesos penal y civil y los combinamos, tenemos entonces que los compradores se quedan con la propiedad de los pisos sin cargas de hipoteca ningunas, en detrimento del banco, que lo único que puede hacer entonces es reclamar personalmente contra los constructores (y no por estafa, porque por tal concepto ya hay sentencia firme estableciendo que los estafados son los compradores de los pisos, no cabiendo simultanear dos casos en este mismo sentido). Aparte, suponemos aquí que los compradores de los pisos no han recibido además, a resultas del proceso penal, sumas de dinero en concepto de reparación e indemnización de daños y perjuicios, pues si así fuera habría entonces ahí, claramente, un enriquecimiento injustificado por su parte.

Se trata, en todo caso, de una solución desafortunada e inadecuada. Y es que en este tipo de conflictos es muy común tender a resolver a favor de la parte económicamente más débil y vitalmente más necesitada, que aquí son sin duda los compradores de viviendas. Pero esto no siempre resulta válido, pues los intereses de la otra parte también pueden ser legítimos, y han de ser respetados. Creemos que en el caso el TS se ha dejado llevar por la inclinación cordial dicha. De modo que la crítica a esta sentencia no viene tanto por consideraciones dogmáticas o de erróneo entendimiento de las figuras o de las nociones en juego, sino por no haber valorado de forma estricta y rigurosa –tal vez por proceder sobre la base de una solución predeterminada– los hechos concurrentes.

Ateniéndonos a los cuales, creemos hay que reconocer al banco su derecho de hipoteca. Porque esto no supone problema ninguno, sino todo lo contrario. Pues aquí los compradores serían propietarios de los pisos, aunque con una propiedad gravada por aquella hipoteca, cuya carga es el daño que los vendedores condenados por estafa habrían de repararles abonándoles el importe de la misma, además de indemnizarles los perjuicios que por esto les hubieran causado. Se llegaría así a una solución más correcta, ya que supone una adecuada composición de los intereses en presencia, sin inclinar innecesaria e injustificadamente la balanza a favor de un lado y en contra de otro.

¿Complejidad o perplejidad?

El Derecho civil en la Sala 3.^a del Tribunal Supremo.
(Comentario a la STS de 6 de octubre de 2004)

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU
Universidad Autónoma de Madrid

La denegación de una solicitud de protección diplomática es el punto de partida de la sentencia de 6 de octubre de 2004 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo¹. Ahora bien, buena parte de las cuestiones relevantes que fundamentan la resolución del caso son de Derecho privado, y más en concreto, de Derecho internacional privado. Aunque no es infrecuente que los operadores jurídicos se acerquen con bastante desconfianza e inseguridad a las normas de conflicto, sorprende que esta circunstancia se verifique en el propio Tribunal Supremo. Ciertamente el caso presentaba dificultades, a las que se dedicará la primera parte de esta nota con una presentación de los hechos y de la solución adoptada por el Tribunal Supremo (I). Con estos elementos propondremos la solución que entendemos debería haber alcanzado el alto Tribunal (II). Por último se intentará explicar por qué algunas de las afirmaciones que vierte el Tribunal sobre la determinación del régimen económico de este matrimonio no resultan aceptables (III).

I. INTRODUCCIÓN

Para poder entender las cuestiones jurídicas que plantea el caso es preciso presentar someramente los hechos: Una ciudadana española solicita protección diplomática ante las autoridades españolas tras la actuación de las autoridades guineanas. En concreto su pretensión deriva del hecho de que el gobierno guineano había expropiado unos bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales que esta ciudadana española tenía con su marido, un nacional guineano, en aquel país. La actora consideraba que la expropiación no podía afectar a su parte en dicha comunidad y por lo tanto debía restituirse aquella parte o, al menos, la indemnización compensatoria por equivalencia de dichos bienes. Las autoridades administrativas y judiciales dene-

¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4.^a) de 6 de octubre de 2004 (RJ 2004/7684).

garon la protección diplomática a la demandante invocando distintos argumentos, *v. gr.* la posible existencia de una doble nacionalidad hispano-guineana en la actora, la falta de agotamiento de los recursos internos en Guinea y la falta de acreditación de la naturaleza ganancial de los bienes expropiados. Frente a la sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional, la actora interpone recurso de casación ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que confirma las decisiones anteriores, deteniendo su argumentación en los dos últimos puntos (fundamentos jurídicos quinto y sexto).

Dejando de lado las cuestiones relativas al agotamiento de los recursos en Guinea como presupuesto para la protección diplomática, el análisis se centrará en el fundamento quinto, donde se recogen los motivos de índole civil para rechazar esta protección. El hilo del razonamiento de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo en este punto puede resumirse como sigue: (i) la actora no ha «acreditado» el carácter ganancial de los bienes expropiados, sino que solamente ha «alegado» dicha condición; (ii) tampoco existe prueba registral de tal carácter, porque en el Registro de la propiedad de Boko (Guinea) los inmuebles sólo constan inscritos a nombre de su marido; (iii) la normativa aplicable para determinar cuál es el régimen económico matrimonial cuando el matrimonio presenta un elemento de internacionalidad se recoge en el artículo 9 CC que, en ausencia de nacionalidad común, elección, etc., remite a la ley del lugar de celebración de matrimonio; (iv) esta normativa no resulta aplicable pues al tiempo de contraer matrimonio estaba vigente otra redacción, *i. e.* la de 1974; (v) tampoco esta normativa podía ser aplicada tras haber sido declarada la norma inconstitucional por sentencia 39/2002 del Tribunal Constitucional; (vi) todo «ello no altera la necesaria acreditación del régimen económico matrimonial»; (vii) como la carga de la prueba incumbe a quien alega los hechos, y dado que la actora no pudo probar la ganancialidad de esos bienes, el motivo alegado decae.

II. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Para mejor entender el alcance de las críticas que pueden realizarse a la sentencia aquí analizada, expondremos cuál es el razonamiento correcto que debería haber seguido el Tribunal Supremo en su Sala tercera.

1. La norma de conflicto en vigor al tiempo de la demanda

La determinación del régimen económico matrimonial es una cuestión que, como indica el Tribunal, debe resolverse a la luz de las normas de conflicto del sistema, y en concreto, del artículo 9 CC. Más precisamente, en defecto de pacto alguno realizado por los esposos (supuesto del art. 9.3), la norma que gobierna esta cuestión es el artículo 9.2, conforme al cual, para determinar cuál es el régimen de un matrimonio habrá de consultarse en primer lugar la ley nacional común de los esposos al tiempo de la celebración del matrimonio; si no la hubiere, la que éstos hubieran elegido de entre cuatro posibles, *i. e.* las respectivas leyes nacionales o de la residencia habitual de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio en pacto o capitula-

ción recogida en documento notarial; en defecto de esta elección, la ley de la primera residencia común inmediatamente posterior al matrimonio y, por último, la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Es, pues, elemento previo a la resolución del supuesto determinar qué nacionalidad tienen los cónyuges. Y para estas situaciones el propio Código civil propone una norma de conflicto (art. 9.9) con la que solucionar los supuestos dudosos, como podría ser el caso. Conforme a esta regla, que es de aplicación *a los efectos de este capítulo (i. e., el capítulo IV del Título preliminar, «Normas de Derecho internacional privado»)*, «respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada establecieren, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales [...]». Dado que España no tiene firmado ningún convenio internacional en materia de doble nacionalidad con Guinea, debemos acudir a la segunda regla prevista en el artículo 9.9, *i. e.* al tratarse de un supuesto no previsto por ley o tratado internacional, prevalece la nacionalidad española. En aplicación de estos preceptos, resultaría que los esposos no tenían nacionalidad común al tiempo del matrimonio y por tanto, la remisión sería, en defecto de pacto previo al matrimonio, a la ley del lugar de primera residencia común de los esposos (y no a la del lugar de celebración, como parece sugerir la Sala tercera del Tribunal Supremo), lo que probablemente conduciría al Derecho guineano.

2. La normativa en vigor al tiempo de la celebración del matrimonio

Ahora bien, tratándose de un matrimonio contraído en 1977, resulta imposible aplicar esta normativa siendo lo correcto, como apunta la decisión, que la ley aplicable se determine conforme a la versión del artículo 9 CC en su redacción de 1974. De acuerdo con esta norma, «las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración». Si los esposos hubieran tenido en algún momento nacionalidad común guineana –como parece apuntar la sentencia en alguna ocasión–, entonces la ley aplicable a la determinación del régimen económico habría sido el Derecho guineano. Téngase en cuenta, sin embargo, que en aquel momento también existían reglas particulares en materia de adquisición de la nacionalidad por mujer casada, de modo que era relativamente frecuente que, por el mero hecho de contraer matrimonio, la mujer extranjera adquiriera la misma nacionalidad del marido (en atención a un principio de «unidad familiar»). Esta adquisición *ex lege* podía ser reconocida o no por el Estado de la nacionalidad de origen de la mujer, conllevando o no la pérdida de la nacionalidad de origen para el Estado de proveniencia. En el sistema español, tras la reforma introducida en 1975, sólo las adquisiciones *voluntarias* de nacionalidad extranjera suponían la pérdida de la nacionalidad española de origen². Por ello, suponiendo que la mujer hubiera adquirido la nacionalidad

² Con más detalles, puede verse el análisis del artículo 21 CC de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en el tomo I (arts. 1 a 41) de los *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, M. Albaladejo (dir.), Edersa, Madrid, 1978, pp. 658 ss.

guineana sin haber perdido la española, conviene recordar lo dicho respecto de la aplicación del artículo 9.9 CC y de la opción que el legislador español hace a favor de la nacionalidad española. Paradójicamente, si el tribunal hubiera llegado a la convicción de que nunca disfrutaron de ley nacional común, la norma aplicable habría sido de nuevo el Derecho de Guinea Ecuatorial como resultado de aplicar la ley nacional del marido –presumiblemente– al tiempo de la celebración.

Cierto es que esta última conexión había suscitado dudas acerca de su compatibilidad constitucional tanto en la doctrina como ante los propios tribunales, y a nadie extrañó (aunque sucediera casi un cuarto de siglo después de la entrada en vigor de la Constitución) que el Tribunal Constitucional declarara su inconstitucionalidad en la sentencia 39/2002, de 14 de febrero³. La consecuencia de esta declaración es clara, pues impide recurrir a la conexión nacional del marido para identificar la ley aplicable al régimen. Pero el Tribunal Constitucional no ofreció un criterio de sustitución, al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria. En otros términos, es tarea del tribunal enfrentado a la aplicación de esta norma la integración de la laguna. Siguiendo lo que venía siendo la práctica jurisprudencial⁴ y luego resultó sancionado por la reforma legislativa del Código en 1990, el Tribunal Supremo podría haberse planteado entonces la aplicación de la ley de la (primera) residencia habitual del matrimonio, lo que nos conduciría de nuevo al Derecho guineano⁵.

III. LOS PROBLEMAS DE LA SENTENCIA DEL SUPREMO

Tras haber expuesto cuál debería haber sido el recorrido correcto de la argumentación, y dejando de lado el llamativo silencio del alto Tribunal respecto de cómo integrar la «laguna» que había dejado la STC 39/2002 al declarar inconstitucional la norma aplicable al supuesto, podemos pasar a analizar los problemas que plantea la decisión del Tribunal Supremo.

³ Vid. comentarios a esta sentencia en E. RODRÍGUEZ PINEAU, «La inconstitucionalidad del artículo 9.2 CC (Comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero)», *R.E.D.I.*, 2002-1, pp. 243-254; I. HEREDIA CERVANTES, «El artículo 9.2 CC (1974) era inconstitucional (evidentemente); comentario a la STC 39/2002 de 14 de febrero de 2002», *D. P. y const.*, 2002, pp. 203-221; A. LAMARCA I MARQUÉS, «Règim econòmic del matrimoni catalans celebrats entre el 29 de diciembre de 1978 i el 6 de noviembre de 1990: inconstitucionalitat del artículo 9.2 CC en la redacció anterior a la llei 11/1990, de 15 d'octubre. (Comentari a la STC 39/2002 de 14.2.2002)», *Rev. Jur. Cat.*, 2002, pp. 737-769; más reciente, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 9.2 CC en su redacción anterior a la ley 11/1990, de 15 octubre», *AEDIPR*, 2004, pp. 1036 ss.

⁴ Práctica relativamente asentada, aunque con manifestaciones en sentido contrario, *i. e.* de mantenimiento de la conexión discriminatoria a favor del marido, en aras de garantizar el principio (también constitucional) de seguridad jurídica. En esta última línea pueden verse las sentencias de la AP de Barcelona de 21 de octubre de 1998 (AC 1998/8952), AP de Tarragona de 17 de febrero de 2000 (JUR 2000/305876) y Barcelona de 20 de noviembre de 2001 (JUR 2002/21531).

⁵ Acerca de los problemas de interpretación y solución de la laguna generada por la expulsión del ordenamiento de esta regla, puede verse E. RODRÍGUEZ PINEAU, «La inconstitucionalidad...», *op. cit.* p. 252.

1. El criterio para determinar la existencia de doble nacionalidad

Claramente el primer problema que tenía que afrontar el Tribunal Supremo para resolver el caso era la determinación de la nacionalidad de la esposa demandante de protección. En este sentido es importante tener presente que la cuestión se plantea en dos niveles distintos: por una parte la nacionalidad es presupuesto de la protección diplomática, pues el Estado español sólo protege a los nacionales españoles (con la salvaguarda introducida a favor de otros ciudadanos comunitarios en el art. 20 TCE, *ex art.* 8C) que no sean al mismo tiempo nacionales del Estado frente al que se solicita la protección diplomática. Por otra, la nacionalidad es el primer punto de conexión de las normas de conflicto aplicables al caso, lo que exige determinar si en algún momento hubo nacionalidad común o no de los cónyuges.

Como se ha manifestado anteriormente, esta última cuestión sólo puede ser contestada con el artículo 9.9 CC en la mano, ya que es la norma que determina a los efectos de aplicar las normas de conflicto del título preliminar del Código civil cuál es la nacionalidad que debe ser tenida en cuenta. El alcance del artículo 9.9 CC no debería proyectarse más allá de su propio ámbito de aplicación. Conforme a lo que se deduce del caso, parece que deberíamos concluir que la mujer pudo tener ambas nacionalidades (probablemente por atribución *ex lege* por causa de matrimonio), pero a los efectos de aplicar el artículo 9.2 CC, para el sistema español la nacionalidad que prevalecería sería la española. En lo que respecta a la protección diplomática, los criterios de determinación de cuál sea la nacionalidad que debe tenerse en cuenta no pueden ser los del artículo 9.9 CC sino los propios de este sector. No existiendo un convenio de nacionalidad con Guinea, es necesario acudir a otras pautas, ya sean de naturaleza convencional, ya otras propias del Derecho internacional público, como el principio de la nacionalidad efectiva. Probablemente este último sea el criterio decisivo pues, aunque España firmó el Convenio de La Haya de 1930 sobre conflictos de doble nacionalidad ese mismo año, no llegó a ratificarlo.

Sin entrar a analizar si la decisión del Tribunal Supremo es correcta en este último punto o no, y dejando de lado el posible problema de desajuste entre la nacionalidad prevalente en uno y otro sector, sí conviene poner de manifiesto que el Tribunal no escogió el adecuado marco de referencia para establecer cuál era la nacionalidad de la demandante a efectos de determinar su régimen económico pues debería haber hecho referencia al artículo 9.9 CC y no al Convenio de La Haya de 1930.

2. Aplicación imperativa de las normas de conflicto y prueba del Derecho

Un segundo punto de la sentencia que plantea problemas es el de la alegación y prueba (o en términos del Tribunal Supremo, alegación y acreditación) del Derecho aplicable al caso. Y este problema, tratándose de un supuesto con elemento internacional, debería haberse resuelto en dos fases que suponen (i) identificar la norma de conflicto aplicable y (ii) aplicar el Derecho así identificado, lo que exige la prueba del contenido de ese Derecho si es extranjero, no así cuando es normativa del foro, que el juez está obligado a conocer.

La primera fase debería haber consistido en identificar cuál era el ordenamiento al que remitían las normas de conflicto, cuestión que no es disponi-

ble por las partes, ya que los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar las normas de conflicto (art. 12.6 CC). Sin embargo, el sistema no impone que sean estos órganos los que prueben el Derecho extranjero así identificado, sino que traslada esta prueba a las partes (*vid.* arts. 281.2 y 282 LEC). La naturaleza híbrida de esta norma de aplicación ha dado lugar a una serie de divergencias interpretativas, de modo que pueden identificarse dos grandes tendencias en la jurisprudencia menor y sostenidas tradicionalmente por otras dos Salas del Tribunal Supremo⁶. Así, la Sala de lo social ha venido estimando que la falta de prueba del Derecho extranjero implica la desestimación de la demanda⁷. Sin embargo, la Sala de lo civil ha entendido que lo correcto en estos casos es aplicar el Derecho español como *lex fori*⁸. Siguiendo esta última línea, el sistema español puede acercarse mucho a un sistema facultativo, en el que basta con que las partes no aleguen o prueben el Derecho extranjero para que el caso sea resuelto conforme al Derecho español⁹. Así pues, si la Sala tercera del Tribunal Supremo hubiera seguido la primera línea, al identificar –como parece que resulta de los datos del caso– que la norma aplicable al supuesto era el Derecho guineano, debería haber desestimado la demanda. Aunque, dadas las especiales circunstancias del caso, al tratarse de un procedimiento entre administrado y Administración y siendo el Tribunal consciente de la internacionalidad del supuesto, tal vez podría haber considerado la posibilidad de atenuar la postura, acordando la práctica de oficio de la prueba. Por el contrario, si hubiera seguido la segunda línea, el tribunal debería haber aplicado el Derecho español *por falta de prueba* del Derecho guineano.

Con estas premisas es fácil entender por qué el razonamiento conflictual del Tribunal Supremo en su Sala tercera es sorprendente. En primer lugar, a pesar de que todos los indicios del caso conducen al Derecho guineano, se observa cómo en la aplicación del artículo 9.2 CC la Sala tercera ignora las primeras conexiones de la norma de conflicto para conseguir la aplicación del Derecho español, remitiéndose al lugar de celebración del matrimonio. Si ésta era la finalidad que se perseguía, ciertamente hubiera resultado más sutil que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se hubiera alineado con la corriente jurisprudencial de la Sala primera, pues hubiera bastado la falta de prueba del Derecho guineano para resolver conforme al Derecho español.

Pero no sólo se identifica de manera dudosa la norma de conflicto sino que además se yerra en la aplicación de su consecuencia jurídica. En efecto, llegados a la conclusión de que resulta aplicable el Derecho español, se pro-

⁶ Estas dos tendencias son las más representativas, aunque es posible identificar otras posiciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para un estudio reciente, nos remitimos a A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero», *La Ley*, 25 de abril de 2005, pp. 1-11.

⁷ Sentencias de 19 de febrero de 1990 (RJ 1990/1116), 22 de mayo de 2001 (RJ 2001/6477), 25 de mayo de 2001 (RJ 2001/8698), si bien más recientemente, el 4 de noviembre de 2004 (RJ 2005/1056), esta sala del TS se ha alineado con la segunda de las posiciones.

⁸ En este sentido, *vid.* entre las más recientes las sentencias de 13.12.2000 (RJ 2000/10439), 17 de julio de 2001 (RJ 2001/5433), 5 de marzo de 2002 (RJ 2002/4085), 29 de diciembre de 2003 (RJ 2004/354), 2 de julio de 2004 (RJ 2004/5336).

⁹ Vid. M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, pp. 368 ss.

duce la segunda sorpresa pues se exige la prueba del carácter ganancial de los bienes como presupuesto para la aceptación de las pretensiones de la demandante. En otros términos, la Sala tercera exige a la demandante la prueba del Derecho interno como si se tratara de un sistema extranjero, que el órgano español no está obligado a conocer (y cuya prueba corresponde a la parte que lo alega), cuando en realidad se trata de aplicar el Derecho del foro, sistema que no debería ser probado por la parte. Pero no concluyen aquí las sorpresas: más llamativo aún resulta que la Sala tercera del alto Tribunal exija la *prueba del carácter ganancial* de los bienes, contraviniendo el propio tenor del Código civil en su artículo 1361, conforme al cual la ganancialidad de los bienes se presume. En otro sentido, sólo si se quiere desvirtuar la presunción será necesario probar lo contrario¹⁰, sin que pueda entenderse que a estos efectos sea aplicable el artículo 1214 CC sobre la carga de la prueba. La propia Sala primera del Tribunal ha establecido claramente que esta regla «implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba; el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume y es el que alegue lo contrario quien tiene que probarlo»¹¹.

3. El ámbito de la ley aplicable al régimen económico matrimonial

Una vez localizado el sistema, el segundo paso consiste en determinar qué concretas reglas dentro de ese sistema son las aplicables al supuesto. En el caso de la ley aplicable al régimen económico matrimonial conviene tener presente otro elemento, *v. gr.* el especial interés que tiene el ordenamiento español en identificar un régimen para cada matrimonio, tenga o no elemento internacional. Esta es una exigencia derivada de la seguridad jurídica: no puede haber matrimonio sin régimen económico ni en el tráfico interno ni en el tráfico con elemento internacional¹². Por ello, en defecto de mayores pre-

¹⁰ La doctrina del Tribunal es amplia, y puede bastar a estos efectos con la siguiente cita: «Es cierto que la jurisprudencia ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC, declarando que para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida, pudiendo añadirse a las numerosas sentencias que se citan en el motivo las posteriores a su interposición de 2 de julio de 1996 (RJ 1996/5550) y 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6825). Pero también lo es que en ningún caso dicha presunción deja de admitir prueba en contrario por quien afirme el carácter privativo o no ganancial de los bienes de que se trate [STS de 7 de abril de 1997 RJ 1997/2741], entre las más recientes] y que, en consecuencia, si la Sentencia que considere desvirtuada la presunción de ganancialidad aparece fundada en una valoración de la prueba practicada en el proceso, el problema a resolver en casación consistirá en determinar, primero, si la valoración del Tribunal de instancia se asienta en verdaderas pruebas...» (FJ 2.º de la STS Civil de 24 de febrero de 2000, RJ 2000/809).

¹¹ FJ 3.º STS Sala de lo civil, 26 de diciembre de 2002 (RJ 2003/67).

¹² La lógica del sistema es clara: la normativa civil parte siempre de la existencia de un régimen legal que puede ser modificado si las partes así lo desean (y con los límites que el propio sistema prevea). Pero si no establecen nada en contra, la seguridad jurídica exige que pueda identificarse claramente (tanto por terceros como por los propios cónyuges) cuál es ese régimen económico. De igual modo el legislador estatal proyecta esta filosofía al tráfico externo mediante dos normas de conflicto: el artículo 9.2 CC permite identificar cuál es el régimen económico para cualquier matrimonio con elemento extranjero, dejando abierta la posibilidad de que las partes pacten otras opciones conforme al principio de la autonomía de la voluntad recogido en el artículo 9.3 CC. Si esta elección no fuera correcta, el sistema nos remite de nuevo a la solución «por defecto», *i. e.* el artículo 9.2 CC. La

cisiones por las partes, o de que las circunstancias del caso permitan deducir otra cosa, se ha de entender que el régimen aplicable es aquel que funciona «por defecto» en el sistema jurídico al que remite el artículo 9.2 CC. Esta solución es relativamente sencilla cuando el ordenamiento remitido es uno en el que sólo existe un régimen por defecto, pero exige un paso ulterior cuando este ordenamiento es plurilegislativo y pueda resultar aplicable más de un sistema, como en el caso español. La sentencia sin embargo no se plantea esta cuestión, indicando el régimen de gananciales del Código civil.

El ordenamiento que resulte identificado por las normas de conflicto para regir el régimen económico matrimonial es el que determina adicionalmente cuáles son las demás circunstancias vinculadas a aquél y su regulación, entre otras, qué contenidos deben acceder a los registros (de la propiedad, del propio régimen matrimonial –si existiera–), etc. Ahora bien, esta previsión tiene claramente un límite derivado de la territorialidad de los ordenamientos, de manera que hay que conjugar las disposiciones de la norma del régimen económico con las que rigen el estatuto del propio registro en el que se pretende la inscripción¹³.

Al haber identificado la Sala tercera del Tribunal Supremo el Derecho español como ley aplicable a dicho régimen, sería correcto que se exigiera la inscripción en el registro de la propiedad de la adquisición de los bienes y con qué naturaleza, siendo aplicables igualmente las presunciones y reglas sobre prueba derivadas de tal inscripción en el Registro (*cf.* arts. 93 a 95 RRH). Por ello, conforme a lo dispuesto en la normativa española, un inmueble adquirido por pareja sujeta al régimen de gananciales del Código civil, debería quedar registrado en el Registro de la propiedad con carácter ganancial (según art. 93 RRH). El carácter territorial de los registros supone que sólo pueden acceder al Registro español las inscripciones de titularidad sobre bienes sitos en España. Pues bien, esta misma regla funciona en los demás sistemas. Por ello, cuando se trata de un bien situado en Guinea, el punto de vista del legislador español sobre la obligación de inscribir los inmuebles de titularidad ganancial tiene que completarse con otra normativa, pues lo que accede al registro de situación del inmueble no puede ser determinado según el Derecho español, sino conforme a la ley que gobierna dicho registro, *i. e.* la ley de lugar de situación del inmueble (y por tanto del registro), en nuestro ejemplo, el Derecho guineano (art. 10.1 CC). Esto implica que pueden producirse desajustes entre lo dispuesto en ambas normativas, en particular cuando éstas no contemplan (como es el caso en el ordenamiento español) los supuestos con elemento de internacionalidad.

Sí esto es así, la conclusión que deriva el Tribunal Supremo en su Sala tercera es incorrecta, pues no es posible extraer las consecuencias de la aplicación de la normativa española en materia de inscripción registral en el caso si la inscripción debe realizarse en un registro extranjero. En otros términos, las consecuencias que prevé el ordenamiento español valen *en tanto* sea una inscripción en un registro español, pero no en uno extranjero. Esta falta de inscripción del inmueble como ganancial en Guinea no puede tomarse como

lógica del sistema exige, pues, no sólo que sea posible identificar el ordenamiento que rige el régimen económico, sino también el concreto régimen válido para ese matrimonio que, en defecto de ulteriores precisiones de los cónyuges, debe entenderse es el sistema legal en aquel ordenamiento. Para más desarrollos de esta cuestión, *vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, 2002, en particular, pp. 26, 48 ss (§§ 29, 50 ss).

¹³ *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico...*, *op. cit.*, p. 80 (§ 86).

prueba «en contra» de la ganancialidad, simplemente porque es imposible que pueda constituirse como tal prueba, dado el elemento internacional del registro.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La sentencia comentada no puede recibir una valoración positiva. Ciertamente no se presume que la Sala de lo contencioso-administrativo deba manejar el Derecho civil con la misma soltura que la Sala primera del mismo Tribunal. La complejidad de las normas de conflicto permitiría incluso excusar algunos de los puntos de la decisión. Pero ello no puede suponer la ignorancia o el descuido respecto de algunas cuestiones básicas en materia civil y constitucional. Resulta paradójico que el órgano jurisdiccional que está llamado a introducir los criterios de interpretación del sistema sea precisamente el que induzca en ocasiones a perplejidad (como ocurre a la hora de determinar la nacionalidad española o guineana de la demandante) y en otras, a desconcierto, exigiendo la prueba de una presunción legal o descuidando las consecuencias que conlleva la declaración de inconstitucionalidad de la norma que, correctamente identificada, debería proporcionarle la solución del caso.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Ana María COLÁS ESCANDÓN, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Laura ZUMAQUERO GIL.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Interpretación de las normas jurídicas. La equidad.—Si bien la equidad es un criterio general en el que deberá ponderarse la aplicación de las normas, este elemento de interpretación y dulcificación del Derecho por la Ética no puede fundar por sí sólo una resolución judicial (SSTS de 5 y 14 de mayo y 6 de julio de 1993). La equidad a la que se refiere el artículo 3.2 CC sólo puede fundamentar una resolución judicial cuando la propia Ley se remita expresamente a ella (STS de 29 de diciembre de 1998). Únicamente en este último supuesto cabe su alegación como motivo de casación

(SSTS de 12 de junio de 1990, 22 de enero de 1991, 8 de octubre de 1992 y 5 de mayo y 14 de mayo de 1993).

Interpretación de las normas jurídicas. La realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.—La realidad social es un elemento en la interpretación de la norma que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse dicha norma. Como tal elemento de interpretación, no puede tergiversar la Ley, cambiar su sentido o darle una aplicación arbitraria (STS de 18 de diciembre de 1997). El elemento sociológico en la interpretación de las normas no justifica el arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las mismas, y, desde luego, excluye que se eluda la aplicación de la norma vigente al caso concreto. Por otro lado, la aplicación de un criterio sociológico en la interpretación de las leyes exige prudencia y sólo puede ser utilizado cuando la Ley expresamente lo permita (SSTS de 8 de marzo de 1982, 3 de noviembre de 1987 y 7 de febrero de 1992).

Significado del artículo 3.1.CC.—Este precepto del Código civil no es una Ley directamente aplicable al caso concreto, sino una guía para interpretar las leyes sustanciales que hayan de aplicarse. Su violación no permite su cita directa a efectos de casación (SSTS de 9 de mayo de 1983 y 22 de junio de 1984). **(STS de 24 de febrero de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo de un contrato de compraventa de unas chimeneas, la vendedora presenta una demanda contra la compradora sobre reclamación de cantidad. La compradora contesta a la demanda oponiéndose a ella y formula una demanda reconvenzional basada en el saneamiento por vicios ocultos.

En primera instancia se estima íntegramente la demanda y se desestima la reconvencción porque se entiende que el plazo de ejercicio de las acciones por saneamiento ha caducado, no existe inhabilidad del objeto ni entrega de *aliud pro alio*. En apelación se desestima el recurso y se confirma íntegramente la sentencia dictada en primera instancia. La demandada reconviniente presenta recurso de casación alegando infracción del artículo 3 CC, apartados 1 y 2. *(L. S. M. P.)*

2. Responsabilidad civil extracontractual. Prescripción de la acción: cómputo del plazo cuando existió un procedimiento penal previo.—Para que prescriba la acción civil debe haber transcurrido el plazo de un año desde la notificación de la sentencia penal dictada por los hechos origen del procedimiento civil. **(STS de 18 de noviembre de 2003;** no ha lugar.)

HECHOS.—Un niño de ocho años de edad, recibió una descarga eléctrica de un transformador ubicado en una caseta (propiedad de una compañía hidroeléctrica) que estaba en estado de aparente abandono, con la puerta abierta, y tierra y hierba junto a ella. Debido a este accidente el niño resultó con lesiones que tardaron cuatrocientos sesenta y cinco días en curar y quedó con las siguientes secuelas: amputación del brazo izquierdo a 10 centímetros del codo y cicatrices que determinaron la invalidez permanente para todo tipo de trabajo. Hubo un procedimiento penal previo en el que se absolvió a los imputados. La sentencia penal fue notificada a los padres del menor el 21 de enero de 1994 y el padre presentó demanda civil el 3

de enero de 1995 (y no el 30 de diciembre como aduce el vigilante demandado) contra el responsable de la estación transformadora y, subsidiariamente, contra la compañía hidroeléctrica. En la misma solicitaba una indemnización de 17.676.000 pesetas.

El Juzgado desestimó la demanda al apreciar la excepción de prescripción de la acción. La Audiencia la revocó y condenó a los demandados a lo solicitado por la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el vigilante responsable de la estación transformadora. (I. D.L.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Interpretación a la doble vía procesal de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que posibilita el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido al particular ofendido la posibilidad de optar por la protección de su derecho a través de la jurisdicción civil o de la penal (STS de 4 de noviembre de 1986, 23 de marzo de 1987, 22 de octubre de 1987, 11 de octubre y 6 de diciembre de 1988, 11 de abril de 1989, 13 de julio de 1992 y 14 de marzo de 1996). El ofendido puede utilizar cualquiera de las vías para la defensa de los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pero no simultánea o sucesivamente todas las vías. El ejercicio de la acción penal lleva consigo el efecto de la extinción de la civil, ya que al tratarse de un derecho de opción no tendría sentido que pudiera instarse posteriormente aquella acción no escogida. A su vez, la concesión de una petición de esta clase por la vía civil, después de agotada la otra vía, equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad reclamatoria. Ello sería contrario al espíritu de la Ley Orgánica 1/1982. En todo caso siempre permanece abierta la posibilidad de ejercitar la reclamación penal más la indemnización. Al ser posible la conjunción, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 1.º, STS de 18 de febrero de 2004). (STS de 18 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. B. B., doña C. A.V., doña M.^a del C. G. O. y doña L. B. T. interpusieron demanda contra *USO* y contra don M. R. P., en la que solicitaban la condena solidaria al pago de 1.000.000 de pesetas a cada una por el daño moral que les había causado en su honor y prestigio profesional las declaraciones del demandado en los diarios *Baleares* y *Diario 16*, en las que formulaba acusaciones injuriosas a su labor como árbitros designados por la Administración en las elecciones sindicales de 1995. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Se interpone recurso de apelación. La Audiencia confirma la sentencia dictada por el Juzgado. Los demandados interponen recurso de casación, recurso que es desestimado.

NOTA.—En la sentencia que anotamos se plantea el problema de las posibles vías procesales de defensa del derecho al honor. Las actoras siguieron dos vías sucesivas para la consecución de la indemnización por intromisión ilegítima en su honor profesional, no sien-

do ello autorizado por la jurisprudencia. Para el Tribunal Supremo dicha conducta de las actoras «raya el fraude procesal», ya que ejercitaron su acción por la vía penal, teniendo la civil como una más que les aseguraba en sus reclamaciones. Utilizaron dos vías sin optar por ninguna, manteniendo la civil paralizada por si la vía penal, en la que ejercitaron la acción civil, no les era propicia. (*L. Z. G.*)

4. Derecho al honor y libertad de información. Colisión de derechos fundamentales. Prevalencia de la libertad de información.—A la hora de ponderar la colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, sólo cabrá «privilegiar» al actuante del derecho informativo frente al titular del honor lesionado cuando la intromisión haya sido inevitable en la medida en que de no producirse habría sido imposible brindar al público cualquier otro tratamiento periodístico de la noticia que hubiese permitido a dicho público acceder a la información más exacta posible.

Libertad de información. Límites. Necesidad de interpretar la información publicada en su contexto.—La doctrina constitucional es coincidente con la que viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los derechos fundamentales al honor y libertad informativa, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer el sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia.

Libertad de información. Elemento intencional de la noticia publicada e interés general del asunto tratado.—Las noticias y datos publicados se caracterizan por estar desprovisto de cualquier propósito menospreciador respecto a las personas a que pudieran afectar, y tampoco cabe negar al reportaje publicado un contenido de indudable interés general para la comunidad.

Libertad de información. Requisito de veracidad de la información. Se cumple cuando queda acreditada la realidad de los datos fácticos comunicados.—La veracidad de lo informado no debe entenderse de manera absoluta, sino en función de una comprobación en sus líneas esenciales, conseguida desde un punto de vista de profesionalidad periodística. Requisito que queda cumplido desde el momento que se acredita la existencia de una investigación real llevada a cabo por el Juzgado Central de Instrucción, dentro de un sumario que se encontraba en tramitación, en cuanto que la implicación del despacho de abogados, como receptor de cantidades de dinero procedentes de operaciones de narcotráfico, se desprendía de la declaración de uno de los implicados en ese sumario, lo que determinó que el referido Juzgado interesase de las autoridades judiciales competentes el registro e incautación de documentación que pudiera encontrarse en el mencionado despacho relacionada con los hechos investigados y que afectaban a distintas personas inculpadas en el sumario dicho. (**STS de 18 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En el suplemento del diario *E. M. del S. XXI* apareció un reportaje titulado «Quién es quién en el narcotráfico español», en el que, entre otras cosas, se señalaba a determinado despacho profesional de abogados, situado en Gibraltar, y a los

componentes del mismo, como relacionados con las operaciones de blanqueo de dinero, señalando que serían investigados en un sumario judicial abierto en un Juzgado Central de Instrucción. Los titulares del bufete demandaron la protección civil del derecho al honor, formulando acción contra P. J. R. y U. E., S. A., director y editora respectivamente de la publicación. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó a los demandados por intromisión ilegítima en el honor de los demandantes. La Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia y desestimó la demanda planteada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (L. A. G. D.)

5. Derecho al honor. Libertad de información. Requisito de veracidad.—El requisito de la veracidad condiciona el ejercicio de la libertad de información, imponiéndole al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, que no se cumple con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas a fuentes anónimas o genéricas, y sin que ello suponga que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan solo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información, dejándola reducida a un conjunto de rumores deshonrosos e insinuaciones vejatorias o meras opiniones gratuitas que no merecen protección constitucional (STC de 19 de abril de 1993).

Libertad de información. Reportaje neutral: concepto.—El concepto de «reportaje neutral» es también aplicable a aquellos casos en que el medio de comunicación no se limita a transcribir lo dicho por otro espontáneamente, sino que busca al tercero, le formula una serie de preguntas a las que éste contesta y esas declaraciones se publican en un reportaje más amplio. Pues lo relevante no es si el medio de comunicación ha obrado como un simple canal de difusión de lo que otros han dicho, o si es el propio medio de comunicación quien pergueña una entrevista que luego publicará, incluso cuando medió pago en metálico por ello, sino la neutralidad del medio de comunicación en la transcripción de lo declarado por ese tercero. Por tanto, estaremos ante un «reportaje neutral» si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito.

Libertad de información. Requisito de veracidad del reportaje neutral.—En el «reportaje neutral» la veracidad transcrita no es de lo transcrito, sino de la transcripción misma, esto es, la diligencia debida que debe probar el medio consiste, justamente, en la demostración de su neutralidad respecto de lo transcrito. El medio de comunicación debe acreditar la conexión material de las declaraciones del tercero con el objeto del reportaje en el que esas declaraciones se integran, así como la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, para evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Si el medio de comunicación cumple con ese deber de diligencia, prueba de su neutralidad, el res-

ponsable de cuanto se diga en las declaraciones reproducidas será su autor material, esto es, quien las hace, pero no quien las reproduce.

Libertad de información. Ausencia de responsabilidad del medio cuando se limita a informar sobre las manifestaciones de un tercero, sin aditivos ni modificaciones, aunque no se transcriba íntegramente su intervención.—El periódico se limitó a informar sobre las manifestaciones que hizo el presidente de un partido o grupo político excluido de un proceso electoral, con la intención de que fueran conocidas, que se hicieran públicas, lo que evidencia la condición de hechos noticiables por su directa relación con la materia de interés general, las elecciones para cargos públicos y por la condición de las personas concernidas. El hecho de que el reportaje no representase la integridad de las manifestaciones, sino que fuese un resumen de aquéllas, y la inclusión en el mismo de la fotografía del actor —que, sin duda, debió ser omitida—, no pueden considerarse una «instrumentalización» de la noticia, pues ello implicaría la traslación al medio periodístico de lo que constituía estricta responsabilidad del autor material de los hechos. (STS de 22 de diciembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por don A. S. C., Junta Electoral Provincial de Murcia, se formuló demanda mediante procedimiento de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, contra *La O. de M., S. A.*, por considerar que el reportaje publicado en el periódico del que la demandada era titular constituía una intromisión ilegítima en su honor. En dicho reportaje el presidente de un partido político cuya candidatura había sido excluida de las elecciones por la Junta Electoral, al ser entrevistado acusaba al actor, entre otras cosas, de ser un embustero e ignorante. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso de apelación planteado por la editorial condenada. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L. A. G. D.*)

6. La noticia es veraz cuando se publica lo manifestado por el tercero sin agregar comentarios que puedan ser injuriosos y desviacionistas de la neutralidad de la información.—Como dice la S de 20 de febrero de 1997, «la noticia era veraz y por lo que ahora importa es irrelevante la veracidad misma de lo manifestado por el informante (SSTC de 12 de julio de 1993, 132/1993, 40/1992 y 30 de enero de 1995), con lo que la responsabilidad del medio sólo puede surgir si no es cierto que el tercero ha manifestado lo publicado y por tanto se le imputa falsamente y también si se tergiversa gravemente, al desatender la literalidad de lo dicho como verdad objetiva, para agregar comentarios que puedan ser injuriosos y desviacionistas de la neutralidad de la información y de lo que debe representar su divulgación aséptica». (STS de 6 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La hermana y legítima heredera de un recluso fallecido a causa de un infarto demandó a la editora de un periódico que había dado la noticia del fallecimiento, agregando que se trataba de un interno alcohólico, por intromisión en el derecho al honor y a la intimidad del difunto. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la

demanda por falta de legitimación activa. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación y entrando en el fondo del asunto desestimó la demanda al considerar que el reportaje periodístico había sido neutral y veraz. (*L. F. R. S.*)

7. Derecho al honor. Protección constitucional. Diferenciación entre libertad de expresión y libertad de información.—El ejercicio de la libertad de expresión viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, sin relación con las ideas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Por el contrario, cuando se persigue no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no puede obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas.

Libertad de información. Veracidad de la información suministrada.—«Información veraz» en el sentido del artículo 20.1 CE significa información comprobada según cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (STC de 6 de junio de 1990). El requisito de la veracidad condiciona el ejercicio de la libertad de información, imponiendo al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, que no se cumple con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas a fuentes anónimas o genéricas, y sin que ello suponga que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento (STC de 19 de abril de 1993).

Libertad de información. Cumplimiento del requisito de veracidad cuando se demuestra la realidad de lo afirmado en el reportaje.—Se cumplen los presupuestos de veracidad exigidos, ya que el deber de diligencia exigido se acató desde el momento en que se ha demostrado que el individuo citado, así como las personas parentalmente vinculadas a socios de la entidad pública, han sido acusados de delito contra la salud pública y contrabando en causa seguida ante el Juzgado Central de Instrucción. (**STS de 11 de diciembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *E. M. de G.* se publicó un reportaje relativo al blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas, aludiendo abiertamente a empresas radicadas en la Ría de Aurosa y que, según se afirmaba en la publicación, estaban siendo investigadas por la Fiscalía Antidroga. En la relación de empresas sospechosas de blanqueo de dinero se incluía a J. S. V. y al *Camping P.*, cuya titular, la mercantil *L., S. L.*, interpuso demanda civil de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, por considerar que había sido lesionado el honor de la persona jurídica demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de La Coruña desestimó asimismo el recurso de apelación interpuesto por la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por esta última. (*L. A. G. D.*)

8. Libertad de expresión y libertad de información.—El Tribunal Constitucional ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE, según se trate de libertad de expresión (en el sentido de emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). La libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor, comprendiendo la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, y viene delimitada por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, sin relación con las ideas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Esta importancia no supone que nos hallemos ante un derecho ilimitado. Hay que decir que la libertad de crítica no cubre el insulto y la descalificación. Cuando se persigue no dar opiniones sino suministrar información sobre los hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no puede exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Las condiciones constitucionalmente exigibles son distintas para la libertad de expresión y de información, pues mientras en el caso de la libertad de expresión lo esencial es que no se empleen expresiones injuriosas y vejatorias, cuando se trata de la libertad de información resulta además necesario el canon de la veracidad de la noticia y su relevancia para la formación de la opinión pública (SSTC de 17 de julio de 1986, 15 de febrero y 6 de junio de 1990, 22 de mayo de 1995, 17 de enero de 2000, 26 de febrero de 2001, 28 de enero y 6 de mayo de 2002 y 15 de septiembre de 2003, entre otras).

Colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, y el derecho al honor.—El Tribunal Supremo se limita a resolver conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la propia Sala existente en la materia. En ese sentido dispone que «... cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: *a*) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; *b*) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información» (FJ 2.º, STS de 11 de febrero de 2004).

Preeminencia del derecho fundamental a expresar opiniones y a informar.—Para que exista dicha preeminencia es necesario que concurren las siguientes situaciones: *a*) interés general y relevancia pública de la información divulgada; *b*) las personalidades públicas que hayan optado libremente por tal condición deberán soportar un cierto riesgo; *c*) la información ha de ser veraz, y así lo será la información comprobada y contrastada (FJ 2.º, STS de 11 de febrero de 2004). (STS de 11 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. T. C. formula demanda solicitando se declare que las expresiones vertidas por el demandado, don G. A. N., en un programa de televisión constituyen intromisión ilegítima en su derecho fundamental al honor. El Juzgado de Primera Instancia

estima la demanda considerando que la divulgación de los hechos y expresiones realizados por el demandado constituyen una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor del actor. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación al entender que no existe intromisión ilegítima. Se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, recurso que es desestimado. El Tribunal Supremo considera que lo manifestado por la parte recurrida simplemente es una crítica a una resolución judicial, y que el valor jurídico de esa crítica no se desvirtúa porque la misma alcance al juez que dictó la resolución. No se utilizó por parte del demandado ninguna expresión ofensiva que lesione el honor o la dignidad profesional de la parte actora. (*L. Z. G.*)

9. Derecho al honor. Protección constitucional. La libertad de expresión no alcanza a las expresiones insultantes, vejatorias o injuriosas.—Ponderados los límites de la libertad de información y de la libertad de expresión, han de actuar otras exigencias igualmente importantes, entre ellas, la no utilización de palabras o frases insultantes, vejatorias o descalificadoras de la persona a la que se refieran, innecesarias para el fin perseguido con la información y la opinión. Se puede discrepar, censurar y criticar con toda la fuerza que se estime necesaria, pero no insultar (STC de 21 de noviembre de 1995). La utilización de expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas dictadas no con ánimo en la función informativa, sino vejatorio o de enemistad pura y simple, quedan a extramuros de la protección constitucional porque se trata de expresiones que carecen de relación alguna con la información que se comunica (SSTC de 6 de julio de 1990, 21 de diciembre de 1992 y 11 de noviembre de 1995).

Libertad de expresión. No constituyen intromisión ilegítima en el honor de los aludidos cuando la naturaleza de las expresiones vertidas, la proyección pública de los demandantes, el contexto en que se realizan y el interés general en la información, hacen admisible, pese a su mal gusto, las expresiones proferidas.—La naturaleza objetiva de las concretas expresiones, cada una de ellas, en su significado literal, no se estiman ofensivas, por más que sí sean zafias, groseras y desprovistas del más mínimo atisbo de elegancia, que denotan un indudable mal gusto que dicen más en disfavor de su autor que en demérito de la persona a que se refieren (STS de 6 de junio de 2003). Igualmente, la proyección pública de los demandantes hace que deban optar por un cierto riesgo en la lesión de sus derechos de la personalidad (STS de 19 de marzo de 1990). Asimismo, el contexto del artículo en cuestión denota un enfrentamiento entre dos periódicos, con ideas distintas, que se atacan entre sí, y es reiterada la jurisprudencia que destaca la trascendencia del contexto en cada caso concreto (STS de 12 de junio de 2002). Por último, el interés general que plantea este supuesto es indiscutible y aceptado por las partes, pues se trata de una información vertida con ánimo crítico, *animus criticandi* o *narrandi* y de sensibilización de la opinión pública. (STS de 6 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—F. J. M. M. y G. G. A., propietario y director del diario *L. P.*, interpusieron demanda de protección del derecho al honor contra J. L. T. M. e *I. C.*, *S. A.*, director y editora respectivamente del periódico *C. 7*, por estimar que en un editorial publicado en dicho

rotativo se había producido una intromisión ilegítima lesiva para el honor de los demandantes. Dicha lesión estaría ocasionada por expresiones y frases relativas a ambos actores por las cuales se denigraban sus personas y actividades. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó, igualmente, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (*L. A. G. D.*)

10. Derecho a la libertad de expresión.—La libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo y la tolerancia (SSTC de 17 de enero de 2000, 20 de febrero y 5 de octubre de 2001, 28 de enero de 2002 y 15 de septiembre de 2003).

Colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor.—En orden a la solución de estos conflictos la jurisprudencia ha seguido los siguientes principios: *a)* la libertad de expresión, como el derecho al honor, poseen rango constitucional, pero a ninguno de dichos derechos puede concederse carácter absoluto, siendo necesario en cada supuesto establecer los límites de cada derecho; *b)* será necesario ponderar las circunstancias concurrentes y en el caso de persona de proyección pública tener en cuenta la disminución de su derecho al honor; *c)* la libertad de expresión no puede ser invocada para legitimar un pretendido derecho al insulto, lo que sería incompatible con la dignidad de la persona; *d)* necesidad de que la información transmitida sea veraz o al menos contrastada a través de datos objetivos, y que la misma verse sobre derechos de interés general, para que pueda concederse prevalencia sobre el derecho a la protección del honor (FJ 4.º, STS de 13 de febrero de 2004).

Ponderación de intereses.—Cualquier crítica de la actividad profesional no puede ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal, sino que hay que ponderar la libertad ejercitada, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido (SSTC de 30 de marzo de 1992 y 22 de mayo de 1995).

El ejercicio del derecho de crítica no permite el empleo de expresiones injuriosas o innecesarias.—Emitir apelativos injuriosos, innecesarios para la labor informativa o para expresar una opinión, suponen un daño injustificado a la dignidad de la persona o al prestigio de las instituciones. No es lo mismo efectuar una evaluación personal desfavorable, lo cual entra dentro de la libertad de expresión, que emitir expresiones, afirmaciones o calificaciones vejatorias, desvinculadas de la información y proferidas gratuitamente sin justificación alguna, en cuyo caso nos hallamos ante la descalificación o el insulto (SSTC de 6 de junio de 1990, 8 de junio de 1992, 14 de octubre de 1998, 15 de julio, 2 de octubre de 1999, 11 de octubre de 1999, 5 de mayo de 2000 y 6 de mayo de 2002). (**STS de 13 de febrero de 2004**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don J. M. M. interpone demanda solicitando se declare la existencia de una conducta difamatoria por parte de

don M. S. A. que atenta contra el derecho al honor del actor, y se le condene al pago de 3.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima en parte el recurso de apelación y condena a don M. S. A. al pago de la suma de 500.000 pesetas más intereses legales, y a la publicación a su costa de la resolución. Don M. S. A. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo lo estima en parte.

NOTA.—En el presente caso, el problema se centra en determinar si las manifestaciones vertidas por don Miguel suponen un atentado al derecho al honor del demandante. El artículo denunciado dice que «la acción del representante de INVIFAS ha llegado a tal punto que la indignación de los inquilinos es patente ante la lamentable conducta del responsable, que trata de inventarse el pago de nuevos cánones por el uso de las instalaciones inexistentes, y cuando se le pide una explicación acostumbra a contestar “yo soy un mandado, pregúntenselo a los de Madrid”. Según la Audiencia Provincial la lectura de las expresiones realizadas por don Miguel apuntan al cobro de sumas indebidas y fijadas de forma unilateral por él, o porque no corresponden a la remuneración de ningún servicio, o porque no existe cobertura legal que ampare su cobro. Estas afirmaciones, publicadas en una revista, pueden llevar al lector a dudar de la persona contra la que se dirige. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que únicamente se está ejercitando el derecho a la libertad de expresión al tratarse de una manifestación de la crítica por la gestión profesional del actor como representante de INVIFAS, que en ningún caso «rebasa los límites tolerables del derecho de expresión». Hay que advertir que el derecho fundamental al honor esta limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente. Según las circunstancias del caso, la reputación ajena puede tener que soportar restricciones cuando lo requiera la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa o se opina, aunque ya sabemos que la apelación al contexto de la crítica no puede servir para dilucidar las consecuencias vejatorias que puedan tener para un tercero (SSTC de 12 de noviembre de 1990 y 5 de mayo de 2000, entre otras). (L. Z. G.)

11. Derecho al honor y presunción de inocencia. Derecho a informar. «Juicio paralelo» con relación a la presunta comisión de un delito.—El derecho a la intimidad, como el Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (entre otras, SSTC de 1 de diciembre de 1988, 17 de octubre de 1991, 11 de abril y 9 de mayo de 1994 y 16 de diciembre de 1996). No estamos en presencia de un derecho absoluto sino que puede ceder «... ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (SSTC de 28 de febrero y 9 de mayo de 1994 y 10 de abril de 2000). En este sentido, la intimidad personal y familiar cede

ante derechos de valor constitucional tales como el derecho a informar y a recibir información, artículo 20 CE, pero siempre que dicha información cumpla con los requisitos jurisprudencialmente establecidos de veracidad y de relevancia pública de su contenido, dado el interés general en el asunto, como puede ser la comisión de un delito de agresión sexual. Sin embargo, dicho derecho a la información ha de respetar la presunción de inocencia del artículo 24 CE, como sucede con la utilización de expresiones tales como «presunto violador», pero que se ve claramente lesionada al referirse al sujeto como el «agresor sexual de una vecina», de modo que la información deja de ser objetiva, neutral y veraz, sino que va más allá, al resultar tendenciosa por contener juicios de valor sobre la culpabilidad, «... predisponiendo a la opinión pública contra la persona que se señala, la que indudablemente resulta así desprestigiada y vejada...» (FD 1.º).

Intromisión en el derecho a la imagen. Lugar de captación: lugar de trabajo del presunto violador.—Una de las causas de exoneración de responsabilidad por intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de un sujeto, es que se trate de una autoridad o personaje que ejerzan un cargo público o profesión de notoriedad. Dicho carácter no se puede predicar con respecto a un sujeto con carácter previo a los hechos que le convirtieron en noticia, esto es, al ser «paseado» públicamente como presunto autor de un delito de agresión sexual. Estamos en un momento anterior, por lo que dicha persona aún no era noticia, no corresponde a la imagen gráfica de un suceso noticiable por lo que dicha persona «conservaba intacta su privacidad» (FD 2.º). Si bien como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona (al respecto, SSTC de 12 de noviembre de 1987, 22 de abril de 1993, 8 de noviembre de 1999 y 28 de enero de 1998), no es menos cierto que también que ciertas actuaciones en dicho ámbito pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad o la imagen de un sujeto, no sólo por parte del empresario (entre otras, SSTC de 2 de diciembre de 1988, 17 de octubre de 1991 y 10 de abril de 2000), sino por terceros, en tanto que la información o imagen obtenida en dicho ámbito exceda lo que sea la relación estrictamente profesional con el empresario. La captación de la imagen tuvo lugar en una obra en construcción, que no puede considerarse como un lugar abierto al público porque dichos recintos edificativos, aunque se encuentran en lugares abiertos, el acceso a los mismos sí se encuentra restringido. (STS de 9 de febrero de 1994; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 7 de junio de 1995 el diario *El Mundo-País Vasco* publicó en la primera página una fotografía de don F. S. G. seguido de un grupo de mujeres portando una pancarta y con el siguiente titular «Un piquete de mujeres prende y exhibe a un presunto violador», informando a continuación del nombre y apellidos del mismo. En el interior del diario, en el artículo de desarrollo, se amplía la información con las declaraciones de una mujer supuesta víctima de una agresión sexual, bajo el titular «Un piquete de mujeres detiene al agresor sexual de una vecina». En dicho reportaje además se atribuye por dos veces a F. la expresión «Cuando estoy borracho y caliente, lo hago». Don F. fue absuelto del delito de agresión sexual por la Audiencia Provincial de San Sebastián por Sentencia de 30 de enero de 1997. Don F. demandó al director del

diario y a la empresa directora del mismo solicitando que se les condenara a indemnizar los daños y perjuicios morales ocasionados por dicha publicación. Estimada la sentencia en primera instancia y desestimado el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, la parte demandante interpuso recurso de casación por infracción indebida de los artículos 7.3 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, con relación al artículo 20.1.d) CE. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

NOTA.—En la sentencia que anotamos es destacable el tratamiento que recibe por parte del Tribunal Supremo la captación de la imagen en el lugar de trabajo del presunto agresor, y considerar que no es, en ningún caso, un lugar abierto al público y que por tanto dentro de dicho recinto el sujeto mantiene su anonimato, su privacidad, frente a intromisiones procedentes del exterior, de terceros. El Tribunal Constitucional ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no implica, en modo alguno, la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (SSTC de 19 de julio de 1985, 21 de enero de 1988, 17 de julio de 1989, 5 de julio de 1990, 11 de abril de 1994, 12 de junio y 25 de noviembre de 1996 y 6 de mayo de 1997). Pero ello no es óbice para excluir ciertas intromisiones en la intimidad y la imagen de los trabajadores en sus lugares de trabajo por parte del empresario cuando respondan a razones justificables, como captación de imágenes o grabaciones por razones de seguridad, perspectiva desde la que sí cabe entrar a valorar específicas limitaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores en el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994 de 10 de enero de 1995). (R. D. O.)

12. Derecho a la imagen. Publicación de información escrita que no se corresponde con la información gráfica que lo acompaña. Error sobre la identidad de un presunto asesino.—La imagen de una persona es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible [entre otras, SSTC de 11 de abril de 1987 (RJ 1987/2703); 29 de marzo de 1988 (RJ 1988/2480); 9 de febrero de 1989 (RJ 1989/822); 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7873); 19 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7424); 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8079); 27 de marzo de 1999 (RJ 1999/2370), y 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2673)]. El contenido del derecho a la imagen se materializa en el derecho de cada individuo a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, de modo que toda captación, reproducción o publicación por cualquier medio, bien en momentos de la vida privada como fuera de ellos, supone un ataque al mismo, a no ser que nos encontremos en algunos de los supuestos enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

Veracidad de la información. Falta de comprobación de la información gráfica. Rectificación de errores.—Dentro del marco normativo del artículo 20 CE, y en el ámbito de la libertad de información, la protección constitucional frente a otros derechos fundamentales tales como honor

o intimidad, en función del caso, alcanza únicamente a la información veraz, ay sea gráfica o escrita. La diligencia de un periodista y su medio de comunicación en la indagación de la veracidad de lo informado significa que la información ha de ser comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, para, de este modo, poder encontrarse el informador bajo la protección del artículo 20.1.d) CE (SSTC de 21 de enero de 1988, 6 de junio de 1990, 21 de diciembre de 1992 y 25 de febrero de 2002, entre otras), puesto que la noticia divulgada, escrita o gráfica, puede suponer un descrédito en la consideración de una persona. Para poder apreciar la diligencia empleada por el informador deben tenerse en cuenta diversos criterios. En primer lugar, el nivel de diligencia se acentúa en aquellos supuestos en los que la noticia que se divulga puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (SSTC de 21 de diciembre de 1992, 31 de mayo de 1993, 26 de febrero de 1996, 25 de octubre de 1999, 31 de enero de 2000 y 25 de febrero de 2002). De igual modo, en el ejercicio del derecho a informar ha de respetarse la presunción de inocencia (SSTC de 3 de diciembre de 1992, 26 de febrero de 1996 y 31 de enero de 2000). En cualquier caso ha de valorarse la trascendencia de la información publicada, puesto que a la vez que la misma exige un mayor contraste, también es mayor su utilidad social. Y finalmente se ha de tener en cuenta cuál sea el objeto de la información, la fuente que proporciona la noticia, la posibilidad de contrastarla o el carácter del hecho noticioso (SSTC de 16 de febrero de 1996 o 31 de enero de 2000). La falta de comprobación de la identidad del sujeto que aparecía en la imagen y su publicación como ilustración de un artículo relativo a ciertos actos delictivos, en concreto, cuatro asesinatos, tiene indudablemente carácter de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen del demandante.

Falta de legitimación *ad causam* del periodista que firma el artículo.—La intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen no puede imputarse al periodista autor de la información escrita, la cual firma, pero no, por el contrario, de la información gráfica, responsabilidad que por tanto hay que imputar al director del periódico, como responsable de todo lo publicado, y solidariamente a la entidad que lo edita. (STS de 11 de diciembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *El País*, en el núm. X, de 4 de febrero de 1994, edición de Galicia, se publicó un artículo con referencia a los cuatro asesinatos que habían tenido lugar en Nigrán (Vigo) de los que se imputaba presuntamente a dos policías, M. L. y J. V. En la página 21 a la que se hacía referencia en la portada, se publicó una fotografía de J. M., también policía, pero identificado a su pie como M. L. La foto insertada en el artículo dimanaba de una revista policial, si bien en la foto originaria aparecía un grupo de personas sin identificación alguna de sus nombres a pie de foto. El artículo aparecía firmado por J. D. Al día siguiente el propio periódico publicó la fe de errores con la correcta identificación de la persona cuya imagen aparecía en la fotografía, así como su falta de participación en los hechos. Dicha corrección tuvo lugar junto a la sección de cartas al Director, en el margen inferior derecho. S. J. M. promovió demanda incidental de protección al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen contra el periodista que firmó el reportaje, la empresa editorial del diario *El País* así como al director del

mismo, solicitando que se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal y familiar y propia imagen del demandante, solicitando que se condenara a los demandados solidariamente a la indemnización del daño causado. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma. Los demandados interpusieron recurso de casación con alegación de infracción de diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El Tribunal Supremo estima el recurso y revoca la sentencia de la Audiencia Provincial, manteniendo la condena con respecto al director del diario así como a la empresa editora del mismo, pero absolviendo al periodista que firmó el mencionado artículo periodístico.

NOTA.—El error en cuanto a la fotografía que se utilizó para ilustrar el reportaje periodístico constituye una negligencia o irresponsabilidad por parte del medio que la publicó. La rectificación posterior por el propio medio y no a instancia del interesado que fue publicada, considera el Tribunal Supremo que no es suficiente para reparar el error informativo ya que se llevó a cabo sin la relevancia que tuvo el artículo (en el margen inferior derecho de la sección Cartas al Director).

El Tribunal Supremo mantiene los pronunciamientos de condena por intromisión ilegítima, estimando únicamente el recurso de casación en cuanto a la condena del redactor, ya que considera que él es sólo responsable del artículo escrito y no de la inserción de la fotografía, ya que no participó en la ilustración del reportaje. (R. D. O.)

13. Intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen. Carácter autónomo de cada uno de ellos.—Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reconocidos en el artículo 18.1 CE, a pesar de su estrecha vinculación como derechos de la personalidad derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral, son autónomos, de modo que ninguno de ellos tiene con respecto a los demás el carácter genérico que pueda comprender a los otros dos. La especificidad de cada uno de estos derechos impide «... considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos...» (FD 4.º, STC de 28 de enero de 2003, RTC 2003/14). La lesión del derecho a la imagen no impide que igualmente se puedan apreciar las eventuales lesiones del derecho a la intimidad o al honor que a través de dicha imagen se puedan causar, ya que el desvalor de la acción es mayor cuando los hechos puedan considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando a través de la imagen puede vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad o ambos derechos conjuntamente (entre otras, SSTC 81/2001 de 26 marzo; 83/2002, de 22 de abril, y 28 de enero de 2003).

Derecho a la imagen. Distinción entre consentimiento para la captación, reproducción y publicación de la imagen. Alcance del asentimiento.—Una de las causas excluyentes de responsabilidad a los efectos del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección jurisdiccional del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a

la propia imagen, es el consentimiento de aquella persona cuya imagen es captada, consentimiento que ha de alcanzar no sólo a la captación de la imagen sino a la reproducción y publicación de la misma en un determinado medio de comunicación social. Sin embargo no necesariamente dicho consentimiento o asentimiento inicial excluye la calificación como intromisión ilegítima, ya que el mismo ha de alcanzar no sólo a dicha captación, sino también a la reproducción de la misma y su publicación en determinados medios, ya que tanto el texto escrito como la fotografía forman un todo [SSTS de 3 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8408), 16 de junio de 1990 (RJ 1990/4762), 18 de julio de 1998 (RJ 1998/6278) y 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2673)].

Derecho al honor y vinculación con el mundo de las drogas sintéticas y del consumo de alcohol.—La utilización de la imagen del demandante, teniendo en cuenta el conjunto del reportaje literario, y la trascripción de expresiones que no fueron realizadas por él, conducía a imputarle una relación directa y de protagonismo con el mundo marginal de las drogas sintéticas, el alcohol y la llamada ruta del bacalao. La vinculación directa con ese ambiente constituye una intromisión ilegítima en el honor del demandado en tanto que conlleva un descrédito y desmerecimiento en la opinión ajena, lesionando su dignidad. El desprestigio y desdoro que se causa se proyecta además en una doble dirección: externa o social, en cuanto que constituye una difamación injustificada y completamente ausente de veracidad y certeza; e interna o individual, por el carácter descalificatorio del artículo. (STS de 24 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. autorizó la realización de su fotografía para ilustrar una campaña publicitaria sobre los locales de moda en Pozuelo de Alarcón. Sin embargo, posteriormente dicha fotografía apareció publicada en el suplemento del diario *El Mundo* de 14 de noviembre de 1993, en un reportaje sobre la juventud, drogas sintéticas, alcohol y velocidad en la conducción de vehículos de motor, en el que el personaje central era un joven llamado J. Además al pie de fotografía se incluyó un texto que decía «la verdad es que nos ponemos todos los fines de semana. Bebemos bastante. Solemos coger un puntazo guay». Don J. demandó al director del diario *El Mundo*, entre otros, así como a la empresa editorial, solicitando que se declarase que el mencionado artículo constituía una intromisión ilegítima en su honor e imagen, así como la condena solidaria de todos ellos a una indemnización de 5.000.000 de pesetas. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados al pago de la cantidad de 2.500.000 pesetas. Recurrida la sentencia ante la Audiencia Provincial por la parte demandada, igualmente estimó parcialmente el recurso en lo relativo al importe de la indemnización, que fue fijada en 1.250.000 pesetas. La parte demandada formuló recurso de casación, por indebida aplicación de los artículos 2.2 y 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, con relación al artículo 20.1.d) CE. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

NOTA.—En el caso que anotamos el Tribunal Supremo vuelve a reiterar su doctrina acerca del alcance del asentimiento o consentimiento con relación a la captación de la imagen de un sujeto. Y delimita al respecto lo que es el consentimiento en cuanto a la captación, a la reproducción y, finalmente, en cuanto al medio y el

conjunto literario o informativo del reportaje en el que se utilice dicha imagen. Se entiende por el Tribunal Supremo que se produce, de una parte, la lesión del derecho a la imagen del demandante, puesto que si bien asintió la captación, no, por el contrario, su difusión al hilo de un reportaje acerca del mundo de las drogas sintéticas y el alcohol, así como al derecho al honor, por su vinculación a ese denominado ambiente de la ruta del bacalao. (R. D. O.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Negocio fiduciario: prueba de la existencia de los contratos.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que la existencia o inexistencia de un contrato, la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como de vicios en el consentimiento, y su cumplimiento, es una cuestión de mero hecho y, como tal, su constatación es facultad privativa de los Tribunales de instancia, a través de la valoración de la prueba practicada.

Negocio fiduciario: concepto.—Indica el Tribunal Supremo que el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista.

Negocio fiduciario: diferencias con el negocio simulado.—Recuerda el Tribunal Supremo la jurisprudencia relativa a las diferencias entre el negocio simulado y la *fiducia cum amico*, señalando que el negocio simulado es un negocio ficticio, mientras que el fiduciario es real, es querido con todas sus consecuencias jurídicas; el negocio simulado es simple, mientras que el fiduciario es complejo; el negocio simulado es nulo, mientras que el fiduciario es válido; el negocio simulado carece de causa, mientras que el fiduciario tiene una causa *fiducia*. (STS de 30 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los matrimonios formados por don F. M. R. y doña M. C. L. A., de una parte, y don E. E. C. y doña M. P. M. Y., firmaron un documento en virtud del cual se reconocía que la propiedad de diversas naves industriales y de un campo de regadío pertenecían al 50 por 100 a ambas sociedades conyugales, y ello a pesar de que en el Registro de la Propiedad la titularidad aparecía inscrita sólo a favor del segundo de los matrimonios mencionados. Precisamente este matrimonio, tiempo después de la firma del documento, otorga capitulaciones matrimoniales asignando la titularidad de los inmuebles antes mencionados sólo a la mujer.

Don F. M. R. y doña M. C. L. A. reclaman que se reconozca su derecho al 50 por 100 de las fincas adquiridas, la condición del marido de accionista de la empresa EURITECSA y la cualidad de arrendadores en el arriendo a la sociedad GER, S. A. de las naves industriales, con el correlativo derecho a percibir el 50 por 100 de las rentas devengadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza revocó en parte la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los dos recursos de casación interpuestos.

NOTA.—Es reiterada la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que afirma que en el denominado negocio fiduciario, el fiduciario sólo ostenta una titularidad formal, de tal modo que carece de poder de disposición sobre la cosa objeto del mismo, aunque opere respecto de tercero el principio de apariencia jurídica, que, obviamente, no ampara a quien conoce o puede conocer la realidad jurídica, y menos, claro está, a quien actúa en connivencia fraudulenta, aparte de que dicho negocio es nulo si envuelve un fraude (STS de 2 de diciembre de 1996). Así, como titularidad meramente formal, no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (SSTS de 30 de abril de 1992 y 5 de julio de 1993), de tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante, pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (STS de 26 de julio de 2004). (*A. M. C. E.*)

15. Reglas sobre la interpretación de los contratos: requisitos para su impugnación en casación.—No cabe invocar de forma conjunta los artículos 1281 a 1289 CC; por el contrario, es preciso concretar el precepto que se dice infringido, expresando en qué consiste el error de interpretación y cuál es la interpretación correcta.

Criterios de valoración para la determinación judicial de la cuantía de los honorarios.—Para la determinación judicial de los honorarios la jurisprudencia recurre al valor de la costumbre o uso frecuente en el lugar, a la importancia de las pautas orientadoras (naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada, etc.) y a las normas colegiales que proporcionan criterios indicativos sobre el coste de los servicios. En los supuestos de impugnación por excesivos se reconoce, además, al juzgador una facultad moderadora en armonía con un criterio de equidad a fin de fijar la compensación dineraria que se estime justa (SSTS de 12 de julio de 1984, 3 y 24 de febrero y 24 de septiembre de 1986 y 16 de septiembre de 1999). (**STS de 20 de noviembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores reclaman a la entidad mercantil demandada 13.679.834 pesetas en concepto de honorarios por su defensa, en las dos instancias, de un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales. Los actores son asesores jurídicos de dicha entidad y argumentan que conforme a la legislación aplicable, las funciones de letrado asesor del consejo de administración no comprenden la defensa de la sociedad en procedimientos judiciales entablados por o contra la misma. La sentencia de primera instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial no admite la reclamación de los apelantes al entender que los honorarios reclamados fueron cubiertos con el pago, por la entidad demandada, de una minuta complementaria de 1.500.000 pesetas y, además, por las minutas satisfechas por los que fueron condenados en costas en

aquellos procedimientos de impugnación de acuerdos sociales. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso planteado por los actores. (C. O. M.)

16. Cláusula *rebus sic stantibus*. Presupuestos para su aplicación.–

El Tribunal Supremo reitera las conclusiones que estableció la famosa STS de 17 de mayo de 1957 en relación con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: a) que dicha cláusula no está legalmente reconocida; b) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; c) que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; d) que su admisión requiere como premisas fundamentales: la alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles. En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones. Esta doctrina se mantiene en posteriores sentencias (SSTS de 23 de abril de 1991, 29 de mayo de 1996, 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003).

Contrato de compraventa de un solar para construir en él y acaciamiento de circunstancias radicalmente imprevisibles.–No cabe considerar como «radicalmente imprevisible», para una empresa dedicada a la construcción, la variación de los planes urbanísticos que tiene lugar una vez celebrado el contrato y antes de comenzar a construir; sobre todo si se tiene en cuenta que la legislación autonómica en aplicación de la cual se revisa el plan de ordenación urbana es anterior a la celebración del contrato de compraventa en cuestión. Además, hay que subrayar que, en este tipo de contratos de tracto único, la cláusula *rebus sic stantibus* es de aplicación más excepcional que en los de tracto sucesivo (SSTS de 10 de febrero de 1997 y 15 de noviembre de 2000).

El riesgo en la compraventa y el otorgamiento de escritura pública de venta.–Conforme a la STS de 16 de noviembre de 1979, el artículo 1452 CC –que regula el problema del riesgo en la compraventa y recoge el principio romano de *res perit emptore*–, es aplicable «para el supuesto de que, estando perfeccionado el contrato de compraventa, la cosa vendida no haya sido entregada y se pierda, destruya o deteriore». De ahí deduce el Tribunal Supremo que no resulta aplicable este precepto cuando se ha celebrado el contrato en escritura pública y, conforme al artículo 1462 CC, su otorgamiento equivale a la entrega del inmueble objeto de compraventa. (STS de 22 de abril de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.–Don A. M. B., como vendedor, y *Habitat Montseny, S. L.*, como compradora, celebran un contrato de compraventa que tiene por objeto dos piezas de tierra colindantes entre sí que pasan a constituir finca nueva independiente. El precio de venta que consta en la escritura es de 19.500.000 pesetas. Se pacta que

6.500.000 pesetas del precio se abonarán con una plaza de aparcamiento y una vivienda que escogerá el vendedor de la construcción que va a realizar la compradora.

Ante la falta de cumplimiento de la compradora, el vendedor presenta una demanda en la que solicita el cumplimiento del contrato en la forma pactada y, subsidiariamente, el pago de la cantidad de 6.500.000 pesetas, con los intereses legales. La compradora se opone a la demanda y, alegando que se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias habidas con posterioridad a la firma del contrato (en especial la reducción de la edificabilidad y destino de la finca), solicita que el vendedor soporte una reducción del precio de la venta de 6.500.000 pesetas (y que, por tanto, se deje sin efecto la prestación de la entrega de una vivienda y una plaza de aparcamiento).

En primera instancia y en apelación se desestima la demanda y se estima la reconvenición presentada por la parte compradora. El vendedor presenta recurso de casación y el Tribunal Supremo estima el motivo basado en la incorrecta aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero no procede a la casación y anulación de la sentencia recurrida al considerar válido otro de los fundamentos empleados para declarar la desestimación de la demanda, como es la existencia de un documento en el que se declara totalmente saldada la deuda que existía entre las partes. (L. S. M. P.)

17. Validez de la cláusula que permite desistir unilateralmente de un contrato de duración indefinida.—La STS de 22 de septiembre de 1999 declara que el artículo 1256 CC no impide que se pueda pactar el desistimiento de la relación convenida y ello precisamente no significa ni representa entregar su validez y cumplimiento a uno de los contratantes, sino autorizar para que pueda poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida.

Naturaleza temporal de la relación obligatoria, lo que significa que es contrario al orden público la duración a perpetuidad.—Resulta procedente indicar la declaración contenida en la STS de 26 de octubre de 1998: «el contrato litigioso de 1 de agosto de 1989 no fue celebrado por plazo o tiempo indeterminado o indefinido, sino que se estipuló prácticamente la duración del mismo “a perpetuidad”, la cual es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (art. 1583 CC), teniendo declarado la antes citada sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1985 que la perpetuidad es, salvo casos excepcionales, entre los que no se encuentra el contemplado, opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificado como atentatoria al orden jurídico». (STS de 13 de abril de 2004, no ha lugar.)

HECHOS.—Los litigantes celebraron en 1992 un contrato por el que la primera sociedad autorizaba a la segunda para la reparación de las marcas que ella representa. En dicho contrato se contenía una cláusula que se refería a la duración indefinida del contrato, «siendo requisito para su rescisión el preaviso con sesenta días de antela-

ción para cualquiera de las partes de forma fehaciente». A finales de 1993 la primera sociedad comunicó a la segunda su voluntad de terminar el contrato, fijando la fecha de rescisión para más de dos meses después. La segunda sociedad no hizo caso de esa comunicación y continuó reparando los aparatos representados por la primera, lo que obligó a ésta a demandar a aquélla, solicitando la declaración judicial de resolución del contrato con otros pronunciamientos accesorios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación y declaró resuelto el contrato y condenó a la demandada a algunos de los pronunciamientos solicitados en la demanda. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación, dando por acreditada la voluntad rescisoria por parte de la demandante y considerando que el contrato atípico de colaboración que unía a las partes por tiempo indefinido permite la introducción de cláusulas que regulan el desistimiento unilateral de uno de los contratantes sin necesidad de alegar y probar una justa causa. (*L. F. R. S.*)

18. Contrato de ejecución de obra. Cláusula penal moratoria. Inoperatividad de la facultad moderadora establecida en el artículo 1154 CC.—«La facultad moderadora que otorga el artículo 1154 CC sólo opera cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, y aquí estamos ante un contrato de ejecución de obra en el que el contratista incumplió el deber asumido de entregarla en el plazo previsto en el contrato, lo que resulta perfectamente demostrado, y en estas relaciones jurídicas no cabe la posibilidad legal de aplicar la facultad moderadora, y aquí se trata más bien de cláusula estricta y exclusivamente penal moratoria al estructurarse sobre el mismo retraso, lo que la hace inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, representando efectivo incumplimiento total». «Dado el supuesto litigioso, resulta aplicación indebida tener en cuenta el artículo 1154 CC, y recobra toda su eficacia e integridad la cláusula del contrato que prevé la pena pecuniaria como indemnización por retraso sin moderación alguna» (FJ 2.º, STS 29 de marzo de 2004).

Concurrencia de culpas. Moderación del artículo 1103 CC.—«Teniendo en cuenta que el contratista responde él solo en los casos de retraso cuando el mismo se hubiera producido por causas a él únicamente imputables, lo que aquí no aconteció, como queda dicho, por lo que nos encontramos ante un supuesto de culpas concurrentes, con el consiguiente efecto compensatorio, que cabe moderar conforme al artículo 1103 CC...» (FJ 3.º, STS 20 de marzo de 2004). (**STS de 29 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. C. M. interpone demanda solicitando se declare la rescisión del contrato suscrito entre el actor y la demandada en fecha de 15 de septiembre de 1990, por incumplimiento de esta última, y además, se le condene al pago de la cantidad de 6.636.469 pesetas correspondientes al beneficio industrial del 16 por 100 calculado sobre la cantidad total no percibida, y al pago del interés legal desde la interposición de la demanda. Doña M.ª T. S. P. contesta a la demanda y al mismo tiempo plantea demanda reconvenzional en la que solicita se declare resuelto el contrato de ejecu-

ción de obra y se condene a la parte actora al pago de 8.492.801 pesetas más los trabajos realizados por el aparejador en su informe de fecha 30 de febrero de 1992. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la resolución del contrato de ejecución de obra y condenando a la demandada a abonar la suma de 4.819.763 pesetas más intereses legales. La Audiencia desestima el recurso interpuesto por la demandada, y estima en parte el recurso formulado por adhesión por parte del actor, condenando al apelante a satisfacer al apelado-adherido 7.365.763 pesetas. La parte demandada formula recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa aborda como cuestión principal la posible moderación de la denominada «cláusula penal moratoria». El artículo 1154 CC habla de la necesidad de cumplimiento parcial o irregular de la prestación para que pueda existir moderación de la cláusula. Las situaciones a las que alude con estos términos son la mora, el cumplimiento parcial y el defectuoso. La cuestión que aquí se plantea es si cabe la moderación de la pena según el artículo 1154 CC en supuestos de retraso en el cumplimiento. Hay que decir que «la mora supone un incumplimiento denominado tradicionalmente “impropio” o “relativo”, distinto al cumplimiento parcial o irregular a que literalmente parece referirse el artículo 1154 CC». (Véase, Más Badía, *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995, p. 118). Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido calificando este supuesto como incumplimiento irregular a efectos de la aplicación del artículo 1154 CC, y reiteradamente los Jueces y Tribunales han moderado penas moratorias basándose en que existía un incumplimiento irregular [SSTS de 29 de enero de 1992 (RJ 1992, 276), 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8364), entre otras]. Posteriormente, la línea jurisprudencial ha cambiado y el Tribunal Supremo ha dejado de moderar estos supuestos de cláusula penal moratoria al entender que «a la cláusula penal moratoria, no estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación. El retraso es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total» [SSTS de 29 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8441), 10 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6191), 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2887), 27 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1910), 30 de abril de 2002 (RJ 2002, 4041), entre otras]. El Tribunal Supremo manifiesta su negativa a moderar en base a que estamos ante supuestos de incumplimiento total. Aun así, el Tribunal Supremo utiliza otro argumento para moderar la pena por considerarla excesiva, y acude al artículo 1103 CC aplicable a los casos de incumplimiento total debido a mera negligencia. Por tanto, no se podría aplicar el artículo 1154 CC debido a la propia literalidad del precepto, sin embargo, las situaciones de falta de equidad se solucionan vía artículo 1103 CC. Parece en teoría que

podría utilizarse para moderar supuestos de penas abusivas cuando el incumplimiento de la obligación principal se hubiera debido a culpa. La utilización de este precepto para estos casos ha sido criticada por algún autor en base a que en este caso no se está llevando a cabo una auténtica moderación sino un reparto de responsabilidad [Véase, Díaz Alabart, «Comentario al artículo 1103 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Tomo XV, vol. 1.º, 1989, pp. 573-574; «La facultad de moderación del artículo 1103 del Código Civil», *ADC*, 1988, p. 1171]. La línea seguida por el Tribunal Supremo hasta ahora era la de no aplicar el artículo 1103 CC a supuestos de incumplimiento total, por entender que la actitud del deudor en ese caso cae dentro de la idea de culpa grave, equiparable, por tanto, al dolo. (*L. Z. G.*)

19. Contrato de obra. Resolución. Invocación del artículo 1124 CC. Aplicación en caso de retraso que acarrea incumplimiento.—La actora alega infracción del artículo 1124 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que desarrolla el precepto referido esgrimiendo que la demandada no se encuentra legitimada activamente para resolver un contrato al encontrarse en situación de incumplimiento. El Tribunal Supremo no admite el recurso ya que no hubo incumplimiento, aparte de que la demandada mantuvo la legalidad de los contratos. «Se llega a la conclusión de que el retraso por parte del contratista en el cumplimiento de los plazos establecidos no puede considerarse como justificado y así se deduce tanto del contenido del acta de fecha de 30 de marzo de 1993, como de los dictámenes periciales obrantes en autos debidamente ratificados, sin que de manera ya concreta las modificaciones y adiciones al proyecto inicial puedan ser valoradas como determinantes del retraso en la ejecución de las obras constitutivas en fin de un incumplimiento de lo pactado en el contrato. La propietaria de la obra opta inicialmente por el cumplimiento del contrato pese a ese retraso existente, y sólo después cuando es requerida por la contratista para la recepción de la obra, y ante lo inacabado de ésta, se inclina por la resolución, debiéndose considerar que tal resolución es válida desde el instante en que considerando la contratista finalizada la ejecución de las obras, no cabría ya posibilidad de su continuación al menos en los términos y condiciones pactadas en el contrato». Este fue el pronunciamiento de la Instancia que a tenor de la STS de 30 de octubre de 2003 «en casación ha de estarse respecto a quien dejó de cumplir el contrato a lo resuelto por la Sala de Instancia mientras no se impugne por la vía adecuada (SSTS de 22 de julio de 1995, 20 de julio de 1996, 9 de diciembre de 1997), ya que el problema del incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el artículo 1692.4 LEC pudiendo resolverse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (STS de 10 de marzo de 1983), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde» que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento acreditado por la Sala». En el mismo sentido SSTS de 18 de marzo de 1991, 22 de julio de 1995, 20 de julio de 1996, 9 de diciembre de 1997, 5 de abril y 30 de noviembre de 1999, 25 de octubre de 2000, 15 de marzo y 5

de abril y 20 de septiembre de 2001, 20 de marzo y 17 de mayo y 27 de julio de 2002, 18 de marzo y 2 de abril de 2003.

Recepción provisional de la obra.—Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que «el contrato es Ley entre las partes que deben cumplirlo con estricta sujeción a lo que en él está establecido, como para que el Juzgador, haya de aplicarlo según su tenor». En virtud de lo expuesto, las partes acordaron la cláusula 6.2.1 del contrato de 16 de abril de 1991 según la cual la recepción de la obra provisional, con o sin conformidad, implica la total terminación de las obras con arreglo a las prescripciones previstas, pudiendo solo presentar defectos que motivaran o bien una recepción provisional sin conformidad, con la fijación del plazo para su remedio, o bien pequeñas deficiencias o falta de pequeños remates, subsanables en un mes, que en ningún caso podía ser un obstáculo a la recepción provisional con conformidad. Correspondiendo a la dirección facultativa calificar el estado de la obra. La obra presentaba grandes defectos por lo que es de recibo la negativa de *Explotaciones Turísticas de Galicia, S.A.* a recibirla. **(STS de 10 de febrero de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—La actora, A. C. S. *Actividades de Construcción y Servicios, S.A.* (compañía que absorbió la extinguida *Ginés Navarro Construcciones, S.A.*) solicita en su demanda que la resolución de dos contratos (uno de ellos datado el 12 de noviembre de 1990, contrato de ejecución de obra para la construcción de un edificio en La Coruña. El objeto del mismo fue el vaciado del solar previo a la edificación. El segundo, datado el 16 de abril de 1991, tenía por finalidad la construcción llave en mano de una edificación compuesta de dos cuerpos de edificio, destinado uno a Hotel y el otro a aparthotel. El precio cifrado en 2.410.000 pesetas se considera llave en mano, entregándose el edificio en perfectas condiciones y con todos sus permisos, proyectos complementarios, componentes e instalaciones exigibles, según normativa, y necesarios para un perfecto e inmediato funcionamiento del edificio destinado al fin previsto) se declare que fue injustificada por la parte demandada a causa del retraso producido en su ejecución. Solicita así mismo, devolución del aval que entregó a la demandada, indemnización por los daños y perjuicios producidos así como pago del precio pendiente. Reconviene la demandada y pide que esa resolución se mantenga por el retraso en la ejecución de la obra con pago de la pena fijada. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte ambas acciones. Declara justificada la resolución del contrato llevada a cabo por *Explotaciones Turísticas de Galicia, S.A.* y condena a la demandada al pago a la actora de 936.805.300 pesetas más IVA. Así mismo, condena a la actora a la pérdida del aval prestado al suscribir el contrato y a que abone a la demandada ciertas cantidades en concepto de penalización, importe de trabajos pendientes de realizarse para la terminación de la obra en la fecha prevista, así como por daño emergente y lucro cesante. La Audiencia Provincial confirma en parte la apelación de la actora aumentando la suma pendiente de abonar a la demandada. Recurren en casación ambos litigantes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos. *(M. F. N. C.)*

20. Aliud pro alio.—La aplicación de los artículos 1124 y 1101 CC se emplea en los casos de resolución contractual originada por la entrega de cosa inútil para servir a los fines contratados, diferenciado de la existencia de vicios en el objeto, cuyo plazo de caducidad es de seis meses. La entrega de cosa diversa conduce al pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto e insatisfacción del comprador (SSTS de 12 de mayo de 1990, 10 de mayo de 1995 y 30 de octubre de 1998.) La ineptitud del objeto para el fin a que iba destinado significa un incumplimiento de contrato y no vicio redhibitorio (SSTS de 6 de mayo de 1911, 19 de abril de 1928, 1 de julio de 1947, 23 de junio de 1965, 7 de enero de 1988, 14 de noviembre de 1994, 17 de mayo de 1995, 26 de febrero de 1996, 1 de diciembre de 1997 y 24 de julio y 10 de octubre de 2000).

Prueba pericial.—La prueba pericial ha de ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica. El Juzgador no se encuentra obligado a sujetarse al dictamen pericial. La impugnación en casación es posible cuando las conclusiones que el Juzgador alcance a través de la prueba sean contrarias a la racionalidad y las directrices de la lógica (SSTS de 13 de febrero de 1990 y 29 de enero de 1991). (**STS de 27 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presentó demanda por parte de una sociedad vendedora de unas determinadas máquinas para el tratamiento de madera, sobre reclamación de cantidad, contra la compañía compradora, que a su vez, reconvino y solicitó la resolución del contrato de compraventa de las mencionadas máquinas por incumplimiento del vendedor, porque las máquinas adolecían de graves defectos que las hacían inútiles para su finalidad. En primera instancia se estimó íntegramente la demanda de la sociedad vendedora, condenando a la compañía compradora al pago del importe reclamado, tras la práctica de una prueba pericial en la que el perito, tras su visita a las instalaciones de la sociedad vendedora, comprobó la presencia de veintidós máquinas, analizando una al azar. Apelada la sentencia, la Audiencia acogió parcialmente el recurso de la compañía compradora, declarando resuelto el contrato de compraventa entre ambas celebrado en cuanto a determinadas máquinas. Se recurrió por la sociedad vendedora ante el Tribunal Supremo, que desestimó el citado recurso de casación.

NOTA.—La decisión del Tribunal Supremo se enmarca en la mayoritaria y casi unánime línea jurisprudencial que distingue entre el incumplimiento obligacional y los vicios redhibitorios (SSTS de 24 de julio y 14 de diciembre de 2000 y 8 de febrero de 2003), Al no existir una norma general que resuelva la confusión, se refleja la doctrina del *aliud pro alio* en una doble vertiente: entrega de cosa distinta a la pactada e imposibilidad de incumplimiento por inhabilidad en el objeto, por no reunir para el uso a que tenía que ser destinado, o por insatisfacción del adquirente (STS de 23 de enero de 1998). (*P. S. S.*)

21. La acción pauliana: carácter subsidiario.—Tiene carácter subsidiario de conformidad con lo establecido en los artículos 1111, 1291.3.º y 1294 CC. Se trata de una subsidiariedad económica y jurídica.

La jurisprudencia, en numerosas resoluciones, ha examinado la doble faceta de carencia de bienes y de otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio económico, configurándola en torno a la imposibilidad de obtener la satisfacción del crédito (STS de 28 de junio de 2002), es decir, imposibilidad, real y efectiva, de cobrar (SSTS de 5 de noviembre de 1995 y 19 de junio de 2001).

Flexibilización jurisprudencial de la exigencia de la subsidiariedad.—No es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso (SSTS de 17 de julio de 2000 y 17 de julio de 2002), ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia (SSTS de 29 de marzo de 2001 y 2 de abril de 2002), como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores (SSTS de 31 de octubre de 1994, 20 de febrero y 19 de septiembre de 2001 y 27 de junio de 2002), por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas (STS de 9 de mayo de 2001) o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso (SSTS de 31 de diciembre de 1998 y 23 de septiembre de 2002).

La subsidiariedad: relación con la vía de apremio y con la suspensión de pagos.—El requisito de la subsidiariedad no concurre (en la faceta de carencia de otro recurso legal) cuando no se agotó la vía de apremio (SSTS de 8 de marzo y 30 de junio de 2003), pero sí cuando el deudor es declarado en suspensión de pagos. Esto es, no hay obstáculo al ejercicio de la acción pauliana una vez iniciado el procedimiento concursal (STS de 8 de febrero de 1988); con esta apreciación no se vulnera el principio concursal *par condicio creditorum*, porque no se altera la igualdad respecto de la masa activa, ni se atribuye ningún privilegio o preferencia respecto de la misma, ya que en este caso los bienes donados sobre los que incide la acción están fuera del patrimonio del deudor, incluso los otros acreedores de la suspensión resultarían indirectamente beneficiados, al extinguirse, o reducirse, el crédito del acreedor resarcido mediante la acción pauliana.

Legitimación activa: exclusión por el deudor y prueba de la insolvencia.—Es el deudor el que ha de precisar y señalar otros bienes para excluir la legitimación de la acción revocatoria o pauliana (STS de 19 de septiembre de 2001), y no se puede gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor (SSTS de 11 de abril de 2001 y 12 de diciembre de 2002).

Requisitos de la acción pauliana.—*a)* Consta la existencia de un crédito a favor de la entidad actora contra los demandados (SSTS de 7 de abril de 2000 y 19 de septiembre de 2001, entre otras); *b)* Hay una efectiva transmisión de bienes por los deudores a terceros con posterioridad a la generación de la deuda (SSTS de 7 de abril de 2000 y 29 de marzo de 2001), (con independencia de que en determinados casos cabe ejercitar la rescisión aun siendo la enajenación anterior); *c)* Existe perjuicio del acreedor por la falta de solvencia de los deudores y carencia de otro recurso legal para hacer efectivo el crédito (imposibilidad de cobrar); y *d)* Finalmente, concurre el carácter fraudulento de la enajenación por cuanto se trata de una donación, la cual se presume fraudulenta de conformidad con lo establecido en los artículos 643, párrafo segundo, y 1297, párrafo primero, ambos del CC.

Para que una donación se considere fraudulenta no es necesario demostrar concierto entre donante y donatario.—Tanto más si se tienen en cuenta las circunstancias del caso (parentesco paterno-filial entre donantes y

donatarios, tratarse de los bienes donados de inmuebles, y el hecho de que el crédito deriva de una póliza de préstamo con garantía personal, respecto de la que es lógico presumir que su concesión contempló la existencia de tales bienes para confiar en poder hacerse efectivo a su vencimiento –STS de 20 de febrero de 2001). (STS de 30 de enero de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Los dos cónyuges de un matrimonio concertaron con una entidad bancaria una póliza de crédito con garantía personal por un límite de cuatro millones de pesetas y un vencimiento de once meses. Su saldo negativo dio lugar a que el Banco demandara a ambos cónyuges y a sus hijos, solicitando a los dos primeros el crédito adeudado y respecto a todos ellos la nulidad e inexistencia del contrato de donación, otorgado un día antes del vencimiento del crédito, por virtud del cual los padres transmitieron a los hijos dos fincas registrales. Alternativamente se solicitaba la rescisión de dicho contrato de donación por haberse realizado en fraude de acreedores. Se dio la circunstancia que el marido solicitó a los diez días de la donación la declaración de suspensión de pagos, la cual fue establecida tres años y medio después, fijándose en diecisiete millones de pesetas la cantidad que el pasivo excedía del activo.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la acción de reclamación de cantidad, pero desestimaron la demanda en cuanto a las pretensiones de nulidad y de rescisión de la donación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el actor al declarar, además de lo establecido en ambas instancias, la rescisión de la donación por efectuarse en fraude de acreedores. (I. D. L.)

22. Acción rescisoria. Requisitos.—«La acción rescisoria es un remedio de carácter subsidiario, conforme al artículo 1294 CC, habiendo declarado reiteradamente la jurisprudencia –SSTS de 12 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y 21 de mayo de 1992– que dicho cuerpo legal queda a favor de los acreedores para proteger y lograr la efectividad de sus créditos en bienes del deudor demandado. Exige, a modo de precedente fáctico-legal necesario, que se cumplan las previstas del artículo 1111 CC, es decir, que a los acreedores no les resulte por otro medio posible el reintegro de la deuda, lo que supone la realidad de la existencia del crédito y la celebración por el deudor con posterioridad de actos de disposición patrimonial que atenten directa y frontalmente a dicho crédito, al que de este modo se le vacía de todo contenido en cuanto a su real percepción, en un actuar defraudatorio concebido y ejecutado con el indudable propósito de causar perjuicios y daños constatados al acreedor, debiendo darse también la concurrencia de que los bienes perseguidos no hayan pasado a tercero de buena fe (SSTS de 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989, 27 de febrero, 27 de mayo y 26 de noviembre de 1992, 28 de noviembre de 1994, 25 de noviembre de 1996) (STS 13 de mayo de 2004)».

Tanto la determinación de la insolvencia como la presencia o ausencia de fraude son cuestiones de hecho y como tales apreciables por el Tribunal de Instancia de cuyo criterio no se puede desviar el Tribunal de casación, a menos que se impugnen aquellos hechos. En este sentido SSTS de 28 de junio de 1994, 27 de abril de 2000, 16 de julio de 1999, 14 de abril de 1998,

1 de diciembre de 1997, 24 de diciembre de 1996, 26 de noviembre de 1992 y 7 de febrero de 1991.

La acción rescisoria no puede dirigirse contra quien no es deudor.—«La acción revocatoria es un instrumento de reintegración del patrimonio del deudor que pretende dotar de plena eficacia al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC. No puede ser dirigida contra quien no es deudor, por mucho que antes haya efectuado actos más o menos inequívocos de vinculación de bienes propios al pago de deudas ajenas, con independencia de las acciones que los acreedores puedan tener, si es que la tienen, para el efectivo cumplimiento de ese compromiso, ni puede irse contra los adquirentes, a los que se les imputa el título de partícipes en acuerdo fraudulento, porque no siendo el transmitente deudor de quien ejercita la acción no puede haber fraude de sus derechos en la transmisión (STS de 22 de abril de 2004)».

Consilium fraudis.—El fraude es un presupuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor pueda ser rescindida (arts. 1111.1, 1291.3 y 1297 CC). Constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo, ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria. Frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*) (SSTS de 25 de enero de 1995, 31 de diciembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 25 de enero de 2000, 20 de febrero y 11 de octubre de 2001, 15 de marzo y 17 de octubre de 2002).

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no es unánime. En este sentido la STS de 19 de octubre de 1999 y con ella las SSTS de 13 de febrero de 1992, 6 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1994 relativas a la apreciación del *consilium fraudis* del acreedor beneficiario, como requisito para la viabilidad de la acción rescisoria de los artículos 1111 y 1291.3 CC establecen: «Hay que entender que al exigir el juzgador de instancia para apreciar la concurrencia del *consilium fraudis* la existencia de una maquinación fraudulenta, por la que el deudor en concierto con el acreedor haya pretendido perjudicar a los demás acreedores, exigiéndose para dar lugar a la acción pauliana la existencia de una especie de confabulación, lo cual implica seguir un criterio tradicional, con desprecio de la moderna jurisprudencia para la que basta con el consentimiento y aquiescencia del perjuicio ocasionado a otros acreedores para que la misma tenga éxito».

Expedita la vía para la postulación de la rescisión contractual, la prosperabilidad de esta acción requiere a su vez que concurren pruebas de la existencia del fraude. En este sentido «al acreedor que ejercita la acción rescisoria de actos y contratos celebrados en fraude de acreedores no se le puede gravar con una prueba negativa (que el deudor carece de bienes) de modo que la conducta del demandado pueda ser pasiva, es decir, que puede abstenerse de la alegación fácil y accesible para él de hechos positivos que deslegitimaría al acreedor accionante, cual es que tienen bienes realizables que no se han perseguido. Sería tanto como obligarle a una prueba diabólica, por lo que a aquel acreedor le bastará con acreditar una persecución de bienes que cono-

ce o debió conocer según las circunstancias del caso (STS de 11 de abril de 1996)». En cualquier caso, «el *consilium fraudis* necesario entre el deudor y el tercero puede probarse mediante presunciones» (STS de 16 de junio de 1994). (STS de 12 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Central Hispanoamericano* formuló demanda contra don J. L. y su esposa doña M.^a L. B. ejercitando la acción rescisoria del artículo 1291.3.º CC en relación con los préstamos garantizados con hipoteca concedidos por la demandada a su marido en escrituras públicas de 12 de mayo y 30 de julio de 1993, así como la dación de la finca gravada por las hipotecas aludidas, realizada por don J. a favor de doña M.^a L. en pago de su deuda, que se hizo constar en escritura pública de 10 de noviembre de 1993.

El Banco accionante alegó que el 22 de julio de dicho año había concertado una póliza de crédito por suma límite de 10.000.000 de pesetas a favor de *Villa Limonar, S.A.*, siendo don J. L. uno de los fiadores solidarios de la operación. Habiendo interpuesto demanda ejecutiva contra la acreditada y sus fiadores sólo pudieron embargarse bienes que se hallaban hipotecados en garantía de otros préstamos —se habían aportado certificaciones del Registro de la Propiedad en las que se reflejaba que cada una de las fincas en cuestión estaba gravada con una hipoteca a favor de *Citibank España, S.A.* y con dos hipotecas a favor de *Edifer, S.A.*— cuyo importe absorbía el valor en tasación de los bienes mencionados, por lo que la entidad bancaria no podía hacer efectivos los derechos que le correspondían como consecuencia de la póliza de crédito mencionada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la referida pretensión con imposición de costas a la parte actora, siendo confirmada su resolución en fase de apelación por la Audiencia Provincial que condenó a la recurrente al pago de las costas de la alzada. El *Banco Central Hispanoamericano* interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Banco.

NOTA.—La falta de diligencia del acreedor, absteniéndose de solicitar la peritación de los bienes embargados y la subasta de los mismos, impide entender que por el acreedor se haya acreditado que la vía de apremio podría resultar estéril en orden a obtener una cumplida satisfacción de sus derechos y que carece de cualquier otro recurso legal para obtener el pago de lo que se le adeuda, datos que han de considerarse esenciales dado el carácter subsidiario de la acción que ejercita el Banco. (M. F. N. C.)

23. Subcontrato. Objeto.—El subcontrato es un contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza. Para apreciar la existencia de un subcontrato es necesario que el subcontratista realice parte o toda la obra a cuya ejecución el contratista (subcontratante) ya se ha obligado con el comitente. No puede ser calificado de subcontrato el contrato en el que no se conviene la realización de parte de la obra sino la ejecución de determinadas labores auxiliares.

Responsabilidad por daños y presunción de culpa.—Cuando los daños no son originados por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la prestación, sino en el curso de su realización, pueden aplicarse las normas de la responsabilidad extracontractual. Tratándose del desarrollo de un trabajo que comporta un riesgo cualificado, el creador de ese riesgo debe presumirse culpable, pues a él incumbe la seguridad y conservación de los útiles de su trabajo. Para destruir dicha presunción sólo se pueden alegar sucesos imprevistos racionalmente, ocurridos fuera del ámbito de su actividad. (STS de 27 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Construcciones San Martín, S. L.* (en adelante, *San Martín*) contrata con *Cañibano, Grúas Industriales Reunidas, S. A.* (en adelante, *Cañibano*) la realización del desmontaje de una grúa torre que la primera estaba utilizando en la construcción de un edificio. En el trabajo de desmontaje, *Cañibano* emplea una grúa que se fractura y hace que uno de los tramos de la grúa torre caiga al suelo y produzca daños tanto en la obra como en la propia grúa torre que se está desmontando.

En virtud de la póliza de «todo riesgo de construcción» que *San Martín* tenía concertada con *Plus Ultra*, la aseguradora abona a *San Martín* una indemnización de diez millones de pesetas. *Plus Ultra* se subroga en la posición de su asegurada y demanda a *Cañibano*, exigiéndole la suma satisfecha. La demanda también va dirigida contra *Lepanto, S. A.*, entidad que aseguraba la responsabilidad civil de *Cañibano*.

La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda por entender que *Cañibano* trabajaba para *San Martín* como subcontratista y que los daños causados entraban dentro de los riesgos asegurados por la demandante, con lo que ésta no dispone de la acción de subrogación. La Audiencia Provincial revoca la sentencia, declara que *Cañibano* no actuaba como subcontratista —no estaba asegurada— y que es posible el ejercicio de la acción subrogatoria por la demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación presentado por *Cañibano* y su aseguradora, en el que mantienen, en contra de la sentencia recurrida, que *Cañibano* tenía la condición de subcontratista.

NOTA.—El magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz formula un voto particular en el que sostiene que la sentencia de instancia infringe el artículo 1281 CC en cuanto a la calificación del contrato, pues, en contra de lo que declara la sentencia, se trata de un subcontrato de obra y por tanto, la demandada está asegurada, por lo que procede desestimar la demanda presentada por *Plus Ultra* en reclamación de la indemnización abonada. (L. S. M. P.)

24. Novación. Significado. Sustitución de un convenio por otro, comprendiendo obligaciones incompatibles.—La novación supone siempre una renuncia de derechos y de ahí que no se presume nunca existente, sino que ha de constar en forma expresa o por incompatibilidad entre ambas obligaciones, tanto si es extintiva como modificativa. La novación significa la sustitución de un convenio por otro, constando con toda claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque según lo

dicho, puede deducirse también de la incompatibilidad de ambas obligaciones (STS de 8 de junio de 2002).

Novación. Cumplimiento de sus requisitos. Es cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a la exclusiva facultad del tribunal de instancia.—La facultad de establecer si se dan los requisitos de la novación, prescindiendo de la discusión doctrinal sobre si cabe la distinción entre la extintiva y la modificativa o sólo existe aquélla es facultad de la instancia, de manera que la incompatibilidad de que habla el artículo 1204 CC ha de ser apreciada por el Juzgador de instancia atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Contratos. Error de cuenta. Sólo da lugar a su corrección, nunca a la nulidad del contrato.—Interesada en la demanda la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria por haberse prestado el consentimiento de los prestatarios por error respecto a la cuantía de las deudas existentes frente al Banco prestamista, incumbía a los actores la prueba del pretendido error, error que por ser de cuenta sólo daría lugar a su corrección (art. 1266 CC), no a la nulidad del contrato. (STS de 29 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los esposos O. P. F. y J. L. I. I., junto con la mercantil T., S. L. demandaron al Banco B. E. E., S. A., en reclamación de la entrega de determinada documentación relativa a saldos contables en las cuentas y depósitos que aquéllos tenían en dicho Banco, con solicitud, para el caso de que se comprobase el error padecido en la determinación de los saldos, de que en ejecución de sentencia se declarase la nulidad de determinados contratos y de la hipoteca formalizada en base a los documentos falsos, así como las consiguientes cancelaciones. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y ordenó entregar la documentación requerida, desestimando el resto de los pedimentos. La Audiencia Provincial de Oviedo confirmó la resolución de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (L. A. G. D.)

25. Novación por cambio de la persona del deudor: requisitos.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que para la eficacia de la sustitución de la persona del deudor en las relaciones contractuales, o asunción de deuda, tanto en la modalidad de convenio entre deudores, como de expromisión, es indispensable, en todo caso, no el mero conocimiento, sino el consentimiento expreso o tácito del acreedor, conforme al artículo 1205 CC. La novación nunca se presume, sino que la voluntad de novar debe constar siempre de modo inequívoco, bien por manifestarse con claridad de forma expresa, bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el mero conocimiento de la sustitución. (STS de 18 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Iniciativa de Medios, S. A.* celebra un contrato de prestación de servicios con *Publinforme, Comunidad de Bienes*. Cuando aquélla reclama a ésta el pago de los servicios prestados, *Publinforme* se opone alegando que ha existido una novación en la obligación, por cambio de la persona del deudor, que ahora es *Publinforme, S. L.* Ante la falta de pago *Iniciativa de*

Medios demanda a don L. I. T., doña C. P. P., doña J. T. P. y *Publinforme C. D. B.*, por la cantidad de 12.762.818 pesetas, más los intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a los demandados, abonar a *Iniciativa de Medios* la cantidad reclamada. Recurrida la sentencia en apelación, por don L. I. T., doña C. P. P. y doña J. T. P., la Audiencia Provincial de San Sebastián estimó parcialmente la demanda, condenando a los apelantes a pagar solidariamente 5.784.617 pesetas, más los intereses legales. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Precisamente la necesidad de constatar la existencia del consentimiento del acreedor para otorgar validez a la novación de la persona del deudor, es uno de los aspectos en los que más ha incidido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, señalando que dicho consentimiento puede haber sido otorgado de forma expresa o tácita (deduciéndolo, *v. g.*, del hecho de reclamar judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación al nuevo deudor—STS de 22 de marzo de 1991—) y que no puede estar sometido a ningún tipo de condición. (*A. M. C. E.*)

26. Subrogación de préstamos hipotecarios. Derecho de la entidad acreedora originaria a enervar la subrogación: artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo.—Afirma la Sala Primera del Tribunal Supremo que la entidad acreedora originaria tiene el derecho de enervar la subrogación, si en el plazo máximo de quince días naturales, a contar desde la entrega de la certificación del importe de la deuda a la entidad financiera que pretende subrogarse en el préstamo, formaliza con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario.

Subrogación de préstamos hipotecarios. Enervación de la subrogación por la entidad acreedora originaria: no depende de la voluntad del deudor.—La Sala Primera del Tribunal Supremo señala que cuando la entidad acreedora originaria iguala la mejora del contrato de préstamo ofrecida por otra entidad financiera, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, la subrogación no se puede producir. Dicho con otras palabras, en estos casos el deudor no puede optar entre la subrogación o la novación modificativa, sino que sólo puede optar entre aceptar la novación modificativa del préstamo o rechazarla.

Subrogación de préstamos hipotecarios. Potestad del deudor. Finalidad.—Afirma el Tribunal Supremo que la subrogación de los préstamos hipotecarios, conforme a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, no es un derecho del deudor, sino una potestad atribuida al deudor, cuya finalidad es permitir a los deudores de préstamos hipotecarios que puedan beneficiarse de la reducción de los tipos de interés que se haya producido con posterioridad a la fecha de formalización de su préstamo. (**STS de 25 de noviembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera *Cajalón, S. A.* interpone una demanda contra el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, don C. C. S. y doña M. P. U. B., en la que solicita, entre otras cosas, se dicte sentencia en la que se declare que la entidad demandante ejer-

citó en tiempo y forma su derecho a enervar la subrogación pretendida por la entidad demandada (*Banco Central Hispanoamericano, S. A.*) respecto de unos determinados préstamos formalizados en escritura pública de 1993, se declare la nulidad de las escrituras públicas de 1997 en las que se formalizó la subrogación de los citados préstamos, se cancelen los asientos registrales a que hayan dado lugar las escrituras públicas de 1997 y, en consecuencia, se declaren vigentes los préstamos otorgados por la entidad *Cajalón, S. A.* a favor de don C. C. S. y doña M. P. U. B. Con carácter subsidiario, para el caso de que no se estimen las pretensiones anteriores, la entidad demandante solicita se condene al demandado, *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, a pagar una determinada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y estima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* (*M. J. P. G.*)

27. Cesión de créditos.—El demandado alega en casación la no identidad entre el acreedor primitivo u originario y el actual. Conocedor de la existencia de la institución de la cesión de créditos, alega el incumplimiento de los requisitos necesarios para que ésta opere con efectividad. «La jurisprudencia admite que pueda cada una de la partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si éstas no han sido todavía cumplidas, con tal que la otra parte lo consienta (SSTS de 26 de junio de 1929, 2 de junio de 1927, 7 de junio de 1929, 4 de enero de 1930, 11 de abril de 1944, 2 de junio de 1947, 17 de mayo de 1954, 2 de enero de 1960, 5 de junio de 1961 y 28 de abril de 1966)». Entre éstas «la cesión de créditos, está regulada en el Código civil en los artículos 1526 a 1536, ambos inclusive, pero lo hace de forma incompleta, pues la jurisprudencia ha elaborado una doctrina al respecto partiendo del artículo 1526, dado que los otros (1527 a 1530) sólo regulan la liberalización del deudor cedido, no notificado de la cesión, y la inclusión en la transmisión de los derechos accesorios (art. 1528) así como las responsabilidades del vendedor o cedente (arts. 1529 y 1530), pues el resto de los preceptos afectan a cesiones especializadas (la de la herencia, art. 1531, la de la venta alzada o en globo de la totalidad de los créditos, arts. 1532 y 1533, y la de la venta de los créditos litigiosos, arts. 1535 y 1536 (STS de 20 de abril de 2004)». Consiste «la cesión de los derechos accesorios sustitución del acreedor por otro, con respecto al mismo crédito, derecho subjetivo que es transmisible (art. 1112 CC) cambia el sujeto activo o acreedor, desapareciendo el primitivo el cual queda como un tercero en la obligación y entra el nuevo en la relación jurídica. El negocio jurídico por el que se transmite el derecho de crédito, es un negocio de disposición bilateral cuyos sujetos son el antiguo acreedor —cedente— y el nuevo —cesionario— siendo necesario el consentimiento de ambos, pero no del deudor —cedido— al cual debe de notificársele la cesión como requisito de eficacia para obligarle con el nuevo acreedor, el cesionario (SSTS de 16 de octubre de 1982, 2 de octubre de 1984). La simple puesta en conocimiento sólo tiene la finalidad de impe-

dir que se produzca la liberación consentida por el artículo 1527 CC (STS de 13 de junio de 1997). Conocida la cesión, el deudor debe pagar al nuevo acreedor –cesionario–, no quedando cumplida la obligación si lo hace al antiguo –cedente– lo que destaca la STS 15 de julio de 2002.»

Principio general del derecho *in iliquidis no fit mora*.—Al respecto estipula la STS de 1 de diciembre de 1997 que el mencionado principio «es aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, sustancialmente, a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial. Este principio ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente doctrina jurisprudencial de esta Sala al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial». En esta línea jurisprudencial se encuentran las SSTs de 5 de abril de 1992, 18 de febrero, 21 de marzo y 24 de mayo de 1994.

«El interés de demora no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial, sino indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda.» En este sentido STC de 22 de junio de 1993, así como SSTs de 18 de febrero de 1998 y 9 de marzo de 1999. (STS de 12 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Por la sociedad *Talleres Churrillo, S. L.* se formuló demanda de reclamación de cantidad a través de juicio de menor cuantía, contra don C. L. A. por la que interesaba se condenara a éste al pago de 8.438.686 pesetas con los intereses legales a contar desde la fecha de admisión de la demanda.

El demandado contestó a la pretensión formulada solicitando su absolución. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda por lo que se condenó al demandado al abono a la actora de la suma de 3.583.068 pesetas, saldo deudor resultante de la compra de maquinaria agrícola realizada al actor, más los intereses legales a contar desde la admisión de la demanda.

Las dos partes formularon recurso de apelación contra la anterior sentencia. Por la Audiencia Provincial de Lugo se desestimaron ambos recursos con confirmación íntegra de la sentencia apelada.

El demandado formula recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia al que la sociedad actora se opone. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La transmisión o traspaso de algunos de los sujetos iniciales de la relación jurídica negocial ha dado lugar a la aparición de varias figuras de cesiones obligacionales que es conveniente delimitar. La «cesión de créditos» es la que aparece como más antigua. Se hizo necesaria en el tráfico mercantil para facilitar la rapidez, a través del endoso, de efectos o contratos mercantiles, con

el carácter de abstractos o no causales después de los primeros contratantes. La «asunción de deuda» es de creación relativamente reciente.

Por otro lado, el traspaso de la titularidad contractual en los negocios –en los contratos civiles– antes de su consumación, puede obtenerse a través de dos figuras jurídicas afines. De un lado, por medio del llamado «contrato para persona que se designará» y «la cesión de contrato».

Esta última no se encuentra regulada en el Código civil pero ha sido reconocida, en sintonía con la doctrina científica, por una amplia jurisprudencia. Se fundamenta en la libertad de pactos del artículo 1255 en relación con el artículo 1091, ambos del CC. Implica la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presuponiendo la existencia de obligaciones sinalagmáticas, que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral. Necesariamente han de intervenir: el cedente, el cesionario y el cedido cuya presencia es inexcusable –a diferencia de la cesión de créditos– a fin de prestar su consentimiento a la cesión. Han de intervenir las tres voluntades para formar el consentimiento. La estructura consiste en la transmisión de una posición contractual, la subrogación por el cesionario en la posición contractual íntegra del cedente con todos sus derechos y obligaciones. No supone la sustitución de un contrato por otro posterior, sino la subrogación de una persona en el haz de obligaciones, derechos y demás efectos jurídicos de un contrato persistente, de tal manera que aquélla sustituye a quien actúa como cedente. (*M. F. N. C.*)

28. Contrato de cesión de créditos. Legislación aplicable: letras perjudicadas; acuerdos de las partes.–La Sala Primera del Tribunal Supremo entiende que en este supuesto no es aplicable el artículo 100 de la Ley Cambiaria, pues las letras de cambio objeto del litigio han resultado perjudicadas, y sólo sirven de mero documento justificativo de la deuda, y como prueba del cambio del acreedor. Señala el Tribunal que se debe acudir a los acuerdos de las partes (*INVESTA* y *JARDI*) que rigen los pagos y las relaciones entre ellas, consignándose en este punto que para las relaciones por ventas o relacionadas con ellas, se designa como territorio contractual a España, lugar en el que deben cumplirse las obligaciones, (y por eso las letras se expiden en castellano en lo posible, y se libran en moneda española) y a Barcelona, domicilio de la deudora, como lugar en el que efectuar las reclamaciones.

Cesión de créditos: endoso de letras de cambio después de perjudicadas. Carácter abstracto o causal de la cesión.–Entiende nuestro Alto Tribunal que la cesión de créditos posee un carácter abstracto, siempre que las letras objeto de la cesión no estén perjudicadas, por no haberse utilizado en su momento la «acción cambiaria» correspondiente, ya que en caso contrario, deberá probarse el negocio causal o subyacente, como se ha hecho en este caso, en el que el contrato causal de la cesión de las cambiarias es el contrato de cesión firmado entre *Investa* y *CS Trading*.

Cesión de créditos: notificación al deudor, sin sujeción a formalidad.–El Tribunal Supremo afirma que el contrato de cesión de créditos (regulado en los arts. 1526 a 1536 CC) debe notificarse al deudor

(arts. 1209 CC, 347 CCO y 23.1 LCCh), no exigiéndose ninguna formalidad para la práctica de dicha notificación. En este caso la notificación se produjo a través de una carta remitida por la empresa cedente desde Praga, a través de la Embajada de España en la República Checa. (STS de 20 de abril de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—*Investa, S. A.* (compañía checa) había concedido una exclusiva de venta de sus fabricados de maquinaria en Chequia para España y su representación en exclusiva, a la española *Jardi, S. A.*, la cual giró diversas letras para el pago de las mercancías remitidas. El 15 de mayo de 1995 *Investa* concertó un contrato de cesión de créditos con otra compañía checa, *CS Trading, S. A.*, y entre los créditos cedidos figuraban determinadas letras giradas por *Jardi*, y protestadas por falta de pago, por un total de 62.768.592 pesetas. Con base en esta cesión de créditos, *CS Trading* reclama judicialmente la cantidad anterior a *Jardi*, entendiéndose ésta que la reclamante carece de legitimación activa y promoviendo, con carácter subsidiario, una reconvencción en la que se solicita una compensación con las 29.854.901 pesetas pendientes por la venta de Goodwill al acreedor originario, *Investa*.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona estima parcialmente la demanda y totalmente la reconvencción subsidiaria, condenando a *Jardi* a pagar la cantidad de 32.913.690 pesetas a la demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—No ha de confundirse la necesidad de notificación al deudor de la cesión del crédito con un requisito necesario para la validez de esta figura. La cesión del crédito sólo necesita para su validez del consentimiento del acreedor cedente y del cesionario, no del deudor (de hecho, puede realizarse incluso contra la voluntad del deudor). La notificación a este último no es más que un presupuesto para su eficacia: una vez que la cesión le ha sido notificada estará obligado a pagar al acreedor cesionario (pudiendo, eso sí, oponerle aquellas excepciones que tuviera contra el acreedor originario —STS de 29 de mayo de 1984—), y no reputándose pago legítimo el que haga al acreedor cedente —SSTS de 11 de enero de 1983 y 5 de noviembre de 1993—. (A. M. C. E.)

29. Validez y eficacia de la venta de cosa ajena.—La jurisprudencia y la doctrina científica concluyen en la admisión de la figura jurídica de la venta de cosa ajena. Para ello, se parte de la concepción de la compraventa como un contrato generador de obligaciones, que transmite la propiedad unido a la tradición. La limitación a la validez de esta venta reside en el supuesto en el que medie engaño por parte del vendedor, resuelto mediante anulabilidad por dolo (SSTS de 3 de junio y 31 de diciembre de 1984 y 25 de junio de 1993.)

Relación entre la venta de cosa ajena y la figura del tercero hipotecario.—La aplicación del artículo 34 LH otorga la consideración de tercero hipotecario en los casos en los que concurra buena fe, al haber confiado en la inscripción registral de dominio de los transmitentes. Si nos encontramos

ante un caso de venta de cosa ajena, se presenta una obligación que da «derecho a obtener la propiedad de la cosa si se produce la tradición, la que se le dio de forma instrumental, mediante la escritura pública de compraventa».

Incongruencia procesal.—No debe considerarse como incongruencia omisiva el simple error material, corregible por la vía de la aclaración del artículo 363 LEC. (STS de 20 de febrero de 2004; ha lugar y no ha lugar.)

HECHOS.—La finca objeto del litigio fue adquirida por escritura pública en 1973 por don E. S. A. en una tercera parte, y don F. J. R. G. en dos terceras partes, e inscrita de tal forma en el Registro de la Propiedad. No obstante, los referidos adquirentes en 1974 firmaron un documento privado en el que manifestaban que la finca pertenecía por partes iguales a cada uno, y en la tercera parte a doña T. R. G., por anticipar el pago del precio y demás gastos. Dos meses más tarde, don F. J. suscribe otro documento privado en el que hace constar que en la escritura de adquisición de la finca, en su participación figura como dueño de las dos terceras partes, pero que en rigor les pertenecía a partes iguales a él, a don E. y a don A. C., marido de doña T., obligándose él mismo a formalizar cuantos documentos fuesen necesarios para su constancia registral y su efecto frente a terceros.

En octubre de 1994, doña P. V. C., viuda de don F. J., y sustituta en su parte proindiviso en la propiedad de la finca, vende la finca, junto con don E. a una sociedad limitada, sin autorización de doña Teresa. Esta sociedad inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad. Doña T. y su marido don A. demandan en juicio declarativo a doña P. y don E., en ejercicio de acción declarativa de dominio, e interponen una nueva demanda contra los anteriores y la sociedad, solicitando la nulidad de la escritura pública de compraventa. Acumulándose ambas actuaciones, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimó las demandas, entendiendo que la acción declarativa de dominio carecía de la acreditación suficiente del título justificativo, mientras que la transmisión de la finca era válida por ser el adquirente tercero de buena fe. La Audiencia Provincial da lugar en parte al recurso, estimando que es de propiedad de los recurrentes doña T. y don A. la finca litigiosa, declarando la nulidad de la escritura pública, pero reconociendo la condición de tercero hipotecario a la sociedad. Se presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo por parte de doña P. y don E., así como por parte de la sociedad. El Tribunal Supremo estimó el recurso planteado por parte de la sociedad, declarando no ha lugar al planteado por doña P. y don E.

NOTA.—Se reitera la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la validez y eficacia de la venta de cosa ajena, en SS como las de 8 de marzo y 22 de junio de 2001, o la de 7 de febrero del mismo año, que afirma el reconocimiento pacífico por doctrina científica y jurisprudencia de la validez de la venta de cosa ajena, «en virtud de la naturaleza consensual u obligacional del contrato de compraventa». No obstante, se induce a error en cuanto a la relación existente entre esta figura y el tercero hipotecario. Tras la consideración de tercero hipotecario, la afirmación de que existe obligación de adquirir la propiedad si hay transmisión mediante escritura, sin que afecte a la

sociedad el pacto celebrado entre las partes, parece trasladar la cuestión a la eficacia frente a terceros de los documentos privados, que no se trata por no ser objeto del recurso. Parece que encuentra la solución más que en la aplicación del artículo 34 LH, en el sistema de adquisición de la propiedad de título y modo. (P. S. S.)

30. Compraventa. Incumplimiento del contrato.—Según el Tribunal Supremo, se está en presencia de la entrega de una cosa por otra o *aliud pro alio*, cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió y, consiguientemente, se produce la insatisfacción del comprador, lo que permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC. Dicha inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición (SSTS de 14 de octubre de 2000 y de 16 de noviembre de 2000). No existe tal inhabilidad cuando los vicios no tienen la entidad suficiente como para impedir el fin normal del contrato y pueden remediarse.

Defectos subsanables en la cosa objeto de la compraventa. Rebaja del precio.—Cuando los defectos de la cosa no la hacen impropia para el uso a que se destina y cabe su subsanación, no procede la resolución del contrato, aunque es posible rebajar una cantidad proporcional del precio en función de los defectos.

Rebaja del precio y gastos de subsanación de los defectos.—Para que en la determinación de la rebaja del precio de la compraventa se tengan en cuenta los gastos de subsanación de los defectos de la cosa vendida, es necesario que quien lo solicita acredite su importe. (STS de 22 de abril de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes habían celebrado un contrato de compraventa de un inmueble e industria destinados a una explotación de hostelería. La compradora presenta una demanda contra la vendedora basándose en la existencia de defectos en la cosa objeto del contrato (los defectos consistían en que la instalación eléctrica del establecimiento resultaba inapropiada y debía ser sustituida, y en que el establecimiento carecía de licencia de apertura). En la demanda, se solicita la resolución del contrato de compraventa y la indemnización por los daños sufridos; subsidiariamente, se pide que se rebaje una cantidad proporcional del precio de venta de acuerdo con los vicios de la cosa objeto del contrato.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda y se procede a la reducción del precio de la compraventa en la cantidad de nueve millones de pesetas en concepto de vicios de la cosa e indemnización de daños y perjuicios. En apelación, se revoca parcialmente la sentencia fijando en 3.800.000 pesetas la cantidad que se debe reducir. La compradora presenta un recurso de casación basado, principalmente, en la consideración de que los vicios de la cosa eran de entidad suficiente como para provocar la resolución del contrato por incumplimiento, y, subsidiariamente, en la necesidad de incrementar la reducción del precio de la compraventa. (L. S. M. P.)

31. Compraventa. Aliud pro alio. La entrega de aliud pro alio constituye un incumplimiento resolutorio a los efectos del artículo 1124 CC.—Constituye doctrina tradicional de esta Sala que en los casos de compraventa, la entrega de una cosa por otra (*aliud pro alio*) constituye incumplimiento a los efectos resolutorios, como señalaron, entre otras, las SS de 14 de diciembre de 1983 y 7 de enero de 1988, determinando por ello el acogimiento de la demanda a efectos del artículo 1124 CC, la entrega de cosa inservible y ello con independencia de que la venta sea civil o mercantil —SS de 29 de febrero de 1988, 24 de mayo y 30 de septiembre de 1989, 29 de abril y 10 de noviembre de 1994 y 1 de diciembre de 1997—. Aquí la falta de titularidad sobre los muebles transmitidos supone una circunstancia concurrente al momento de la celebración del contrato, pero conocida después por el comprador y ello lleva a la lógica conclusión de que el contrato se ha incumplido desde el principio.

No cabe revisar en casación cuestiones nuevas no planteadas en la instancia, pues ello produciría indefensión a la otra parte y vulneraría los principios de audiencia bilateral y congruencia.—El motivo parece porque supone el planteamiento de una cuestión nueva, no planteada en la instancia. No cabe en casación resolver cuestiones nuevas que no fueron planteadas en la instancia. Tal cuestión no se planteó en la fase alegatoria, o sea, en el escrito de contestación por la demandada, tampoco en la apelación y con ello se ha cerrado la posibilidad de su introducción en el proceso en vía casacional de un medio de defensa, que debió utilizarse en la instancia y en su momento, conforme a los principios de eventualidad y de preclusión y debe asegurarse el derecho de defensa a la otra parte, porque no resulta posible revisar o resolver en esta vía casacional una cuestión no enjuiciada, ya que son las cuestiones discutidas en la litis las que pueden resolverse en este recurso extraordinario. Ello acarrearía la más completa indefensión a la parte contraria y no sólo se vulneraría la legalidad ordinaria, sino también el propio derecho fundamental de la persona de no sufrir indefensión en ninguna clase de juicio, ni siquiera el más leve atisbo. Las cuestiones nuevas van además contra los principios de audiencia bilateral y de congruencia —SS, por todas, de 5 de junio y 20 de noviembre de 1990, 3 de abril, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1992, 8 de marzo, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 7 de junio de 1996, 1 y 31 de diciembre de 1999, 23 de mayo y 31 de julio de 2000, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001—.

Producida la resolución de los contratos, el efecto restitutorio de las prestaciones alcanza a ambas partes, para evitar el enriquecimiento injusto de cualquiera de ellas.—El motivo último imputa a la sentencia *a quo* el vicio procesal de incongruencia, por contener la parte dispositiva de tal resolución pronunciamientos incompatibles entre sí, porque al declararse la resolución de los contratos se condenó únicamente a la parte demandada a restituir el precio cobrado y al abono de la indemnización y de los intereses legales de tal suma, pero no se condenó a la restitución de las fincas objeto del contrato.

El motivo tiene que ser acogido, porque como señaló la S de esta Sala de 30 de julio de 1994, la obligación restitutoria está encaminada a evitar enriquecimientos injustos o sin causa por uno de los contratantes, y a obligar necesariamente a la contraparte a la promoción de un nuevo litigio. No sólo de la aplicación de la normativa vigente en las diferentes acciones que determinan esta situación de devolución de las aportaciones a la actora vencedora

ha determinado la obligación devolutoria respecto de los bienes entregados a favor de la condenada en la sentencia ex artículos 1124 y 1303 CC, cuando no tienen lugar los supuestos de los artículos 1304 a 1306 del mismo texto legal. En definitiva, que al determinar la sentencia de primer grado la resolución del contrato y acordes la restitución del precio más intereses legales y daños y perjuicios, y no devolver a la demandada los inmuebles entregados se ha incumplido lo prescrito en la citada normativa y el motivo tiene que ser acogido.

El acogimiento del motivo no presenta otro alcance que su inclusión en el fallo de la sentencia de segundo grado y establecer tal obligación de la parte actora y con el alcance en la no imposición de las costas de este recurso. (STS de 30 de diciembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Tras los oportunos procesos, tanto la sentencia de instancia como la de apelación, estiman la demanda de resolución de unos contratos de compraventa de unos inmuebles que, por razones legales, no pudieron destinarse al fin pactado de estación de servicio. Interpuesto el recurso de casación, el Alto Tribunal declara haber lugar al mismo porque no se había condenado a la restitución de las prestaciones a ambas partes, sino sólo a una de ellas. La sentencia de casación se limita a extender el efecto restitutorio de la resolución contractual también al inmueble vendido. (M. C. B.)

32. Compraventa. Inhabilidad del objeto vendido. Al amparo del artículo 1692.4.º LEC sólo cabe fundamentar un motivo de casación en la infracción de normas sustantivas y no procesales.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que sólo cabe fundamentar un motivo de casación al amparo del artículo 1692.4.º LEC en la infracción de normas de derecho privado, con categoría de ley o asimiladas a ésta, sin que, por esta vía procesal, quepa alegar infracción de normas procesales que ha de hacerse valer por el cauce del artículo 1692.3.º de dicha Ley, cauce procesal aquí no seguido, lo que sería bastante para la desestimación de esta impugnación casacional.

El adquirente del comprador que contrató con la promotora está legitimado para exigir a ésta el cumplimiento correcto del contrato, pues no es un tercero a efectos del artículo 1257 CC.—Como dice la S de 30 de septiembre de 1997, en un amplio examen de la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. «No es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 CC, el causante a título singular por acto “inter vivos” (SS de 5 de octubre de 1975, 3 de octubre de 1979 y 20 de febrero de 1981) y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el contrato de compraventa, como es que se instale el ascensor de acceso a las plazas de garaje (S de 2 de noviembre de 1981)». Por todo ello, se desestima el motivo.

La total inhabilidad del objeto vendido es pleno incumplimiento que permite acudir a la protección de los artículos 1101 y 1124 CC sin someterse, pues, al plazo semestral de prescripción impuesto por el artículo

lo 1490 CC para el saneamiento por vicios ocultos.—Dice la S de 10 de mayo de 1995 que tiene declarado esta Sala (SS de 30 de noviembre de 1972, 20 de enero y 23 de marzo de 1983, 20 de febrero de 1984, 12 de febrero de 1988 y 12 de abril de 1993, entre otras) que se está en presencia de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1101 y 1124 CC y, por consiguiente, sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el artículo 1490 para el ejercicio de las acciones edilicias, porque dicho artículo 1484 del mismo Cuerpo legal resulta inaplicable en aquellos supuestos en que la demanda no se dirigía a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos; doctrina que se reitera entre otras, en S de 14 de octubre de 2000 que añade que «tal inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición, sin que sea bastante para instar su resolución una insatisfacción puramente subjetiva del comprador (por todas, S de 2 de septiembre de 1998)».

En el caso enjuiciado no se está ante unos vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, sino ante una total inhabilidad de lo vendido (una dieciochoava parte indivisa de la planta sótano, constitutiva cada parte indivisa de una plaza de garaje, según la evidente intención de las partes y destino de esa planta sótano) ya que los espacios vendidos, en unión de los que siguen siendo propiedad de la promotora demandada, solo permiten, según resulta de las pruebas pericial y documental, el estacionamiento de once o doce vehículos automóviles de tipo medio en condiciones que se permitan las maniobras necesarias para estacionamiento y salida de los mismos.

Inaplicable al caso el plazo prescriptivo del artículo 1490 CC, es de tener en cuenta, como declara la S de 30 de noviembre de 1996, que «lo relativo a la computación de los plazos de prescripción es cuestión de hecho y, por tanto, determinable por la apreciación de las pruebas practicadas, lo que lleva consigo que su ataque en casación haya de llevarse a cabo por el cauce procesal pertinente que, vigente la Ley 10/1992, no es otro que el del ordinal cuarto del artículo 1692 LEC alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se consideren infringidas», cauce procesal que aquí no se ha seguido. (STS de 28 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de una serie de plazas de garaje demandan a la promotora constructora del aparcamiento por inhabilidad de las mismas, al haberlo dividido en un número de plazas superior al que admitía. La sentencia de instancia acoge parcialmente la demanda, declarando que el garaje sólo puede albergar catorce de las dieciocho plazas en que se divide. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial confirma parcialmente la de instancia, condenando a la promotora a transmitir a los demandantes las cuatro plazas restantes para adecuar las dimensiones de las plazas vendidas a su finalidad. (M. C. B.)

33. Compraventa. Inhabilidad del objeto vendido. El juzgador no está obligado a usar la prueba de presunciones cuando basa su convicción en pruebas directas.—Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo tercero, fundado en infracción del hoy derogado artículo 1253 CC, pues su

objetivo declarado de que se acuda a la prueba de presunciones para apreciar la buena o mala fe de cada parte contratante es incompatible con la reiteradísima doctrina de esta Sala según la cual el juzgador no está legalmente obligado a servir de la prueba de presunciones cuando su convicción sobre los hechos probados se funde en pruebas directas, amén de que en realidad lo que se plantea en este motivo tampoco es una cuestión probatoria sino, otra vez, de juicio sobre cuál de las partes incumplió el contrato a partir de unos determinados hechos probados.

La total inhabilidad del objeto vendido para el uso a que está destinado determina un incumplimiento contractual al constituir entrega de cosa distinta de la pactada. En virtud de la *exceptio non adimpleti contractus* es preciso comprobar si la resistencia del otro contratante a pagar el precio está o no justificada.—Entre el ingente repertorio de sentencias de esta Sala sobre la cuestión que plantea este motivo cabe destacar la muy reciente de 10 de julio último (recurso núm. 3457/97), referida a la compraventa de un sistema informático que nunca llegó a funcionar debidamente, en cuanto aplica como doctrina consolidada la de que «se estará ante la falta de entrega o de entrega de cosa distinta y no en la entrega con vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada (SS de 26 de octubre de 1987 y 29 de abril de 1994 y las por ella citadas)», todo ello tras aclarar que la jurisprudencia que en caso de incumplimiento mutuo considera cuestión de hecho la determinación de quién es el primer incumplidor ha sido matizada «en el sentido de que también puede constituir una *quaestio iuris* cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en su trascendencia jurídica». Por su parte la S de 31 de julio de 2002 (recurso núm. 430/97) recuerda que, según la jurisprudencia que cita, el cumplimiento gravemente defectuoso apareja incumplimiento, así como que «la inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición», considerando como tal una importante diferencia de los rendimientos de la instalación respecto de los pactados. En cuanto a las consecuencias de la prestación defectuosa, la S de 3 de abril de 2002 (recurso núm. 3364/96) impone al vendedor la obligación de indemnizar al comprador por las cuantiosas obras realizadas por éste para subsanar vicios de la cosa entregada que sobrepasaban manifiestamente los vicios ocultos, y la de 16 de noviembre de 2000 (recurso núm. 3263/95), sobre compraventa de un generador de vapor que no respondía a las características técnicas recogidas en el presupuesto y resultó además totalmente inadecuado a la finalidad para la que había sido adquirido, declara procedente la resolución del contrato instada por el comprador alegando el incumplimiento del vendedor. Finalmente, sobre la *exceptio non adimpleti contractus* es doctrina de esta Sala que el incumplimiento parcial exige valorar pormenorizadamente su entidad y repercusión en la economía del contrato, para comprobar si la resistencia del otro contratante a pagar el precio está o no justificada (SSTS 14 de julio de 2003 y 17 de febrero de 2003 con cita de otras muchas).

Pues bien, de proyectar lo antedicho sobre el motivo examinado necesariamente ha de resultar su estimación porque, al margen de incurrir la motivación de la sentencia impugnada en contradicciones tan patentes como calificar de incumplimiento no grave del contrato por la compradora

una demora en el plazo pese a declarar también probado que el aplazamiento había sido aceptado por la vendedora, o considerar que la máquina estaba en funcionamiento a principios de febrero de 1995 cuando igualmente se declara probado que precisamente el día 3 de esos mismos mes y año la compradora había requerido los servicios del técnico proyectista de la máquina, el cual consideró la instalación inviable, esta Sala no puede compartir en absoluto el juicio del tribunal sentenciador al concluir que el incumplimiento más grave fue el de la compradora por no haber comunicado a la vendedora las numerosas anomalías y defectos de la instalación. Si el propio tribunal declara probado que las prestaciones de la máquina no son las adecuadas «al estado actual de la tecnología y a las exigencias del mercado del sector»; que existen numerosas variaciones respecto del pedido contratado; que la vendedora encargó en gran parte la fabricación de la máquina a otra empresa pero que por falta de liquidez la retiró sin terminar, a falta de unas 800 horas de trabajo; que por eso la compradora solicitó los servicios del técnico proyectista de esa otra empresa, el cual observó modificaciones en relación con el proyecto inicial «que había convertido la máquina en un proyecto inviable», y, en fin, que las reparaciones costeadas por la compradora hoy recurrente para poner en funcionamiento la instalación habían importado siete millones de pesetas, siendo preciso aún el desembolso de un millón quinientas mil pesetas más que no incluiría «el coste de modificación del foso de recogida de virutas, obra necesaria para el correcto funcionamiento y seguridad de los manipuladores», todo ello sobre un precio total pactado de veinticinco millones de pesetas de los que la compradora ya había pagado diez a la firma del contrato, difícil será comprender cómo puede calificarse a esta parte contratante de principal incumplidora, por no haber comunicado todas esas deficiencias a la vendedora para hacer efectiva la garantía pactada de un año, cuando por los hechos probados resulta más que demostrada la total incapacidad de la vendedora, tanto técnica como económica, para cumplir su prestación de un modo mínimamente compatible con las necesidades, expectativas y objetivos de producción de la compradora.

De ahí, en suma, que el incumplimiento del contrato haya de atribuirse necesariamente a la vendedora, demandante-reconvenida, y no a la compradora hoy recurrente. (STS de 10 de diciembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de fabricación y venta de una máquina industrial, la sociedad vendedora demanda a la compradora por falta de pago del precio, ante lo que esta última reconviene solicitando que se declare el incumplimiento contractual de su contraparte, dados los graves defectos que la máquina presentaba y que su falta de pago del precio se considere efecto de la *exceptio non adimpleti contractus*. Probada la existencia de graves deficiencias en la máquina, la sentencia de instancia desestima la demanda y acoge íntegramente la reconvenición, fallo que revoca la sentencia de la sentencia de apelación por considerar que la compradora había propiciado con su incumplimiento el de la otra parte. Interpuesto recurso de casación contra esta última resolución, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, confirmando íntegramente la decisión del Juzgado. (M. C. B.)

34. Contrato de *leasing*. Calificación como arrendamiento con opción de compra. Distinción de las figuras de compraventa a plazo con reserva de dominio y de préstamo de financiación a comprador.—La jurisprudencia, desde la STS de 18 de noviembre de 1983, ha sido constante en calificar el contrato de *leasing* como un arrendamiento con opción de compra (SSTS de 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998 y 19 de julio de 1999). Se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, la conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta. Y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

Contrato de *leasing* y tercería de dominio. Propiedad del bien. Pertenecce a la sociedad financiera arrendadora hasta que el usuario ejercite la opción de compra mediante el pago del valor residual.—El propietario del bien objeto de *leasing* es la sociedad financiera, arrendadora del mismo, por lo menos hasta que el usuario, arrendatario, haya pagado la renta y, ejercitando la opción de compra, el precio del valor residual, que generalmente es bajo —incluso ínfimo— porque se considera que el bien ha sido amortizado financieramente. Lo que no puede mantenerse con carácter general es que el bajo valor residual denote que se trata de una compraventa. No es así, y tan solo se acepta cuando se prueba cumplidamente que se ha dado un caso de simulación relativa, prueba que no deriva tan solo del escaso valor residual. (STS de 23 de enero de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *R. L. de E., S. A.* suscribió con doña R. S. H. contrato de arrendamiento financiero sobre un camión y un turismo, pactándose el abono de diversas mensualidades y el pago de una cuota residual de distintos importes para cada vehículo. La Tesorería General de la Seguridad Social siguió procedimiento de apremio contra doña R. S. H. y embargó los dos vehículos citados. *R. L. de E., S. A.*, después de reclamar en vía administrativa la devolución de ambos bienes, interpuso tercería de dominio reivindicando el pleno dominio de los vehículos afectados. El Juzgado de Primera Instancia no dio lugar a la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla, revocando la de instancia, estimó la tercería de dominio. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social. (*L. A. G. D.*)

35. Leasing o arrendamiento financiero. Distinción con respecto a la compraventa a plazos de bienes muebles.—La doctrina coincide a la hora de calificar el contrato de *leasing*, como un contrato atípico, mixto, en el que en un mismo negocio se unen la cesión de uso, a cambio de una contraprestación económica, y una opción de compra a favor del arrendatario al finalizar el plazo pactado. Para el ejercicio de dicha opción se fija el llamado valor residual, que se corresponde con el valor de la cosa ya desgastada por el uso. Conforme a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, DA 7.^a, apartado 1, tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, siendo imprescindible que los bienes objeto de dicha cesión queden afectados por el usuario a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo caracteriza como un contrato de arrendamiento con opción de compra, la cual se añade al arrendamiento por un precio residual (SSTS de 10 de abril de 1981, 26 de junio de 1989, 28 de mayo de 1990, 29 de mayo y 15 de junio de 1999, 7 de marzo, 12 de mayo, 29 de mayo, 11 y 31 de octubre, 21 y 28 de diciembre de 2000).

Delimitación con respecto a la compraventa de bienes muebles a plazo.—El Tribunal Supremo entiende que el hecho de que el valor residual fijado a efectos del ejercicio de la opción de compra sea superior, inferior, e incluso coincidente con el importe de las cuotas mensuales, no es óbice para desvirtuar la naturaleza del contrato de *leasing*, ni para entender que el mismo es un negocio aparente que realmente esconde un contrato de compraventa a plazo de bienes muebles, conforme a la regulación de los mismos contenida en la Ley de 17 de julio de 1965 (SSTS de 15 de junio de 1999, 7 de marzo, 4 de junio, 29 de noviembre y 23 de diciembre de 2001). Así pues, en tanto que el arrendatario aún no ha ejercitado la opción por no haber transcurrido el plazo estipulado, y aunque proceda al pago de las correspondientes cuotas, al ser su naturaleza jurídica distinta a la del contrato de compraventa, «... el objeto arrendado es de plena propiedad de la parte arrendadora, por lo menos hasta que se ejercite el derecho de opción ...» (FD 1.º de la STS de 4 de abril de 2002). (STS de 21 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La empresa A. F. C., S. A., dedicada a operaciones de arrendamiento financiero interpuso tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando que se reconociera su derecho de propiedad sobre cierta maquinaria que había sido objeto de embargo en el expediente de apremio seguido por la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a la entidad D. B., S. A. Desestimada la demanda por el Juez de Primera Instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación que fue igualmente desestimado por la Audiencia Provincial. La representación legal de la entidad A. F. C., S. A. interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción, entre otros, del artículo 1255 CC con relación a la DA 7.^a de la Ley 26/1988, de 26 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como infracción de la jurisprudencia relativa al caso.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo muestra su extrañeza ante el suplico del recurso en el que además de solicitar la desestimación de un presunto recurso de la Tesorería de la Seguridad Social, la parte recurrente solicitaba la confirmación de la sentencia recurrida en lugar de su revocación. El Tribunal entiende que se ha producido «...un error de impresión propio de un uso poco cuidadoso del ordenador».

Por lo que a cuestiones de fondo se refiere, el Tribunal Supremo vuele a reiterar su doctrina sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* o arrendamiento, delimitándola con respecto a la compraventa de bienes muebles. Rechaza la tesis mantenida por la sentencia recurrida que vino a sostener la existencia de una simulación relativa, de modo que el contrato de arrendamiento financiero venía realmente a encubrir un contrato de compraventa de bienes muebles a plazo, tomando como base para dicha afirmación el importe del valor residual, calificación mantenida por el Juez de Primera Instancia así como por la Audiencia Provincial que vino a dificultar el ejercicio de la tercería de dominio por parte de la sociedad arrendataria. (*R. D. O.*)

36. Validez y revocación de la donación *mortis causa*.—Esta clase de donación es un acto de gratuidad que no transfiere la propiedad al donatario sino hasta después del fallecimiento del donante, siendo posible su revocación hecha a través de testamento y de forma suficientemente expresiva de la voluntad de tal revocación (STS de 25 de julio de 1996). Resulta una obligación condicional suspensiva, en la que se adquieren los derechos dependiendo del acontecimiento de la muerte del donante. La revocación puede llevarse a cabo en cualquier instante, ya que producen un efecto *post mortem*. El requerimiento del donante, o la presentación de la demanda evidencian la intención de revocar la donación.

Forma de la donación *mortis causa*.—Esta clase de donación requiere forma testamentaria, con la sumisión a las reglas de los testamentos. Por ello, para su otorgamiento y la validez de la donación, es necesario guardar los requisitos formales exigidos en las normas testamentarias

Valor o eficacia del documento público.—Este valor no ha de entenderse como eficacia del contenido o declaraciones que se reflejen en el mismo por los otorgantes. Únicamente hacen prueba contra éstos y sus causahabientes. La vinculación del Juez con respecto a tales documentos se centra en su fecha y otorgamiento, pudiendo ser desvirtuado el resto de su contenido a apreciación de otras pruebas (SSTS de 30 de septiembre de 1995, 22 de enero de 2001, 30 de octubre de 1998, 11 de julio de 1996, 18 y 27 de marzo de 1991, 2 de abril de 1990 y 6 de julio de 1989). (**STS de 27 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. F. A., director general de la sociedad *B. R.*, adquirió acciones de la citada compañía, y al no tener hijos, las puso a nombre de sus hermanos y sobrinos, pero con reserva de su propiedad, del ejercicio de toda clase de derechos inherentes a las mismas y del cobro de los dividendos. La sentencia de instancia acogió la demanda fundamentándose en la claridad de los términos de los contratos («al fallecimiento de don M., solo al fallecer mi

tío...»), considerando lo celebrado una donación *mortis causa*, nula por defecto de forma. Apelada la sentencia, se desestimó el recurso, del igual modo que el recurso de casación.

NOTA.—La presente sentencia continúa la línea jurisprudencial con respecto a la exigencia de forma en la donación *mortis causa*, contenida en la reciente STS de 28 de julio de 2003, o la de 25 de julio de 1996, aunque en ésta no sólo carecía la donación de la forma exigida en las disposiciones testamentarias, sino que se transmitía en el mismo acto de la escritura el pleno dominio del bien donado. De igual modo resuelve la STS de 13 de junio de 1994, que declara nula la donación *mortis causa*, por no cumplir la normativa testamentaria referente a la forma, siguiendo a la de 24 de febrero de 1986, que establece que, aunque tales donaciones tienen como finalidad la transmisión de la propiedad tras el fallecimiento del donante, sin que pueda alterar la esencia de este concepto la forma empleada, «había simplemente intención de realizar una donación *mortis causa* que no llegó a plasmar en realidad al no adoptarse la forma de las disposiciones testamentarias, pues es necesario guardar las formas y solemnidades del testamento.» (P. S. S.)

37. Contrato de obra. La responsabilidad del arquitecto se extiende a todas las fases del proceso de edificación, desde la proyección del edificio, hasta la correcta ejecución del proyecto.—El motivo fracasa por completo, y para ello es suficiente con reproducir una línea jurisprudencial sobre la responsabilidad del arquitecto superior en los términos de la S de 10 de mayo de 2003: «En relación con el quehacer debatido del profesional que comporta, por lo general, una clase de *locatio operarum*, cabe exponer al respecto la siguiente línea doctrinal; en cuando a ese *facere*, la sentencia, entre otras, de 1 de febrero de 2002, exponía: «sobre las obligaciones de los arquitectos en su conformación con el régimen anterior a la reforma de la Ley de edificación 38/1999, de 5 de noviembre, cabe expresar en línea de principio que, a tenor del Real Decreto de 17 de junio de 1977, se resalta que toda obra de arquitectura exige la intervención de arquitecto que realice el estudio y la redacción del Proyecto, elabore las especificaciones y documentos necesarios para la ejecución de las obras, lleve a cabo la dirección facultativa de éstas y efectúe la liquidación de los gastos hechos en las mismas.

Que sobre las fases de trabajo de los arquitectos, cabe señalar:

a) Estudio previo. Constituye la fase preliminar en la que se expresan las ideas que desarrollan el encargo de modo elemental y esquemático, mediante croquis o dibujos, a escala o sin ella. Incluye la recogida y sistematización de la información precisa, el planteamiento del programa técnico de necesidades y una estimación orientativa de coste económico, que permitan al cliente adoptar una decisión inicial.

b) Anteproyecto. Es la fase del trabajo en la que se exponen los aspectos fundamentales de las características generales de la obra: funcionales, formales, constructivas y económicas, al objeto de proporcionar una primera imagen global de la misma y establecer un avance del presupuesto.

c) Proyecto básico. Es la fase del trabajo en la que se definen de modo preciso las características generales de la obra, mediante la adopción y justificación de resoluciones concretas. Su contenido es suficiente para solicitar, una vez obtenido el preceptivo visado colegial, la licencia municipal u otras

autorizaciones administrativas, pero insuficiente para llevar a cabo la construcción.

d) Proyecto de ejecución. Es la fase del trabajo que desarrolla el proyecto básico, con la determinación completa de detalles, y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos, y puede llevarse a cabo, en su totalidad, antes del comienzo de la obra, o parcialmente, antes y durante la ejecución de la misma. Su contenido reglamentario es suficiente para obtener el visado colegial necesario para iniciar las obras.

e) Dirección en obra. Constituye la fase más significativa en la que el arquitecto lleva a cabo la coordinación del equipo técnico-facultativo de la obra, la interpretación técnica, económica y estética del proyecto de ejecución, así como la adopción de las medidas necesarias para llevar a término el desarrollo del proyecto de ejecución, estableciendo las adaptaciones, detalles complementarios y modificaciones que puedan requerir con el fin de alcanzar la realización total de la obra, de acuerdo con lo que establece el Proyecto de ejecución correspondiente.

f) Liquidación y recepción de la obra. En esta fase se efectúa la determinación del estado económico final de la obra, mediante la aplicación de los precios que rijan en ella al estado real de mediciones, facilitadas por el técnico competente, de las partidas que la componen, y comprende también el recibo de la misma en nombre del cliente con arreglo a los documentos y especificaciones contenidos en el proyecto de ejecución, y en los demás documentos incorporados al mismo durante el desarrollo de la obra.

Asimismo, existe jurisprudencia atinente, sobre la responsabilidad del arquitecto en los casos de desvíos en la ejecución de su proyecto cuya dirección le compete.

STS de 22 de septiembre de 1994: "...En el caso enjuiciado la misión del arquitecto que no fue cumplida en sus justos términos, a través del hecho probado no sólo de la mala ejecución de la obra, sino además, de una defectuosa dirección en la misma y de su defectuosa vigilancia, conceptos y circunstancias que no son en modo alguno ajenos a las funciones del arquitecto como técnico superior, sino que vienen a formar parte esencial de su cometido profesional...".

STS de 27 de junio de 1994: "... según doctrina de esta Sala, la responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, lo que no cabe confundir con la diligencia de un hombre cuidadoso, razón por la cual el dueño de la obra no necesita probar la culpa del arquitecto, siendo suficiente demostrar el incumplimiento, construcción ésta que contiene una cierta objetivación de la responsabilidad de dichos profesionales".

STS de 25 de julio de 2000: "...en lo concerniente a la relativa responsabilidad del arquitecto superior, la amplitud de sus obligaciones, son del siguiente tenor:

1) Que la construcción se ejecute en cuanto a su forma con arreglo a las normas constructivas especificadas en el proyecto, o, si alguna quedara sin especificar, de lo que se decidiera en obra.

2) De que se ejecute con arreglo a las normas legales y técnicas que rijan la realización del proyecto.

3) De que la obra ejecute el proyecto aceptado y contratado, con el mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad (S de 23 de diciembre de 1999); y como expresa la STS de 19 de noviembre de 1996, “corresponde al arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están obligados a su estricto cumplimiento. De suerte que no basta con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales”; la posición doctrinal reflejada en esta STS es mantenida, entre otras, en las de 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989 y 10 de noviembre de 1994...».

Salvo que su cometido se individualice en los términos estrictos del artículo 1591 CC, el arquitecto debe vigilar todos los aspectos de la ejecución de la obra, aunque para ello pueda servirse de su subordinado.—Esta Sala, ante ello, sólo le resta añadir —sin perjuicio de observar cómo en el recurso se margina, en términos de dudosa estética procesal, algún adarme de interconexión profesional con los otros estamentos que intervienen en el proceso de construcción, dado el fundamento de la defensa propia y de la imputación ajena—, que el *facere* del recurrente no se agota en los términos que tan parcialmente se esgrimen, porque, correspondiéndole, en resumen, la dirección de la obra tras la redacción del Proyecto en sus diversas fases, es evidente que, salvo que se individualice su cometido en los términos estrictos del artículo 1591 CC, aquella tarea ha de proyectarse en que debe cerciorarse que su proyecto se ejecutará *ad hoc* con unos materiales adecuados y, sobre todo, que su deber de vigilancia superior, si bien con la apoyatura de su subordinado en el esquema facultativo, no por ello puede desentenderse o apartarse por completo de ese control en la marcha del *iter* constructivo.

Se desestima el recurso con los efectos derivados. (STS de 29 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de un edificio demandan por la vía del artículo 1591 CC a la promotora, a la constructora y al arquitecto superior responsables de su construcción por los graves defectos descubiertos en el mismo. La sentencia de primera instancia no entra en el fondo del asunto al estimar la presencia de la excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Apelada esta resolución, la Audiencia estima parcialmente la demanda condenando a los demandados a reparar a su costa una serie de defectos que se detallan en su fallo. Los herederos del arquitecto superior, fallecido al tiempo del proceso, interponen el recurso de casación al que el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (M. C. B.)

38. Responsabilidad por vicios constructivos del artículo 1591 CC. Responsabilidad de los aparejadores.—Corresponde a los aparejadores advertir el posible incumplimiento de las normas tecnológicas de la edificación, vigilando que la realidad constructiva se ajuste a la *lex artis*; además,

incurrirán en responsabilidad si la ejecución de las actividades constructivas no es correcta, pues de la observancia de la misma son los primeros encargados, al ser ellos los profesionales que han de mantener los contactos más directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo (SSTS de 3 de octubre de 1997 y de 27 de junio de 2002, entre otros).

Responsabilidad de sociedad constituida por arquitectos por las deficiencias técnicas en que incurrió el miembro designado por la misma.—Incorre en responsabilidad la sociedad por cuanto la facilitación de los servicios propios de un arquitecto constituye su objeto social y en el presente supuesto éstos no se han desarrollado de manera satisfactoria, impidiendo obtener el resultado constructivo pretendido, todo ello sin perjuicio de la trascendencia que en las relaciones entre la sociedad y sus socios pueda alcanzar la obligación de pago que la sentencia establece. (STS de 26 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El promotor-constructor y dueño de un solar demandó a la entidad de arquitectos que redactó el proyecto a realizar sobre dicho solar y a los dos aparejadores que habían intervenido en la dirección de la obra, en reclamación de 6.372.621 pts. por los daños ocasionados como consecuencia de la obra. Esto es, fue preciso suprimir dos plazas de garaje y un trastero que figuraban en el proyecto, ya que de mantenerse las mismas y el trastero, algunas plazas no podrían ser utilizadas y las rampas de salida de los sótanos necesitarían mayor holgura para la normal circulación de vehículos por ellas. La demanda fue estimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por los demandados. (I. D. L.)

39. Promotor inmobiliario: diferencias con el gestor de la comunidad de propietarios.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que estamos en presencia de un promotor inmobiliario y no de un mero gestor, cuando se asume un férreo control sobre la obra, antes y durante su ejecución, habiendo además un ánimo de lucro.

Responsabilidad del promotor inmobiliario: equiparación al contratista en orden a la responsabilidad establecida en el artículo 1591 CC.—El Tribunal Supremo señala que al promotor inmobiliario le es de aplicación la responsabilidad decenal de los constructores, incluso aunque se presenten como meros gestores. Ahora bien, el promotor responderá de los defectos o vicios producidos por las actuaciones llevadas a cabo mientras estaba en su cargo, no cuando ya hayan cesado. Así, como la instalación del pavimento se efectuó cuando la promotora ya había cesado y la comunidad de propietarios había asumido todas las facultades de aquélla, dicha promotora no debe responder por los vicios surgidos posteriormente en el pavimento. (STS de 5 de febrero de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios demanda a la promotora, a la constructora, a los arquitectos y al aparejador de un edificio, por defectos de la construcción en el pavimento y en el suelo de dicho inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la promotora, la constructora y el aparejador a

reparar los vicios del pavimento, y absolviendo a los arquitectos demandados. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, éste es desestimado. La comunidad de propietarios y la promotora recurren en casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora-reconvenida, y haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la promotora demandada-reconviniente.

NOTA.—Ha de recordarse que aunque el artículo 1591 CC no menciona expresamente al promotor inmobiliario como sujeto responsable de los defectos en la construcción, fundamentalmente a partir de la STS de 11 de octubre de 1974, se incluyen, tanto al promotor-vendedor, como al promotor-constructor, dentro de la órbita de la responsabilidad decenal impuesta por dicho precepto, asimilándole al contratista.

Pero ha de tenerse en cuenta, además, en materia de responsabilidad del promotor inmobiliario la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, fundamentalmente su artículo 17.

Esta Ley equipara al gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras figuras análogas al promotor y configura a éste como una persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso y a la que se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir. Prescribe que la responsabilidad civil de los diferentes agentes por daños materiales en el edificio se exigirá de forma personal e individualizada, tanto por actos propios, como por actos de otros agentes por los que, con arreglo a esta Ley, se deba responder. Dicha responsabilidad se exigirá solidariamente cuando no pueda ser atribuida en forma individualizada al responsable del daño o cuando exista concurrencia de culpa, sin que pueda precisarse la influencia de cada agente interviniente en el daño producido.

En cuanto a los plazos de responsabilidad se establecen en períodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños que puedan aparecer en los edificios. El constructor, durante el primer año, ha de responder por los daños materiales derivados de una deficiente ejecución; todos los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, durante tres años, responderán por los daños materiales en el edificio causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad y durante diez años, por los que resulten de vicios o defectos que afecten a la seguridad estructural del edificio.

Las acciones para exigir responsabilidades prescriben en el plazo de dos años, al igual que las de repetición contra los agentes presuntamente responsables.

Ahora bien, no puede olvidarse que, de acuerdo con lo establecido en la DT 1.ª de la mencionada Ley, ésta no es de aplicación a los edificios ya construidos en el momento de su entrada en vigor, a los edificios en construcción en esa fecha, ni tampoco a los edificios que aún no habían comenzado a construirse, pero que ya habían solicitado la correspondiente licencia, siendo en estos supuestos de plena aplicación la responsabilidad prevista en el artículo 1591 CC. (A. M. C. E.)

40. Responsabilidad ex artículo 1591 CC: improsperabilidad de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—La excepción de litisconsorcio pasivo necesario no procede ser apreciada en los supuestos de aplicación del artículo 1591 CC, al predominar el principio de responsabilidad solidaria (STS de 26 de febrero de 1996). En estos casos el perjudicado puede demandar bien a todos los que considere posibles coautores de los defectos constructivos o causantes de la ruina funcional, o sólo a aquel que aparezca como único o más definido responsable civil, evitando así que sean llamados al proceso aquellos contra los que no se dispone de justificación suficiente para atribuirles alguna clase de responsabilidad.

Defectos en la construcción. Reclamación del comprador: relatividad de los contratos.—En la venta de pisos, cuando existen defectos en la construcción, es aplicable el artículo 1257 CC, que establece la regla de la eficacia relativa de los contratos, y lleva a la consecuencia de que el comprador sólo puede reclamar frente al vendedor. La jurisprudencia, no obstante, ha recurrido a considerar transmitidas, por la compraventa, las acciones que el vendedor tuviera contra terceros.

Adquisición de estructura edificada con el objeto de terminar la construcción del inmueble. Responsabilidad por defectos en la estructura: asunción por el adquirente-constructor de los riesgos que de dicha estructura pudieran derivarse.—La responsabilidad del artículo 1591 CC se aplica a los que realizaron efectivamente la construcción del edificio, aun cuando hubieran adquirido el inmueble estando levantada la estructura, puesto que con la adquisición de la estructura y la posterior construcción se asumieron los riesgos que de la misma pudieran derivarse (STS de 24 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores reclaman una cantidad de dinero como coste de reparación de los vicios de construcción que afectan al piso que adquirieron. Los defectos de la construcción proceden de la estructura del edificio. Los demandados son los constructores, sin embargo, no fueron ellos los que construyeron dicha estructura. Cuando los demandados adquirieron el inmueble éste ya contaba con una estructura edificada, por lo que se limitaron a proseguir con la construcción hasta su finalización y posterior venta. Alegan, por tanto, los demandados, que no son responsables de los vicios. El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (C. O. M.)

41. Subcontrato de obra.—En la STS de 22 de diciembre de 1999, tiene declarado el Tribunal Supremo que «los subcontratistas no sólo son acreedores del precio ajustado, sino también del efectivamente debido por las obras realizadas, bien en el ámbito de la subcontrata o fuera de ella tratándose de mejoras autorizadas. Al no resultar excluidos los subcontratistas de la aplicación del artículo 1597 CC —STS de 29 de abril de 1991—, la acción de reclamación de deuda que les asiste opera en forma directa y pueden dirigirse tanto contra el dueño de la obra como contra el contratista o subcontratista anterior, y asimismo frente a todos ellos simultáneamente al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se pro-

yecta al comitente, y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria».

La doctrina del Tribunal Supremo –SSTS de 15 de marzo de 1990, 11 de octubre, 12 de mayo de 1994, 2 de julio de 1997 y 28 de mayo de 1999– interpreta esta realidad social del mundo de la construcción y se muestra atenta para evitar abusos y manipulaciones a cargo de los propietarios que se valen de contratistas afines, coincidentes con sus intereses a fin de eludir responsabilidades que les pudieran corresponder por la obra encargada.

Aplicación del artículo 1597 CC.–«El artículo 1597 CC otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra. No se trata de una acción sustitutiva, sino directa, que exceptiona el principio de relatividad de los contratos proclamado en el artículo 1257 CC –SSTS de 29 de octubre de 1987, 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 22 de diciembre de 1992, 12 de mayo de 1994 y 2 de julio de 1997– y opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista –STS de 16 de marzo de 1996–». (STS de 26 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.–Don M. G. P. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a las compañías *Bartibas Empresa Constructora, S. A.* y *Promociones J., S. A.* solicitando se dicte sentencia por la que se condene a los codemandados al pago de 18.686.248 pesetas, con el límite en el caso de *Promociones J., S. A.* de la cantidad que éste adeude a la otra codemandada. La cuestión litigiosa –referente al subcontrato de obra celebrado por el actor y *Bartibas Empresa Constructora, S. A.*, por el que se concertó la ejecución por parte de aquél de los trabajos de fontanería, calefacción, gas y saneamiento de P.V.D., con suministro de materiales, a realizar en las obras de construcción en la C/ Cabestany, de Huesca, de que dicha demandada era adjudicataria por cuenta de *Promociones J., S. A.*– queda en casación centrada sobre la procedencia o no de la acción ejercitada contra el promotor.

El Juzgado acogió la demanda solo respecto a *Bartibas Empresa Constructora, S. A.* y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en cuanto al pronunciamiento absolutorio para *Promociones J., S. A.*, a quien condena.

Promociones J., S. A. interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (M. F. N. C.)

42. Responsabilidad civil profesional: responsabilidad contractual del abogado: doctrina jurisprudencial.–En el encargo al abogado por su cliente, se está en presencia, por lo general y al margen de otras prestaciones conexas, de un arrendamiento de servicios o *locatio operarum*, también denominado *contrato de servicios* en el proyecto de reforma del Código civil, en el que una persona con el título de abogado o procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional, solicitando la asistencia consistente en la defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el abogado comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su *lex artis*, sin que garantice o se comprometa al

éxito de la prestación; en cuanto a sus deberes no es posible hacer de antemano un elenco cerrado de los mismos, si bien *ad exemplum*, se enumeran así: informes de *pros y contras*, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales, y aplicación al problema de los indispensables conocimientos jurídicos; en sede de responsabilidad es de carácter subjetivo de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, si bien incumbe al cliente la carga de probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional sin que deba responder de las actuaciones de cualquier profesional que coadyuve o coopere; la obligación de indemnizar resulta de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada a reclamación judicial.

Valor de las normas corporativas.—Las normas contenidas en los artículos 8, 9, 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía de 1982, aclaran y desarrollan las obligaciones de los abogados, sin que tales normas corporativas tengan valor casacional según SSTs de 6 febrero 1996 y 25 junio 1998.

Reclamación por daños sufridos al ser arrastrados dos hijos por las aguas desbordadas del río Ter: negligencia profesional: acción prescrita: daño moral: pérdida de oportunidad.—El daño moral por negligencia profesional del abogado o procurador no puede consistir en la cuantía reclamada en el proceso principal, sino en la apreciación que para los actores ha supuesto verse privados de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido, y que se comprende en la llamada *pérdida de oportunidad*.

Responsabilidad de los abogados que se suceden en la defensa: daño moral: responsabilidad mancomunada y no solidaria.—Es negligente la actuación del abogado que llevó el asunto en vía penal, sin obtener éxito, al esperar a cuatro días antes de que prescribiera la acción civil para acompañar y asesorar a los familiares de la víctima del accidente para solicitar el nombramiento de abogado de oficio, pues una mínima diligencia no sólo hubiera efectuado esa gestión mucho antes, sino que, además, ante esa premura de tiempo se debió agilizar los trámites y contactos con su nuevo compañero. En cuanto al abogado designado de oficio responde porque dilató la presentación de la reclamación civil a que estuviera prescrita la acción, siendo desestimada la misma. La responsabilidad de ambos profesionales no es solidaria sino mancomunada, distribuyéndose la cuantía total del daño moral, fijada discrecionalmente en cinco millones de pesetas, en un quinto el primero y cuatro quintos el segundo. (STS de 12 de diciembre de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La demanda de responsabilidad profesional había sido rechazada en ambas instancias, pero el Tribunal Supremo, en ponencia de Martínez-Valcárcel y Gómez, estima el recurso de casación con base en la doctrina extractada, que puede considerarse ya consolidada. Se solicitan casi 71 millones de pesetas otorgándose únicamente cinco. (G. G. C.)

43. Aval a primer requerimiento. La calificación jurídica de un contrato corresponde al Juzgador de instancia y su resultado debe respo-

tarse en casación, salvo que sea ilógico, inverosímil o contrario a las reglas interpretativas de los artículos 1281 a 1289 CC.—Según tiene declarado esta Sala, entre otras, en SS de 5 de febrero y 21 de octubre de 1997, la determinación de la concepción jurídica correspondiente a un contrato constituye un problema de interpretación del mismo en orden a su calificación, que está atribuido al Juzgador de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación si no es ilógico, inverosímil o contrario a las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso.

El recurrente en casación debe especificar los preceptos que estima vulnerados sin que baste una genérica alusión a los preceptos tal «y siguientes» o «y concordantes».—Además, constituye una deficiencia de técnica casacional la cita como vulnerados de los preceptos «y siguientes» o «y concordantes», sin decir cuáles son en criterio del recurrente, pues ello contraviene la exigencia en el artículo 1707 LEC (por todas, STS de 11 de febrero de 1993).

La invocación conjunta de preceptos incompatibles, aunque se haga de forma alternativa, constituye un defecto casacional.—La invocación conjunta de preceptos incompatibles, aunque se haga de forma alternativa, constituye un defecto casacional reiteradamente sancionado por la doctrina de esta Sala para supuestos como el presente, y la pretensión, a través de la doctrina de la interpretación contractual, de que se efectúe una nueva valoración de la prueba, constituye un fraude casacional, porque la verificación de si ha habido un error en la misma requiere el planteamiento del motivo concreto con alegación de la norma legal que contenga la regla de la prueba que se estima infringida (por todas, STS de 17 de julio de 2001).

Sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 CC cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.—Esta Sala, en SS, entre otras, de 10 de noviembre de 1999, 17 de octubre y 12 de noviembre de 2002, 17 de febrero y 14 de julio de 2003, ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 CC cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.

En el supuesto del debate, en aras de la doctrina jurisprudencial relativa a que el artículo 1214 CC podrá y deberá ser aplicado cuando se trate de un hecho no acreditado y cuya falta de prueba haya de recaer en sus consecuencias sobre aquél que, sin embargo de estar obligado a probar, no lo hizo (entre otras, SSTS de 5 de junio de 1988, 19 de noviembre de 1998 y 12 de noviembre de 2002), no entraba en juego el precepto referido al existir datos demostrativos en las actuaciones sobre la deuda correspondiente a *TRYP, S. A.*, y que ha sido objeto del aval.

El aval a primer requerimiento es una garantía personal atípica, distinta de los contratos de fianza y de seguro de caución, que no es accesoria y que impide al garante oponer al beneficiario excepciones no derivadas de la propia garantía, salvo cuando se trata de demostrar el pago efectuado por el obligado principal, pues esto propende a evitar un enriquecimiento injusto.—La STS de 5 de julio de 2002 indica que la doctrina jurisprudencial ha sido reiterada respecto al aval a primer requerimiento; el concepto es expresado por las SSTS de 27 de octubre de 1992, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000: es una garantía personal, atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 CC, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es

accessoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. La STS de 31 de mayo de 2003 manifiesta que en la jurisprudencia se reconoce su función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado desde el momento en que resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante por medio de requerimiento practicado en forma legal para entender que el obligado garantizado no ha cumplido, si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consiguiente liberación del avalista, produciéndose inversión de la carga de la prueba, ya que no se puede exigir al beneficiario que demuestre el incumplimiento del obligado principal. (STS de 12 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Con base en un contrato de garantía suscrito entre las mismas, las sociedades mercantiles beneficiarias demandan al banco garante, reclamándoles el pago de la suma adeudada por el deudor garantizado. El Juzgado acogió parcialmente la demanda, condenando al banco a abonar una parte de lo reclamado. Ambas partes contendientes interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron parcialmente acogidos por la Audiencia Provincial: en virtud del de las demandantes-apelantes, se calificó el contrato celebrado como de «aval a primer requerimiento»; en virtud del recurso del banco demandado, la cantidad a pagar se redujo. Recurrida la sentencia en casación también por ambas partes, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los recursos. (M. C. B.)

44. Responsabilidad civil derivada del delito. La falta de pronunciamiento del órgano penal sobre la responsabilidad civil dimanante del delito posibilita su conocimiento por los tribunales del orden civil, en tanto no haya existido renuncia expresa a la acción.—Al contener la sentencia penal una taxativa declaración sobre que las pretensiones indemnizatorias formuladas por la acusación particular, no deben acogerse, sin perjuicio de las acciones civiles que en relación con los hechos pudieran corresponderles, queda abierta la posibilidad de ser planteada dicha pretensión ante los tribunales del orden civil. Pues sin que haya existido renuncia expresa al ejercicio de esas acciones, no es posible descalificar la decisión del otro orden, porque no cabe esa reserva de la acción civil cuando no se ejercitó la misma por los propios perjudicados o dañados. Porque ante el evidente pronunciamiento de los Tribunales penales de que esa acción/responsabilidad civil derivada no había sido objeto de pronunciamiento y porque no habían ejercitado esa facultad de reserva a instancia de parte, no debe impedírseles este ulterior ejercicio, lo que aquellos órganos le permiten cuando expresan tal posibilidad colmando de satisfacción los intereses dañados.

Los hechos declarados probados en la sentencia penal sirven de soporte fáctico a la pretensión civil.—No puede omitirse que hubo una expresa condena penal al autor de los hechos como autor de cuatro delitos de amenazas, que, obvio es, sirven de soporte fáctico a esta misma pretensión indemnizatoria por daños morales, lo que evidencia la pertinencia de esa reparación ante la realidad del ilícito correspondiente.

Cosa juzgada. No concurre la excepción cuando en la vía penal no se juzgó la responsabilidad civil luego reclamada.—Jamás el orden penal juzgó la responsabilidad civil, luego no es posible que, en el plano de la lógica enjuiciadora, se pueda decir que hubo cosa juzgada concierne a esa responsabilidad, exclusiva de este orden civil. (STS de 13 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—A resultas de la convivencia entre vecinos de un mismo inmueble, el demandado fue condenado en juicio penal por diversas faltas de amenazas e insultos, fallándose en la sentencia que no se accedían a las pretensiones reparatorias de los daños materiales y morales, formuladas por la acusación particular, sin perjuicio de las acciones civiles que en relación con los hechos pudieran corresponderles. Estos mismos actores dedujeron demanda civil con solicitud de indemnización de aquellos daños que no habían sido satisfechos en el proceso penal. El Juzgado de Primera Instancia acogió la pretensión y condenó al demandado al abono de los daños morales, una vez excluidos los materiales. La Audiencia Provincial de Valladolid admitió el recurso de apelación planteado por el condenado y estimó la excepción de cosa juzgada, por lo que revocó la sentencia de instancia y absolvió al demandado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (L. A. G. D.)

45. Culpa extracontractual: responsabilidad civil del empresario por accidente de trabajo: muerte por electrocución: evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la competencia civil.—Los tres primeros motivos del recurso versan sobre la competencia del orden jurisdiccional civil y pueden examinarse conjuntamente. Esta cuestión fue analizada con detalle por STS de 8 de octubre de 2002 que reconoció el alto grado de desacuerdo entre las decisiones judiciales, incluso de máximo nivel, sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil del empresario por los daños que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta de aquél; en efecto, si bien la Sala Primera del Tribunal Supremo declaraba por regla general su propia competencia, la Sala Especial de Conflictos había dictado dos Autos en los que se pronunció a favor de la jurisdicción social, de modo que en el mismo sentido había resuelto la Sala Primera en SS de 24 de diciembre de 1997, 10 de febrero, 20 de marzo, 23 de julio y 24 de octubre de 1998. Con argumentos de distinto orden se ha vuelto a la línea original en SSTS de 10 abril y 30 de noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 22 de junio y 2 de julio de 2001, aunque con el importante matiz de que la acción ha de fundarse en los artículos 1902 y 1903 CC, ya que si se funda únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad la competencia corresponderá a la jurisdicción social (SSTS de 11 de febrero, 26 de mayo y 12 de junio de 2000). Se reconoce paladinamente en el FD 2.º que queda por tanto de manifiesto que la trayectoria de esta Sala no ha sido rectilínea y, con ello, que la solución adoptada por el tribunal de apelación, no sólo entra de lleno dentro de lo razonable sino que incluso quedaría refrendada por las citadas SS de esta Sala desde finales de 1997 hasta mediado el año 1998. Pero después de esta *confesión* se afirma que los recursos planteados deben resolverse en coherencia con el

criterio adoptado después de dichas sentencias y mantenido hasta la actualidad, atribuyendo la competencia al orden jurisdiccional civil .

Exigibilidad de culpa e inaplicabilidad del riesgo como criterio único de responsabilidad.—En este juicio civil se trata de determinar, única y exclusivamente, si de la muerte del trabajador fue responsable su empresa o algún empleado de ésta y por tal razón deba la empresa pagar alguna cantidad orientada a la íntegra reparación del daño que la muerte del trabajador fallecido produjo a su mujer y a su hijo. No pocas sentencias de esta Sala tienden a objetivar la responsabilidad civil del empresario aproximándolo a una responsabilidad fundada sin más en el riesgo, como, con variedad de matices, las SSTS de 17 de octubre de 2001, 22 de abril, 17 de julio y 1 de octubre de 2003. Pero no es menos cierto que otro importante grupo de sentencias rechaza el riesgo como fuente única de responsabilidad civil por culpa extracontractual (SSTS de 28 de octubre de 1988, 21 de marzo de 1991, 11 de febrero de 1992, 8 de marzo de 1994, 8 de octubre y 18 de noviembre de 1988, y 8 y 16 de octubre y 6 de noviembre de 2001), línea jurisprudencial que se completa con la que exige una rigurosa prueba del nexo causal al enjuiciar la responsabilidad civil del empresario (así STS de 9 julio de 2003, que recopila la jurisprudencia al respecto). Aun cuando no sea totalmente descartable una inversión de la carga de la prueba en contra del empresario cuando sea éste quien tenga las fuentes de prueba; ni quepa prescindir del riesgo como factor de imputación en aquellos accidentes de trabajo que por sus causas coloquen al trabajador en una posición semejante a la de las personas ajenas a la empresa (por ej. una explosión), lo cierto y verdad es que, en el caso enjuiciado, no se aprecia culpa alguna, por mínima que sea, ni en la empresa demandada como empleadora del trabajador fallecido ni en ninguno de sus empleados, cerrándose así las posibilidades de aplicar los artículos 1902 y 1903 CC. **(STS de 31 de diciembre de 2003; ha lugar.)**

NOTA.—Sentencia no sólo notable por el minucioso estudio de los motivos del recurso interpuesto por la viuda del obrero accidentado, sino por el sorprendente resultado de que pese a estimar con destacable y meritorio esfuerzo los invocados para justificar la competencia civil, entra en el fondo y desestima, no obstante, la demanda, de modo que al cabo de ocho años la viuda e hijo del accidentado no van a recibir mayor suma que la ya percibida laboralmente (Pte.: Castán Marín). Recurso inútil para la recurrente, aunque representa una valiosa introspección del quehacer de la Sala Primera en algunas cuestiones de bastante actualidad y de gran interés doctrinal y práctico. Las reformas legislativas están conduciendo a lo que podría verse como cierto acoso de aquélla por parte de otras Salas del Tribunal Supremo, con riesgo de que recaiga jurisprudencia contradictoria en perjuicio del justiciable. Con gran honradez esta sentencia reconoce que la que se revoca es razonable y perfectamente defendible según una determinada línea jurisprudencial, aunque se sigue la contraria. Asimismo son de registrar los argumentos del FD 2.º para que se pase de una indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones, sin base normativa suficiente, a un sistema coherente de complementariedad, cuyo destinatario propiamente es el legislador. Por último hay que subrayar el meticoloso análisis contenido en el FD 4.º sobre los hechos probados que permiten con gran verosimilitud atribuir exclusivamente a la culpa de la víctima la producción del hecho luctuoso. (G. G. C.)

46. Responsabilidad extracontractual del artículo 1903 CC: accidente laboral. Solidaridad impropia o por salvaguarda del interés social.—Esta solidaridad se produce para garantía y protección del perjudicado en los casos de responsabilidad extracontractual cuando en la concurrencia culposa de varios se aprecie análoga graduación y, mayormente, cuando no es posible su concreción en el ámbito respectivo (STS de 8 de mayo de 1986, entre otras). Solidaridad predicable, a su vez, de quienes sean estimados responsables por aplicación del artículo 1903 CC (SSTS de 7 de junio de 1988 y 4 de noviembre de 1991).

La solidaridad impropia excluye el litisconsorcio pasivo necesario.—Al no ser la parte demandada ajena a la producción del daño de cuya reparación se trata, la eventual existencia de otros responsables, ligados a los traídos al juicio y unidos entre sí y frente al acreedor por vínculos de solidaridad, excluye el litisconsorcio, al constituir en tales casos facultad del damnificado la de demandar a todos o sólo a alguno de los responsables (STS de 17 de marzo de 1983). Y es que la situación litisconsorcial no deviene forzosa en los supuestos de responsabilidad extracontractual, en razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieron resultar obligados. **(STS de 2 de febrero de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—Debido a la caída desde un andamio, mientras extendía hormigón, fallece un trabajador de la construcción contratado por el Ayuntamiento de Grazalema. Su madre demanda a la citada corporación por daños y perjuicios causados por la muerte de su hijo, en cuantía a determinar durante el procedimiento o en ejecución de sentencia. Se dieron las siguientes circunstancias: 1.^a) El proyecto de obra y dirección técnica correspondía a la Diputación de Cádiz; 2.^a) El Ayuntamiento demandado tenía concertada una póliza de seguro de responsabilidad civil con la entidad *Mapfre*, y 3.^a) Quedó acreditado la omisión de las mínimas normas de seguridad en el trabajo (falta de casco y de cinturón de seguridad, andamio desprovisto de anclajes y barras laterales protectoras...).

El Juzgado estimó la demanda al condenar al Ayuntamiento al pago de doce millones de pesetas, más los intereses legales de tal cantidad desde que ocurrió el accidente. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada (*I. D. L.*)

47. Culpa extracontractual: responsabilidad por riesgo del propietario-promotor del edificio colindante cuya demolición produjo daños en inmueble contiguo: la empresa de demolición actúa según planos elaborados por la promotora.—La sociedad inmobiliaria que dedica su actividad a obtener beneficios interviniendo en la construcción, se dispone a demoler un edificio de su propiedad y vaciar el solar para las cimentaciones de otro nuevo, junto a una casa muy antigua; y esto que cualquiera lo estimaría como un peligro real, lo acomete la sociedad sin que se adopten las medidas que tan peligroso trabajo requiere, y ello a pesar de que la propietaria del viejo edificio colindante acude al Ayuntamiento, e interpone un interdicto de obra nueva para evitarlo. Procede estimar el recurso interpuesto contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial por desconocer la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por riesgo, con recuerdo del adagio *ubi*

emolumentum ibi onus, y la inversión de la carga de la prueba; doctrina contenida, entre otras, en STS de 27 de junio de 2001, al proclamar que la tesis del riesgo acreditada, preexistente y concurrente en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la integridad física de las personas; precauciones entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto.

Solidaridad.—Existiendo un vínculo de solidaridad entre la empresa realizadora de la demolición y la empresa promotora de nuevas viviendas y propietaria de la casa que se demolía, el perjudicado pudo elegir la persona del demandado, sin perjuicio de que en este caso el derribo se proyectó por cuenta de la promotora, la cual asumió también por su cuenta la dirección de las obras.

Daños.—De la prueba practicada se desprende con toda claridad la realidad de los daños y perjuicios denunciados por la actora en el inmueble de su propiedad, y, especialmente, en el establecimiento existente en el mismo para exposición y venta de artículos confeccionados de señora, dejando para ejecución de sentencia el cálculo del lucro cesante conforme a las bases que establece la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (STS de 2 de abril de 2004; ha lugar.) (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: responsabilidad por hecho ajeno: artículo 1903, párrafo 4.º, CC: doctrina general.—La responsabilidad por hecho ajeno que tiene su fundamento en una presunción de culpa *in eligendo* o *vigilando*, o, incluso, en la creación de riesgo, requiere como requisito inexcusable en el supuesto del artículo 1903, párrafo 4.º, CC, que exista una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa según las situaciones concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad; relación de dependencia que se da entre quien encarga la redacción de un proyecto de obra y la posterior dirección de ésta y el arquitecto que realiza su cometido, según las reglas de su arte como profesional independiente y sin relación de subordinación jerárquica alguna. Cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellas, como declara la STS de 4 de enero de 1982, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1903 CC, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios y con la asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente (según STS de 9 de julio de 1984) se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia y dirección, lo que no es el caso. El dueño y promotor de la obra a realizar no es ninguna de las personas a que se refiere el artículo 1903 CC, a efectos responsabilizadores por causa de culpa extracontractual, y ello pese a que la jurisprudencia incluye al promotor en el supuesto del artículo 1591 CC. (STS de 22 de abril de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Hay conformidad en todas las instancias en estimar sustancialmente la demanda en reclamación de daños y perjuicios por lesiones, causadas al derrumbarse un muro preexistente, dirigida contra la empresa realizadora de las obras, mientras que se absuelve

a la empresa promotora con base en la reiterada doctrina jurisprudencial que ha interpretado el artículo 1903, párrafo 4.º, CC. (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: muerte por electrocución por conectar con cables de alta tensión al descargar troncos de camión para serrería: acción dirigida contra empresa eléctrica: no hay relación de dependencia entre ambas empresas: ausencia de nexo causal: fuerza mayor.—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que, en la producción del evento dañoso no intervino absolutamente ninguna culpa por parte del demandado o demandados, sino que el mismo fue debido exclusivamente a un imprevisible acontecimiento de fuerza mayor, ha de excluirse la responsabilidad de aquéllos.

Inaplicación del artículo 1903 CC: falta de relación de dependencia entre empresa eléctrica y serrería.—La más reciente doctrina y la jurisprudencia viene proclamando que la responsabilidad impuesta por el artículo 1903 CC a los que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, no es subsidiaria sino directa, ya que, según STS de 16 de abril de 1973, se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.

Actuación correcta de la empresa eléctrica.—La instalación de los cables de alta tensión se produjo en 1985, estando situados a 6,20 metros, distancia superior a la reglamentaria de los seis metros; las revisiones se habían realizado en la forma ordenada por el Reglamento de Verificaciones eléctricas y regularidad en el suministro. No puede invocarse la conocida doctrina de que si las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para evitar los daños no han ofrecido resultado positivo, ello revela que faltaba algo por prevenir, dado que la prueba acredita que no hay el más mínimo resquicio para imputar una acción negligente a la entidad demandada ya que la declaración de responsabilidad exige un mínimo reproche de culpabilidad en el demandado. (STS de 23 de enero de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—En ambas instancias y en casación hay coincidencia a la hora de rechazar la acción ejercitada por culpa extracontractual por parte de la viuda del chófer del camión muerto por electrocución al descargar troncos de madera en una serrería; ello induce una probable desacertada dirección de la acción entablada exclusivamente contra la empresa eléctrica instaladora de la línea de alta tensión causante inmediata de la electrocución. Parece que en el lugar de la descarga había apilados otros troncos de la misma empresa de serrería, que contribuyeron a que el camión al bascular alcanzara a los cables. Ante esta situación fáctica, lo prudente hubiera sido acumular alternativamente la acción contra ambas empresas implicadas. (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: competencia civil: derecho transitorio.—La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido reconociendo con reiteración, jurisdicción a los órganos judiciales del orden civil para el conocimiento de los litigios relativos a responsabilidad médica cuando han sido demandados conjuntamente los servicios estatales de la SS, INSALUD o las instituciones equivalentes de las CC.AA. a las que se han transferido competencias en esta materia, y los médicos que prestan sus servicios en los centros sanitarios dependientes de aquellos organismos. Añadiendo, a mayor abundamiento, la STS de 7 de marzo de 2000, como doctrina consolidada, la proscripción del *peregrinaje de jurisdicciones*, evitando que el conocimiento del asunto que ha llegado a última instancia, se atribuya a otro orden jurisdiccional, eludiendo la violación del artículo 24.2 CE, añadiendo la STS de 11 de julio de 2001 que se reafirma la competencia civil para conocer reclamaciones semejantes, incluso en el período comprendido entre la Ley de 1992, en su primera redacción, y la última redacción del artículo 9.4 de la LOPJ.

Fallecimiento de enferma de amigdalitis cuando es trasladada de urgencias al hospital: inexistencia de culpa en el médico de urgencias: falta de prueba.—El informe emitido por los médicos forenses de San Sebastián y Tolosa en las diligencias penales incoadas, concluye: 1.º) Desconocemos el agente etiológico productor del proceso infeccioso así como la trascendencia que éste pudiera tener en el fallecimiento; 2.º) Únicamente podemos confirmar que la causa intermedia de fallecimiento es un vómito con aspiración de contenido gástrico con la producción de asfixia; 3.º) La causa inmediata del fallecimiento fue una parada cardiorrespiratoria con desconocimiento de la causa fundamental, que podría ser un proceso infeccioso. Esta indefinición sobre la causa fundamental de la muerte no permite establecer una relación de causalidad entre el fallecimiento y la conducta del médico de urgencias, que tampoco puede ser calificada de culposa o negligente. La falta de acreditación de una relación de causalidad entre la actuación profesional del médico de urgencias y el fallecimiento acaecido varias horas después, impide apreciar la existencia de una responsabilidad por culpa extracontractual imputable a aquél.

Inexistencia de responsabilidad del Servicio Vasco de Salud.—Cuando la reclamación se formula contra una Administración Sanitaria dice la STS de 17 de mayo de 2002 que los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditado en el juicio la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario, de los que hubieren intervenido en la asistencia del enfermo. Cuando así ocurre, los Tribunales acuden a la idea de *conjunto de posibles deficiencias asistenciales*, lo que exime al paciente de la prueba en cuál de los momentos de la actuación médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella. No obstante, la aplicación de esta responsabilidad objetiva exige, en todo caso, la existencia de una relación de causalidad entre esas deficiencias asistenciales y el resultado dañoso, relación que en el presente caso no se ha demostrado, no siendo atribuible la *causa intermedia* del fallecimiento a una falta de medios para el diagnóstico por el Servicio de Urgencias así como para el

adecuado traslado de la paciente al centro hospitalario. (STS de 30 de enero de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada cuida de fijar la secuencia de los hechos: la madre conduce a su hija de veintiún años al ambulatorio de B. a la consulta de su médico de cabecera, quien le diagnostica amigdalitis y le prescribe un antibiótico, recomendándole que, en caso de complicaciones, acuda al ambulatorio; al empeorar el estado de la enferma es trasladada de madrugada al servicio de urgencias, diagnosticando el médico que su hija no tiene nada, completando el tratamiento y enviándola a su domicilio, indicándole que, de persistir su situación, acuda al médico de cabecera. Cosa que hacen los familiares al día siguiente, encontrándose éste con una paciente con gran afectación del estado general, palidez extrema y pulso muy débil; como primera medida le pone suero fisiológico, solicitando ambulancia para su traslado inmediato al Hospital de Z. acompañada por la doctora y la ATS, produciéndose un vómito amarillo en el viaje, desapareciendo el pulso de las carótidas, y a pesar de las maniobras de reanimación no se consigue más que certificar su defunción.

A mi juicio el informe de los Forenses se manifiesta con bastante vaguedad e indefinición al distinguir entre causa inmediata y causa intermedia del fallecimiento de la paciente. El tratamiento de amigdalitis no parece coherente con el resultado de muerte, que puede considerarse de algún modo exorbitante respecto al inicial diagnóstico. Puede verse la STS de 18 de febrero de 2004, en este ADC que hace aplicación de la aquí invocada, aunque no aplicada, doctrina del conjunto de posibles deficiencias asistenciales. (G. G. C.)

51. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: secuelas por intervención médica a causa de accidente doméstico: doctrina general sobre subsanación de la falta de reclamación previa en vía administrativa.—Como dice la STS de 23 de octubre de 2003, derogado el carácter obligatorio del acto de conciliación, ha venido a quedar desvirtuado el paralelismo que la jurisprudencia había venido estableciendo con insistente unanimidad entre el acto de conciliación entre particulares y la reclamación previa en vía administrativa, al subsistir la obligatoriedad de ésta. Pero tal consideración no obsta a que su falta no escapa a la posibilidad de subsanación a que se refiere el artículo 693, regla 3.^a, LEC derogada, cuando se está, como es el caso de autos, ante una acción ventilada a través del juicio de menor cuantía. La doctrina más autorizada propugna que, por razones de economía procesal, el órgano judicial ante el que se tramita un proceso civil en que está interesado algún ente público debería apreciar de oficio la existencia de este defecto procesal con la peculiaridad de considerarlo subsanable en cualquier momento del proceso, estimando que su ausencia no vicia radicalmente la relación jurídica procesal ni anula las actuaciones practicadas. En el presente caso, alegado el defecto procesal por el INSALUD, el Juzgado de Primera Instancia debió suspender la comparecencia concediendo a la parte actora la posibilidad de subsanarlo y no dejar su decisión para la sentencia dictando una de carácter absolutorio en la instancia. Por ello, aunque este requisito aparece incumplido, no puede olvidarse que tal incumplimiento ha sido propiciado

por el órgano judicial y que, habiéndose opuesto el INSALUD a la demanda en cuanto al fondo y propuesto las pruebas que estimó a su defensa, no cabe hablar de que se le haya causado indefensión material alguna, revelándose en este momento procesal de la casación, la subsanación improcedente y su omisión irrelevante, según STS de 3 de julio de 1995.

Carácter culpabilístico de la responsabilidad extracontractual del personal sanitario.—Según STS de 20 de junio de 1997, el Tribunal Supremo en jurisprudencia totalmente consolidada, establece el principio de que el médico tiene una responsabilidad derivada de una obligación de medios y no de resultados, no cabiendo la inversión de la carga de la prueba como consecuencia de la responsabilidad por riesgo, que en modo alguno puede predicarse en materia de responsabilidad médica según STS de 21 de febrero de 1992; de aquí que el médico que practicó la intervención lo hizo correctamente y lo mismo en el postoperatorio; en cuanto al médico adjunto al Jefe del Servicio, dada su situación de MIR, estaba sujeta a las instrucciones y supervisión del Jefe de Servicio, por lo que ninguna facultad decisoria tenía en cuanto al tratamiento a seguir con la enferma ni en la práctica de la intervención quirúrgica.

Responsabilidad de la entidad sanitaria basada en el conjunto posible de deficiencias asistenciales.—Según la doctrina sentada por las SSTS de 20 de junio de 1997 y 17 de mayo de 2002, cuando la reclamación se formula contra una Administración Sanitaria, los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el hecho la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario de los que hubieran intervenido en la asistencia del enfermo. Cuando así ocurre los Tribunales acuden a la idea de *conjunto posible de deficiencias asistenciales*, lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto de la prueba de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella. En el presente caso la actora sufrió un accidente doméstico del que es asistida en varios centros dependientes del INSALUD, motivando varias intervenciones quirúrgicas con resultado de diversas secuelas. (STS de 18 de febrero de 2004; ha lugar.)

NOTA.—En ambas instancias se estima la excepción de falta de reclamación previa en vía administrativa, pero en casación (Pte.: González Poveda) se profundiza en la finalidad de tal motivo de absolución de la instancia, una vez que su tratamiento legal conjunto con el acto de conciliación ha dejado de estar justificado, denunciando que en el caso se hubiera convertido en una especie de *comodín* para el ente público que permitía agotar los trámites procesales sin que la sentencia entrase en el fondo. Haciéndolo acto seguido el Tribunal Supremo estima parcialmente la demanda (reduciendo la indemnización de doce a tres millones de pesetas), aunque no se dan razones para tan importante minoración de la cuantía de aquella (*atendida la entidad de la secuela*, se limita a decir). En el primer aspecto la sentencia es plenamente de aprobar. (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: responsabilidad por emisiones industriales contaminantes: doctrina general sobre protección civil del medio

ambiente.—La protección del medio ambiente está proclamada en el artículo 45.1 CE, regulada en numerosas normas administrativas y la responsabilidad civil se desprende de las arcaicas previsiones de los números 2.º y 4.º del artículo 1908 CC que hablan de humos y emanaciones, pero cuya formulación se extiende a las inmisiones intolerables y a las agresiones al medio ambiente. Esta última puede considerarse en abstracto, como protección al ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, y en concreto, como protección específica a derechos subjetivos patrimoniales. La primera no ha sido objeto —y difícilmente puede serlo en el ámbito del Derecho civil— de sentencia alguna de esta Sala; la segunda tiene —aunque no siempre se ha indicado explícitamente— una reiterada jurisprudencia civil: daños en fincas por emisión de sustancias contaminantes por una central térmica (STS de 12 de diciembre de 1980, que trata en general de la *inmissio in alienum*); daño en arbolado por el polvo contaminante emanado de fábrica de cemento (STS de 17 de marzo de 1981); lo mismo en naranjos por polvo industrial (STS de 14 de julio de 1982); daños en fincas por humos sulfurosos procedente de una central térmica (STS de 27 de octubre de 1983); muerte de ganado por beber en aguas contaminadas por vertido de sustancias tóxicas en un río (STS de 31 de enero de 1986); muerte de truchas en piscifactoría por vertidos en un río (STS de 13 de julio de 1988); daños en fincas y cosas por emisión de polvo por hornos de cal (STS de 16 de enero de 1989). La sentencia más reciente de 7 de abril de 1997, que reitera la doctrina de la STS de 24 de mayo de 1993, contempla la responsabilidad civil por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica y dice literalmente: el número 2.º del artículo 1908 CC (...) configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados «por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros.

Daños continuados: prescripción: *dies a quo*.—Es doctrina consolidada según expresan las SSTs de 24 de mayo de 1993 y 7 de abril de 1997 (que recogen la jurisprudencia anterior) que cuando se trata de daños continuados, o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción (*dies a quo*) no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, como ocurre en el presente supuesto litigioso, en el que los daños en las respectivas fincas de los actores se han venido produciendo sucesiva e ininterrumpidamente hasta la fecha de la interposición de la demanda.

Prueba del daño.—En la sentencia de la Audiencia Provincial se niega la realidad de daños en las fincas, así como la de los daños morales; en cambio considera acreditados los daños en la cabaña ganadera, quedando su determinación cuantitativa para ejecución de sentencia, para lo que fija las bases correspondientes.

Culpabilidad.—La sociedad demandada ha producido, con nexo causal, una serie de daños y la concurrencia de culpabilidad es innegable y se deduce de tal hecho, pues de no haber culpa no habría daño, debiendo añadirse que el artículo 1908 CC consagra una responsabilidad claramente objetiva según

SSTS de 24 de mayo de 1993 y 7 de abril de 1997. (STS de 28 de enero de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia de la que ha sido Pte. O'Callaghan Muñoz ya que el FD 2.º hace una acertada síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil por agresiones al medio ambiente pronunciada por la Sala Primera hasta principios de los años noventa. En la doctrina puede verse el comentario de DE ÁNGEL YAGUEZ al artículo 1908, en *Com. Min. Justicia*, II, (Madrid 1991) pp. 2046 ss. No es nueva la fijación que establece esta sentencia del *dies a quo* de la acción de responsabilidad cuando se trata de daños continuados, interpretación, por lo demás, muy razonable para facilitar una efectiva reparación de esta clase de perjuicios. Indiscutible, por lo demás, el carácter objetivo o cuasiojetivo de la responsabilidad *ex* artículo 1908 CC. (*G. G. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

53. Enclaves de propiedad privada en dominio público marítimo terrestre.—La conversión obligatoria en un derecho temporal de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo terrestre sin pago de canon alguno para los titulares de espacios enclavados en el mismo, anterior a la Ley de Costas, establecida en su DT 1.ª, apartado 1, es una expropiación por razón de utilidad pública en que es la Ley misma la que fija el *quantum* de la indemnización. Este hecho no es inconstitucional, dada la singularidad de esas propiedades y la posibilidad de que los afectados, en aras del principio de tutela judicial efectiva, puedan impugnar el acto administrativo expropiatorio de conversión de su título dominical en título concesional ante la jurisdicción competente.

La STC 149/1991, de 4 de julio, ha afirmado que la eliminación de titularidades privadas respecto a terrenos en el dominio público sobre la ribera del mar no es una actuación arbitraria o carente de justificación, por cuanto es la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma.

Derechos de los particulares en zona de dominio público marítimo terrestre.—El artículo 8 LC los transforma en concesión de un derecho de ocupación y aprovechamiento temporal. Se cubren así los casos no contemplados en el apartado 1 de la DT 1.ª de la ley citada, referido únicamente a los terrenos cuya titularidad privada fue declarada por sentencia firme y, por tanto, tras un litigio con la Administración. Con el artículo 8 LC se protege adecuadamente a aquellos particulares que adquirieron del Estado y cuyo título éste no discutía, por lo que no hubo litigio alguno, ni sentencia firme.

Bienes de dominio público marítimo terrestre situados en zona administrativamente deslindada y Registro de la Propiedad.—El Tribunal Supremo, en las SS de 4 de julio de 1985, 22 de julio de 1986 y 1 de julio de 1999 ha declarado que estos bienes son inalienables, imprescriptibles y ajenos a las garantías del Registro de la Propiedad, que no necesitan, precisamente, por su condición demanial. Por tanto, la inscripción que tenga un particular no puede afectar al Estado y no opera el principio de legitimación

registral que consagra el artículo 38 LH, sino la realidad extrarregistral autenticada por el deslinde administrativo.

Excepciones al dominio público.—Son dos: la que sea resultado de un derecho inmemorial adquirido con anterioridad a la disposición legal que les confiera tal carácter, como acaece en el supuesto de determinados enclaves en la zona marítimo terrestre; y la de haberse operado la desafectación por un acto de soberanía. (STS de 12 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante exigía la declaración de que en fecha del inicio del expediente de deslinde de costas de 1991 era propietaria legítima y titular registral por adquisición mediante justo y legítimo título de unos bienes que, según la demanda, no estaban incluidos en el dominio público marítimo terrestre deslindado con anterioridad a 1989. Por tanto, pedía la demandante el reconocimiento de los beneficios a que se refiere la DT 1.ª de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda parcialmente, acogiendo la petición referida a la declaración de su titularidad registral con anterioridad al deslinde practicado en el año 1991. La sentencia, confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial de Huelva, declaraba el derecho de la demandante a acudir a la Administración para que le concediera, en su caso, los beneficios establecidos en la DT 1.ª LC.

La demandante recurre en casación pretendiendo que, junto con la declaración de propiedad sobre la finca en cuestión, se falle que está al margen del deslinde y, por tanto, al margen de la aplicación de las previsiones de la Ley de Costas, con la pretensión de conservar la titularidad dominical que había adquirido con anterioridad a la promulgación de la Constitución. (B. F. G.)

54. Las relaciones de vecindad.—Indica el Tribunal Supremo que el derecho vecinal ha ido sufriendo una evolución que le ha llevado desde una concepción clásica o romanista, según la cual la propiedad constituye un derecho absoluto o ilimitado, hasta una concepción moderna, que entiende el dominio como un derecho delimitado por la función social, que impone a los titulares una serie de comportamientos, con el fin de que el disfrute, utilización o posesión de bienes permita el ejercicio de los derechos concurrentes que asisten a los demás, evitando que se causen perturbaciones o daños.

Las relaciones de vecindad suponen un conjunto de limitaciones a la propiedad de los inmuebles, que se establecen para proteger y mantener una convivencia ordenada y pacífica, en interés de las propiedades contiguas o próximas y de las personas que las disfrutan o utilizan, de tal modo que se produzca una coexistencia equilibrada de derechos. Dichas relaciones de vecindad son relaciones de Derecho privado de naturaleza civil. (STS de 24 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. interpone demanda contra el Organismo Autónomo de Correos, por unos ruidos excesivos y molestos causados por un aparato elevador. Se solicitaba, entre otras cosas, lo siguiente: a) realizar a costa del demandado, en el edificio que ocupa el Organismo Autónomo de Correos, las obras necesarias

para disminuir o eliminar el nivel de ruidos, molestias y vibraciones a la vivienda habitada por el actor; *b*) ordenar el cierre o prohibir el uso del mencionado montacargas; *c*) abonar una indemnización por los daños emocionales y físicos sufridos por el actor. El Abogado del Estado, en representación de la parte demandada, contesta a la demanda y solicita la estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, la excepción de falta de legitimación pasiva y que se inadmita la demanda por extemporaneidad de la acción.

El Juez de Primera Instancia estima la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil. El actor recurre la sentencia en apelación y la Audiencia Provincial estima el recurso, concediendo a don R. todas sus pretensiones de la demanda. El Abogado del Estado formaliza recurso de casación frente a la decisión de la Audiencia, alegando la infracción de los artículos 139, 142 y 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC). El Tribunal Supremo señala que estamos ante un supuesto de relaciones de vecindad. Siendo éstas relaciones de Derecho privado de naturaleza marcadamente civil, es competente la jurisdicción civil para resolver el litigio, sin olvidar la doctrina jurisprudencial que proclama la evitación del peregrinaje de jurisdicciones. Por este motivo, el Alto Tribunal desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia. (*S. L. M.*)

55. Acción reivindicatoria: legitimación activa y prueba de la propiedad reclamada.—La legitimación corresponde al que se reputa titular, quien deberá acreditar cumplidamente: *a*) la identidad del objeto de la acción; *b*) el hecho jurídico apto y suficiente, con proyección de titularidad dominical, para dar existencia a la relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; y *c*) que el sujeto titular de la relación sea la persona que acciona (SSTS de 22 de abril de 1967 y 16 de octubre de 1969, entre otras).

En relación a la acción reivindicativa, pero aplicable igualmente a la acción declarativa de dominio, hay que establecer que la acción que se ejercita contra el tenedor o poseedor de la cosa para que la reintegre a su dueño requiere que éste pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama (STS de 23 de octubre de 1998). (**STS de 4 de diciembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora ejercita una acción reivindicatoria sobre un piso que había adquirido mediante compraventa del Patronato municipal de la vivienda de Barcelona el 11 de enero de 1977. En dicho contrato existía una cláusula por la que la compradora no podía enajenar la vivienda hasta haber hechos efectiva la totalidad de las cantidades aplazadas y, en todo caso, hasta transcurridos cinco años desde la fecha del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial.

El 25 de marzo de 1977 la actora celebró un negocio jurídico de cesión del piso señalado, en favor de una sobrina y de un tercero, ambos fueron demandados.

El Juzgado estima la demanda, declara resuelto el contrato de cesión del piso y condena a la sobrina demandada (el tercero se había allanado) a indemnizar a la actora con una cantidad igual a la del alquiler de un piso de idénticas características desde la interpo-

sición de la demanda hasta que se produzca la entrega. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia sólo en lo relativo a la indemnización a la actora de los perjuicios causados. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación presentado por la demandada. (*I. D. L.*)

56. Acción publiciana. Concepto.—Es una acción real, que compete al poseedor civil de una cosa contra quien la posea sin título o con otro, pero con menos derecho, para que le sea devuelta la cosa con sus frutos, accesiones y abono de menoscabo. Aunque el Tribunal Supremo ha tenido pocas ocasiones para pronunciarse sobre la acción publiciana, reconoce su vigencia en nuestro Derecho (*vid.* SSTs de 30 de marzo de 1927 y 26 de octubre de 1931), refiriéndose a ella unas veces como una acción autónoma y otras embebida en la acción reivindicatoria, mediante el expediente de suavizar la exigencia de prueba del dominio reivindicado. A este propósito, la STS de 21 de febrero de 1941, seguida por las SSTs de 7 de octubre de 1982 y 13 de enero de 1984, considera la acción publiciana como una faceta de la reivindicatoria. La sentencia citada considera que la acción publiciana se reconoce en nuestro Derecho con una fisonomía distinta a la que ostentó en el Derecho romano, como una de las facetas de la acción reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho. (**STS de 5 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante ejercía acción reivindicatoria para que se dictara sentencia en la que se declarara, en primer lugar, que el triángulo sito en la caseta del repetidor de las demandadas invadía la finca de la actora, solicitando el derribo; y, en segundo lugar, que otra porción señalada era de exclusiva propiedad de la actora, por lo que las demandadas debían proceder al retiro de todos los detritos, rocas y escombras.

A partir del relato de la sentencia, cabe deducir que en apelación se desestimó la acción reivindicatoria, pero declaró la mejor posesión de la actora, condenando a las codemandadas a pasar por lo solicitado en la demanda. Una de las demandadas recurre en casación. (*B. F. G.*)

57. Tercería de dominio. La condición de tercero puede estar referida al bien sobre el que se promueve, aunque se sea parte en el pleito que motiva la propia tercería.—Ciertamente, la reclamante no es tercero por haber sido parte en el juicio ejecutivo. Pero sí es tercero respecto al bien embargado. Éste es un bien privativo y la fianza o aval sólo alcanzaba a los bienes gananciales, en virtud de la concreción del poder de representación concedido. Por tanto, la tercería de dominio, cuya función es alzar el embargo trabado indebidamente, puede darse por una parte respecto a un bien que no cabía ser objeto del mismo.

Tercería de dominio. Cumplimiento de la condición de tercero cuando no se está vinculado como sujeto pasivo al pago del crédito para cuya efectividad se realizó el embargo.—A diferencia de la acción reivindicatoria, en la tercería de dominio no se trata de declarar, ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar

en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone, ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero (SSTS de 29 de octubre de 1984, de 11 de abril de 1988 y de 20 de marzo de 1989). **(STS de 27 de noviembre de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—Por doña F. G. O. se siguió tercería de dominio contra la entidad B. O., S. A. y otros, en reivindicación de un bien inmueble sobre el que se había trabado embargo en juicio ejecutivo seguido por la mercantil antes mencionada contra el esposo de doña F. G. O. y contra esta misma en su cualidad de garante del marido. Aducía en la tercería la actora que por el aval sólo quedaban afectados los bienes comunes o gananciales del matrimonio, quedando excluidos los privativos. Por el Banco se opuso que no podía prosperar la tercería planteada, toda vez que la reclamante no tenía la condición de «tercero», pues era parte en el pleito principal que motivaba la posterior reclamación del dominio. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Alicante acogieron la oposición de los demandados y no dieron lugar a la tercería. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora. *(L. A. G. D.)*

58. Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal.—El Tribunal Supremo señala que la propiedad horizontal no es un tipo común de comunidad de bienes, es decir, una copropiedad romana pro indiviso de los artículos 392 y siguientes CC, sino un supuesto de coexistencia de propiedad privada sobre los elementos privativos y comunidad sobre los elementos comunes. Cuando estamos ante un edificio, un complejo urbanístico, un centro comercial u otros casos en que coexistan elementos privativos y comunes, únicamente nos podemos acoger a la Ley de Propiedad Horizontal para sancionar tal existencia y regular sus relaciones de derechos y deberes, toma de acuerdos y participación en los gastos, pues no hay que olvidar que el artículo 3.1 CC incluye la realidad social como un elemento de interpretación de la ley.

Este tipo de propiedad especial era concebida en un principio como un edificio en que sus viviendas y locales pertenecían en propiedad privada a diferentes sujetos, que eran copropietarios de los elementos comunes. Sin embargo, este concepto se va complicando cuando lo que existe no es una comunidad de vida, sino tan sólo una comunidad de intereses económicos.

Alcance del litisconsorcio pasivo necesario.—El litisconsorcio pasivo necesario supone que el órgano judicial sólo debe pronunciarse sobre la pretensión del actor que afecte a varias personas cuando todas ellas estén presentes en el proceso. Sería contrario al principio de la tutela judicial efectiva que la resolución del órgano judicial alcanzara a personas que no han sido partes procesales. Esta figura procesal tiene su fundamento en el cumplimiento de varias necesidades: 1) evitar los fallos contradictorios; 2) hacer efectivo el principio de audiencia bilateral; 3) evitar la posibilidad de condena a alguna persona sin haberla oído, con violación incluso del artículo 24 CE. El litisconsorcio pasivo necesario se rige por el principio impuesto a los órganos judiciales de cuidar que los litigios se ventilen con la presencia de todos aquellos que

pudieran resultar afectados por el fallo a dictar e impedir que nadie pueda ser condenado sin ser oído. (STS de 5 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Se produce una agrupación de tres fincas y se construye un centro comercial, del que se dividieron cinco fincas y resultó un régimen de propiedad horizontal de dicho centro comercial, «Nuevo Centro». Se constituye así una agrupación de propietarios de elementos procomunales (instalaciones de aire acondicionado, de prevención y extinción de incendios, electricidad, ascensores) y de elementos privativos de cada finca. Cada propietario asume la obligación *propter rem* de pagar los gastos comunes, procomunales y privativos de su finca, según los coeficientes asignados a cada uno.

Uno de los propietarios formula acción de impugnación de los coeficientes, no de su edificio, sino de los procomunales y de los comunes del centro comercial. En su demanda se pretende la declaración de nulidad de dichos coeficientes, sin precisar exactamente cuáles eran, y que se establezcan los correctos. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al estimar la excepción dilatoria de inadecuación del procedimiento, por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, opuesta por los demandados. Esta decisión se recurre en apelación, donde la Audiencia estima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandados todos los propietarios de los locales a los que iba a afectar el fallo de la sentencia. La parte demandante interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo, tras poner de manifiesto la complejidad de los estatutos del centro comercial, vuelve a confirmar la sentencia de la Audiencia, justificando esta decisión en la falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues la nulidad de los porcentajes y el establecimiento de unos nuevos afectaría directamente a quienes no han sido constituidos como parte. (S. L. M.)

59. Los muros como elementos comunes.—Conforme al artículo 396 CC, los muros son siempre elementos comunes, ya sean paredes maestras o de sustentación, ya paredes divisorias o de separación. Estas últimas tienen como función la delimitación del espacio correspondiente al edificio, marcando el perímetro con relación a otro distinto. Para derruir estos muros de separación es necesario contar con la concurrencia de la unánime voluntad de los propietarios del edificio, incluso aunque los locales que se quieran unir pertenezcan a la misma persona. (STS de 30 de enero de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante es propietario de dos locales (planta sótano número 1 y planta baja número 2). El actor abrió una puerta en la celosía de la valla que bordeaba la totalidad del edificio, procediendo a dejar la entrada correspondiente a la planta baja abierta directamente a la calle. Los demandados no están de acuerdo con estas obras y repusieron la celosía al estado anterior. Don A. interpone demanda sobre reclamación de cantidad, solicitando una indemnización por los gastos realizados y otra como resarcimiento por la no explotación del negocio durante cuatro años. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, interpo-

niéndose recurso de apelación por la parte actora. La Audiencia estima en parte el recurso, en el sentido de revocar íntegramente la sentencia de instancia, salvo el pronunciamiento relativo a la apertura de la puerta del sótano que no se había realizado con la autorización de la comunidad de propietarios; igualmente condena a los demandados a que le abonen a don A. una indemnización por los gastos realizados y por el lucro cesante al no haber podido arrendar el local comercial en el período de tiempo antes comentado.

Los demandados acuden en casación ante el Tribunal Supremo, alegando la infracción de los artículos 7.2 LPH y 396 CC. El Alto Tribunal centra la cuestión litigiosa en determinar si el demandante tenía o no derecho a llevar a cabo el derribo de la celosía, pues eso supone una apropiación de elementos comunes. Se mantiene la condición de elemento común de la celosía, por cuanto delimita el edificio y constituye un muro de cierre y delimitación del mismo. Las obras realizadas por el actor afectan al título constitutivo y, en consecuencia, deben estar sujetas al régimen de unanimidad de los propietarios (art. 17 LPH), al alterar aquéllas el estado exterior del inmueble. Según el Tribunal Supremo, al reponer la comunidad la celosía al estado anterior, no se está ante un supuesto de obras ilegales a cargo de la misma que merezcan reparación alguna ni cabe la posibilidad de indemnización por daños y perjuicios. Por este motivo se estima el recurso de casación, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (S. L. M.)

60. Acción confesoria de servidumbres.—La acción confesoria de servidumbres es «una acción principalmente declarativa, aunque a la declaración del derecho vaya unida la restitución o constitución efectiva del gravamen, como acción correspondiente al titular de la servidumbre que tiende a declarar el gravamen a cargo de fundo ajeno (STS de 18 de marzo de 1994)».

Una comunidad de propietarios tiene legitimación *ad processum*.—En el recuso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios del paseo de Rambleta alega la recurrente la falta de legitimación *ad processum* para ser demandada. «El que la comunidad de propietarios que regula la Ley 49/1960 carezca de personalidad jurídica —STS de 24 de diciembre de 1986— no impide reconocerle capacidad para ser parte en el proceso —art. 6.1.5.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil— ni, en general, que ostente la condición de centro de imputación de ciertas consecuencias jurídicas, como realidad unitaria, con derechos e intereses que ejercitar y, en su caso, que defender, por medio de su órgano de representación».

Una comunidad de propietarios puede tener legitimación *ad causam*.—«La legitimación *ad causam* determina en función de la relación existente entre una persona determinada y la situación jurídica en litigio. Consiste, como ha declarado la STS de 28 de febrero de 2002 —en términos similares a la de 18 de marzo de 2003—, en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material del objeto del pleito que determina la aptitud para actuar en el mismo como parte. La STS de 28 de diciembre de 2001, en contemplación de su modalidad pasiva, la identifica con la cualidad de un sujeto en relación con la afirmación deducida en un determinado proceso respecto de un acto, de un negocio, relación o situación jurídica, en cuya

virtud se explica la posición de demandado del llamado a juicio con tal condición».

Legitimación pasiva del Presidente de una comunidad de propietarios. Ámbito objetivo de la misma.—Las situaciones liticonsorciales pasivas necesarias reclaman que la demanda se dirija contra dos o más personas. Se trata de una exigencia de la norma jurídica –liticonsorcio pasivo necesario propio– o de una consecuencia de tener la relación litigiosa una naturaleza común e inescindible respecto de todas ellas –SSTS de 10 de marzo de 1980 y 30 de junio de 2003– o de afectar directamente a toda la decisión sobre el fondo –SSTS de 29 de mayo de 1981, 20 de diciembre de 2002 y 24 de abril de 2003– en relación con el derecho de defensa –liticonsorcio pasivo necesario impropio–.

En el régimen de la Propiedad Horizontal, la coexistencia de derechos exclusivos de cada titular con derechos compartidos por una colectividad de personas impuso la creación de órganos de gestión y administración y la distribución de competencias en la defensa de los correspondientes derechos e intereses. A la comunidad, representada por su Presidente, incumbe la defensa de sus intereses en todos los asuntos que le afecten, según establece el artículo 12 de la Ley –en la redacción dada por la Ley 8/1999– y a cada propietario la de los suyos propios en cuanto derivados de elementos privativos.

«Por ello, presupuesto de la legitimación pasiva del Presidente es que su actuación como órgano de la comunidad no supere el ámbito objetivo del poder de representación que como tal tiene conferido –art. 12.1–, el cual coincide con el de la competencia del órgano principal de la Comunidad –art. 13.5/14c–, esto es, los asuntos que afectan a la comunidad. Así lo ha declarado reiteradamente esta Sala –SSTS de 9 de julio y 30 de octubre de 1986– que, consecuentemente, no exige que la demanda se dirija también específicamente contra los propietarios cuando los asuntos sean de aquella condición –SSTS de 27 de noviembre de 1986 y 25 de noviembre de 1988–, ya que, en tal caso, los órganos de la comunidad se bastan para una válida defensa de los intereses que determinaron su creación como centro de imputación de competencias». (STS de 29 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Badalona se interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía por don L. y don I. B. S. contra la comunidad de propietarios (parking) del paseo de la Rambleta s/n y contra la comunidad de propietarios del paseo de Rambleta núms. 15 y 16 y núm. 22 de la calle Maragall de la misma localidad, sobre reconocimiento del derecho de servidumbre de paso. En concreto se solicitaba que los demandantes ostentaban un derecho de servidumbre voluntaria de paso para el tránsito de vehículos y personas sobre elementos comunes de ambas comunidades, así como la condena a las comunidades a tolerar la realización de las obras necesarias para el ejercicio del referido derecho real sobre cosa ajena –en particular, la demolición de una parte de un muro de separación–.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda. Se interpuso recurso de apelación por la comunidad de propietarios demandada que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Barcelona. Se interpuso recurso de casa-

ción por la mencionada comunidad. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Al recaer la servidumbre sobre elementos comunes de la comunidad de propietarios y no sobre elementos privativos no procede llamar al proceso individualmente a los propietarios integrantes de la comunidad demandada. En este sentido viene recalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo que para que opere la forzosidad del litis consorcio pasivo necesario se exige unidad de relación material que vincule a los interesados de manera que fuesen titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la sentencia por hallarse directa e inseparablemente ligado *in actu* tal derecho a la relación jurídica material nacida del contrato. (M. F. N. C.)

61. Facultades que integran la propiedad intelectual respecto de una obra literaria.—La propiedad intelectual de una obra literaria está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de su obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley (art. 2 TRLPI). Son objeto de la propiedad intelectual las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas en cualquier medio o soporte, y, entre ellos, los libros, folletos, impresos, escritos, etc., y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza [art. 10.1.a) TRLPI]. El artículo 14 TRLPI contiene una serie de facultades que integran el derecho moral de autor, mientras que el artículo 17 TRLPI se refiere a los derechos de explotación.

Concepto de plagio.—Se entiende por plagio todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se trata de una actividad material mecanizada, poco intelectual y poco creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano. Las situaciones de plagio pueden ser de dos tipos: a) las de identidad total entre la obra plagiada y el plagio; b) las situaciones encubiertas pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo intelectual. No se produce confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento por todos. Por tanto, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales. (STS de 26 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Arcos de la Frontera viene editando y distribuyendo, además de facilitar textos para suplementos extraordinarios de dos diarios, unos folletos sobre la localidad de Arcos de la Frontera, que transcriben parte del trabajo realizado por don M. en tres guías turísticas. Éste interpone demanda solicitando que se declare la existencia de plagio, el cese de la actividad ilícita, la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y una indemnización por daños materiales y morales, entre otras cosas. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en lo esencial y la parte demandada interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso, argumentando que si bien existe una coinci-

denia casi total entre los textos, ello no implica la declaración de plagio, pues al describir los mismos monumentos, se emplea una «terminología que cualquier conocedor del arte forzosamente debe utilizar».

Finalmente, el actor interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1, 2, 10, 14, 17 y siguientes de la LPI de 1987. El Tribunal Supremo entiende que se han vulnerado dichos preceptos porque las descripciones contenidas en las guías turísticas constituyen obras, según el TRLPI, y el Ayuntamiento reprodujo los contenidos literalmente, pudiendo haberse expresado de múltiples maneras diferentes a la hora de describir los monumentos. Explica aquí la doctrina sobre el plagio (STS de 28 de enero de 1995) y declara la existencia del mismo, revocando la sentencia de la Audiencia y confirmando la de instancia. (S. L. M.)

62. Concepto de buena fe registral.—El concepto de buena fe se concreta, aplicado en el ámbito del Derecho inmobiliario registral, en *el desconocimiento de la inexactitud registral o de los vicios que pueda adolecer la titularidad registrada del transferente*.

Buena fe del tercero: cuestión de hecho.—La determinación de la buena fe del tercer adquirente es cuestión de hecho que corresponde valorar a los Tribunales de instancia, *salvo que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica*. (STS de 17 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido declarada, por la Audiencia Provincial de Navarra, la nulidad de dos compraventas consecutivas del mismo inmueble y la nulidad de las consiguientes inscripciones registrales, se recurrió en casación alegando, entre otros motivos, la infracción de las normas de la Ley hipotecaria que, a juicio de la parte recurrente, debieron ser aplicadas a favor de considerar la validez de la segunda adquisición, por tratarse de un tercero hipotecario (artículo 34 LH). En este sentido, la parte recurrente denuncia que la Audiencia ha valorado el conocimiento que tuvo de las irregularidades al tiempo de la inscripción, y sostiene que este momento no es relevante para valorar la concurrencia de la buena fe en el adquirente. Existe relación de parentesco entre las codemandadas, vendedora y compradora. (C. J. D.)

DERECHO DE FAMILIA

63. Alimentos legales. No existe litisconsorcio pasivo necesario entre los progenitores con obligación de prestar alimentos cuando uno de ellos asumió una cuota perfectamente determinada y establecida. La obligación de alimentos no es solidaria, sino mancomunada, cuando hay pluralidad de alimentantes.—Plantea el motivo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo al no haber sido traída al pleito la madre. En esta cuestión ha de tenerse en cuenta que la obligación de prestar alimentos no es solidaria a cargo de los progenitores, sino mancomunada y en proporción a sus cauda-

les respectivos, y cuando la obligación recae sobre ambos, en conformidad al artículo 145 CC (SS de 12 de abril y 5 de noviembre de 1996).

Aquí sucede que sin dejar de lado las prestaciones, asistencia y cuidados que pueden tener lugar a cargo de la madre, el recurrente asumió una cuota perfectamente determinada y establecida, como dice la sentencia recurrida y dice bien y con todo acierto, tratándose de cuota que no cabe compartir con la madre y así se vino respetando y cumpliendo la obligación contraída hasta que el obligado de forma unilateral y voluntaria dejó de atender la referida carga pecuniaria por alimentos y por el solo hecho de haber llegado su hija a la mayoría de edad.

El motivo no prospera.

La obligación de alimentos no se extingue por el mero hecho de alcanzar la alimentista la mayoría de edad; es preciso demostrar una alteración en la fortuna del alimentante y en las circunstancias vitales de la alimentista.—La sentencia recurrida sienta como hechos probados, los que acceden firmes a casación, que no se demostró que la fortuna considerable del padre hubiera disminuido ni tampoco se hubiera producido alteración en el estatus de la hija, no obstante haber trabajado unos meses, como tampoco que sus circunstancias vitales no habían variado esencialmente, manteniéndose la situación anterior y, por ello, persistían las necesidades de la demandada, que actualizan su derecho a recibir los alimentos a los que se obligó el recurrente, pues no se probó debidamente que contara con recursos propios y suficientes.

No se dan, en consecuencia, los supuestos previstos en los números 3.º y 5.º del artículo 152, conforme al *factum* que el Tribunal de Instancia declaró acreditado. El motivo no prospera, pues los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesan automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos, conforme ha declarado esta Sala de Casación Civil en SS de 24 de abril y 30 de diciembre de 2000 y resulta decretado en el artículo 39.3 CE. (STS de 28 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La hija extramatrimonial de un señor le demanda reclamándole el pago de la pensión alimenticia que se había establecido en el procedimiento de filiación y que había sido aumentada a consecuencia de una transacción posterior. El alimentante había suspendido el pago de la pensión al alcanzar su hija la mayoría de edad. Apelada por el alimentante la sentencia de instancia, la Audiencia Provincial desestima su recurso por entender que la mayoría de edad de la alimentista no es por sí sola causa de extinción de la pensión, argumento que avala el Tribunal Supremo en la sentencia de casación. (M. C. B.)

64. El ajuar de la vivienda habitual (párrafo segundo del art. 1321 CC).—El párrafo segundo del artículo 1321 CC determina que los objetos y alhajas de extraordinario valor no estarán comprendidos en el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos y los excluye de la dispensa que el párrafo anterior de ese mismo artículo otorga al cónyuge viudo. Sin embargo, indica el Tribunal Supremo, esa exclusión del párrafo segundo ha de interpretarse con espíritu generoso a favor del cónyuge viudo, debiendo tenerse en cuenta la condición y el estatus socioeconómi-

co de cada familia y excluyendo únicamente aquellos objetos que sean especialmente valiosos, para cuya determinación se atenderá al volumen patrimonial de la familia.

Prescripción adquisitiva de bienes muebles.—A este respecto, señala el Tribunal Supremo en esta sentencia que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar, en armonía con el artículo 1941 CC, sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para conseguir la posesión en concepto de dueño. Esta posesión en concepto de dueño constituye un requisito esencial de la usucapión ordinaria y de la extraordinaria, y no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini*. (STS de 16 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. interpone demanda sobre acción reivindicatoria contra doña M.^a S., reclamando una serie de bienes muebles y enseres a la demandada y solicitando el disfrute de los mismos de forma pacífica y sin perturbación alguna.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la demandada a devolver y entregar al demandante todos los muebles y enseres solicitados en la demanda a excepción de tres. Doña M.^a S. interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial, decisión frente a la cual acude en casación ante el Tribunal Supremo. En esta instancia alega la infracción de los artículos 632, 1321 y 1491, todos ellos del CC. El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que, a partir de la prueba practicada y teniendo en cuenta la posición económica y social del actor, no se puede deducir que los muebles y objetos reivindicados tengan un especial valor al lado del resto de cosas que componían el mobiliario y el ajuar doméstico, pues prácticamente son todos los que servían para amueblar las principales dependencias de la casa. Por tanto, no pueden ser excluidos del ajuar doméstico, tal como pretendía la demandada. También se desestima el motivo referente a la prescripción. (S. L. M.)

65. Carácter privativo del derecho a la pensión de jubilación.—

La sentencia impugnada no infringe los preceptos que la recurrente considera vulnerados, sino que se ajusta a cuanto previene el artículo 1349 CC, que es el último que se menciona en el recurso, que afirma el carácter privativo del derecho de pensión perteneciente a uno de los cónyuges, cual en el presente caso acontece, pues la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, respecto a la segunda).

Utilización del mecanismo previsto en el artículo 1373 CC para proteger los intereses del cónyuge del deudor.—El artículo 1373 CC autoriza el embargo de bienes gananciales para el caso de que los bienes propios del cónyuge deudor no fueran suficientes para hacer efectivas sus deudas, estableciendo un mecanismo para proteger los intereses del otro cónyuge, que

precisamente ha utilizado la recurrente en el proceso de que el presente recurso trae causa. (STS de 20 de diciembre de 2003, no ha lugar.)

HECHOS.—En la pieza de responsabilidades civiles derivada de Diligencias Previas penales se embargaron determinados bienes supuestamente pertenecientes al imputado. La esposa del imputado demandó a éste, al Ministerio Fiscal y al Banco de Valencia solicitando que se declarase que los bienes embargados eran gananciales y que, por ser la deuda del marido de carácter privativo, se le concediera un plazo para liquidar la sociedad de gananciales y concretar el embargo sobre los bienes que pudieran corresponder a su esposo en esa liquidación. El Juzgado de Primera Instancia acogió totalmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Valencia declarando que la pensión de jubilación que percibía el marido de la demandante era un bien privativo de éste y, por lo tanto, no quedaba afecto a la liquidación de la sociedad de gananciales. Interpuesto recurso de casación por la demandante, fue rechazado por el Tribunal Supremo. (L. F. R. S.)

66. Sentencia canónica de nulidad matrimonial: homologación: efectos.—La jurisdicción del orden civil es competente para conocer de las causas de nulidad del matrimonio, cualquiera que haya sido su forma de celebración, y el objeto de este juicio, en atención a la índole del procedimiento seguido y a la demanda reconventional, no quedó limitado al tema de la homologación de la sentencia canónica de nulidad, sino que se extiende a los efectos civiles de la nulidad declarada, los cuales se rigen por el Derecho civil y no por el Derecho canónico; aparte de que se ha planteado también la cuestión de la relación de las consecuencias de la nulidad con las ya definitivamente establecidas en una anterior sentencia de divorcio, cuya resolución es de la exclusiva competencia de la jurisdicción civil estatal. (STS de 25 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Parece que la sentencia extractada mezcla indiscriminadamente cuestiones diferentes, pese a lograr un resultado equitativo (evitar que triunfe la mala fe del marido frente a la buena fe de la esposa). Sabido es que los cónyuges que han celebrado matrimonio canónico pueden acudir a los Tribunales de la Iglesia solicitando la nulidad con base en este ordenamiento y el artículo 80 CC les permite homologar la sentencia obtenida ante aquéllos para la producción de efectos civiles. Tema debatido es si tal homologación es posible cuando previamente los cónyuges habían obtenido sentencia de divorcio, cuestión que aquí, sin embargo, no se aborda. En el presente caso ninguno de los interesados había interpuesto acción civil de nulidad matrimonial, por lo cual pueden considerarse *obiter dictum* las declaraciones a este respecto. Mientras el Juzgado de Primera Instancia aplicó correctamente la homologación solicitada, la Audiencia Provincial, al resolver la apelación interpuesta por la esposa, enturbió procesalmente las cuestiones debatidas al declarar la mala fe del marido y la buena fe de la esposa, al tiempo que declara el derecho de la misma a percibir en concepto de indemnización la cantidad mensual que venía percibiendo *ex ratione divortii*. Denun-

ciado por el marido el exceso de jurisdicción, el FD 2.º acumula argumentos para rechazar el recurso por tal motivo, mientras que se confirma la sentencia dictada en apelación. (G. G. C.)

67. Sociedad de gananciales: fecha de la disolución.—Al establecer el artículo 95, párrafo 1.º, CC que la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico-matrimonial se está refiriendo al concepto de *sentencias firmes* del artículo 369 LEC 1881, o del artículo 207.2 LEC 2000. En el presente caso, interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que decretó la separación, tal sentencia no alcanzó firmeza hasta la sentencia de este Tribunal de 18 septiembre 1986, sin perjuicio de que no fuera recurrido el pronunciamiento sobre la separación sino la declaración de culpabilidad en cuanto a la causa de separación y a los efectos en relación con la patria potestad. El concepto de sentencia firme no se alcanza, a tenor del artículo 369 LEC 1881, en relación con el artículo 245-3.º LOPJ, sino cuando contra la sentencia no procede recurso alguno, ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentido por las partes, habiendo declarado la STS de 19 noviembre 1941 que los principios de orden procesal señalan de un modo general el momento de la publicación de la sentencia como el momento de la producción de sus efectos para las partes y para el exterior, reconociendo la doctrina que normalmente el efecto de la firmeza de la resolución va unido al de su ejecutoriedad.

Primas pagadas con dinero ganancial.—La sentencia recurrida incurre en error cuando accede a que se reduzca el importe del rescate de la prima del seguro de vida, como valor a satisfacer por el marido a la sociedad de gananciales, ya que lo que debe reembolsar son las cantidades por él satisfechas con dinero ganancial para el pago de las primas del seguro de vida por él concertado.

Naturaleza de los regalos de boda hechos a la esposa.—Se equivoca la Sala de instancia cuando atribuye a los regalos de boda cuestionados la condición de gananciales, pues constituyen donaciones por razón de matrimonio conforme al artículo 1336 CC, que por realizarse antes de celebrarse el matrimonio nunca pueden calificarse de consorciales, debiendo aplicarse el artículo 1339 CC según el cual, habiéndose acreditado que tales regalos fueron hechos exclusivamente a la esposa, y no conjuntamente a ambos, no existe sobre ellos un proindiviso.

Incremento de valor de los bienes privativos.—Declarado el carácter privativo de la farmacia no puede tomarse en cuenta el posible incremento del valor de la misma debido a la dedicación habitual de su propietario privativo, sin que conste que la esposa haya colaborado con su actividad a la explotación de la misma. En cuanto a la inversión de fondos comunes sólo está probada la realizada para la compra de los productos a vender, existentes al momento de la disolución de la sociedad.

Incongruencia omisiva.—Sólo está legitimada para hacerla valer aquella parte sobre cuya petición ha recaído tal omisión de pronunciamiento por ser quien sufre el gravamen que tal defecto implica. (STS de 30 de enero de 2004; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

68. Sociedad de gananciales: separación: naturaleza del Convenio regulador: rescisión por lesión.—Es un efectivo negocio de naturaleza mixta al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no

elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privado, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes que se expresa en el acto material de llevar a cabo la división y adjudicación del haber ganancial. No se está en presencia de la mera omisión de bienes relevantes, cuya subsanación procedería conforme al artículo 1079 CC, sino que la cuestión nuclear del recurso radica en si procede rescindir por lesión tal Convenio; respuesta que ha de ser afirmativa siguiendo la doctrina de la STS de 8 marzo 1995, que declara que tal negocio no es propia transacción pues las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad y aceptan transformar sus cuotas (participaciones abstractas) en titularidades concretas sobre objetos singulares por propias conveniencias; lo mismo que todo contrato de partición es el resultado de un equilibrio de intereses y una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso. Si la partición no es, por sí misma, una transacción, no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión según el artículo 1704 CC, que es aplicable a la partición de la sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410 CC; sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un Convenio regulador de separación matrimonial, como ya dijo la STS de 26 de enero de 1993 para caso igual y cuya doctrina se da por reproducida.

Lesión en más de la cuarta parte.—Después de las operaciones procedentes se integra el patrimonio ganancial hasta alcanzar la suma de 17.677.721 pesetas, mientras que el Convenio Regulador lo había fijado en 10.500.000 pesetas, lo que evidencia que la lesión en más de la cuarta parte ha tenido lugar (STS de 10 de diciembre de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

69. Matrimonio: sentencias de separación y divorcio: uso de la vivienda familiar reconocido a la esposa: preferencia de la hipoteca inscrita anteriormente.—Dice la STS de 11 de diciembre de 1992 que, hoy en día, teniendo cuenta los artículos 1320 y 96 CC, 94.1 RH y DA 9.^a de la Ley de 7 de julio de 1981, que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad cuya extensión y límites viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello sin perjuicio de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral. En este caso, no cabe, sin embargo, hacerlo valer frente a los terceros adquirentes de buena fe pues la sentencia de divorcio es posterior a la fecha en que, por ejecución de hipoteca anteriormente inscrita, se extinguió el derecho de propiedad del marido y el usufructo otorgado a la esposa. El derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 CC se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad, y su mantenimiento con carácter indefinido, durante toda la vida de la beneficiaria del mismo, frente a los terceros adquirentes de buena fe, contraviene los aludidos caracteres, y entrañaría el que las necesidades familiares (desaparecidas al haber alcanzado la mayoría el menor de los hijos), sean sufragados por terceros extraños a quienes en todo momento se les ocultó la existencia de ese derecho de uso. (STS de 22 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El 2 de noviembre de 1979 el marido constituye hipoteca sobre dos pisos de su propiedad, que se inscribe en el Regis-

tro de la Propiedad el 4 de junio de 1980. El 5 de noviembre de 1979 los cónyuges firman un acuerdo privado de separación en el que el marido se compromete a otorgar escritura de usufructo a favor de su esposa sobre uno de los pisos hipotecados, formalizándose en escritura de 8 de noviembre de 1979 inscrita en el Registro de la Propiedad el 4 de junio de 1980. El 20 de diciembre de 1986 se decreta por el Juez, al ejecutarse la hipoteca, la cancelación del usufructo. En sucesivas sentencias de 1982 y 1988 el Juez acuerda la separación y el divorcio de los cónyuges, atribuyendo a la esposa la guarda del hijo menor del matrimonio, a la sazón de 17 años de edad, y el uso de la vivienda familiar conforme al artículo 96 CC. Está acreditado que no accedieron al Registro de la Propiedad las sentencias matrimoniales, y que notificada a la esposa, en el procedimiento del artículo 131 LH, la existencia de la ejecución hipotecaria, ésta no puso en conocimiento del Juzgado la existencia de su derecho de uso judicialmente concedido, sino únicamente su derecho de usufructo.

Esta compleja relación fáctica muestra que, a veces, lo mejor es enemigo de lo bueno. Nadie duda de que la constitución de un derecho de usufructo a favor de la esposa refuerza considerablemente el derecho de uso atribuido judicialmente, aunque, en este caso, la buena fe del marido aparece en entredicho. Se comprende, por otra parte, que la esposa creyera que su posición jurídica estaba garantizada a todo evento; a diferencia de lo que insinúa la sentencia extractada, no me parece que pueda ponerse en entredicho su buena fe. Pero lo indudable y decisivo ha sido la buena fe de los terceros adquirentes de la vivienda que justifica la estimación del recurso. (G. G. C.)

70. Unión de hecho: ruptura unilateral de la convivencia: no se prueba el enriquecimiento injusto.—Se trata de una convivencia de hecho que duró más de veinte años de la que nacieron dos hijos que ya son mayores de edad; lo que inicialmente sustenta la tesis indemnizatoria de la mujer. Pero del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que no se ha comprobado que la demandante se hiciera cargo del mantenimiento del demandado por algún tiempo, sufragando aquélla con el producto de su trabajo los gastos ordinarios generados por el conviviente; tampoco se justifica pacto alguno respecto al posible régimen económico o la existencia de un patrimonio común; no constan bienes adquiridos durante la relación estable referida, probándose únicamente la existencia de una cuenta corriente indistinta, cancelada en 1993, con un movimiento de partidas que nunca supera el saldo favorable de medio millón de pesetas y donde, a falta de otra prueba, se constata la existencia de diferentes ingresos procedentes del trabajo del conviviente sin que se acrediten ingresos procedentes del trabajo de la demandante. Además, hay razones para dudar de la precariedad económica que invoca la actora, pues reconoce haber ejercido durante años la actividad de peluquería de canes, desconociéndose el nivel de ingresos percibido, y sin que se justifique que de las ganancias obtenidas con dicho trabajo se beneficiara el demandado, pudiéndose deducir, más bien, la existencia de dos economías separadas, sin que se demostrara la dedicación de la mujer al hogar de manera exclusiva. Todo ello hace que no se deba tener en cuenta la teoría del enriquecimiento injusto ya que no se ha demostrado un perjuicio patrimonial que le afecte, ni un enriquecimiento consecuente en el patrimonio de su pareja; y,

sobre todo, no se ha comprobado que uno sólo de los miembros de la pareja se haya aprovechado del trabajo y esperanzas del otro, y no se ha determinado patrimonio alguno adquirido durante la convivencia. (STS de 5 de febrero de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—La Sentencia de la que ha sido Pte. Sierra Gil de la Sierra comienza describiendo la situación legal de las parejas de hecho en nuestra legislación, recordando la doctrina jurisprudencial que han ido elaborando el Tribunal Constitucional y la Sala 1.ª Tribunal Supremo, especialmente en los casos de disolución o ruptura unilateral de la convivencia, afirmando que ante dicha cuestión la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en los escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (STS de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (STS de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (STS de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (SSTS de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (SSTS de 5 julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (SSTS de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997). A continuación analiza los hechos a la luz del principio del enriquecimiento injusto, llegando a una conclusión negativa con base en la doctrina extractada, del mismo modo que lo habían hecho ambas sentencias de instancia. (G. G. C.)

71. Registro Civil. Filiación. Práctica de asiento negativo en el *petitum* de la demanda.—La solicitud de la práctica de un asiento negativo, o cancelación de una inscripción, ha de acompañarse de la solicitud correspondiente a la causa determinante de tal petición, fundamentado en el artículo 164 del RRC. El motivo de la cancelación se configura alrededor de una pretensión de nulidad radical, que ha de articularse de manera adecuada en la demanda, sin que quepa reducirse exclusivamente a la exigencia de cancelación del asiento en cuestión. Ha de rechazarse la posibilidad de evitar la discusión de la filiación paterna a través de la obtención de la supresión de su constancia registral por el cauce de la destrucción de la inscripción de nacimiento por meras irregularidades formales.

Nulidad del acto jurídico. Aplicación del artículo 6.3 CC.—El artículo 6.3 contiene una norma medial, en cuanto se centra en la disposición conculcada, permitiendo crear el efecto previsto en aquella. Por ello, no siempre acarrea la nulidad del acto jurídico, sino únicamente cuando se establece por la norma infringida. Continuando la línea de las SSTS de 26 de julio de 1986, 17 de octubre de 1987 y 29 de octubre de 1990, han de clasificarse los actos contrarios a la ley en tres grupos: *a)* los que la nulidad se funda en un precepto terminante que así lo imponga; *b)* los que la norma disponga la validez de estos actos; *c)* y los que contraríen una norma que no

disponga acerca de su validez o nulidad. En estos casos, el Juzgador ha de ejercer la facultad discrecional para decidir la validez del acto, si la levedad del caso lo permite, o sancionando con la nulidad, si el acto contraría gravemente la ley, la moral o el orden público. (STS de 27 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don H. T. A. M. D. se presentó demanda contra el Ministerio Fiscal y contra la madre de su hijo, doña M. C. G. O. y el mismo don J. H. D. G. sobre cancelación del asiento de inscripción del nacimiento del demandado efectuada el 20 de septiembre de 1972 en el Registro Consular de la Embajada de España en Atenas, por defectos e irregularidades, solicitando la cancelación del asiento de la inscripción del nacimiento del demandado, sin que llegase a cuestionarse el conocimiento del demandante de la existencia del niño. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. Contra la sentencia se interpuso recurso de casación con base en la infracción de los artículos 6.3 y 110 CC, y 42 LRC, y 166, 184 y 311 RRC. El Tribunal Supremo declaró no ha lugar. (P. S. S.)

72. Patria potestad: filiación no matrimonial: privación al padre por incumplimiento de sus deberes: función tuitiva a favor de los hijos.—La patria potestad sobre la prole actúa como derecho inherente a la paternidad y maternidad y tiene indudable función tutelar, al estar configurada como institución en función de los hijos según artículo 154 CC y SSTS de 18 de febrero de 1969, 9 de marzo de 1984, 30 de abril de 1991, 18 de octubre de 1996 y 5 de marzo de 1998), y no a favor exclusivo de uno de los progenitores. La protección a cargo de la familia, conforme al artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1969, que recoge el artículo 39 CE, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador, como dice la STC de 9 de julio de 2002, a considerar el ejercicio correcto de la patria potestad y evitar que pueda resultar contrario a los intereses de los hijos, por lo que la aplicación del artículo 170 CC impone la necesidad de haberse probado en forma plena y convincente que ha concurrido un efectivo y voluntario incumplimiento por parte del padre al que se pretender privar de la patria potestad, y corresponde a los Tribunales establecer el alcance y gravedad de los incumplimientos imputados y las circunstancias concurrentes como decisivas para poder atribuir las consecuencias negativas de las acciones y omisiones denunciadas.

Incumplimiento no imputable al padre.—La menor nació el 21 de marzo de 1992 como fruto de la relación extramatrimonial que mantuvieron los litigantes: la ruptura de la pareja se produjo el 3 de junio de 1993, y el demandado tuvo que abandonar el domicilio común en Barcelona, llegando a dormir en su automóvil durante unos días, y un mes después la madre desocupó el que había sido domicilio común y disfrutaban en alquiler, trasladándose a vivir a otro distinto que ocultó celosamente y no comunicó al demandado ni a los abuelos paternos de la menor. Para constituir un caso de privación de la autoridad parental es necesario que el incumplimiento de los deberes que integran la misma sea grave y reiterado, ya de índole personal como patrimonial, y aparezca plenamente acreditado. En el presente caso se ha producido un efectivo acaparamiento de la menor por la madre y, si bien,

no es censurable en cuanto represente dedicación y cuidado continuo, pero lo que no cabe es que se utilice como arma para privar al padre de la patria potestad, ante las circunstancias concurrentes, debiendo concluirse que no existen causas ni razones válidas, intensas y suficientes para negar y privar al progenitor, en tanto la menor no pueda decidir por su cuenta, de la oportunidad, en el ámbito de la legalidad, de poder ejercer como padre y ostentar esta condición plenamente con el consiguiente cumplimiento de los deberes que le corresponden. (STS de 27 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar de la que ha sido Pte. Villagómez Rodil, pero probablemente ineficaz para restaurar, de hecho, la autoridad paterna, pues cabe pensar que si durante más de once años la madre ha logrado *acaparar* a la hija de la pareja, la figura del padre habrá desaparecido del horizonte vital de aquélla y el progenitor resultará un extraño cuando intente ejercitar el derecho de visita. Adviértase que la demanda de privación de la patria potestad es estimada por el Juzgado de Primera Instancia no habiendo comparecido el demandado, quizá por alguna manipulación sobre su domicilio para provocar la declaración de rebeldía. El padre, no obstante, se entera del proceso y logra interponer apelación obteniendo clara sentencia en su favor, que corrobora ahora el Tribunal Supremo. La situación fáctica de esta pareja fue típica entre nosotros hace un cuarto de siglo y parecía estar ahora en declive. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

73. Derecho foral navarro: competencia del Tribunal Supremo para resolver el recurso de casación: sentencia pronunciada por Audiencia Provincial de otra Comunidad Autónoma.—Pese al indiscutible contenido de Derecho foral navarro del litigio, este Tribunal asumió su competencia en virtud de su Auto de 9 de febrero de 1999, en cuya virtud se razonaba: 1. El artículo 73.1.a) LOPJ supedita la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas de Derecho civil foral o especial al requisito de que la resolución recurrida se haya dictado por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la C.A. cuyo Derecho civil foral o especial se considere infringido. 2) En consecuencia procede considerar competente a esta Sala para conocer del recurso de casación, ya que se funda en infracción de normas de Derecho civil foral navarro pero la sentencia recurrida no ha sido dictada por un órgano jurisdiccional de la C.A. de Navarra sino por la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, manteniéndose el criterio seguido por esta Sala al abordar la misma cuestión en Auto de 21 de marzo de 1995.

Protección de los hijos del matrimonio anterior: limitaciones de la facultad de disponer.—El testador había tenido cuatro hijos de su primer matrimonio y había otorgado testamento de hermandad; posteriormente, estando separado legalmente de su cónyuge, otorgó testamento abierto instituyendo herederos en pleno dominio de todos sus bienes a sus hijos en distintas porciones; divorciado y vuelto a casar otorgó testamento abierto nom-

brando heredera fiduciaria a su segunda esposa, con facultad de disponer de los bienes fideicomisados a título oneroso por actos *inter vivos*, en caso de necesidad que podrá apreciar la propia heredera fiduciaria. Por lo demás, dicha heredera fiduciaria deberá conservar los bienes fideicomitidos que pasarán a su fallecimiento junto con la parte no gastada a sus cuatro hijos del matrimonio anterior. Esta disposición conculca la Ley 272 de la Compilación Foral de Navarra.

Inoficiosidad del testamento.—La citada Ley 272 prescribe una sanción protectora de los derechos de los hijos del primer matrimonio ante el supuesto evento de que su progenitor contraiga nuevas nupcias y, de las mismas, o bien nazcan otros hijos, o bien sobreviva el segundo cónyuge. El testamento considerado supone una crasa violación del límite inserto en dicha ley al sancionar que estos hijos *no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio*. Es evidente que mientras persista este auténtico fideicomiso de residuo, los actores hijos de anterior matrimonio no percibirán nada de presente, y, es más, con el riesgo de que tampoco lo reciban de futuro tras la muerte de la fiduciaria, si la misma habilita la autorización para el evento de esa necesidad, siendo inadecuado o evanescente como remedio a tal desamparo la eventualidad de poder impugnar los actos dispositivos de la fiduciaria. **(STS de 2 de febrero de 2004; ha lugar.)** (G. G. C.)

74. Colación de bienes hereditarios: valoración (art. 1045 CC).— Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 9 de julio de 1982, 17 de marzo de 1987 y 22 de noviembre de 1991) consideran que el artículo 1045 CC establece un sistema de colación *ad valorem*, es decir, que a la colación y partición no han de traerse las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se realice la partición hereditaria. **(STS de 4 de diciembre de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—En fase de ejecución de sentencia, el Juzgado de Primera Instancia dictó un Auto en virtud del cual se cifra en 93.898.000 pesetas el valor de los inmuebles objeto de colación en el momento del fallecimiento del causante, debiéndose actualizar dicho valor a la fecha en que se dicta el Auto judicial.

La demandada interpone recurso de reposición contra el citado Auto que es desestimado y se dicta un nuevo Auto ratificando el anterior.

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra dicho Auto y dicta un nuevo Auto por el que se revoca el Auto apelado y declara que el valor de los bienes objeto de la colación a los que se refiere la sentencia que se ejecuta es de 412.960.000 pesetas.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada.

NOTA.—Téngase en cuenta que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, añade un segundo párrafo al artículo 1041 CC en virtud del cual no estarán sujetos a colación «los gastos realizados por los padres y ascen-

dientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad».

Por otra parte, en relación con el tema de la valoración de los bienes colacionables, pueden consultarse los trabajos de José Bonet Correa, «La fecha de valoración de los bienes donados sujetos a colación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1982)», *ADC*, 1984, fascículo II, pp. 559 a 563 y de Martín García-Ripoll Montijano, *La colación hereditaria*, Madrid, 2002, (especialmente pp. 214 a 232, en las que critica la actual redacción del art. 1045 CC). (*M. J. P. G.*)

75. Partición: innecesariadad en caso de heredero único.—Según la STS de 16 de febrero de 1987, en la hipótesis de heredero único huelga la partición hereditaria en cuanto el testamento es, por sí sólo, título traslativo del dominio de los bienes relictos al confundirse en tal supuesto el derecho abstracto sobre el conjunto patrimonial hereditario con el derecho concreto sobre cada uno de los bienes individualizados. En cuanto al caso que nos ocupa, la STS de 2 de febrero de 1960, si bien declara que no debe confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia, porque son operaciones distintas y no recaen sobre los mismos derechos, toda vez que por la primera se trata de determinar las aportaciones de ambos cónyuges, satisfacer las deudas y cargas de la sociedad conyugal y proceder a la división del haber partible transformando la cuota ideal en otra real y efectiva, mientras que la segunda sirve de cauce para adjudicar el caudal hereditario del difunto a través de una serie de operaciones, si bien suele coincidir aquélla liquidación con la partición de bienes de uno de los cónyuges. (**STS de 26 de febrero de 2004**; ha lugar en parte.) (*G. G. C.*)

DERECHO MERCANTIL

76. Prescripción. Fundamento.—El fundamento de esta figura jurídica descansa en la necesidad de poner término a la incertidumbre generada por la falta de ejercicio de las correspondientes pretensiones por su titular, de tal suerte que, para que un determinado derecho de acción prescriba, han de concurrir dos elementos: de un lado, el transcurso del plazo fijado en la Ley; de otro, la inercia o inactividad por parte del titular de la referida pretensión.

Propiedad Industrial. Marca. Derecho de exclusiva: aspectos positivos y negativos.—El artículo 30 de la LM de 1988 establece que el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico; este derecho subjetivo de exclusiva utilización de la marca presenta un aspecto positivo y otro negativo; el aspecto positivo implica que el titular de la marca dispone, en exclusiva, de las tres facultades siguientes: *a*) facultad de aplicar la marca o producto; *b*) facultad de poner en el comercio o introducir en el mercado productos o servicios diferenciados mediante la marca y *c*) facultad de emplear la marca en la publicidad concerniente a los productos o servicios diferenciados a través de la marca. El aspecto negativo consiste en la facultad de prohibir que los terceros usen de su marca, prohibición que se extiende tanto a los signos iguales como a los confundibles, y

comprende tanto a los productos idénticos como a los similares; así el artículo 12.1.a) LM, prohíbe el registro de signos o marcas que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos idénticos o similares, puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior.

Propiedad Industrial. Marca: requisito básico.—El artículo 1.º de la Ley Española se refiere a la marca como el signo o medio «que distinga o sirva para distinguir en el mercado». Es indudable que la fórmula dualista empleada por el artículo 1.º de la Ley Española matiza de modo preciso que la aptitud diferenciadora de una marca puede ser inherente al signo («sirva para distinguir») o puede ser el resultado de un uso previo en el mercado («distinga»). El último componente del concepto legal de la marca es enumerado por el inciso final del artículo 1.º de la Ley Española de 1988, que dispone que el signo ha de ser apropiado para distinguir los productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona.

Propiedad Industrial. Marca: canales de comercialización.—Una de las pautas tradicionales que aplica la jurisprudencia española, para apreciar la semejanza es la concerniente a los canales de comercialización de los productos confrontados. Por un lado, el Tribunal Supremo mantiene que los productos pueden considerarse similares cuando se venden a través de los mismos canales de distribución. Y, por otro lado, afirma que los productos deben considerarse dispares cuando se distribuyen a través de diferentes canales de comercialización. Es decir, en primer lugar es necesario comprobar si son o no coincidentes los canales de comercialización o distribución de los productos y servicios comparados; y debe insistirse en el peso específico y acusado relieve de esta pauta a la hora de enjuiciar la similitud de los productos y servicios parangonados. La identidad de los canales de comercialización será un indicio claro de la similitud de los productos comparados cuando éstos se ofrecen al público en establecimientos autorizados en la venta de tales productos, o bien en una sección especializada de unos grandes almacenes o de un supermercado. El relieve directo de la identidad de los canales de comercialización disminuirá, en cambio, cuando los productos confrontados se venden tan sólo en establecimientos que ofrecen al público una amplia gama de productos que no están emplazados en secciones autónomas o especializadas.

Propiedad Industrial. Marca: infracción.—Se considera infractor de un derecho de marcas a aquella persona que utilice, en el tráfico económico y sin consentimiento del titular la marca registrada o signo idéntico o semejante para distinguir productos o servicios idénticos o similares, cuando dicha identidad o similitud pueda inducir a errores.

Propiedad Industrial. Marca: la acción cesatoria.—Esta acción desempeña un papel decisivo porque al constituir de ordinario el uso de una marca un acto continuo que se inserta en una actividad empresarial o profesional, el uso de la marca infractora va a ser presumiblemente repetido en el futuro, por cuya razón el único remedio eficaz es la acción de cesación; encaminada precisamente a prohibir el uso futuro de la marca infractora.

Propiedad Industrial. Marca: *dies a quo* de la prescripción.—El artículo 39 de la Ley 32/1998, de 10 de noviembre, de Marcas, dispone que las acciones civiles derivadas de la violación del derecho de marca prescriben a los cinco años, contados desde el día que pudiesen ejercitarse. Ello obliga a

determinar el *dies a quo* del plazo de cinco años previsto. En este sentido, interesa destacar que la Ley de Marcas, siguiendo la orientación establecida en el artículo 1969 CC, establece como día inicial del plazo de cinco años el del día en que pudieron ejercitarse las correspondientes pretensiones. La interpretación de este criterio desde la óptica de la norma sustantiva general, sin embargo, ha sido cuestión largamente debatida en la doctrina sin que se haya llegado a una solución uniforme para todos los supuestos. En la concreta materia de marcas, predominantemente se entiende, que en tales supuestos resulta aplicable la norma específica relativa a las pretensiones de responsabilidad extracontractual, contemplada en el artículo 1968.2 CC, en virtud de la cual el plazo de prescripción comienza «desde que lo supo el agraviado», lo que significa que no es suficiente la realización de la conducta, sino que resulta necesario el conocimiento de la lesión infringida por parte de la persona afectada. (STS de 28 de enero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Las compañías mercantiles *Relojes Lotus Internacional, S. L.* y *Manufacturas de Montres Jaguar, S. L.*, interpusieron demanda contra las entidades contra *Jaguar Hispania, S. A.*, *Jaguar Watches, S. A.*, y *Jaguar Cars Limited* por infracción de los derechos de marca. Las demandadas a su vez interpusieron demanda reconvenzional. El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por la entidad ambas partes litigantes, la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó ambos recursos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

77. Propiedad industrial. Marca (*multiactive*): improcedencia de términos genéricos aunque sean compuestos.—La palabra «*multiactive*», es compuesta y extranjera, y por lo tanto, en cierto aspecto, exótica aunque es fácilmente definible en la lengua española, puesto que, respecto a ella, sólo cambia la «e» final, que es la que le da sustantividad, y como no tiene un significado único y conocido, no se refiere a una cosa concreta, aunque no puede calificarse de genérica o descriptiva, sino de fantasía, no incurriendo así en la prohibición del artículo 11.1, a) y c) de la Ley de Marcas, pues el significado de la palabra es claramente receptible por el consumidor medio, tanto por «multi» o abundancial conocido, como por «active», en castellano «activa», dando cuenta de una cualidad, la de que la crema a que se refiere es «muy activa», y aún tratándose de una cualidad expresada, en lo que cabe, en lengua inglesa o francesa, no la convierte por ello en fantasiosa y privativa del que la ha registrado o del primero que la utiliza, y así, la jurisprudencia, en estos casos, en cuanto se utiliza una palabra genérica, como puede ser «leche», «galletas», «tarjetas (de crédito)», etc., y se le añade una cualidad, sigue manteniendo su carácter de «genérica», proveniente del vocablo sustancial; baste con repetir, con el escrito de la recurrida, las palabras «*instanmilk*», o «leche instantánea» (S de 28 de septiembre de 1974), «VIP» (S de 5 de febrero de 1993), «Sport y SA» (de 20 de octubre de 1994), «Gold-Card» o «tarjeta (de crédito)» (de 28 de enero de 1997), o la adición a algún producto de la palabra «cookies», o «galletas» (de 25 de febrero de 1997), por cuanto dichas palabras inglesas se han introducido en el mercado internacional y son de sobra conocidas por el consumidor español, o sea que su traducción al castellano, «es fácilmente alcanzable en el actual

nivel cultural de la sociedad española por un amplio sector de la ciudadanía», por lo que para un parlante castellano, es «una expresión que también en él evoca la significación que alcanza en su propio idioma», rigiendo entonces la prohibición legal de acceso al Registro, en cuanto quedan excluidas «las denominaciones genéricas y las adoptadas por el uso para señalar géneros, clases, precios, cualidades, pesos y medidas y similares»; también la palabra «cookies», «no cabe entenderla en nuestro idioma como una mera denominación de fantasía», pues dentro del uso de ella se evoca la significación que alcanza en su propio idioma, y la misma «es ampliamente conocida por el consumidor de tipo medio que conoce su significado y que precisamente por ello adquiere ese producto».

Propiedad industrial. Marca: ausencia de distintividad.—La prohibición del artículo 11.1.c) subsiste también para este vocablo (*multiactive*), dejando su significado gramatical y acudiendo al uso real del mismo, pues se ha generalizado, según consta en los documentos aportados a los autos, por diversas firmas de cosméticos; aparte de que el nombre que se discute de tal crema regeneradora, expresada en ese vocablo, no es distintivo, sino descriptivo de otros muchos productos, no incluidos en la clase 3 del Nomenclátor, como en barnices, pinturas, aceites, productos farmacéuticos, en cuyo caso el vocablo anuncia las ventajas de la utilización de un producto, para unas necesidades, que antes precisaban de la utilización de varios, de ahí su utilización en el mercado.

Propiedad industrial. Marca. Valor de la inscripción como marca de un término genérico.—Al tratarse de un genérico, no se puede con él monopolizar el derecho al uso exclusivo, dado que la parte solicitó la inscripción registral de la marca de dos vocablos, pero al ser los mismos genéricos, no son distintivos a pesar de la unión, pues siguen siendo lo mismo, por lo que el reconocimiento de la exclusividad no puede aceptarse, siendo varias las sentencias que no aceptan que cese la genericidad por la unión de dos vocablos, entre otras, recientes, la de 30 de enero de 1990, sobre la marca «Mascave», en cuanto significa «superioridad del café», sin que éste género, según se dice, pierda por ello sustantividad; la de 24 de junio de 1992, sobre la marca «Novokafe», que sería evocadora del carácter sugestivo del producto, dado que tal palabra conjunta, aún cuando se defienda que «está integrada por una denominación genérica y otra descriptiva, que juntas forman una verdadera denominación caprichosa o de fantasía», ello no es cierto, pues se trata de una conjunción de palabras genéricas, de la que no es deducible, según la prueba, una función o un resultado original. Asimismo, en cuanto a denominaciones en lenguas propias de Comunidades Autónomas, la S de 30 de julio de 1992, examina la denominación de un producto navarro, el «pacharán», que se trató de comercializar en exclusiva con la marca «Etxekopatxarana», cuyo significado literal sería, utilizándose el genitivo en vascuence: «Etxe-ko»: «de la casa», y «patxaran'a»: «el pacharán», para denominar un «pacharán» (como deformación de «basarana», o «ciruela silvestre», y comprensivo en castellano de la «endrina», o «arañón», vocablos éstos utilizados en otras regiones), el que es muy apreciado, por su elaboración precisamente «casera», y respecto al que la sentencia indicada dice que la pertenencia del nombre al vascuence «no altera dicho carácter», en cuanto la prohibición del precepto alcanza a la unión de dos palabras genéricas, que no aportan nada para sugerir alguna idea que las haga dejar de ser genéricas, pues «el vocablo resultante nada añade a sus componentes aislados»; y, por último, la palabra catalana «Purlet», que,

separando sus componentes, significaría: «leche» («llet») «pura» («pur»), describe una cualidad de la misma, común, como deseada por las amas de casa o los consumidores, en cuanto descriptiva de esa cualidad, no aportándose con ella una singularización (S de 10 de marzo de 1997).

Propiedad Industrial. Marca: improcedencia por previa utilización en productos de distintas «Casas».—La misma palabra (*multiactive*) obra en otros productos de distintas Casas (como «Juvena» y «Lovida»), que utilizaron la palabra unida, para identificar sus productos, con anterioridad a la solicitud registral de la actora, haciéndolo también dichos fabricantes en la «Oficina Internacional» de la «Organización Mundial de la Propiedad Industrial», en la que está incluida España, y sólo basta, para una identificación diferenciadora del producto, añadir su nombre en la caja y en la envoltura o envase. (STS de 26 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Vitafarma, S. L.* interpuso demanda contra *Cosméticos Astor, S. A.* por infracción de los derechos de la marca *Multiactive*, la entidad demandada reconvino reclamando la nulidad del registro de la marca. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvención. Recurrida en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió desestimando el recurso interpuesto por *Vitafarma, S. L.* y estimando la apelación planteada por *Cosméticos Astor, S. A.* declarando la nulidad de la marca objeto del litigio. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

78. Propiedad Industrial. Marcas: indemnización por lesión del derecho de marca.—Los artículos 36 y 37 de la Ley de Marcas, de 10 de noviembre de 1988, confieren al titular, cuyo derecho de marca haya sido lesionado, la facultad de pedir indemnización de daños y perjuicios, y el artículo 38 de la misma Ley brinda al titular perjudicado la posibilidad de elegir entre los tres criterios que enumera para la determinación o fijación de las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante). Ni dichos preceptos, ni ningún otro de la citada Ley, establecen la presunción legal de existencia de daños y perjuicios por el mero hecho de la lesión al derecho de marca, por lo que la producción o existencia de tales daños o perjuicios ha de probarlos en el proceso el titular registral de la marca afectada para que pueda ser declarada la procedente indemnización de los mismos, pudiendo solamente dejarse para la fase de ejecución de sentencia la determinación o concreción de su cuantía.

Propiedad Industrial. Marcas: doctrina *in re ipsa*.—Aunque algunas sentencias, entre ellas, 10 de octubre de 2001 y 3 de febrero de 2004, han admitido la aplicación de la doctrina *in re ipsa*, ello no implica que quepa establecerla con carácter general (S de 29 de septiembre de 2003), sino que ha de atenderse a las circunstancias del caso, como por lo demás es consustancial a dicha doctrina; de ahí que si no hay base fáctica apropiada resulta razonable no tomarla en consideración. (STS de 3 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Pepe (UK) Limited* interpuso demanda contra las entidades *Textil Ayelo de Malferit, S. A.* y *Tejanos Pepe, S. L.* por infracción de los derechos de marca. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia dictó sentencia desesti-

mando la demanda. Recurrída en apelación por la entidad actora, la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

79. Doctrina jurisprudencial sobre el contrato de distribución exclusiva.—El contrato de distribución exclusiva puede definirse como aquel por el cual una de las partes (el concesionario) pone su establecimiento al servicio de la otra (el concedente) y se obliga, por tiempo determinado o indefinido, a adquirir de la última productos, normalmente de marca, para revenderlos, en régimen de exclusiva, en un espacio geográfico determinado, a facilitar asistencia técnica, en su caso, a los clientes tanto antes como después de la venta, a soportar el riesgo y ventura de los contratos de venta celebrados y a garantizar el saneamiento por vicios o defectos ocultos de los productos vendidos; y respecto al cual la doctrina jurisprudencial ha sentado que «lo importante es que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, lo que le diferencia del contrato de agencia» (STS de 17 de mayo de 1999, que cita la de 8 de noviembre de 1995), y «adquiere por compraventa los productos del concedente»; que tiene el carácter de *intuitu personae* (STS de 17 de mayo de 1999, que menciona las de 28 de febrero de 1989 y 21 de noviembre de 1992); que se singulariza por la fijación libre del precio del producto (STS de 17 de noviembre de 1998), la determinación de unos objetivos mínimos de venta (SSTS de 10 de abril y 18 de julio de 1997 y 24 de noviembre de 1998), la imposición de cargas específicas de portes, de almacenamiento o de asistencia técnica y garantía del producto (STS de 14 de febrero de 1997), la concreción del objeto, tiempo y territorio de la exclusiva, que, incluso, puede hacerse de forma verbal (SSTS de 14 de febrero de 1997 y 17 de mayo de 1999), como también la de que la exclusividad no se presume; todos cuyas notas han sido recogidas en la STS de 30 de octubre de 1999.

Incumplimiento de obligaciones por parte de la concesionaria.—Aun con la calificación del contrato objeto del debate como de distribución exclusiva, correspondería al concesionario exclusivo centrar sus actividades comerciales en los productos contemplados en la relación contractual y en el territorio concedido, como pone de relieve el Considerando 8 del Reglamento 1983/1983 de la Comisión en sede comunitaria del Derecho de la Competencia para la distribución exclusiva, y, en este caso, es evidente que la incidencia en su actividad comercial de los productos de *Iveco Pegaso, S. A.*, concedida a la demandada, perturba claramente dicha obligación».

No es indemnizable la forma precipitada de realizarse el preaviso que acompaña al desistimiento unilateral en los contratos de duración indeterminada.—La S de 16 de diciembre de 2003 ha declarado que «no habiéndose pactado en el contrato un plazo de duración, es indudable la facultad de resolver unilateralmente el contrato que compete a cada una de las partes»; por ello, como dice la S de 18 de julio de 2000, a la que se remiten las de 13 de junio de 2001 y 22 de abril de 2002, «la forma precipitada de realizarse el preaviso tampoco puede servir de fundamento a la pretensión reconvenzional, no ya sólo en los términos cuantitativos pretendidos, sino siquiera por un importe más reducido, porque, aparte de que no se había pactado contractualmente plazo para ello, el que se hubiese hecho con una mayor anticipación (unos días antes), si bien habría dado una mayor razona-

bilidad a la conducta de la actora, sin embargo no habría creado una situación diferente del que *per se* produce la propia rescisión unilateral y que no es indemnizable», cuya doctrina jurisprudencial es de aplicación al supuesto que nos ocupa. (STS de 9 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes litigantes habían suscrito un contrato de distribución por tiempo indeterminado. El concedente interpuso una demanda de reclamación de cantidad contra el concesionario. El concesionario demandado solicitó que se estimara en parte la demanda y formuló reconvencción en la que se solicitaba que se declarase que existía entre las partes un contrato de distribución y venta en exclusiva que al haber sido resuelto unilateralmente por el concedente daba derecho a una indemnización de daños y perjuicios en favor del concesionario. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, en el sentido de no imponer las costas del procedimiento a ninguna de las partes y confirmando en todo lo demás la sentencia apelada. El Tribunal Supremo confirmó esta decisión, negando que existiera un pacto de exclusiva y declarando la existencia de incumplimiento por parte de la demandada reconviniendo. (L. F. R. S.)

80. La calificación del contrato no depende de la que le hayan dado las partes.—Nada obsta que las partes hayan calificado de contrato de comisión mercantil y aludan constantemente en las diversas estipulaciones a comitente y comisionistas porque los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (SS de 26 de enero de 1994, 24 de febrero y 13 de noviembre de 1995, 18 de febrero, 18 de abril y 21 de mayo de 1997, 7 de julio de 2000 y 14 de mayo de 2001).

Carácter innominado de la primera relación contractual entre las partes, que no era agencia, ni distribución en exclusiva.—La recurrida, en cambio, se limitaba a distribuir productos a los clientes de la propia recurrente, no a la promoción de contratos por cuenta o en nombre de ella, y a la venta a sus propios clientes de los que adquiriría en exclusiva de la recurrente. Son dos relaciones jurídicas distintas. La segunda es claro que no es agencia. La primera tampoco. La recurrida había contraído por ella la obligación de almacenaje, reparto y distribución de productos destinados a clientes propios de la recurrente a cambio de una comisión. Esta actividad es objeto de un contrato innominado del tipo *do ut facia* que nada tiene que ver con la venta o distribución en exclusiva y no es producción de ninguna operación de comercio.

No se aplican por analogía las normas del contrato de agencia al contrato de distribución en exclusiva.—La demandante no actuaba por cuenta ajena. Por ello nos encontramos ante un contrato o un tipo de relaciones de los que se denominan, como se ha dicho, contrato de distribución en exclusiva o de concesión en exclusiva, de naturaleza distinta del contrato de agencia sin posibilidad de aplicación analógica de la normativa que regula dicho último contrato al supuesto que nos ocupa.

Posibilidad de resolver unilateralmente el contrato de distribución en exclusiva de duración indeterminada, sin obligación de indemnizar los daños y perjuicios originados.—De la definición concluyente se deriva la

circunstancia de que cuando no se ha estipulado un plazo concreto de duración del contrato de distribución en exclusiva está autorizada la resolución por voluntad unilateral en cualquier momento, sin que ésta nunca pueda tener la calificación de abusiva, como ha declarado la jurisprudencia; y son inaplicables los artículos 1101 y 1107 CC, en tanto que la resolución del contrato es legítima y acorde a derecho sin que se deriven consecuencias económicas contra la demandada, que precisamente, ejercita la resolución.

Es causa de resolución la falta de pago de los suministros, por más que la deudora hubiera sido declarada en suspensión de pagos.—La declaración en estado de suspensión de pagos de la demandante en julio de 1996 y los retrasos en el pago del suministro de productos de la demandada que generó una deuda de más de 17.000.000 de pesetas, determina la causa de resolución del contrato sin indemnización alguna.

El comerciante suspenso conserva la gerencia de sus negocios.—Según el artículo 6 de la Ley Especial el comerciante conserva, en principio, la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios; y además la realización de actos por el suspenso sin el concurso o acuerdo de los acreedores lo único que determinaría sería la posibilidad de que éstos, o en su caso los acreedores, ejercitasen las correspondientes acciones en logro de la nulidad o ineficacia de tales actos si le resultan perjudiciales, con base en el párrafo penúltimo del mencionado artículo 6 de la invocada Ley de 26 de julio de 1922 (S de 22 de abril de 1981). (STS de 5 de febrero de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Los contratantes habían suscrito un contrato de duración indeterminada que por una parte era innominado, consistente en hacer operaciones materiales un contratante por cuenta del otro, y que por otra parte era un contrato de distribución en exclusiva. Después de la ruptura unilateral del contrato por parte del concedente, el concesionario le demandó en reclamación de cantidad, al parecer en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le irrogaba la brusca ruptura. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y la Audiencia Provincial confirmó dicho fallo en todos sus extremos, aplicando por analogía las normas del contrato de agencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el concedente, declarando que no se aplicaban por analogía las normas de la agencia y que había existido incumplimiento por parte del concesionario, puesto que el comerciante sigue estando obligado a pagar los suministros de mercancías.

81. Contrato de seguro. Condiciones generales: artículo 3 LCS.—El citado artículo establece que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de forma especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Contrato de seguro. Condiciones generales: necesidad de claridad.—La claridad buscada en las condiciones generales del contrato de seguro

tiende precisamente a su fácil conocimiento y consulta por parte del tomador del seguro.

Contrato de seguro. Condiciones generales: conocimiento previo al contrato.—El artículo 3 LCS establece que las condiciones generales deben ser conocidas por el tomador del seguro con anterioridad a la percepción del contrato, es decir, en el momento de la deliberación, que incluso puede no concluir en acuerdo contractual. Este artículo nos dice que las condiciones generales habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro, si lo hubiere, y necesariamente en la póliza o en un documento complementario, que se suscribirá por el tomador del seguro y al que se entregará copia del mismo.

Contrato de seguro. Condiciones generales. Artículo 3 LCS: finalidad.—La finalidad del artículo 3 es la de facilitar el conocimiento de las condiciones generales del contrato por parte del tomador del seguro. Las modernas leyes de protección al consumidor y de condiciones generales intentan proteger a los consumidores y usuarios mediante una ampliación de la información sobre las condiciones generales, a las que se van a adherir.

Contrato de seguro. Condiciones generales. Artículo 3 LCS: determinación.—La exigencia del artículo 3 de que las cláusulas deberán ser específicamente aceptadas por escrito, no se refiere a cualquier condición general del seguro o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad para la aseguradora, sino, en concreto, a aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (SS de 9 de noviembre de 1990, 9 de febrero de 1994 y 18 de septiembre de 1999). Así, cualquier cláusula que limite, reduzca o excluya algún supuesto dentro de uno u otro de los riesgos, si se produce el siniestro, debe ser considerada como cláusula limitativa. Como tal, dispone el artículo 3, primer párrafo, último inciso, LCS, debe ser destacada y debe ser específicamente aceptada por escrito. En el presente caso no está destacada de forma especial en su contenido con la relación de las restantes, ni consta de forma indubitada haya sido conocida y aceptada por el asegurado, ni, a mayor abundamiento, estas condiciones especiales aparecen firmadas por las partes contratantes, cuya validez ha sido negada reiteradamente; así las SS de 29 de abril y 10 de junio de 1991. (STS de 27 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don P. F. U. R. interpuso demanda contra la entidad aseguradora *Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros* en reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro. El Juzgado de Primera Instancia de Daimiel estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación, la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó sentencia desestimando el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

82. Contrato de seguro. Cláusula limitativa de derechos: exclusión de riesgos.—La exclusión del riesgo es efectiva cláusula limitativa, al repercutir negativamente en los derechos de los asegurados (SS de 28 de febrero de 1990, 14 de junio de 1994 y 24 de febrero de 1997), pues quedan privados de obtener el resarcimiento económico correspondiente de ocurrir el siniestro cubierto por la póliza, es decir, que la cobertura se hace ineficaz y ninguna utilidad ha producido. Esta cuestión lleva a la interpretación y aplicación del artículo 3 de la Ley de 8 de octubre de 1980, que resulta imperativo que las

Condiciones Generales se redactarán de forma clara y precisa y han de destacar de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, que las ha de aceptar por escrito, sin dejar de lado que las mismas, en cuanto aminoren la indemnización pactada, son decididas y aportadas impresas al contrato por las aseguradoras, sin haber mediado en la mayoría de los casos propia y efectiva negociación entre las partes, dándose ausencia de todo acto prologal o prenegocial al respecto, lo que impone su necesario control por vía interpretativa a cargo de los Tribunales (SS de 11 de abril y 27 de noviembre de 1991 y 29 de enero de 1996).

Contrato de seguro. Cláusula limitativa de derechos: supuesto.—El carácter limitativo de los derechos del asegurado que presenta la cláusula en cuestión resulta de la literalidad de su último párrafo en el que se establece como «sanción» del incumplimiento la posible pérdida de la indemnización, pérdida que viene a quedar a la libre voluntad de la aseguradora, al igual que las otras indeterminadas consecuencias derivadas de la «aplicación de lo establecido al respecto en la legislación en vigor y en las condiciones generales de la póliza». No puede afirmarse, por otra parte, que la mencionada cláusula haya sido «específicamente aceptada por escrito» por el asegurado. No puede obviarse el hecho de que la firma del asegurado que aparece al pie del texto ha sido obtenida mediante reproducción calcográfica de la puesta como aceptación de las «condiciones particulares» y sin que tampoco suponga «específica» aceptación la frase que figura al final de las «condiciones particulares» en el sentido de que «el tomador del seguro declara conocer todas las condiciones generales, particulares y demás anexos de esta póliza», por su evidente generalidad. Las llamadas «cláusulas adicionales» no son sino cláusulas predisuestas por la aseguradora para todo tipo de contratos de entre las que se seleccionan las aplicables a la concreta póliza de que se trate, como se pone de manifiesto tanto por la numeración de cada una de ellas como de su texto; «condiciones adicionales» que no figuran en el ejemplar entregado al asegurado y sí sólo en el aportado a los autos por la aseguradora y en tal sentido es de aplicación lo afirmado en la S de esta Sala de 17 de diciembre de 2002 cuando dice que «en atención a lo prevenido en los artículos 2 y 3 LCS ha de entenderse que la firma de la póliza por el asegurado no releva a la entidad aseguradora de la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación que el segundo de dichos preceptos establece respecto a la entrega de documentos complementarios en que puedan contenerse cláusulas limitativas de los derechos de la contraparte», entrega que, en este caso, no se ha probado.

Contrato de seguro. Interpretación de las dudas a favor del asegurado.—La jurisprudencia ha establecido como doctrina reiterada, tanto la emitida antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Seguro como la posterior, que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse en favor del asegurado, dada la naturaleza del contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó (art. 1288 CC), interpretación jurisprudencial que deriva del artículo 3 LCS; la S de 8 de noviembre de 2001 señala que «esta norma (se refiere al art. 1288 CC) establece la regla *contra proferentem*, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, sí favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ello, aplicado a los contratos de adhesión, que uno de los más típicos es el de seguro, es que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se

interpretará en favor del adherente, es decir, el asegurado. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Contrato de seguro. La iniciación del procedimiento extrajudicial de liquidación del siniestro no implica la aceptación de la obligación de indemnizar.—La iniciación del procedimiento extrajudicial de liquidación del siniestro previsto en el artículo 38 LCS no implica necesariamente la aceptación por la aseguradora de su obligación de indemnizar, ya que los informes periciales pueden poner de manifiesto circunstancias que impidan considerar el siniestro incluido dentro de la cobertura de la póliza, ya que ese procedimiento no se contrae, exclusivamente, a la valoración económica de los daños producidos; así resulta del contenido del acuerdo a que puedan llegar los peritos, según establece el párrafo quinto del artículo 38 que se dice infringido. (STS de 20 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. T. R. interpuso demanda contra la aseguradora *Catalana de Occidente, S. A. de Seguros y Reaseguros* solicitando se condene a la demandada a indemnizar las consecuencias derivadas de los siniestros acontecidos, por tratarse de siniestros objeto de contrato de seguro. Recurrida en apelación la sentencia de instancia, la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió, desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

83. Contrato de seguro. Cuestionario: apreciación de las omisiones.—La valoración de la importancia de las omisiones al cuestionario, en relación con la no conexión de la enfermedad omitida con la que, en definitiva, produjo el fallecimiento, y de la falta de dolo de la tomadora, al no ser consciente de ese relleno, son afirmaciones fácticas cuya apreciación es una cuestión de hecho que corresponde al Tribunal de instancia.

Contrato de seguro. Cuestionario: incidencia de las omisiones.—Al faltar el dolo, o la declaración de la culpa grave de la tomadora en la contratación de la póliza, por haber omitido datos sobre determinadas enfermedades, en cuanto se debía contestar expresamente a ellas, no obstante, esas omisiones sí deberían tenerse en cuenta para que las patologías a que se refieren fueran excluidas del seguro y ofertar un importe distinto de la prima del mismo, así como, en su caso, posiblemente el del capital asegurado, y la importancia de la omisión, por otro lado, para estos aspectos es clara, dado que, de conocerse, la prima hubiera recibido una deducción, y el capital asegurado en principio también, por lo que habrá de reducir proporcionalmente respecto al importe que hubiera correspondido a aquélla en relación al capital a percibir, conforme al artículo 10.3.º LCS. Los Tribunales pueden hacer uso de esa facultad reductora, al acoger parcialmente la cuantía de una demanda, rebajando la misma, y en cuanto no se refiere a acción distinta a la regulada en el ap. 1.º del precepto, sino a una especificación concreta de la regla general del mismo, para los casos en que se den esas omisiones en el cuestionario, con la indicada valoración. *Voto particular.* La reducción de la indemnización exige, como presupuestos, primero, la prueba de que el asegurador le sometió el cuestionario; segundo, que ocultó circunstancias conocidas que

inflúan en la valoración del riesgo, y tercero, que tal ocultación hubiera motivado una prima diferente a la que realmente se pactó en el contrato.

Contrato de seguro. Cuestionario: incumplimiento del deber de constatar verazmente el cuestionario (Voto particular).—El incumplimiento del citado deber se sanciona en el artículo 10 LCS con una doble facultad. La primera, durante la vigencia del contrato, en el breve plazo de caducidad de un mes desde el conocimiento de la inexactitud, la anulación del contrato; es un caso de anulabilidad, no de rescisión; se aplica una sanción consistente en que el asegurado pierde las primas que ha pagado, que hace suyas el asegurador, a no ser que medie dolo o culpa grave por su parte. La segunda, tras la producción del siniestro: se reduce la indemnización proporcionalmente a la diferencia entre la prima pactada en el contrato y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Un caso extremo es el dolo o culpa grave del asegurado, en que no percibe indemnización alguna. (STS de 12 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. S.-T. G. y su hija doña E. S.-T. de P. interpusieron demanda contra *La Estrella, S. A. de Seguros y Reaseguros* por reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación por la parte actora, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

84. Contrato de seguro. Seguro contra incendio: exclusión.—El asegurador queda relevado del pago de la indemnización cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado (art. 19 de la Ley Especial) o cuando el incendio se origine por dolo o culpa grave del mismo (art. 48).

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: finalidad.—El elevado tipo de interés que establecía el artículo 20 LCS, según su redacción vigente en la fecha en que se produjo el siniestro que es objeto de la demanda, tenía un carácter sancionador y disuasorio, con el fin de impedir que las aseguradoras dificultaran o retrasaran el pago de las indemnizaciones procedente, sin que debiese ser aplicado en aquellos supuestos en que el retraso de aquéllas obedezca a causa justificada o no les fuera imputable (SS de 11 de mayo de 2002, 3 de noviembre, 21 de junio y 12 de marzo de 2001, y 22 de abril de 2003, entre otras).

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: ausencia de mala fe en el retraso del pago mediando proceso penal.—Fijada por conformidad de las partes la indemnización a abonar por la aseguradora a consecuencia del siniestro acaecido y habiéndose seguido el procedimiento penal de oficio, no obstante la intervención procesal en el mismo de la aseguradora, no cabe apreciar que el retraso en el pago de la indemnización sea debido a una causa no justificada e imputable a la aseguradora que procedió al abono de la indemnización que ya había sido acordada al día siguiente de la notificación de la sentencia penal absolutoria al procurador de la aseguradora. (STS de 28 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don O. M. S. y doña M. E. O. G. interpusieron demanda contra la aseguradora *Seguros la Suiza, S. A.*, solicitando,

entre otros pedimentos, se condene a la entidad al pago del interés de retraso del 20 por 100 previsto en la Ley de Contrato de Seguro. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Balmaseda dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

85. Seguro de accidente. Infarto de miocardio: supuesto de inclusión.—La doctrina jurisprudencial viene declarando de forma directa o por razonamiento contrario (SS de 5 de marzo de 1992, 13 de febrero y 19 de abril de 1996, 23 de octubre de 1997, 20 de junio de 2000, 5 de junio de 2001, 14 de noviembre de 2002 y 11 de noviembre de 2003, entre otras) que, si bien el infarto de miocardio no está comprendido en los supuestos del artículo 100 LCS, salvo estipulación, sin embargo debe comprenderse dentro del seguro de accidentes cuando tenga su génesis en una causa externa; y a tal efecto se ha tomado en consideración la causa inmediata, consistente en la presión y el «stress» consecuencia del aumento de trabajo (S de 14 de junio de 1994), el esfuerzo físico en el desarrollo del trabajo para el que se hallaba capacitado (S de 27 de diciembre de 2001), y el esfuerzo y tensiones en el desempeño del trabajo (S de 27 de febrero de 2003). (**STS de 27 de noviembre de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. S. M. interpuso demanda contra la aseguradora *Hércules Hispano S. A. de Seguros y Reaseguros* reclamando las indemnizaciones procedentes de seguro de accidentes al haber fallecido su marido a consecuencia de infarto de miocardio sufrido mientras trabajaba. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Murcia dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia resolvió estimando el recurso y absolviendo a la demandada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

86. Contrato de descuento. Obligación esencial.—El contrato de descuento responde a una relación bancaria y su esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonan a la fecha de sus vencimientos por quien resulte obligado y deudor de los mismos, recuperando así el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión *pro solvendo* y no cesión *pro soluto* y a cuyo efecto resulta procedente la acción declarativa ordinaria ejercitada (Sentencias de 22 de noviembre de 1992, 25 de marzo y 24 de septiembre de 1993 y 21 de junio de 1996).

Contrato de descuento. Deberes de la entidad bancaria.—Teniendo en cuenta, conforme al artículo 504 LEC, que tienen condición de documentos básicos para el ejercicio de la acción causal nacida del propio contrato, y siguiendo la doctrina jurisprudencial mayoritaria, se impone a la entidad bancaria la diligencia de haber llevado a cabo la oportuna presentación al cobro de los efectos descontados (S de 22 de diciembre de 1992) o el levantamiento del protesto, aunque tratándose de pagarés no resulte necesario para ejercitar

la acción directa contra el firmante de los efectos (Sentencia de 11 de octubre de 1999).

Contrato de descuento. El deber de entregar los títulos.—Este deber, una vez que queda demostrada la existencia del crédito surgido del descuento, no es exigible mientras no se pronuncie una decisión judicial, que conceda el derecho a la entidad bancaria y no los propios pagarés, sin los cuales no hubiera sido posible dictarla y de esta manera los deudores sólo contarán con facultades para recobrar los mismos, objeto de la operación de descuento, cuanto previamente liquiden su importe (SS de 17 de junio de 1991, 6 de noviembre de 1996, 24 de junio de 2002 y 30 de abril de 2003).

Contrato de descuento. Ausencia de negligencia por la entidad bancaria y efectos.—No cabe atribuir al Banco demandante actuación negligente o actuación maliciosa, teniendo en cuenta el *factum* declarado probado: al tiempo de la presentación de la demanda no habían transcurrido los tres años para la prescripción de las acciones cambiarias (art. 85 de la Ley de 16 de julio de 1985) —sin perjuicio de la subsistencia de las causales ordinarias con sustantividad propia, sujetas al plazo de prescripción de quince años—, para lo que la recurrente-demandada, a fin de conservar las acciones cambiarias, constándole efectivamente que era deudora de los anticipos recibidos por descuento, obrando en defensa de sus derechos y en el ámbito de la buena fe mercantil, siguiendo la doctrina jurisprudencial, debió de proceder al reintegro de los títulos descontados y recuperar los mismos e incluso con posterioridad a la sentencia de primera instancia.

Contratos bancarios. Comisión por gestión de cobros: uso mercantil.—El percibo de una comisión por la gestión del cobro se ha demostrado es un uso bancario, dependiendo su cuantía de las circunstancias de cada caso, siendo las aprobadas por el Banco de España de carácter máximo. (STS de 2 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* (hoy *Banco Santander Central Hispano, S. A.*) interpuso demanda contra *General de Instalaciones Técnicas, ITG, S. L.* por descuento bancario. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Mislata dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación por la entidad demandada, la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

87. Sociedad Anónima. Administradores. Acción individual de responsabilidad: naturaleza.—Las doctrinas científica y jurisprudencial consideran que esta acción supone una aplicación concreta de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del CC, en la que se exigirá una relación directa entre la acción u omisión del administrador y el daño al accionista o al acreedor, y la concurrencia de culpa o negligencia en el sentido general del CC, y, en este sentido, se pronuncian, entre otras, las SSTs de 26 de noviembre de 1990, 11 de octubre de 1991 y 28 de febrero de 1996.

Sociedad Anónima. Administradores. Acción individual de responsabilidad: caracteres.—La acción individual de responsabilidad, determinada en el artículo 135 LSA, es directa y principal, no subsidiaria, y se otorga a accionistas y terceros para reconstituir su patrimonio particular; los actos u

omisiones constitutivos de esta acción son idénticos que los de la acción social de responsabilidad, esto es, los contrarios a la Ley y los estatutos o realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar el cargo; la actuación del administrador ha de provocar una disminución patrimonial que impida a la sociedad hacer frente a sus deudas, o puesto en peligro la satisfacción del crédito del accionista o tercero acreedor, o dañado un derecho si se trata de un tercero no acreedor; para la prosperabilidad de esta acción no es necesaria ninguna convocatoria de junta general, ni acuerdo social, ni mínimos de capital social en cuanto a los accionistas que, en su caso, la exijan.

Sociedad Anónima. Administradores. Acción individual de responsabilidad: legitimación activa.—Están legitimados para ejercitar la acción individual de responsabilidad tanto los accionistas y los terceros, acreedores o no; y también los demás administradores que se consideren perjudicados por el acto de uno de ellos, cuando se lesionen directamente los intereses de aquéllos (SSTS de 21 de mayo de 1985, 4 de noviembre de 1991 y 21 de mayo de 1992). Para que los terceros acreedores puedan accionar han de acreditar que su crédito ha sido perjudicado, y ello sólo se producirá cuando el título es válido y eficaz, y la deuda ha vencido y resulta líquida y exigible. (STS de 17 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *KBC Manufaktur Koechlin, Baumgartner & CIE. Aktiengesellschaft*, interpuso demanda contra la mercantil *Ricardo Miñana, S. A.* y don R. M. V. El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia desestimando el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

88. Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: naturaleza.—A través de ella, como ha destacado la doctrina mercantilista, se afronta el fenómeno de descapitalización sobre la estabilidad de la sociedad anónima, entendiéndose como tal una situación de gran empobrecimiento de la sociedad y, en otras palabras, situación de desequilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la sociedad.

Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: caracteres.—La responsabilidad regulada en el referido artículo 262 LSA, por la no convocatoria en dos meses de junta general para la adopción del acuerdo de disolución de la sociedad o la no solicitud de su disolución judicial, constituye una responsabilidad objetiva y solidaria, cuya acción se fundamenta en el incumplimiento por los administradores de las obligaciones que les impone la Ley, y no requiere producción de daño, ni exige la existencia de perjuicios, y tampoco la relación de causalidad, pues se trata de un sistema preconcursal de la Ley de Sociedades Anónimas.

Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: requisitos.—La citada responsabilidad constituye una modalidad de responsabilidad *ex lege*, y requiere tan sólo la concurrencia de los presupuestos objetivos siguientes: *a)* existencia de un crédito contra la sociedad en las causas 4.ª y 5.ª del artículo 260 LSA; *b)* concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad; y *c)* omisión por los admi-

nistradores de su obligación de convocar junta general, en el plazo de dos meses, para que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad, o solicitud, en su caso, de disolución judicial.

Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: efectos.—La omisión de los administradores de convocar la junta general para disolverla genera una responsabilidad durísima para los mismos, que llega a la privación del privilegio de la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capital. La jurisprudencia ha considerado en tal supuesto a los administradores como autores de una conducta anti-jurídica; a los que se impone una responsabilidad sanción sin necesidad de concurrir culpa, pues nos encontramos ante una responsabilidad objetiva, que no se evita con las alegaciones de la falta de culpa y del nexo causal.

Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: plazo de prescripción.—El plazo de prescripción para exigir la responsabilidad a los administradores y gerentes de compañías es el de cuatro años según dispone el artículo 949 CCO, y singularmente si la acción que se ejercita es la amparada en el artículo 262.5 LSA, en cuanto que la obligación se impone a los administradores *ex lege*, según se deduce de la propia redacción del precepto y en la doctrina jurisprudencial (entre otras, las SSTs de 12 de noviembre y 11 de diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, 20 de julio y 26 de octubre de 2001), por lo que en forma alguna sería de aplicación la establecida para los supuestos de culpa extracontractual. (STJ de 1 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. C. Q. y otros M. S. M. interpusieron demanda contra la mercantil *Transportes Cortina, S. A.*, don S. C. P. y don R. del V. A. en reclamación de cantidad por diversos servicios de transporte que habían resultado impagados, ejercitando las acciones derivadas del contrato y de la responsabilidad solidaria de los administrados en base a lo dispuesto en el artículo 262.5 LSA. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo resolvió estimando parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

89. Letra de cambio. Excepciones. Clases: cambiarias en sentido estricto y extracambiarias.—Las primeras son aquellas que traen causa de la propia letra (de sus propios vicios, vicisitudes o de las obligaciones asumidas por los firmantes de la misma) y están recogidas en el párrafo 2.º del artículo 67. Las extracambiarias son las que están fundadas en las relaciones personales que puedan mediar entre el deudor demandado y el tenedor demandante, o entre aquél y el librado o los tenedores anteriores, y aparecen reguladas en el párrafo primero de dicho artículo y en el artículo 20 de la misma Ley.

Letra de cambio. Excepciones cambiarias en sentido estricto: régimen de oponibilidad.—a) Por lo que se refiere a la inexistencia o falta de validez de la prueba de declaración cambiaria, la excepción puede ser debida a incapacidad, falta de representación, falsedad de la firma u otras circunstancias similares. Tales excepciones pueden oponerse frente a cualquier tenedor de la letra. En otros supuestos, como pueden ser los de vicio del consen-

timiento, robo, extravío de la letra u otros similares, únicamente podrán oponerse frente al demandante que haya sido parte en el negocio cambiario; es decir, únicamente frente al tenedor a quien el deudor demandado entregó la letra. *b)* Por lo que se refiere a la falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, la primera únicamente puede ser opuesta al tenedor que carezca de legitimación, y la segunda frente a cualquiera. *c)* Por lo que afecta a la extinción del crédito cambiario, si ello es debido a pago anotado en la letra o a prescripción, la excepción puede ser opuesta frente a cualquiera; pero en cuanto al pago, si la remisión o novación no han sido anotados en el título, solamente puede ser opuesta frente al que recibió el pago o acordada la remisión o la novación.

Letra de cambio. Excepciones extracambiarías: régimen de oponibilidad.—Solamente pueden ser opuestas al demandante que haya sido parte en la relación personal sobre la que se funde la excepción de que se trate. Ello no obstante, tanto en el artículo 20 de esta Ley como en el párrafo 1.º de este artículo, queda abierta la puerta a este tipo de excepciones por parte del deudor demandado frente al tenedor demandante cuando éste haya actuado a sabiendas del perjuicio del deudor. En tal caso, el deudor cambiario podrá alegar frente a dicho tenedor las excepciones fundadas en las relaciones personales que aquél tuviera con el librador o con anteriores tenedores de la letra. Tales excepciones constituyen modalidades de la denominada genéricamente *exceptio doli*.

Letra de cambio. La falta de provisión de fondos: causa de oposición.—La falta de provisión como motivo de oposición en el juicio ejecutivo con base en letra de cambio fue introducida en la antigua regulación por la jurisprudencia que, mitigando el rigorismo del artículo 480 CCO y superando el obstáculo formal de los artículos 1464 y 1467 de la antigua LEC, la conceptuó como causa de nulidad y limitando su aplicación sólo a los supuestos en que la relación jurídico-procesal se mantenía entre librador y librado, no así cuando se accionaba por tercer tenedor de la letra, a menos que lo fuese de mala fe, pues entonces la letra se independizaba totalmente del contrato causal y conservaba su carácter abstracto, mas no ocurría así en el primer caso en que el librador carecía de acción contra el aceptante si no acreditaba que éste era deudor suyo por entrega de mercancía o dinero, cobertura real, o por el hecho de resultar acreedor suyo por una cantidad igual o mayor al importe de la letra, cobertura jurídica, aunque nunca en el juicio ejecutivo pudiera discutirse en su integridad el contrato causal (SS de 16 de junio de 1942, 20 de abril de 1949, 1 de mayo de 1958, 17 de noviembre de 1960 y 4 de octubre de 1968); esta doctrina sigue vigente, encajando dicha excepción en las de las relaciones personales que contempla el párrafo 1.º del artículo 67 de la Ley Cambiaria, además de reforzada, dados los principios inspiradores de ésta, pero con una modificación importante en aplicación de éstos y de la Ley Uniforme de Ginebra, como es que la prueba de la falta de provisión de fondos corresponde únicamente al que opone la excepción.

Letra de cambio. Letra en blanco.—La más moderna opinión doctrinal y jurisprudencial viene admitiendo sin reservas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 del repetido texto legal, la validez y eficacia cambiaria de las denominadas letras en blanco, entendiéndose por tales las que, inicialmente libradas y aceptadas sin designación de todos sus esenciales requisitos, son ulteriormente completadas antes de su vencimiento o presentación al cobro.

Letra de cambio. Acciones.—Bajo el régimen del Código de Comercio, en esta materia el tenedor de la letra de cambio disponía de la doble disponibilidad de ejercitar la acción cambiaria en vía ordinaria o en la vía ejecutiva, aunque algún sector doctrinal confundía la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa; no obstante, la jurisprudencia estableció claramente que tanto en una vía como en otra las acciones ejercitadas tenían siempre naturaleza cambiaria y la posible discusión o confusión que pudiera haber al efecto queda zanjada por la nueva Ley Cambiaria y del Cheque, al establecer en su artículo 9 que la acción puede ser directa contra el aceptante y sus avalistas o de regreso contra cualquier obligado y añadir en su párrafo 2.º que, a falta de pago de la letra, el tenedor aunque sea el propio librador tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, lo previsto en los artículos 58 y 59. A la anterior doctrina debemos añadir que son principios inspiradores de la Ley Cambiaria, que deben ser tenidos en cuenta para su interpretación (art. 3.1 CC) y aparte la adaptación de nuestra legislación a la Ley Uniforme de Ginebra y el acercamiento a la de los demás países de la Unión Europea, la del fortalecimiento de la posición jurídica del acreedor y la pretensión de ser más rigurosa con el deudor. (STS de 20 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La Caja de Ahorros Provincial de Tarragona interpuso demanda contra don L. A. de la T. G. y don S. P. T. solicitando se condene a los mismos en su condición de aceptantes de varias letras de cambio a satisfacer las cantidades pretendidas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torrente (Valencia) dictó sentencia desestimando la demanda al admitir la excepción de nulidad del título ejecutivo. Recurrida en apelación por la entidad demandante, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió estimando el recurso y condenando a los demandados al pago de la suma interesada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

90. Quiebra. Retroacción: nulidad *ope legis*.—La nulidad que establece el párrafo segundo del artículo 878 CCO opera *ope legis*, sin que, ni siquiera, sea precisa la declaración de invalidez de los actos afectados, de modo que sólo debe acudir a la declaración judicial para vencer la resistencia de las personas que se opongan a las consecuencias de la nulidad.

Quiebra. Retroacción: nulidad absoluta.—La nulidad de los contratos objeto del proceso se produjo *ope legis* por la retroacción de la declaración de quiebra, y tal nulidad, al tener el carácter de radical o absoluta, no es susceptible de confirmación o convalidación, ni de prescripción sanatoria. (STS de 29 de enero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Comercial Egabrense Agrícola, SAT* interpuso demanda contra don R. L. P., doña A. P. R. B., doña M. I. M. M., don A. L. G., don E. S. G. y doña R. P. C. solicitando se declare la vigencia de un contrato de arrendamiento. Los code demandados formularon reconvencción solicitando se declare la nulidad del referido contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cabra dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la

reconvención. Recurrída en apelación por la entidad demandante, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba resolvió desestimando el recurso interpuesto por la entidad actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

91. Honorarios mínimos de los Colegios de Abogados.—No son vinculantes para los tribunales, quedando a la potestad de los mismos establecer los que consideren justos apreciando las circunstancias del caso, incluso en aquellos supuestos en que los honorarios vengan determinados por la aplicación de una determinada escala a una cuantía litigiosa previamente establecida en el pleito.

Principio constitucional de seguridad jurídica.—Supone una protección a la legítima confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones han de ser resueltas del mismo modo que lo fueron en idénticas condiciones dentro de la legalidad establecida y sin discriminaciones injustificadas.

En el caso resuelto en la sentencia analizada, sólo cabría entender violado el principio de igualdad y, por consiguiente, el de seguridad jurídica, si, habiendo intervenido distintos letrados por distintas partes en la misma posición procesal y realizando una similar y pareja actividad, se hubieran seguido criterios distintos para la determinación de sus honorarios no previamente pactados. (**STS de 23 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida en casación por los codemandados declaraba excesivos los honorarios que habían cobrado al demandante por su intervención profesional en determinados autos y les condenaba a la devolución del exceso al actor. (*B. F. G.*)