

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 / 44 29 / 21 87

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: (91) 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIX, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2006

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2006

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicaciones.administración.es>

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

NIPO (BOE): 007-06-053-4
NIPO (M. de Justicia): 051-06-017-3
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

IN MEMORIAM

Amadeo de Fuenmayor Champín

Amadeo de Fuenmayor Champín nació en Valencia, el 18 de diciembre de 1915. Cursó brillantemente los estudios de Derecho, con la máxima calificación en todas las asignaturas y Premio («Olóriz») Extraordinario de Licenciatura. Desde las aulas universitarias sintió una decidida vocación hacia el Derecho civil. Discípulo del Profesor Viñas Mey, enseguida fue su Ayudante de Cátedra.

Sus inquietudes científicas y la necesidad de doctorarse le llevaron a trasladarse –gracias a una beca del Ayuntamiento y la Diputación de Valencia– a Madrid, ya que entonces únicamente era posible obtener el Grado de Doctor en la Universidad Central. Defendió, con Premio Extraordinario, su tesis doctoral sobre *La revocación de la propiedad*, publicada por el Instituto Francisco de Vitoria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas en el propio año 1941, al que pronto siguió su estudio «El derecho sucesorio del cónyuge putativo» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1941). Amplió estudios pensionado por la Junta de Relaciones Culturales para su estancia en Coimbra, fruto de la cual es su trabajo, ya un clásico, sobre *La mejora en el sistema sucesorio español* (1946).

Desde sus inicios investigadores colaboró asiduamente en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tanto en la sección doctrinal como en las reseñas bibliográficas y de revistas. También formaría parte de los Consejos de Redacción de la *Revista de Estudios Agrosociales*, de *Ius Canonicum* y, sobre todo, del *Anuario de Derecho Civil*, la más prestigiosa revista doctrinal de nuestra disciplina, de la que fue miembro del Consejo de Redacción hasta su fallecimiento. Los títulos que publicó en ella son un buen ejemplo de su reconocida talla de jurista, siendo de citar, entre otros, «Sobre la nueva redacción del artículo 321» CC (*Anuario de Derecho Civil*, 1952); *Intangibilidad de la legítima* (*Anuario de Derecho Civil*, 1948); y «Alcance del Principio Constitucional de Igualdad» (*Anuario de Derecho Civil*, 1983).

En 1943 obtuvo, en reñida oposición, la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Tanto en el

Premio Extraordinario de Doctorado como en la oposición a Cátedra compitió con Antonio Hernández Gil, obteniendo Fuenmayor el número uno en el primero y Hernández Gil el número uno en la segunda. Rivalidad que les hizo amigos por los restos (precisamente, Fuenmayor redactaría su semblanza con ocasión de su fallecimiento: «En recuerdo de Antonio Hernández Gil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1994).

En Santiago de Compostela desempeñó su labor docente, compaginándola con el prestigioso ejercicio libre de la abogacía en los Colegios de Santiago, La Coruña y Madrid. Esta vertiente práctica del Derecho tuvo decidida impronta en su producción científica, muestra del gran aprecio sentido por Fuenmayor hacia los problemas concretos y prácticos, como testimonian sus trabajos acerca de «La deuda alimenticia del donatario» (*Revista de Derecho Privado*, 1942); «Derecho del arrendatario para ocupar la finca reconstruida» (*Anuario de Derecho Civil*, 1949); «Resolución parcial de sociedad mercantil de responsabilidad limitada» (*Revista de Derecho Privado*, 1947); «La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos» (*Anuario de Derecho Civil*, 1950); «Dictamen sobre prohibición de disponer y cláusula penal testamentaria» (*Anuario de Derecho Civil*, 1951); «Sobre una revisión de las donaciones mortis causa en nuestro Código civil» (*Anuario de Derecho Civil*, 1951); «La propiedad privada y su función social» (*Libro Homenaje al Dr. Serrano Serrano*, I, 1965); «Estirpe única y representación hereditaria» (*Estudios Jurídicos*, 1942); «Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946); «El cumplimiento post mortem de las obligaciones naturales» (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1959).

Tampoco puede omitirse la tarea que desarrolló como miembro de distintos Comités de peritos en Derecho. Fue, así, miembro Colaborador y Vicesecretario del Consejo Permanente del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Colaborador del Instituto «Francisco de Vitoria» (1942); Secretario de la Delegación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Galicia (1944-1948); Consejero Correspondiente del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés (1949), y Consejero Adjunto del Patronato «Raimundo Lulio» del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (1949). También formaría parte de la Comisión redactora del Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia (1948). Dichas tareas dejarían huella en algunas de sus publicaciones —«Derecho civil de Galicia» (*Nueva Enciclopedia*

Jurídica Seix, I, 1950); «El derecho sucesorio en la Compilación de Galicia» (*Foro Gallego*, 1967)–, que revelan el aprecio hacia el Derecho foral y sus relaciones con el ordenamiento civil común, según consta en sus títulos sobre «La interpretación comparativa del Código y de las Compilaciones forales» (*Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán*, 1969); «La revisión periódica del Código y de las Compilaciones civiles» (*Anuario de Derecho Civil*, 1972); «La interrupción judicial de la prescripción extintiva en el Derecho navarro» (*Anuario de Derecho Civil*, 1974).

Años más tarde, y ya desde Pamplona, colaboró como Vocal de la Comisión Compiladora del Derecho Privado Foral de Navarra, en la redacción definitiva del Fuero Nuevo de Navarra, que fue promulgado por Ley de 1 de marzo de 1973. A este orden de esfuerzos por ver mejoradas las normas jurídicas aplicables en cada etapa pertenece su labor de Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación desde 1955; y no sólo en un plano testimonial u honorífico, pues su iniciativa en la regulación del matrimonio se vio reflejada en la Ley de 24 de abril de 1958, que modificó el Código civil en este punto, según relata con términos bien expresivos Lasso Gaité (cfr. *Crónica de la Codificación Española*, IV. Codificación Civil, I, Madrid, 1970, pp. 724 ss.). La materia correspondiente al matrimonio y sus repercusiones jurídicas ocupa en su obra científica un lugar destacado, en el que se puede citar sus numerosas aportaciones: *El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 CC)*, (Madrid, 1959); *El matrimonio y el Concordato español* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1963); *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social* (Pamplona, 1981); *El derecho a contraer un matrimonio civilmente indisoluble (el llamado divorcio opcional)* (1993); «*La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*» (*Anuario de Derecho Civil*, 1954); *La libertad religiosa y el ius nubendi en el ordenamiento español (Ius Canonicum)*, 1956); «*La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial*» (*Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, I, 1959); «*La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español*» (*Revista de Derecho Privado*, 1975); *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el Derecho español* (Contestación al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Manuel de la Cámara, Madrid, 1975); «*La competencia de la Iglesia sobre matrimonio*» (*Palabra*, 1975); «*El matrimonio como contrato civil*» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1976); «*La crisis del sistema español de matrimonio civil supletorio*» (*Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*,

Festschaft Hermann Eichle, Wien-New York, 1977); «*El marco del nuevo sistema matrimonial español*» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979); «*Tratamiento civil del matrimonio canónico en la legislación y la jurisprudencia, a partir de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979*» (*Acuerdos Iglesia-Estado Español en el último decenio*); «*El matrimonio en el CC*» (*Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1988-1989), y «*El Derecho a contraer matrimonio civilmente indisoluble*» (*Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, II, 1993). La última aportación en este terreno fue su obra del año 2000, *Revisar el divorcio: tutela de la indisolubilidad matrimonial en un Estado pluralista*.

En su obra destacan los trabajos en los que se relacionan aspectos jurídicos con sus proyecciones morales, ámbito en el que sobresale de manera muy acentuada don Amadeo, e incluye los títulos siguientes: «*Problemas actuales de la confesionalidad del Estado*» (*Ius Canonicum*, 1966); «*El juicio moral de la Iglesia sobre cuestiones de orden temporal*» (*Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1973); «*Los slogans divorcistas*» (*Libro Homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, II); *La influencia de las leyes civiles en el comportamiento moral* (Lección inaugural del curso 1978-1979 de la Universidad de Navarra, 1978); «*Derechos Fundamentales y Familia Cristiana*» (*IV Congreso Internacional de Derecho Canónico*», Friburgo, 1981). Buena prueba de su constante actividad publicista consta en el hecho de que con ochenta y siete años cumplidos publica en 2003 el último de sus libros sobre la materia: *La inspiración cristiana de las leyes: para una pedagogía del inconformismo ambiental*.

En reconocimiento a su extensa e intensa trayectoria jurídica, el 10 de junio de 1963 leyó su discurso de ingreso como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Discurso que versó sobre *El matrimonio y el Concordato Español* y que fue contestado por don José Castán Tobeñas. En 1965 recibió la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort. Ese mismo año se incorporó a la Universidad de Navarra de la que fue Profesor Ordinario y Director del Departamento de Derecho civil de su Facultad de Derecho y en el período 1968-1987 Decano de la Facultad de Derecho canónico (actividad que asimismo arroja el resultado de varias monografías en su haber, entre las que citaríamos *El convenio entre la Santa Sede y España sobre Universidades de estudios civiles*, Pamplona, 1966; *La libertad religiosa*, Pamplona, 1974). En 1991 fue distinguido con la Medalla de Oro de la Universidad de Navarra.

En 1939 pidió la admisión en el Opus Dei y diez años después, el 13 de noviembre de 1949, fue ordenado sacerdote. Fue Consiliario del Opus Dei en España en el período 1952-1956. Obtuvo el doctorado en Derecho canónico en 1965. En 1986 la Santa Sede le nombró Prelado de honor de Su Santidad. También desempeñó el cargo de Vocal de la Comisión para la aplicación del Concordato entre el Gobierno Español y la Santa Sede (1953), Consultor del Pontificio Consejo para la Interpretación de los Textos Legislativos (1986) y de la Comisión preparatoria de Religiosos en el Concilio Vaticano II. Formó parte de la comisión de expertos sobre los trabajos preparatorios para la erección del Opus Dei en Prelatura Personal, de cuya experiencia publicaría con otros autores el libro *El itinerario jurídico del Opus Dei: historia y defensa de un carisma* (Pamplona, 1989). Su dedicación al Derecho civil, necesariamente parcial por distintas causas no mermó su prestigio como civilista y al respecto existen elocuentes anécdotas que reflejan la trascendencia de su aportación a este sector del conocimiento. En la Presentación que hizo don Francisco Sancho Rebullida de los *Estudios de Derecho civil* deja el testimonio de significativos hechos, entre los que destaca el siguiente: «recuerdo que, por aquellos años, visitaba yo a don Federico de Castro en su despacho del Instituto de Estudios Jurídicos un miércoles, antes de la sesión de su Seminario; me preguntó por Fuenmayor (lo admiraba y quería mucho); yo le comuniqué lo último que de él sabía, y se me ocurrió añadir este comentario: «desde el punto de vista del Derecho civil, es una lástima que su sacerdocio le absorba tanto» ... «¿Lástima? –se extrañó, casi escandalizó, don Federico–, tenga la seguridad de que si Fuenmayor se dedicase de nuevo al Derecho civil, poco tendríamos que hacer usted y yo» ... Me impresionó mucho la autenticidad con que se incluía en la condicional descalificación».

A lo largo de su carrera académica pudo formar un nutrido grupo de profesores, que hoy son Catedráticos de Derecho civil en diversas Universidades. Fruto de su magisterio son diversos Prólogos que firmó a discípulos suyos –entre los que destacan los realizados a Gabriel García Cantero, *el vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, 1959; y José Antonio Álvarez Caperochipi, *Derecho patrimonial de los religiosos. Cuestiones civiles*, 1974–, como el último que redactaría para el libro de Ramón Durán Rivacoba sobre *Evicción y saneamiento* (2003). En reconocimiento de su trayectoria recibió numerosos homenajes. La Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra editó sus trabajos en la disciplina, reunidos bajo el título de *Escritos sobre Prelaturas Personales* (Pamplona, 1990, con Prólogo de don José Orlandis, Catedrá-

tico de Historia del Derecho). Una Comisión encabezada por don Francisco Sancho Rebullida, se encargó de la tarea de reunir sus *Estudios de Derecho civil* (editorial Aranzadi, Pamplona, 1992, 1.335 páginas en dos volúmenes). A este sentido tributo de admiración y agradecimiento se sumaron numerosas personalidades que constan en extensa tabla gratulatoria. Catedráticos y Profesores universitarios de las más variadas disciplinas, no sólo jurídicas –consta prácticamente al completo el escalafón del Derecho civil–, sino humanísticas en su conjunto, abogados, procuradores, notarios, registradores, letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Consejo de Estado, abogados del Estado, jueces y magistrados, fiscales, embajadores y diplomáticos, agentes de cambio y bolsa, académicos, y otras muchas personalidades de la política, de la empresa y del mundo del Derecho y de la Iglesia; en fin, un amplio y elocuente catálogo de amigos, compañeros –todos los supervivientes que compusieron su Promoción en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia–, discípulos y admiradores, hasta varios cientos.

Luis I. ARECHEDERRA ARANZADI
Catedrático de Derecho Civil
Profesor ordinario. Universidad de Navarra

Contratos de consumo y derecho de contratos

LUIS DíEZ-PICAZO

1. La primera premisa que quiero dejar establecida es que las operaciones de consumo, entre profesionales y consumidores, traducidas a un lenguaje jurídico, más comprensible para nosotros (que nos movemos en la órbita del Derecho privado), son contratos y que, por ello, es legítimo hablar de «contratos de consumo».

Ante todo, habrá que decir que, para dejar enfatizado el carácter contractual de las operaciones de consumo, basta la somera consideración de que una protección del consumo y de los consumidores sólo es comprensible y hacedera en mercados masivos que funcionan en régimen de libertad. Muy escaso sentido tiene, o decididamente no tiene ninguno, hablar de protección de consumidores en países o en zonas que viven en regímenes con economías intervenidas, como ocurría y en alguna medida sigue ocurriendo en los países llamados del socialismo real que se encontraron en el telón de acero. En la economía intervenida, donde los productos son casi siempre productos de primera o segunda necesidad y se obtienen por sistemas de racionamiento o cupos, repartidos por algún partido, sindicato u organización de trabajadores, no puede, en modo alguno, haber consumo, ni hay, en ellos, en puridad, protección de consumidores, como tampoco lo había en los mercados tradicionales, que prácticamente se limitaban a una producción de carácter artesanal. Por más vueltas que a las cosas se le quieran dar, operaciones realizadas en mercados que funcionan en libertad de mercado tienen que ser necesariamente contratos.

En puridad, no es fácil encontrar otra línea. Es verdad que algunos autores (a los que sin duda les gusta la literatura dramática) han hablado de profundas transformaciones en el campo del Derecho privado, de una desprivatización del Derecho privado y de un nuevo concepto de contrato. Esta línea de pensamiento, de la que fue, en cierto modo, pionero C. Martínez de Aguirre (*Tras-*

endencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de obligaciones, ADC, XLVII, I, 1994, p. 31), tiende a poner de manifiesto una especie de socialización que por esta vía de protección se introduce en favor de quien se considera contratante más débil y, por tanto, necesitado de tal protección. Estos autores se muestran decididamente partidarios de las limitaciones de la autonomía de la voluntad, recordando uno de los últimos trabajos de F. de Castro (*Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC, 1982, p. 1.068), para quien el Derecho de consumidores, que era, sin duda, un movimiento renovador del Derecho, significaba más bien un retorno a la naturaleza propia y tradicional del contrato, que había sido desconocida por la concepción liberal prevalente hasta ahora. De esta manera, no se discute que nos encontramos en presencia de contratos y la única materia de debate es la alternativa entre preferir la autonomía de la voluntad y la libertad contractual o, dicho de otro modo, que lo que las partes hagan y digan (sea ello lo que fuere) tiene entre ellas fuerza de ley, como entre nosotros dice el artículo 1091 CC; o si deben ser preferidos contratos legislativamente regulados, donde el legislador imponga una mejor justicia distributiva y un mejor equilibrio.

En el fondo, lo mismo ocurre en un artículo reciente donde se llega a hablar de la «aparición de un nuevo concepto de contrato». Me refiero al trabajo de M. A. Corchero y A. Hernández Torres, publicado en dos números del diario *La Ley* los días 12 y 13 de julio de este año.

Confieso que me llamó la atención, pero que al final sentí una cierta decepción. Estos autores que no dudan en afirmar que nos encontramos ante «un profundo cambio en el concepto del contrato», se limitan después a observar que, como consecuencia de tal cambio, pasa a segundo término el nacimiento del contrato frente a la relación contractual que adquiere preponderancia y que lo vital (*sic*) no es ya la prestación del consentimiento, sino la reglamentación contractual, el régimen jurídico de la relación que nace del contrato.

Habría que volver sobre el tema, pero desde ahora se observa que las operaciones de consumo se sitúan en un marco de Derecho de contratos y que en el fondo del debate lo que se encuentra es la relación entre Derecho de consumo y Derecho civil o Derecho privado, como pone de manifiesto el título del trabajo de R. Casas Vallés («Defensa de los consumidores y Derecho civil», *Revista jurídica de Cataluña*, 1992, pp. 99-101).

En este análisis que estamos intentando realizar, habría, antes de nada, que señalar la forma en que la Ley 26/1984 fue construida y la renuencia del legislador en la susodicha Ley para utilizar la palabra contrato. Así, por ejemplo, se habla de «productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores y usuarios» (art. 3); «venta a domicilio de bebidas y alimentos» [art. 5. d)]; «oferta, promoción y publicidad de productos y servicios» (art. 8.1) y «oferta y promoción» (art. 8.3), hasta el punto de que sólo muy raramente aparece la expresión contrato y a veces casi vergonzantemente.

Con carácter general, al definir el fenómeno del consumo, el artículo 1 de la Ley 26/1984 habla de adquirir, utilizar o disfrutar bienes y servicios. Con independencia de que llama la atención el hecho de que se pueda hablar de adquirir servicios o de disfrutar de servicios (lo que en nuestra lengua resulta bastante extraño), da la impresión, por lo menos a primera vista, de que el legislador intentó ligar la idea de consumo con la adquisición, la utilización y el disfrute, cuando, en puridad, no es así. Como todos saben, en nuestro Derecho la adquisición, que es adquisición del dominio o del derecho sobre los bienes, es obra de un proceso complejo que, de acuerdo con el artículo 609 CC, requiere la existencia de ciertos contratos y la tradición de lo que haya sido objeto del mismo, de forma que sólo con la *traditio* o traspaso posesorio se adquiere la propiedad. Y me parece lícito preguntarse si el acto de consumo comienza con la adquisición en sentido técnico jurídico o comienza con el contrato dirigido a llevarla a cabo. A mi juicio está perfectamente claro que la solución es esta última. El comprador de un automóvil, un ordenador o un electrodoméstico es consumidor desde el momento que contrata la compra, aunque el objeto no le haya sido entregado, no haya habido *traditio* y no pueda decirse en términos jurídicos rigurosos que hay «adquisición». Y algo parecido puede decirse del empleo de los términos «utilización» y «disfrute» porque el uso y el disfrute, como sabían los romanos que hablaron del *ius utendi* y del *ius fruendi*, son facultades del propietario una vez que lo es.

No obstante la renuencia que pueda haber tenido el legislador de la Ley 26/1984, la idea de contrato y de contratación en materia de consumo parece después haberse generalizado. Me refiero, por ejemplo, a los llamados «contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles», que reciben un tratamiento especial, pero que no se discute que contratos son; los «contratos a distancia», la «contratación electrónica», los «contratos de crédito al consumo»

y de una forma generalizada en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Las objeciones que puedan ponerse al carácter contractual de los contratos de consumo tienen a mi juicio muy escasa consistencia. Desde hace mucho tiempo sabemos que el hecho de que el legislador haya dotado a determinados contratos de un contenido imperativamente determinado puede conducir a hablar de contratos normados o contratos reglamentados, pero, en ningún caso, a negarles el carácter contractual. Dentro de las alternativas que la libertad contractual comprende (decidir contratar y no contratar, elegir el tipo de operación, pactar el contenido contractual) la figura en la que ahora estamos pensando, supone una limitación de la libertad contractual, pero una limitación que cabe de lleno en la rúbrica en el artículo 1255 CC. Las partes son libres para contratar y no contratar y para elegir el tipo, pero si contratan y seleccionan el tipo contractual, habrá pactos que les obliguen imperativamente y otros que no puedan establecer. Si las cosas se miran despacio, esto es algo que se encontraba ya en el CC. Hablando de la evicción y del saneamiento, el código dice, en el artículo 1475, que los contratantes puedan aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor, pero, en cambio, inmediatamente después, el artículo 1476 dice que es nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiera habido mala fe por su parte. Admitamos, pues, que el hecho de que determinados contratos presenten un contenido imperativo (que es básicamente lo que ocurre en los contratos de consumo) no excluye el carácter contractual.

Tampoco puede excluirse el carácter contractual por el dato de que puedan ser operaciones realizadas con escasa deliberación y escasa libertad a lo que puede añadirse la supremacía o superioridad en que el empresario se encuentra respecto del consumidor.

Nadie ha podido pensar nunca que la previa negociación sea un requisito del contrato. Para establecer las premisas filosóficas de la concepción moderna del contrato, podremos haber dicho que se presume que el contrato es una operación entre iguales, nacida del debate y de la negociación entre ellos, pero es evidente que la negociación no es un requisito. Si yo compro el periódico por la mañana o un bonobús, estoy celebrando una operación contractual y nadie me dirá que se ha negociado poco, mucho ni nada. A veces uno se encuentra que, tras haber escrito un documento contractual y meditarlo, llega un individuo viva la virgen que lo firma en barbecho o sin leerlo. Por ejemplo, para arrendar un piso. Uno

puede sensatamente desconfiar de un individuo semejante, pero no podrá decir que no ha celebrado un contrato.

Todo lo más que se puede decir es que la idea de negociación permite distinguir, como en alguna ocasión he propuesto, entre contratos con negociación y contratos sin ella. Y, por la misma razón, en nuestra materia contratos de derecho común y contratos de consumo.

Algo parecido hay que decir del requisito de la presunta igualdad de las partes contractuales, que es, por supuesto, una igualdad mítica que en la realidad no existe ni ha existido nunca. En ningún sitio está dicho que tal igualdad se necesite para contratar. Sólo muy ocasionalmente algunos ordenamientos jurídicos dan ocasional relevancia a la existencia de un abuso de superioridad, de un abuso de posición dominante o al apropiamiento indebido de las ventajas que puede proporcionar el estado de necesidad o la inexperiencia del otro contratante.

Y tampoco les priva del carácter contractual a las operaciones de consumo el hecho de que en algunos casos no pueda encontrarse en ellos la perfecta, impoluta, enteramente libre y virginal voluntad contractual, que algunos quieren encontrar en la exigencia legal del consentimiento como requisito del contrato *ex* artículos 1254 y 1261 CC. El hecho de que el consumidor estudie más o menos convenientemente la operación (y los hay que se las saben todas), que haya procedido con deliberación y que manifieste más o menos libremente el llamado consentimiento contractual no es decisivo como no lo es en el resto de los contratos. Los llamados vicios de la voluntad poseen en nuestro Derecho privado un cierto carácter excepcional y más que al dato de la genuina voluntad parecen referirse a la justicia o injusticia de la vinculación contractual. Basta para comprenderlo repasar los artículos 1266-1270. Ante todo, sólo hablan de violencia, intimidación y dolo y uno podría pensar en otras posibilidades de limitación del consentimiento; pero después para el error se exige que sea esencial y que resulte imputable al que lo sufre por haber sido lo que usualmente se llama un error excusable. De la violencia, el artículo 1267 dice que consiste en el empleo de una fuerza irresistible. De la intimidación, el mismo artículo, que es un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en la propia persona o en la persona de su cónyuge, descendientes o ascendientes, añadiendo, además, que para calificar la intimidación se atiende a la edad y a la condición de la persona. Y, finalmente, del dolo dice el artículo 1270 que deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contractuales. La conclusión de ello es que la libertad contractual, lejos de ser pura y

virginal, es una voluntad razonable dentro de un marco razonable de libertad.

A todas las consideraciones anteriores me gustaría añadir todavía que tratar de calificar las operaciones de consumo con un rótulo distinto al de contratos nos sumiría en la mayor de las perplejidades posibles porque no sabríamos cuál es y nos obligaría a buscar, como supletorio, un régimen jurídico para justificar las atribuciones patrimoniales del que no disponemos. En síntesis es mejor desde el punto de vista práctico que sean contratos a que sean cualquier otra cosa.

En mi opinión, las operaciones de consumo siguen siendo contractuales aun cuando se cierren mediante operaciones automáticas con máquinas *ad hoc*, fenómeno cada día más frecuente, o mediante comportamientos objetivamente reconocibles. Aunque algunos autores han querido sustituir para estos casos la calificación de contrato por otra distinta, como la de relaciones contractuales fácticas o conducta social típica, en mi opinión cualquier intento de proseguir por esta línea no llega demasiado lejos y al final obliga a buscar un régimen contractual concreto.

Para cerrar este apartado, creo que hay que decir también que no se puede discutir el carácter contractual de las operaciones de consumo que tengan como objeto la facilitación de bienes o servicios que se encuentren en régimen de monopolio, legal o de facto, o de bienes o servicios que hayan de ser facilitados por las administraciones públicas o por concesionarios de las administraciones públicas cuando no estén plenamente liberalizados. Las razones para no excluir la naturaleza contractual son las mismas que hemos analizado anteriormente y hay que decir, por supuesto, que nada aconseja el traspaso de estos contratos que por lo demás seguirán siendo contratos al campo del Derecho público como contratos administrativos.

2. Llegamos, de este modo, a un punto central que debe ser objeto de debate. Me refiero a la relación que existe y debe existir entre la regulación general de los contratos en el CC (y, si se quiere, también en el CCO) y la existencia de este otro ordenamiento, que comprende los contratos de consumo y que parece presentarse como un Derecho de carácter especial y en alguna medida fragmentario.

El tema propuesto se puede afrontar desde varios puntos de vista. Hay unas primeras ideas a las que quiero referirme, que aparecen en el libro de Guido Alpa, (*Il diritto dei consumatori*, editori Laterza, 2002). Dice Alpa que los modelos que podemos encontrar

en los países de la Unión son muy diferentes y pueden resumirse en cuatro:

1.º Hay algunos países que tienen una ley general y a su lado una nutrida legislación especial, que en parte es de origen interno y en parte es de origen comunitario. No hace falta decir que es el caso del Derecho español.

2.º Hay países (dice Alpa) que han preparado o tratado de preparar textos únicos.

3.º Hay otros que poseen una legislación fragmentaria unida a una doctrina de naturaleza jurisprudencial, como es el caso de la Gran Bretaña.

4.º Finalmente, hay ordenamientos en los que la disciplina de los contratos de consumo o, por lo menos, la parte más importante de ella se ha insertado clara y decididamente en el CC.

Es el caso del Derecho holandés y es también el caso del Derecho alemán después de la reforma del Derecho del año 2000. Y en el Derecho italiano, en cambio, sólo algunas directrices comunitarias se han incorporado por la vía de su inserción en el código, como ocurre en materia de cláusulas abusivas, pero la mayor parte se han quedado fuera.

El debate es, pues, cuál de estos modelos presenta mayores ventajas y por cuál debemos decantarnos.

El segundo de los puntos de vista desde el cual la cuestión se puede examinar es la de sus implicaciones ideológicas y políticas. Según Alpa, hay que hacer desaparecer los prejuicios ideológicos formulados a comienzos de los años setenta. En esos años existió un debate sobre el hecho mismo de una defensa de los consumidores y se montaron argumentos en pro y en contra de ella. Parece claro que hoy, tantos años después, la cuestión no es en sí misma debatida y, por regla general, la defensa de los consumidores resulta generalmente aceptada. En las fechas de que estamos hablando los defensores de una protección de los consumidores trataban de dibujar un consumidor al que querían asimilar al trabajador dependiente con «conciencia de clase» y con reivindicaciones que formular, mientras que los críticos se decantaban a favor de un mercado libre, libre de límites e imposiciones y por completo indiferente a las exigencias y a la protección de los consumidores.

Es muy probable que estas ideas y estas tentativas hayan ido poco a poco desapareciendo. Sin embargo, de tanto en tanto resucitan. En el trabajo que cité antes de M. Corchero y A. Hernández se

abre un epígrafe en el que se habla de los estatus de ciudadano y consumidor. Allí puede leerse que:

Asistimos a la consagración constitucional de la protección del consumidor como un derecho del ciudadano. El consumidor ha de ser tenido en cuenta como persona, preocupándose de aquellas situaciones que puedan afectar a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. El Derecho Constitucional aporta la concepción troncal y propedéutica al fenómeno del consumo, correspondiéndole –en palabras de J. L. Cascajo Castro– estrechar el vínculo entre la política y el Derecho, armonizar la norma con la ética social y actuar como técnica ordenadora de una realidad desde los principios y valores de la dignidad, libertad e igualdad humanas.

Creo que cualquier idea que trate de aproximar la figura del consumidor a un estatus o algo parecido son blanco de ataques muy claros. Un estatus o un estado es, como decían las Leyes de Partidas, un modo o una manera como los hombres viven o están, pues no tiene sentido la hipertrofia que lleve al concepto todas las condiciones por esporádicas y efímeras que puedan ser las que a lo largo de su vida la persona presente.

En este sentido me parece que en el Derecho del antiguo régimen las personas podían ser nobles, hidalgos o pecheros, hijos legítimos o de ganancias, comerciantes, menestrales, artesanos, soldados, etc. No me parece que consumidor sea una forma de estar en la vida y de estar en el mundo. Podemos realizar con más frecuencia de la deseada actos de consumo o sufrir las incitaciones que nos empujan a ello, pero la esporádica condición de consumidor no configura un modo o una manera de estar en la vida social, salvo, quizá, en las personas aquejadas del mal del *shopping*, que si son muchas o pocas yo no lo sé.

Por otra parte parece desafortunado establecer todo tipo de paralelo entre consumidores y trabajadores asalariados. El trabajo es un medio de vida y un medio de obtención de las sumas que nos permiten atender a las necesidades vitales y a los demás bienes sociales. La tensión entre patrones y obreros dio lugar a una lucha de clases y a una protección de los trabajadores de la que no hay ni rastro en las quejas que los consumidores pueden formular del trato que reciben de los empresarios.

Hay, pues, que negar, de la manera más vehemente posible, que el Derecho de consumo constituya un Derecho de clase. Sin embargo estos elementos ideológicos o prejuicios si se los puede llamar así, junto con algunas posibles directrices de política jurídica, con-

tinúan influyendo en la configuración y en la ubicación sistemática sobre las normas de contratos de consumo.

Por volver a las reflexiones de Guido Alpa, habrá que decir que los partidarios de una concepción de un Derecho de consumo, como Derecho que atiende a reivindicaciones de clase, tienen tendencia a configurar un Derecho especial. Curiosamente, para quienes adoptan este punto de vista la integración del Derecho especial en el Derecho común es rechazable porque lo contaminaría. Se piensa, seguramente, en el Derecho común de la contratación, lo que en rigor es erróneo y se trata de un error que se desvanece con el más mínimo análisis. Anteriormente citamos algún supuesto de nulidad de pactos, de la exclusión de la evicción y el saneamiento, pero podemos citar otros muchos entre los que dentro del sistema general de contratación existe protección de intereses. Por no citar los pactos leoninos en el contrato de sociedad, que es uno de los ejemplos más claros, podemos recordar la recepción de la regla *periculum est emptori* que parece formada por un *lobby* de vendedores. Que el Derecho general de la contratación contamine el derecho especial, lo liberalice y eche agua en el vino de la protección es algo que no es ni siquiera pensable.

Mas paradójicamente los que adoptan la posición contraria llegan a una conclusión parecida. Como sólo el Derecho tradicional de la contratación es el Derecho de la contratación libre, el Derecho de los contratos de consumo tiene que ser mantenido en un Derecho especial, sin posibilidad de interpretaciones extensivas o analógicas, algo así como en cuarentena o rodeado por un cordón sanitario, porque, desde ese punto de vista, es el Derecho general de la contratación el que resultaría contaminado.

A mi juicio, tiene razón Alpa cuando dice que ninguna de esas posiciones puede ser hoy sostenida y ello con completa independencia de cómo queramos dibujar la figura del consumidor.

En efecto, cualquier modernización del Derecho de los códigos, que se realice con la pretensión de abarcar el Derecho patrimonial y de comprender los principios con arreglo a los cuales se desarrolla el tráfico jurídico de bienes y servicios, no puede dejar fuera la figura del consumidor. Además, la inserción en los códigos de los consumidores no puede ser puramente estética o ficticia y debe ir acompañada por reglas que mantengan la especialidad del tratamiento jurídico. Si a los códigos se les reserva la función que siempre tuvieron de reflejar la vida económica y social, no puede dejar de resultar claro que hay que integrar, con el Derecho de consumo, hoy vivo y coleando, una verdadera y propia laguna, pues

los consumidores son operadores económicos con una clara incidencia en la vida económica.

El problema ha sido también planteado por Thomas Wilhelmsson (*Is there a European Consumer Law and Should there be one?*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 2000), aunque como el mismo autor reconoce, el tema había sido ya tratado por dos autores allí citados, que son Damm, (*Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem*) y Gilles, (*Zur neueren Verbraucherschutzgesetzgebung in ihrem Verhältnis zum klassischen Privatrecht*). En el mismo sentido, para el Derecho francés, los trabajos de Nathalie Sauphanor (*L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, París, 2000) y el de Calais-Auloy (*L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des dondrats*, Rev. tr. dr. civ., 1994, p. 239).

Wilhelmsson comienza señalando que el rápido desarrollo de una legislación de protección de consumidores ha suscitado en muchos países, inevitablemente, la cuestión de si este sector del ordenamiento debe constituir un cuerpo jurídico separado, lo que se ha llamado una *Sondergesetzgebung*.

Este autor señala que, aunque a primera vista puede parecer una cuestión puramente de orden técnico y pedagógico, en el fondo toca un problema que concierne a la ideología y a la cultura jurídica y a la influencia de una y otra en el desarrollo del Derecho. Porque la verdad es que se trata de una cuestión enlazada con el modo cómo los autores de las decisiones jurídicas, que son los juristas, construyen su visión del mundo jurídico y de cómo se acercan a las normas.

En principio, parece que una mínima claridad impone la necesidad, obvia por lo demás, de algún tipo de separación entre lo que podemos llamar relaciones de consumo y relaciones de negocio. Puedo recordar en este punto las normas sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, en las cuales se aclara que se las denomina comerciales sólo para excluir las normas relativas a contratos de consumo.

Es evidente que en el ámbito de Derecho de consumo las normas imperativas presentan un mayor vigor y se dan en mayor número que en otros campos, especialmente los regidos en línea de principio por la libertad contractual. Pero no se trata, por supuesto, sólo de imperatividad frente a despositividad de las normas legales. Wilhelmsson recuerda que la cuestión presenta claras implicaciones desde el punto de vista de política jurídica. Es legítimo preguntarse qué efectos puede tener un énfasis mayor en la separación entre los contratos de consumo y el Derecho general de contratos

sobre las reglas y principios que rigen unos y otros, cuestión que en la doctrina alemana se había planteado ya hace veinte o veinticinco años al discutir la inclusión de las reglas de los contratos de consumo en el CC como parte de él o la pervivencia del *Sonderprivatrecht*.

En el fondo del debate se encuentra el predominio de lo que podemos llamar una idea más o menos social o welfarista como el autor la llama, pero tampoco en este punto tenemos que equivocarnos. Hay autores que se encuentran a favor de la llamada dirección welfarista en materia de Derecho privado general, pero que no han rehuído la integración. Puede volver a recordarse en este punto al profesor Martínez de Aguirre.

Los defensores del *Sonderprivatrecht* creen que las normas nacidas en el seno del Derecho de consumo se contaminarían y perderían su carácter si se interpretaran de acuerdo con las normas del Derecho de contratos, de suerte que lo que está en juego es la preservación de la pureza de la intención de las normas de protección de consumidores, aunque haya que decir ya desde ahora que los defensores de la integración admiten que ésta, la integración, puede ser la vanguardia de introducción de nuevos principios en el Derecho de contratos.

Al hablar de las dificultades de una refundición, aunque sea parcial, del Derecho de contratos de consumo en el Derecho general de contratos, hemos hablado, siguiendo a Alpa y a Wilhelmsen, de los problemas relativos a la política jurídica y del deseo de algunos de evitar la contaminación del contenido protector. Hay, sin embargo, otro tipo de razones, claramente mucho más rastreras o, si se prefiere, más a ras de tierra, que también son un fuerte obstáculo. Me refiero a la pretensión de algunas administraciones públicas y de algunos grupos profesionales de ejercer sobre esta materia un poder monopolista o cuasimonopolista. La ley que incorporó al Derecho español la Directiva sobre garantía sobre la venta de bienes de consumo ofrece, a este respecto, un buen tema de reflexión. Como es bien sabido, era ésta una materia regida por las viejas acciones edilicias derivadas por el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, en sus dos variantes de acción redhibitoria y de acción *quantum minoris*. Puede decirse y recordarse que en muchos casos la jurisprudencia del Tribunal Supremo había echado agua en el vino, sobre todo a consecuencia del extraordinariamente corto plazo de caducidad del artículo 1490, y había declarado compatibles las acciones edilicias con las acciones generales nacidas del incumplimiento contractual, reconociendo, de este modo, que no nos encontrábamos en presencia de una garantía *ex lege* sino en presencia de un auténtico incumplimiento, que comete

el que entrega cosa disconforme con la que quedó descrita o dibujada al celebrar la compraventa. En el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías se había adoptado este último criterio, que es el de considerar la entrega de cosa no conforme como un supuesto de incumplimiento y aplicar las reglas del incumplimiento contractual y sus remedios que, lógicamente, en mercaderías masivas, no tienen por qué limitarse a la redhibición o a la reducción del precio y pueden consistir en la rectificación o reparación o en la sustitución de la cosa entregada por otra sin defecto. La Directiva europea era claramente tributaria de las posiciones alcanzadas en el Convenio de Viena, de manera que esa línea llegaba ahora a las ventas de consumo, seguramente porque las autoridades europeas, siempre metidas en la regulación del Derecho de consumo, no terminaban de saber si tenían competencia en los contratos de compraventa, cosa que sin duda no les ocurría a las autoridades nacionales. Limitarse a incorporar la Directiva en una ley especial, a su vez con un campo de aplicación limitado a los contratos de consumo, que es lo que finalmente hizo el legislador español, podía ser lo más cómodo, pero seguramente no lo más coherente. En Austria y en Alemania la incorporación se hizo modificando la regulación del contrato de compraventa en el CC y lo mismo se intentó, que nosotros sabemos, en el Derecho francés. La solución española abre una hendidura difícil de colmar, pues, por una parte, se encuentran los contratos sujetos al Convenio de Viena, con la regla de la obligación de entregar la cosa conforme y la consideración de la falta de conformidad como incumplimiento y, por otra parte, las ventas de consumo con una solución en gran parte parecida; y, en el medio, todas las demás compraventas sujetas al CC a las que seguirá aplicándose la normativa que provenía de los ediles curules. Por lo que yo sé se reunió una Comisión ministerial, pero finalmente las posiciones de los especialistas en Derecho de consumo dominaron sobre las que podía defender el Ministerio de Justicia. Para tratar de solucionar este problema puedo decir que la Comisión de Codificación ha propuesto una reforma paralela del Contrato de compraventa del CC, de suerte que, aunque las normas se repiten, a las compraventas que no sean internacionales y tampoco de consumo se les pueden aplicar unas reglas semejantes o iguales.

3. Quiere ello decir que la incorporación total o parcial del Derecho de contratos de consumo al Derecho general de contratos, y en este sentido al CC, presenta muchas más dificultades de las que parece. Sin embargo, en estos momentos, es una posición que parece dominar en la doctrina. Pese a su proclividad en favor del

derecho especial, la defiende finalmente Martínez de Aguirre, la defiende su maestro García Cantero y últimamente ha recibido el apoyo de K. J. Albiez (en *Estudios en Homenaje del Prof. L. Díez-Picazo*, I, p. 139).

Albiez recuerda que los redactores de la propuesta de ley de protección de los consumidores en la contratación a distancia, en la memoria justificativa descartaron cualquier intento de ubicación de las normas en el CC. Los redactores de la propuesta lo hicieron de una ley especial, pero, curiosamente, al final, el Ministerio de Justicia optó por introducir la materia, que procede también de una Directiva europea, en la Ley de ordenación del comercio minorista. Como dice Albiez razones de economía procedimental pesaron más que otras de contenido sustancial en la aprobación de la Ley 47/2000, de 19 de diciembre, que reformó la citada Ley del comercio minorista. Albiez, tras citar la ley de reforma alemana del año 2000, dice que el exceso de leyes especiales puede provocar el colapso del sistema y su fragmentación, resultado al que están contribuyendo de modo muy notable las Directivas comunitarias. Por ello hace falta un debate, dice este autor, que hasta ahora no se ha producido entre nosotros, donde no está resuelto el problema de la ordenación o coordinación entre Derecho de consumo y el sistema jurídico privado. Concluye este autor su disertación con estas palabras:

«En definitiva, este desfase entre el CC y la realidad está comenzando a resultar francamente disfuncional para el mercado y para el propio derecho. El sistema jurídico admite, con naturalidad, un desfase entre el derecho común y la vanguardia de las nuevas experiencias, la legislación especial y el *ius mercatorum*. La prisa y la audacia nunca han sido buenas consejeras para la recodificación; sin embargo, el estado actual en materia de derecho de obligaciones y contratos puede calificarse de anquilosamiento del derecho codificado y, consiguientemente, de desregulación de los intercambios, debido precisamente a la inidoneidad de las reglas antiguas en el nuevo contexto tan extraordinariamente diferente al contenido por el codificador decimonónico. Parece, pues, que ha llegado el momento de plantearse de manera directa la oportunidad, la conveniencia, o incluso la necesidad, de proceder a una recodificación de este sector del Derecho privado, en el que también puede tener cabida el derecho de consumo contractual.»

Conclusiones estas de K. J. Albiez a las que uno puede adherirse.

4. Para terminar, y en algún sentido también para completar esta disertación, no resulta suficiente sólo decidir que las normas hasta ahora especiales sobre los contratos de consumo deben ser

codificadas o redecodificadas conviene también tratar de indagar si algunas de las normas nacidas dentro de ese círculo de los contratos de consumo deben mantenerse dentro de él o si pueden o deben generalizarse y ser consideradas como normas o principios de contratos.

Esta cuestión merece ser examinada en tres puntos diversos.

a) Es el primero el de las declaraciones y afirmaciones hechas por las partes y su posible función en la integración de los contratos con referencia especial a la publicidad comercial.

Constituye una cuestión muchas veces debatida la de si las declaraciones o las afirmaciones que uno de los contratantes ha hecho sin que hayan quedado incorporados a un documento contractual, deben tener alguna trascendencia en el contrato. El supuesto clásico es el del vendedor que atribuye a las cosas vendidas especiales cualidades distintas de aquellas que, de acuerdo con el contrato y con la ley, debe garantizar, o excluye determinados defectos sin hacer una especial promesa de garantía, aunque, naturalmente, el mismo problema puede suscitarse en otro tipo de contratos (p. ej. arrendamientos, etc.). Como ha sido señalado (cfr. A. M. Morales Moreno, *Información publicitaria y protección del consumidor*, Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. VIII, pp. 676 y ss.), los antiguos autores franceses se plantearon ya esta cuestión dándole una respuesta afirmativa, cosa que aparece con claridad en Donello (*ut venditor praestet quod de ea re dixit*) y en Domat. Aunque la cuestión resulta difícil de resolver desde el punto de vista del declaracionismo o del voluntarismo, no cabe duda de que la buena fe impone la existencia de algún tipo de obligación al respecto. Modernamente, la cuestión se ha suscitado sobre todo en relación con la publicidad comercial y con la comercialización de los productos, como puede ser el manejo de máquinas complicadas. Entre nosotros una STS de 14 de junio de 1976 (de la que en su momento se ocupó C. Lasarte, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, RDP, 1980, pp. 50 y ss.) entendió que la propaganda cumple la función de una oferta que vincula al vendedor teniendo en cuenta que por esa oferta se guió el comprador, en el caso de una máquina que no daba el rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica y gráfica. Otras dos sentencias de 27 de enero de 1977 y de 20 de marzo de 1982, en la venta de viviendas, destacaron el valor de los anuncios publicitarios y de la vinculación del vendedor por las memorias de calidades, los datos, características y condiciones relativas a los servicios e instalaciones de la vivienda, aun cuando no se hubieran incorporado expresamente al documento contractual.

Más recientemente, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 1984, en su artículo 8, considera exigibles por el consumidor y usuario las afirmaciones sobre la naturaleza, características, condiciones, utilidades o finalidades de los bienes o servicios, que se hayan hecho en la promoción o publicidad de ellos, aun cuando no figuren expresamente en el documento contractual, lo que significa que se produce una incorporación de la publicidad al contrato insertándose en la estructura contractual. Esta inserción puede producirse de dos modos diferentes: como una obligación que genera un específico deber de prestación o, simplemente, como una presuposición determinante de la configuración del interés que el otro contratante aspira a satisfacer a través del contrato.

Estos sucintos planteamientos permiten explicar la regla contenida en el artículo 6.101 PECL, donde la cuestión no aparece como un problema de protección de consumidores, sino como una norma de alcance general, lo que *prima facie* parece correcto, toda vez que si se trata de una concreción del principio general de buena fe, no existen razones especiales para limitarla a la protección de consumidores. Por otra parte, se observará que en la primera de las sentencias dictadas, de 1976, el comprador de la máquina que debía alcanzar con ella un determinado rendimiento, no era un consumidor.

Convendrá también destacar que en estos momentos, las declaraciones y afirmaciones se examinan para decidir si son fuentes de integración del contrato y si generan obligaciones contractuales. Ello significa que quedan, naturalmente, abiertos los demás remedios o posibilidades de ejercicio de acciones que el ordenamiento pueda conceder, como ocurrirá en todos aquellos casos en que las declaraciones o afirmaciones hayan producido error, supuesta la facilitación de la información inexacta o determinado cualquier otra causa de anulación (p. ej. dolo o engaño); o quepa el ejercicio de acciones de responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo*.

En el artículo 6: 101 PECL aparecen tres grupos de cuestiones: una primera referida a la declaración realizada por una de las partes a la otra en el momento de la celebración del contrato; una segunda referida a la información llevada a cabo en la publicidad, en el marketing; y una tercera referida a los efectos que produce en el contrato la publicidad ajena.

1.º Para la declaración o afirmación que, con carácter general, pueda una de las partes haber dado a la otra en el momento inmediatamente anterior a la conclusión del contrato o cuando se ha

celebrado, la regla es que genera obligaciones contractuales, en la forma en que la otra parte las hubiera podido entender si concurren circunstancias que tuvieron para dicha parte una especial trascendencia o, dicho de otro modo, si pudieron influir en su decisión de celebrar el contrato. El artículo 6: 101 PECL requiere también que se tome en consideración si la parte que hacía la declaración la llevaba a cabo en el curso de los negocios y la pericia relativa de una y otra parte.

2.º Para las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en las actividades de marketing, la regla es que las declaraciones o afirmaciones generan obligaciones contractuales, salvo que se pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido o no pudo desconocer, que la declaración era incorrecta.

3.º La última de las cuestiones es, como anunciamos más arriba, la vinculación que puede producirse por una publicidad ajena. Como ha sido señalado (cfr. A. M. Morales Moreno, *ob. cit.* p. 687), para que la oferta publicitaria que provenga de un tercero se incorpore al contrato y pueda imponer al contratante deberes de prestación, se requiere que la existencia de tales declaraciones en las que la otra parte hubiera confiado, resultaran conocidas o cognoscibles para un contratante profesional; que éste no excluyera claramente su aplicación al contrato; y que tales declaraciones se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o de comercialización en la que ambos se encuentren insertos.

Es en este sentido en el que hay que entender el párrafo 3.º del artículo 6: 101 PECL: dan también origen a obligaciones contractuales las declaraciones o informaciones y cualesquiera otras promesas o compromisos que hubiere efectuado, en la publicidad o en el marketing, una persona que actúe por cuenta de un profesional o una persona que se encuentre situada en un punto anterior de la cadena de comercialización, a menos que el contratante no tuviera razones de ningún tipo para conocer dichas informaciones o promesas. Por consiguiente, no toda publicidad ajena vincula al contratante, aunque se refiera al mismo producto o servicio, ni se incorpora a la estructura del contrato, sino solamente aquella realizada por persona que actúe por cuenta de un profesional o que esté situada en un punto anterior en la cadena de comercialización. En todos estos casos, la declaración publicitaria y de marketing se incorpora al contrato, salvo que el profesional contratante pueda demostrar que no la conocía. Naturalmente, en aquellos casos en

que la vincule, quedará siempre abierta, si existiera, una acción de uno de los profesionales frente al otro.

b) El segundo problema se puede plantear en relación con la definición de condiciones generales de la contratación y con el tratamiento de dichas condiciones. No se puede decir que se trate de una norma originada en el Derecho de consumo, pues procede directamente de la Ley alemana de Condiciones generales de 1976 pero su generalización se produce de la Directiva europea, que, como casi todas ellas, nació con pretensión de ser aplicable en materia de protección de consumidores.

c) La tercera de las figuras sobre las que convendría también parar la atención es la de los llamados contratos vinculados, que aparecen en los artículos 14 y 15 de la Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al Consumo, que parece aplicable a los contratos de venta a plazos de bienes muebles regulada hoy por la Ley 28/1998 de 13 de julio.

La figura de los contratos vinculados aparece en el artículo 14 de la Ley de Crédito al Consumo. Son contratos de consumo en los que expresamente se establece que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación. La Ley dice simplemente que la eficacia de los contratos queda condicionada a la efectiva obtención del crédito. Mas, obtenido el crédito, se hace todavía necesario saber el tipo de vinculación que existe entre ambas operaciones o contratos. La ley establece una especie de supeditación o subordinación del contrato de financiación al que podemos denominar contrato principal. La regla del artículo 14 es que la ineficacia del contrato principal determina también la ineficacia del contrato de financiación. Ésta no es probablemente una regla especial de los contratos de consumo y nace probablemente de la consideración de uno de los contratos por causa del otro. El único problema es que el concedente del crédito haya conocido y aceptado la vinculación. Esta característica la define el artículo 15 LCC que exige que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes y servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva. Es evidente que si existe el acuerdo previo, aunque no sea en exclusividad, las partes del contrato de financiación han tenido el propósito común de convertirlo en pieza auxiliar del contrato principal.

Algún problema plantea en el artículo 14 la idea de «ineficacia del contrato» porque hay que saber si es sólo ineficacia por invalidez o también ineficacia sobrevinida por otras causas como es, en concreto, la resolución por incumplimiento.

La vinculación no se produce sólo en relación con la eficacia o ineficacia. Se produce también en la fase de ejercicio de los derechos dimanantes del contrato y, por consiguiente, en la fase de

cumplimiento de las obligaciones. El artículo 15 faculta al consumidor para ejercitar frente al empresario que hubiera concedido el crédito los mismos derechos que tuviera frente al empresario que se comprometió a proveer los bienes o los servicios.

En este punto las dificultades son evidentemente mayores. Aunque pudimos llegar a la conclusión de que la ley lo permite carecerá, probablemente, de sentido práctico el ejercicio de una pretensión de cumplimiento frente a quien no es profesionalmente suministrador de los bienes y servicios que estén en cuestión, sino simplemente financiador profesional de la operación.

Tampoco es fácil establecer una pretensión de indemnización de daños y perjuicios contra el financiador a menos que la ley haya establecido, lo que no es claro, una especie de solidaridad o un deber de indemnización fundada en la confianza que la presencia del financiador otorga, en orden a su seriedad y buen fin a la operación.

La generalización de los llamados «contratos vinculados» más allá del ámbito del Derecho de consumo, puede hacerse, a mi juicio, con referencia a los contratos de financiación de cualquier tipo de operación, siempre que se den las condiciones mencionadas en el artículo 15 LCC, esto es que entre el concedente del crédito y quien haya de ser el suministrador de bienes y servicios exista un acuerdo previo y que en el contrato principal esta financiación se haya aceptado. Podría también pensarse en la posibilidad de que haya «contratos vinculados» cuando una operación acordada entre los empresarios constituya un presupuesto de la que uno de ellos deba llevar a cabo con un tercero, que a su vez, lo acepte, como sería por ejemplo el caso en que el tercero se obligara a recibir materiales, materias primas o cualquiera otros elementos necesarios para cumplir su prestación de la persona indicada por quien contrata con él, cuando, a su vez, el acuerdo previo exista.

Pero eso, me temo, es cuestión que requiere ulteriores reflexiones.

RESUMEN

La naturaleza contractual de las operaciones de consumo y su necesaria inserción en el campo del derecho privado y en el derecho de contratos. Los contratos de consumo y su caracterización como genuinos contratos. Las relaciones del derecho de consumo y el derecho civil, y la opción entre leyes especiales e integración de las normas sobre contratos de consumo en el Código civil, en la experiencia europea. La posibilidad y aún la necesidad de generalizar determinadas normas o principios que han nacido o que se encuentran ubicadas en el campo del derecho de consumo, a toda la materia de obligaciones y contratos.

Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo

REINER SCHULZE*

I. INTRODUCCIÓN

Según puede leerse en las diferentes Comunicaciones de la Comisión europea, 2007 es el año en el que debería estar listo un «marco común de referencia»¹. Existen ya numerosos grupos de trabajo integrados por académicos que a lo largo de los quince últimos años han dedicado sus esfuerzos a buscar principios comunes al Derecho contractual de los Estados miembros². Tales estudios, de base comparativa, coexisten con otros cuyo

* Profesor de Derecho Civil, *Centrum für europäisches Privatrecht* en la *Westfälische Wilhelms-Universität Münster* (Alemania). La traducción del inglés al castellano ha sido realizada por Esther Arroyo i Amayuelas (U. Barcelona) y, en lo que se refiere a la versión castellana de los textos normativos que se utilizan en este artículo, *vid.* las traducciones publicadas en R. ZIMMERMANN, R. SCHULZE, E. ARROYO, *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 15 de marzo de 2003, «Un Derecho contractual más coherente—Plan de Acción» (*DO C 63*, de 15 de marzo de 2003, 1); Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 11 de octubre de 2004, «El Derecho contractual europeo y la revisión del acervo: perspectivas para el futuro» [COM (2004) 651 final]; *cfr.* el calendario en COM (2004) 651 final p. 10.

² En particular el grupo «Lando», a quien corresponde la autoría de los *Principles of European Contract Law* (PECL); *vid.* O. Lando, H. Beale (eds), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Den Haag, 2000; O. Lando, E. Clive, A. Prüm, R. Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law, Part. III*, New York, 2003; además, *v. gr.* el Grupo de Trento sobre el *Common Core* (<http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/approach.html>); y la Academia de privatistas europeos que trabajan sobre la base de un código que también refleja lo que son las tradiciones de otros Estados miembros: *Code Européen des Contrats – Avant-projet* (ed. de poche revue et corrigée), Milan, 2004; sobre esto, G. GANDOLFI, «Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs» *ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht)*, 2002, pp. 1-4.

objeto es la búsqueda y establecimiento de principios comunes del acervo comunitario. Todo ello contribuye por igual a un desarrollo coherente del Derecho contractual europeo³. Desde luego, es beneficioso para las empresas y además posibilita la consecución de las finalidades establecidas en el TUE y TCE: garantiza las libertades comunitarias básicas, la realización del mercado interior y el logro de otros objetivos sociales como la protección al consumidor. Naturalmente, todo ello resulta favorecido por el hecho de que los actos comunitarios en la base de los cuales están los principios a que me refiero, a su vez están orientados al cumplimiento de tales finalidades⁴. Y aun debe añadirse que, en muchos casos, son actos que fueron promulgados como respuesta a nuevos retos económicos y sociales (*v. gr.* la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, las transferencias monetarias internacionales, o la protección del consumidor y el comercio electrónico) a los que el Derecho contractual de la mayoría de los Estados miembros hasta entonces apenas había prestado atención.

Partiendo del ejemplo que proporcionan los deberes precontractuales y la formación del contrato, examinaré a continuación el alcance de los principios que subyacen en los diferentes actos comunitarios para ver hasta qué punto pueden formar parte de un Derecho general de contratos⁵, a pesar de que algunas normas que están en la base de los mismos se refieran específicamente a otras materias. Ya con la mirada puesta en el marco común de referencia, cabrá preguntarse a continuación si tales principios no podrían ser la base de las reglas generales que son necesarias para crear un futuro Derecho contractual europeo más coherente⁶.

³ R. SCHULZE, «European Private Law and Existing EC Law», *ERPL (European Review of Private Law)*, 2005, pp. 3-19; K. RIESENHUBER, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin 2003; sobre la importancia que puede tener el derecho contractual europeo del consumo en el desarrollo futuro del derecho comunitario, G. HOWELLS y T. WILHELMSSON, *EC Consumer Law*, Aldershot, 1997.

⁴ R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE, «Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht», en: H. SCHULTE-NÖLKE y R. Schulze (eds) junto a L. BERNARDEAU, *European Contract Law in Community Law*, Cologne, 2002, pp. 11-20, 14, 16.

⁵ No se puede aludir aquí a todas las áreas, como por ejemplo las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, las cláusulas generales y la entrega de productos no solicitados, o el derecho laboral y de seguros, a pesar de que las previsiones del derecho comunitario en estos ámbitos muy probablemente muestren novedades significativas que debieran ser tenidas en cuenta en la confección de un derecho contractual europeo más coherente en el marco común de referencia.

⁶ Sobre el remarcable trabajo del «Acquis Group», en el cual el autor participa, *cfr.* www.acquis-group.org; R. SCHULZE (*op. cit.* nota 3).

II. PRINCIPIOS GENERALES

1. LIBERTAD CONTRACTUAL

Uno de los principios generales básicos del Derecho comunitario de contratos es la libertad de contratación. Su carácter europeo viene propiciado por la coincidencia que sobre este punto manifiestan todos los Estados miembros pero, sin duda, también viene dado por el hecho de que en sí mismo representa un principio autónomo del Derecho privado comunitario, resultante de los valores en que se inspiran los TUE y TCE. La libertad de contratación es un principio inherente a los valores que rigen el modelo de mercado interior (entre otros, arts. 2 y 3 letra c TCE)⁷ y al reconocimiento de las libertades comunitarias⁸. Efectivamente, la filosofía en que se inspira la economía de mercado y el libre comercio entre los Estados miembros lleva consigo la autodeterminación, tanto para determinar si se desea concluir un contrato como para fijar su contenido⁹. Lo mismo ha reconocido el TJCE¹⁰, al establecer el carácter fundamental del principio de libertad contractual y vincular el término «contrato» a la libertad de consentir en quedar obligado¹¹.

⁷ C.-W. CANARIS, «Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft», en: P. Badura (ed), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München, 1993, pp. 873-891, 890; E. STEINDORFF, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden, 1996, pp. 27.

⁸ S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, Berlin 1998, p. 38; H.-W. MICKLITZ, «Der Vertragsbegriff in den Übereinkommen von Brüssel und Rom» en: H. SCHULTE-NÖLKE, R. SCHULZE (eds), junto con L. BERNARDEAU, «*European Contract Law in Community Law*», Cologne 2002, pp. 39-83, 39; K. RIESENHUBER (op. cit. nota 3), pp. 240-242; W.-H. ROTH, «Funktionen des privatrechtlichen Vertrages im Gemeinschaftsrecht», en: H. Schulte-Nölke, R. Schulze (eds), junto con L. BERNARDEAU, *ibid*, pp. 23-28. Adicionalmente, debe hacerse notar que el principio de libertad contractual también se desprende del art. 6 (2) TCE, como consecuencia de la convergencia de tradiciones comunes a todos los Estados miembros, que asumen la libertad contractual en las transacciones privadas como una expresión de la libertad de actuación y el desarrollo de la personalidad; cfr./ G.-P. CALLIESS, «Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips», *JbJZivRWiss (Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler)* 2000, pp. 85-110, 107.

⁹ R. SCHULZE, «Grundsätze des Vertragsschlusses im Acquis communautaire», *GPR (Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht)*, 2005, pp. 56-64, 57 ss.

¹⁰ TPI 18.09.1992, Rs. T-24/90 *Automec SRL/Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rec. 1992, II-2223, Nr. 51, en un caso que tenía que ver con el Derecho de la competencia.

¹¹ En relación con el artículo 5 (1) del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [*DO C 189 de 28.7.1990*] [ahora Reglamento (CE) n° 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [*DO L 12, de 16 de enero de 2001*]], *vid.* STJCE, de 17 junio de 1992, Caso C-26/91 (Jakob Handte & Co GmbH/Traitements Ménaco-chimiques des Surfaces SA), Rec. 1992, I-3967, par. 15; STJCE 27 octubre, 1998, Caso C-51/97 (Réunion européenne SA u.a./Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV und Kapitän des Schiffs «Alblasgracht V002»), Rec. 1998, I-6511, par. 17.

Además, un buen número de disposiciones del Derecho secundario adoptan ese mismo principio de libertad contractual. Baste con citar que éste resulta expresamente mencionado en los Considerandos 18 y 19 de la Directiva sobre morosidad y que también el Considerando 9 de la Directiva sobre garantía de los bienes de consumo señala *ex profeso* que se respeta el «principio de libertad contractual entre el vendedor, el productor, un vendedor anterior o cualquier otro intermediario». Todavía el Considerando 11 del Reglamento Bruselas-I alude a la autonomía de las partes¹². Como se puede apreciar, en todos los casos se trata de referencias a la libertad contractual dispersas a lo largo de actos comunitarios que responden a políticas comunitarias distintas. Ello evidencia que estamos ante un principio general que se extiende por, o que impregna a, varias áreas del Derecho contractual comunitario.

2. NO DISCRIMINACIÓN

En el Derecho comunitario, igual que en los ordenamientos jurídicos nacionales, la libertad de contratación también está sujeta a varias restricciones. Aquél adopta el principio de no discriminación para evitar restricciones a la libertad contractual y lo hace con mucha más intensidad de lo que –antes de las respectivas transposiciones de las normas comunitarias–, lo hacían las leyes de la mayoría de los Estados miembros. El Derecho comunitario, pues, ha ejercido un rol pionero en el desarrollo del Derecho privado en Europa. La no discriminación se encuentra consagrada en el Derecho primario [especialmente en los art. 6 (1) & (2) TUE; arts. 3 (2), 13, 141 TCE], pero al Derecho contractual le interesan mucho más las directivas que ordenan el principio de tratamiento igualitario entre personas, con independencia del origen racial o étnico¹³ o de género¹⁴, las que establecen un marco general para el tratamiento igualitario en materia de empleo y ocupación¹⁵; y las que aseguran

¹² Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [DO L 12, de 16 de enero de 2001].

¹³ Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 junio 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, de 19 de julio de 2000, 22).

¹⁴ Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, de 21 de diciembre de 2004, 37).

¹⁵ Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, de 2 de diciembre de 2000, 16).

un tratamiento igualitario para hombres y mujeres en la vida laboral^{16, 17}. Todas estas normas demuestran que, en tema de formación del contrato, el *acquis communautaire* va mucho más allá de lo que jamás hayan podido ir los PECL o cualquier otro proyecto que pretenda la creación de un Derecho contractual europeo¹⁸. Es de suponer, pues, que el marco común de referencia y su posterior desarrollo deberán basarse en el Derecho comunitario mucho más que en los tradicionales PECL.

3. IGUALDAD CONTRACTUAL

Todas las disposiciones del Derecho comunitario que inciden sobre la libertad de contratar se caracterizan porque procuran el aseguramiento de la libertad de decidir si se quiere o no celebrar un contrato, de manera que, en definitiva, los límites a tal libertad son su garantía. En particular, son numerosas las previsiones del Derecho comunitario que en determinadas situaciones contractuales compensan ciertas ventajas estructurales típicamente establecidas en favor de una de las partes. Son proporcionalmente menores las escasas previsiones que, por el contrario, limitan la libertad contractual con el fin de proteger otros principios y finalidades comunitarios como, por ejemplo, la preservación del medio ambiente (art. 174 TCE) o el patrimonio cultural (art. 151 TCE)¹⁹.

Existen numerosas previsiones que, junto a la integración del mercado, tienden sobre todo a la protección del consumidor (art. 153 EC). Las Directivas garantizan la igualdad contractual e intentan preservar la libertad de decisión sobre la oportunidad de celebrar un contrato, por ejemplo a través del establecimiento de un derecho de desistimiento, supuesto que el contrato se celebre por sorpresa fuera de un establecimiento comercial²⁰, o ante la

¹⁶ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (DO L 269, de 5 de octubre de 2002, 15).

¹⁷ Con más detalle, L. WADDINGTON, M. BELL, «More Equal Than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», *CML Rev (Common Market Law Review)* 38 (2001), pp. 587-611; U. RÜST *et alii* (eds.), *Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland*, Loccum, 2003.

¹⁸ Por ejemplo, el anteproyecto llevado a cabo por la Academia de privatistas europeos (*op. cit.* nota 2).

¹⁹ *Cfr.* Directiva 93/71/EEC, del Consejo, de 15 marzo 1993, relativa a la restitución de los bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio de un Estado miembro (DO L 74 de 27 de marzo de 1993, 74).

²⁰ Arts. 4, 5 Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre 1985, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 372, de 31 de diciembre de 1985, 31) (Directiva sobre ventas a domicilio).

falta de información sobre el objeto del contrato en las ventas a distancia ²¹. Las normas imperativas del Derecho de consumo restringen la libertad de contratación, pero a la vez también la protegen, porque tratan de garantizar la paridad contractual siempre que falte el equilibrio estructural. El Derecho europeo de consumo, con ser todavía claramente insuficiente ²², en los últimos veinte años ha asumido un rol pionero, sobre todo si se compara su evolución con la que ha experimentado el Derecho de otros Estados miembros y, parecidamente a lo que ocurre con el principio de no discriminación, las contribuciones que permitan desarrollar el marco común de referencia pueden nutrirse más de los principios que proporciona el *acquis communautaire* (si bien teniendo también en cuenta la transposición de las directivas en los Estados miembros) que del denominador común que ofrecen las tradiciones jurídicas de los Estados miembros ²³.

4. DERECHO CONTRACTUAL GENERAL Y DERECHO DEL CONSUMO

Ya se ha dicho que las previsiones sobre protección al consumidor tienden a remediar un desequilibrio contractual. Es obvio, pues, que no todos los principios del Derecho de consumo podrían ser aplicados por igual al Derecho contractual general, aunque sí sirvan para otras situaciones en las que se presente un desequilibrio similar. Con todo, esto no quiere decir que las previsiones de las que parte el Derecho de consumo no sean también las previsiones sobre las que se basa el Derecho contractual general. La libertad contractual ²⁴ o la no discriminación, por ejemplo, pueden encontrarse en el Derecho del consumo no menos –y seguramente mucho más– que en otros ámbitos.

²¹ Art 6 Directiva 97/7/CE, del Parlamento y del Consejo, de 20 mayo 1997, sobre protección a los consumidores en los contratos a distancia (DO L 144, de 4 de junio de 1997, 19) (Directiva sobre ventas a distancia).

²² G. HOWELLS, T. WILHELMSSON, «EC Consumer Law: Has it Come of Age?», *EL Rev. (European Law Review)*, 28 (2003), pp. 370-388.

²³ No es posible referirse aquí a todas las previsiones del Derecho comunitario, a parte del Derecho que tiene por objeto la protección del consumidor, que garantizan la libertad contractual en situaciones de desigualdad estructural. Por ejemplo, en el Derecho laboral o en el contexto del crédito de las pequeñas y medianas empresas, cfr. Considerando 19 Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO L 35, de 8 de agosto de 2000, 35) (Directiva sobre morosidad).

²⁴ Cfr. Considerando 9 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 (DO L 171, de 7 de julio de 1999, 12) (Directiva sobre garantía de las ventas de consumo).

A la hora de confeccionar un marco común de referencia y buscar principios del Derecho contractual europeo dentro del *acquis communautaire* es necesario realizar una cuidada distinción²⁵. Por un lado, no hay otro ámbito en el que el Derecho comunitario haya generado más derecho contractual que el que se refiere al Derecho del consumo y de ahí que éste no pueda de ningún modo quedar excluido como posible fuente de principios generales del Derecho europeo contractual comunitario. Pero, por otro lado, el Derecho de consumo está basado en muy gran medida en nociones y principios que sirven a una función muy específica de protección a una de las partes contractuales y, por lo tanto, desde esa perspectiva, mal podría ser visto como Derecho contractual general.

Es decir, el Derecho de consumo debe ser integrado en el marco común de referencia, junto con el Derecho contractual general, porque parte de sus mismos principios generales; por ejemplo, en relación con la determinación de los acuerdos que sirven de base para entender concluido un contrato,²⁶ su cumplimiento, o la morosidad. Pero como, al mismo tiempo, el Derecho del consumo sirve a fines específicos y, en parte, se comporta autónomamente, de acuerdo con sus propios principios, es obvio que no es posible generalizar muchos de ellos. Por eso, dentro del diseño sistemático del Derecho contractual europeo, siempre debe quedar claro qué reglas y principios se aplican específicamente a los contratos de consumo —esto es, a los contratos entre empresas y consumidores (B–C = Business to Consumers). Puesto que el desequilibrio es inexistente en otros contratos, especialmente en los B–B (= Business to Business), no se aplican las previsiones del Derecho del consumo. Eso debe quedar meridianamente claro cuando se proceda a redactar el marco común de referencia y luego también en su aplicación. Desde luego, es perfectamente posible pensar en un Derecho general de contratos que, por un lado, tenga reglas específicas para los contratos B–C y, por el otro, para los contratos B–B, tal y como es el caso en los códigos civiles de muchos Estados miembros; por ejemplo, los Países Bajos y, hasta hace muy poco tiempo, Italia²⁷.

²⁵ R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE (*op. cit.* nota 4).

²⁶ *Vid.* IV 1.

²⁷ Entrada en vigor de un *Codice del consumo* italiano en fecha de 23 de octubre de 2005 (GU núm. 235 del 8 de octubre de 2005 - Suppl Ordinario núm. 162).

III. DEBERES PRECONTRACTUALES

Los deberes precontractuales y, especialmente, los de información, tienen una extraordinaria importancia en el Derecho contractual europeo y por eso deben ser tomados debidamente en consideración a la de elaborar el marco común de referencia²⁸. En ningún otro ámbito han acordado las normas comunitarias mayor impulso al desarrollo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros²⁹. Éste se traduce, ya en la implementación voluntaria de medidas que exceden de la finalidad protectora establecida en las directivas, ya en cambios en el esquema y en la terminología del Derecho del consumo y/o del Derecho civil³⁰. El tema merece ser muy especialmente tenido en cuenta en los trabajos preparatorios del marco común de referencia, aunque, en este artículo, sólo van a ser tenidos en cuenta determinados aspectos.

Para empezar, debe hacerse notar que los deberes precontractuales aparecen principalmente en las Directivas promulgadas en el ámbito del Derecho del consumo³¹, sin perjuicio de ser igualmente mencionados en otros sectores como el Derecho de la competencia³². Esencialmente, se trata de deberes de información cuya utilidad en relación con las específicas necesidades de protección del

²⁸ Efectivamente, se señala como materia necesitada de coherencia (cfr. Par. 16 del Plan de Acción, *op. cit.* nota 1) y han sido ya tomados en consideración en los trabajos del *Acquis Group* (<http://www.acquis-group.org>). Las siguientes informaciones son en parte el fruto de las discusiones llevadas a cabo en su seno, a partir del *paper* redactado por T. Wilhelmsson; sobre la base de estos trabajos, se prepara un texto articulado cuya publicación está prevista para el año 2006.

²⁹ Para una perspectiva general de los deberes precontractuales en el Derecho comunitario, *vid.* G. HOWELLS, S. WEATHERILL, *Consumer Protection Law*, 2nd ed, Aldershot, 2005, pp. 23-25 y 31-35.

³⁰ Por ejemplo, en Alemania, el término «*Informationspflichten*» coexiste con la expresión tradicional «*Aufklärungspflichten*» y aunque ambas significan «deberes de información», la primera ha acabado siendo una categoría fundamental del Derecho civil, gracias sobre todo a la influencia del Derecho comunitario. *Vid.* por ejemplo, el *Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht* de 2 de enero de 2002, que fundamentalmente tiene por objeto la transposición de Directivas comunitarias.

³¹ C. TWIGG-FLESNER, «Information Disclosure about the Quality of Goods-Duty or Encouragement?», en: G. HOWELLS, A. JANSSEN, R. SCHULZE (Eds.), *Information Rights and Obligations*, Aldershot 2005, pp. 135-153; K. RIESENHUBER (*op. cit.* nota 3), pp. 282-311; S. GRUNDMANN «Privatautonomie im Binnenmarkt- Informationsregeln als Instrument», *JZ (Juristenzeitung)*, 2000, 1133-1143; B. HEIDERHOFF, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts*, München, 2004, pp. 266-278; y en todos ellos más bibliografía.

³² Como la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de mayo 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/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (*DO L* 149, de 11 de junio de 2005, 22); sobre ello, R. SCHULZE, A. JANSSEN, «The Law on Unfair Commercial Practices in EU Member States», *ELF (The European Legal Law Forum)*, 2004, pp. 77-85.

consumidor ha sido, por cierto, cuestionada³³. La discusión requeriría un análisis detallado en el que ahora no puedo entrar; también requeriría mayor atención la cuestión de si el marco común de referencia, de conformidad con los principios del Derecho comunitario, debería incluir otro tipo de deberes precontractuales e instrumentos de protección y, por ejemplo, para el caso de ruptura abrupta de las negociaciones precontractuales o contravención de la buena que debe presidir toda negociación y frustración de las legítimas expectativas del cocontratante.

Con vistas a determinar el significado de los deberes precontractuales en el Derecho de consumo, lo primero que se debe hacer es distinguir los principios que derivan del Derecho de consumo de los del Derecho contractual general. Por ejemplo, el artículo 2 de la Directiva sobre garantías en las ventas de consumo sólo se aplica a los contratos de compraventa celebrados con consumidores. Pero posiblemente la norma contenga también una noción general del Derecho de contratos sobre la cual basar la idea de lo que deba entenderse por «expectativa razonable» de una de las partes. Además, valdría la pena considerar –aunque desde luego no existe un deber general de las partes de proporcionarse información recíproca– si no sería conveniente que, en situaciones concretas y, como mínimo, entre profesionales, el Derecho contractual general europeo impusiera un deber de informar a la otra parte, *v. gr.* cuando los bienes o servicios no cumplan con las condiciones que permiten utilizarlos conforme con su destino ordinario o no se ajusten al test de calidad que el consumidor pueda esperar, según lo previsto por el artículo 2 de la Directiva sobre garantías de la venta de bienes de consumo (conforme con el art. 35 CISG)³⁴.

Con todo, y como ya se ha advertido, la mayoría de deberes de información contractual se sitúan en el ámbito del Derecho de consumo y por eso mismo no pueden diseñarse reglas generales para el Derecho de contratos a partir de tal regulación. Pero, dentro de aquel mismo contexto y con la finalidad de lograr una mayor coherencia, sí que es posible establecer una jerarquía de principios o reglas generales. Seguro que éstas abarcarían muchos más detalles y proporcionarían mayor información sobre la formación del contrato de la que ahora es posible obtener a partir del catálogo de disposiciones fragmentarias en que consiste la actual regulación.

³³ Con perspectivas distintas, *vid.* T. WILHELMSSON, «Varieties of Welfarism in European Contract Law», *ELJ (European Law Journal)*, 2004, pp. 712-733, 719; y M. MARTINEK, «Unsystematische Überregulierung und konstraintionale Effekte im europäischen Verbraucherschutzrecht, oder: Weniger wäre mehr» en S. GRUNDMANN (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des europäischen Privatrechts*, Tübingen, 2000, pp. 511-557, 518.

³⁴ Para mayor detalle, *vid.* la *discussion* del citado *paper* de T. Wilhelmsson (*op. cit.* nota 28).

Al Derecho de consumo le es inherente el conflicto de intereses entre consumidores y empresarios y, por eso, la problemática sobre su regulación no se limita a meras cuestiones de ordenación sistemática, sino que más bien afecta a cuestiones de política jurídica. Así, por poner un ejemplo especialmente relevante: los deberes de información regulados en las directivas que se ocupan de determinados contratos con consumidores (distancia, fuera de establecimientos comerciales, garantía ventas de consumo), combinados con las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, podría dar lugar a una propuesta que consistiera en la regulación de un deber general de información para todos los contratos con consumidores³⁵. Pongamos, por ejemplo, en relación, la previsión del Anexo 1 i) de esta últimamente citada directiva, según la cual es abusiva la cláusula por la que se obliga al consumidor a adherirse a determinadas cláusulas sin que realmente haya podido conocerlas antes de celebrar el contrato, con el artículo 5, según el cual las cláusulas escritas siempre deben estar redactadas en un lenguaje claro y comprensible. Si se llegara a la conclusión de que en esta última disposición el adjetivo «comprensible» no significa lo mismo que «claro», entonces podría concebirse una regla general que expresara que el proveedor tiene la obligación de explicar el contenido de las cláusulas a, por ejemplo, los consumidores que no los pueden comprender (como consecuencia de, *v. gr.*, la terminología legal o técnica empleada). Según esta regla, *un proveedor profesional tendría la obligación de explicar al consumidor el contenido de las cláusulas incluidas en el contrato, siempre que aquél albergara legítimas expectativas a la obtención de tal información, con el fin de tener una razonable oportunidad de familiarizarse con el texto*. A partir de esta norma y como consecuencia del tan generosamente interpretado principio de transparencia, la protección del consumidor acabaría viéndose claramente ampliada; esto revela la dimensión política de los esfuerzos por superar el carácter «fragmentario» de las previsiones actuales en materia de Derecho de consumo.

IV. FORMACIÓN DEL CONTRATO

1. ACUERDO MEDIANTE OFERTA Y ACEPTACIÓN

a) *Acuerdo*. En el Derecho comunitario, el acuerdo contractual tiene fuerza vinculante y obliga a las partes a cumplir con lo

³⁵ Cfr. discusión del *paper* de T. Wilhelmsson (*op. cit.* nota 28).

pactado, tal y como demuestran numerosas directivas ³⁶, ha sido analizado con detalle por parte de la doctrina ³⁷, y asume igualmente la jurisprudencia del TJCE ³⁸.

El reconocimiento del acuerdo de las partes y su intención de quedar vinculadas es, pues, una regla básica del Derecho comunitario que debería quedar reflejada en el marco común de referencia. Por el contrario, no existe soporte normativo alguno en el *acquis communautaire* que permita establecer un requerimiento adicional como la «*consideration*», propia de los sistemas de *Common Law*. Por lo tanto, una norma de carácter general sobre la formación del contrato, redactada sobre la base del derecho comunitario existente, podría tener una redacción muy similar a la del artículo 2:101 PECL a pesar de que éste fue formulado sobre una base distinta: «*[E]l contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando las partes tienen la intención de obligarse legalmente y alcanzan un acuerdo suficiente*».

b) *Oferta y Aceptación*. Desde luego, el actual Derecho comunitario no contiene una regulación completa acerca de la forma y los requisitos a partir de los cuales podría entenderse alcanzado un acuerdo suficiente entre las partes. Pero sí que existe una serie de directivas que inciden en el patrón basado en el acuerdo mediante el intercambio de oferta y aceptación ³⁹. Este modelo encuentra incluso apoyo en la jurisprudencia del TJCE ⁴⁰. Con todo, ni las directivas ni la jurisprudencia evidencian la necesidad de otros requisitos. Por tanto, la regla que deriva directamente del Derecho comunitario requeriría una considerable concreción que debería provenir de otras fuentes básicas, tal y como por otra parte permite el Plan de Acción de la Comisión ⁴¹. Podría, pues, comple-

³⁶ Con detalle, K. RIESENHUBER (*op. cit.*, nota 3), p. 312, notas 2-4.

³⁷ K. RIESENHUBER (*op. cit.* nota 3), pp. 312-325, con más referencias; R. SCHULZE (*op. cit.* nota 9), p. 59.

³⁸ STJCE, de 11 julio 2002, Caso C-96/00 (*Rudolf Gabriel*), Rec. 2002, I-6367 par. 48 ss; STJCE 3 julio 1997, Caso C-269/95 (*Benincasa/Dentalkit*), Rec. 1997, I-3767, par. 29.

³⁹ Especialmente, art. 9, 2 guión Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21) y art. 9, 2 guión Directiva 2002/65/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 septiembre 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DO L 271, de 9 de octubre de 2002, 16) (Directiva sobre servicios financieros a distancia); adicionalmente, por ejemplo, art. 1 (3) y (4) de la Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20) (oferta y aceptación); art. 3 (3) Recomendación de la Comisión 94/820/EC, de 19 de Octubre 1994, relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (Texto pertinente a los fines del EEE) (DO L 338, de 28 de diciembre de 1994, 98), artículo 3.3 del Apéndice.

⁴⁰ Por ejemplo, STJCE 11 julio 2002, Caso C-96/00 (*Rudolf Gabriel*), Rec. 2002, I-6367, par. 48 ss.

⁴¹ Par. 53 del Plan de Acción (*op. cit.* nota 1).

tarse tomando en consideración los artículo 2:101 ss. PECL y los artículos 14 ss. CISG.

c) «*Oferta pública*». Cuando el contrato se perfecciona mediante el intercambio de oferta y aceptación, presenta especial dificultad distinguir cuándo una declaración debe ser calificada como oferta en sentido jurídico, de manera que su aceptación perfeccione el contrato y, por tanto, nazcan obligaciones contractuales como consecuencia del intercambio de declaraciones, o bien como simple invitación a hacer ofertas (*invitatio ad offerenda*). El problema se plantea sobre todo en relación con las declaraciones públicas. La CISG y los PECL no proporcionan soluciones armónicas: según el artículo 14 (2) CISG una declaración que no esté dirigida a una o más personas concretas y determinadas es considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a no ser que la persona que haga la propuesta indique lo contrario. Por el contrario, el art. 2:201 (3) PECL establece que una propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios por un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio.

El Derecho comunitario no se decanta por ninguna solución pero, por lo menos, permite presumir que la publicidad, los catálogos y otras declaraciones públicas (no dirigidas a personas concretas y determinadas) pueden tener efectos vinculantes si el contrato se llega a celebrar⁴². Esto no convierte a tal declaración contractual en una oferta; simplemente demuestra que el Derecho comunitario protege las legítimas expectativas del consumidor, cuyo origen se encuentra en las declaraciones públicas realizadas por los profesionales⁴³. Tal constatación apoya la idea de que la presunción del artículo 2:201 (3) PECL está más cerca de los valores del Derecho comunitario de lo que lo está la CISG y, por tanto, que la norma podría ser perfectamente incorporada en el marco común de referencia.

⁴² Cfr. art. 2.2 *d*, art. 2.4, art. 6 Directiva sobre garantía de las ventas de consumo (*op. cit.* nota 24); art. 3 Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, de 23 de junio de 1990, 59) (Directiva sobre viajes combinados); *vid.* IV 3.

⁴³ Cfr. La *discussion del paper* realizado por el grupo sobre «Formación del Contrato» en el seno del *Acquis Group* (*vid.* nota 6) basada en la propuesta realizada por Peter Møgelvang-Hansen; a publicar en el año 2006. Con más detalle, sobre la noción de «expectativas legítimas» sen el Derecho comunitario, *vid.* la tesis de E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrat*, Reims, 2004 (todavía inédita).

2. FORMACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE OTRAS CONDUCTAS

Un examen de las numerosas ocasiones en las que el Derecho comunitario se pronuncia sobre la formación del contrato demuestra que el mecanismo por excelencia es el intercambio de voluntades mediante la oferta y la aceptación. Con todo, no parecen existir obstáculos para entender que éste puede no ser el único modelo. Más bien parece que el Derecho contractual europeo deja la cuestión abierta a otras posibles formas de conclusión del contrato, especialmente si se tiene en cuenta la gradual consolidación del uso de cartas de intenciones, en virtud de las cuales las partes expresan los puntos sobre los que se ha llegado ya a un acuerdo y los que todavía falta por negociar, en franca correspondencia con las soluciones que exigen las necesidades del mercado y las prácticas comerciales⁴⁴, para las que el rígido esquema de la oferta y de la aceptación se ha revelado ineficaz⁴⁵, precisamente por la dificultad de determinar cuándo se produce ese «momento mágico» en el que tales declaraciones coinciden⁴⁶. Por lo tanto, lo adecuado sería que el marco común de referencia reflejara esa apertura hacia otras formas de acuerdo contractual, sobre la base de la libertad contractual. Adicionalmente, podría tomarse en consideración la disposición del artículo 2:211 PECL que de manera bastante flexible admite que las reglas sobre la formación del contrato *se apliquen incluso cuando su conclusión no pudiera analizarse en términos de oferta y aceptación*.

3. EFICACIA VINCULANTE DE LAS DECLARACIONES PRECONTRACTUALES

a) Declaraciones realizadas por un contratante. Un aspecto novedoso del Derecho comunitario es la importancia que éste otor-

⁴⁴ En relación con la libre circulación de mercancías, la Convención de Viena no condiciona la formación del contrato a la aceptación de una oferta contractual, cfr. P. SCHLECHTREIM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2.ª edición inglesa, Munich 2005, Introducción a los artículos 14-24, núm. 2.

⁴⁵ M. FONTAINE, *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslanghe*, Brussels, 2000, pp. 115 ss; M. DEMOULIN, D. MOTERO, «La conclusion des contrats par voie électronique», en: M. FONTAINE (ed.), *Le processus de formation du contrat*, Brussels/Paris, 2002, pp. 693-788, 769 ss; M. SIEMS, «Unevenly Formed Contracts: Ignoring the Mirror of Offer and Acceptance», *ERPL (European Review of Private Law)* 2004, pp. 771-788; R. SCHULZE (*op. cit.* nota 9), pp. 60 ss.

⁴⁶ Sobre esto, S. VAN ERP, *Contract als Rechtsbetrekking*, Tilburg, 1990; T. PFEIFFER, «Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht», en R. SCHULZE, M. EBERS, H. C. GRIGOLEIT (eds), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen 2003, pp. 103-115.

ga a las declaraciones precontractuales, mucha más de la que tradicionalmente han proporcionado los códigos civiles de la mayoría de los Estados miembros ⁴⁷. En la compraventa, vid., por ejemplo, los arts. 2 (2) *d* y 6. 1 (2) *e* de la Directiva sobre garantía en la venta de bienes de consumo ⁴⁸. Las declaraciones públicas, especialmente las que resultan de la publicidad y el etiquetado, vinculan al vendedor, incluso si éste nunca hubiese querido incorporarlas en el contrato en el «momento mágico» de intercambio de declaraciones y aunque el comprador no lo sepa. Basta con que éste pudiese haber estado influido por tales informaciones para que no se aplique ninguna de las excepciones previstas en el artículo 2 (3) y (4) de la citada Directiva. De manera similar, el organizador de un viaje combinado también queda vinculado por las informaciones que proporcione en los catálogos con carácter previo a la celebración del contrato, tal y como especifica el artículo 3 (2) de la Directiva sobre viajes combinados.

Las declaraciones precontractuales realizadas por una de las partes pueden, pues, tener efecto vinculante y pasar a formar parte del contrato aunque la parte que las emita no las haya incluido en su oferta o en cualquier otra declaración directamente dirigida al cocontratante con la finalidad de celebrar el contrato. Ni siquiera es necesario que la otra parte tenga noticia de la existencia de tales declaraciones, supuesto que hubiera podido llegar a conocerlas. Por tanto, si bien el acuerdo constituye la base para el nacimiento de derechos y deberes contractuales, no es, desde luego, el único factor que determina el contenido y el alcance del contrato puesto que, además, hay que tener en cuenta los deberes derivados de las declaraciones públicas realizadas con anterioridad a su celebración. Esta vinculación sirve para proteger al otro contratante, porque se supone que son las declaraciones públicas las que han influido en su decisión de celebrar el contrato, sin que se deba probar caso por caso que efectivamente así ha sido. Así pues, el Derecho contractual europeo no ignora el importantísimo significado que en el proceso de formación del contrato tiene para el tráfico económico actual la publicidad y cualquier otro tipo de declaraciones dirigidas al público. Más aún, el Derecho contractual europeo asume la dificultad probatoria de la efectiva influencia ejercida sobre el contratante como consecuencia de tales declaraciones.

⁴⁷ Este moderno desarrollo del Derecho europeo se refleja ya, por el contrario, en el art. 6:101 (2) y (3) PECL.

⁴⁸ Con mayor detalle, H. BEALE, G. HOWELLS, «EC Harmonisation of Consumer Law – A Missed Opportunity?», 12 (1997) *JCL (Journal of Contract Law)*, pp. 21-46, 30; K. RIESENHUBER (*op. cit.* nota 3), pp. 359-375; J. HOMANN, *Werbeaussagen und Käufererwartungen*, Cologne & otros 2004, pp. 190 ss.

Con todo, ello no constituye un desafío al principio de libertad contractual o a la preeminencia de la autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, puesto que el contratante que ha realizado una tal declaración precontractual siempre puede desvincularse de la misma mientras el contrato no llegue a celebrarse, mediante una nueva declaración que contradiga la anterior; en cualquier caso, le corresponderá la carga de tener que demostrar que tal declaración había sido corregida en el momento de celebrar el contrato ⁴⁹.

Un ulterior desarrollo del Derecho contractual europeo plantea la cuestión de si las declaraciones precontractuales sólo tienen eficacia, en situaciones concretas, en favor de la parte a quien la ley considera necesitada de protección especial, o bien si las reglas actuales deben ser contempladas como expresión de un principio general mucho más amplio. Las actuales normas se encuadran en el contexto de las ventas de consumo y los viajes combinados, lo cual llevaría a pensar lo primero. Permite dudar, sin embargo, el hecho de que la Directiva sobre viajes combinados otorgue efectos vinculantes a las declaraciones precontractuales, no sólo frente a los consumidores en sentido estricto (equivalente a «no-profesionales»), sino también frente a los empresarios ⁵⁰. En términos de política legislativa y a los efectos de perfilar un proyecto, debe siempre tenerse en cuenta que la enorme influencia que sobre el contratante tiene la publicidad, los catálogos, la información por internet y cualquier otra forma a través de la cual se realicen declaraciones públicas, nunca se limita a los contratos B-C, ni se circunscribe a casos especiales, sino que cada vez más tiene lugar en los contratos B-B. Aún más, la experiencia de algunos Estados miembros demuestra que es perfectamente viable la posibilidad de extender el efecto vinculante de las declaraciones contractuales más allá de los contratos de consumo, bien a las declaraciones emitidas por los proveedores profesionales (también en los contratos B-B, siempre que no resulte expresamente excluido por las partes), bien, de manera más general, a todas las declaraciones públicas de proveedores que no sean profesionales (como en Alemania, § 434.1, II y III BGB para los contratos de compraventa) ⁵¹.

⁴⁹ *Cfr.* art. 2 (4), 2.º guión Directiva sobre garantía de la venta de bienes de consumo (*op. cit.* nota 24); art. 3 (2), primer guión Directiva sobre viajes combinados (*op. cit.* nota 42).

⁵⁰ Por ejemplo, cuando un empresario compra un paquete turístico para una excursión con la empresa. La definición del artículo 2.4 de la Directiva sobre viajes combinados es más amplia que la de otras Directivas.

⁵¹ Tal distinción no se producirá con frecuencia en la práctica, puesto que la autoría de las declaraciones públicas corresponde en la mayoría de casos a los proveedores profesionales.

b) *Declaraciones de terceros.* Un rasgo característico del Derecho comunitario es que el efecto vinculante de las declaraciones precontractuales también puede afectar a las declaraciones realizadas por terceros. Resulta, pues, que el Derecho contractual europeo no se limita a incorporar a los terceros en relación con los deberes que resultan de la conclusión de un contrato –lo cual permite a los Estados miembros prever la posibilidad de que el comprador pueda interponer directamente una acción contra el proveedor, limitando de esta manera el principio de relatividad contractual– sino que también contempla la posibilidad de que las declaraciones públicas realizadas por terceros incidan directamente en el contenido y la finalidad del contrato y, por ende, en los derechos y deberes contractuales, sin necesidad de que los contratantes incorporen expresamente tales declaraciones en el contrato. Esto –igual que el efecto vinculante de las declaraciones públicas de los contratantes– se deduce del artículo 2.2 *d* de la Directiva sobre garantía de las ventas de consumo y de los artículos 2, núm. 2 y 3.2 de la Directiva sobre viajes combinados y, consecuentemente, se aplica a las declaraciones públicas, especialmente a la publicidad y el etiquetado de un producto realizados por el productor o su representante y a los catálogos de los organizadores de viajes, que venden los paquetes turísticos a través de un agente.

Con la mirada puesta en un futuro y más coherente Derecho contractual europeo, debería cuestionarse si las previsiones actuales del Derecho comunitario deberían ser contempladas de manera restrictiva o si, todo lo contrario, deberían servir para pergeñar una regla general. Las razones que antes se han dado en relación con las declaraciones públicas precontractuales provenientes de uno de los contratantes ⁵², también serían aplicables a este caso, esto es, a las declaraciones públicas de terceros (por ejemplo, el productor en el contexto de la venta o un tercero en un contrato de distribución de servicios).

4. PROMESAS UNILATERALES

Junto con el contrato alcanzado mediante acuerdo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros reconoce efecto vinculante a las promesas unilaterales, a pesar de ser distintas las circunstancias y de que varían los requisitos. Por ejemplo, éstas son ampliamente reconocidas en ciertos ordenamientos nór-

⁵² *Vid.* IV 4 a).

dicos⁵³, pero se admiten con carácter más restrictivo en el Derecho alemán⁵⁴. También la reconocen los PECL, aunque seguramente con un alcance mucho mayor de lo que actualmente sería el núcleo común a esta materia en todos los Estados miembros. Así, el artículo 2:107 PECL establece que: «[U]na promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación, es vinculante».

El Derecho comunitario no contempla previsión alguna en este sentido. Sin embargo, sería deseable clarificar el alcance de las promesas unilaterales en el Derecho contractual europeo a la hora de elaborar el marco común de referencia, aunque sólo fuera porque, especialmente desde el punto de vista de los Derechos nórdicos, se plantea la duda de hasta qué punto las disposiciones protectoras del Derecho comunitario (v. gr. el Derecho de consumo) deben ser aplicables a las promesas unilaterales que, en el contexto de una relación negocial de larga duración, en la práctica conduce a la conclusión del contrato. Tampoco convence demasiado que, en el contexto de una relación contractual compleja, la Directiva sobre morosidad no sea aplicable sólo porque la obligación contraída lo sea en virtud de una promesa unilateral. Excede del objetivo de estas páginas determinar si tal regulación merece una redacción como la del artículo 2:107 PECL o si más bien debería redactarse un precepto con mayor concisión y menor alcance, de la misma manera que tampoco puede ser tratada ahora la cuestión relativa a los requisitos de la declaración, o, dicho de otro modo, la determinación de cuándo debe entenderse que ésta llega a la otra parte o al público en general.

V. DERECHO DE DESISTIMIENTO

1. CONCEPTO

La noción de desistimiento juega un importantísimo papel en el desarrollo del Derecho contractual europeo. A lo largo de los últimos años, el Derecho privado de los Estados miembros ha recibido la enorme influencia del Derecho comunitario en esta materia. A

⁵³ P. MØGELVANG-HANSEN, en B. DAHL *et alii* (eds.), *Danish Law in a European Perspective*, Copenhagen, 2002, pp. 237 ss.

⁵⁴ Sobre todo a partir de la regulación de la promesa publica de recompensa regulada en los §§ 657 ss BGB; adicionalmente, la vinculación unilateral a la propia oferta, en base al § 145 BGB, también podría ser considerada una especie de promesa unilateral con especial valor en relación con la formación del contrato; sobre esto, E. A. KRAMER, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4th ed., München, 2001, § 145 BGB núm. 6 ss.

pesar de las diferentes definiciones proporcionadas por las Directivas⁵⁵, este remedio propio del Derecho del consumo está basado en una noción común a todas ellas⁵⁶. Efectivamente, todas las normas comunitarias parten de la existencia de situaciones especiales en las que el contrato se forma en circunstancias tales que la ley presume que uno de los contratantes es digno de ser protegido. Así ocurre con los contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales o las ventas a distancia –en los que la iniciativa de la contratación corresponde al empresario–, o con los apartamentos en régimen de tiempo compartido y los contratos de seguros –esta vez, debido a la especialidad del objeto de la contratación. Como consecuencia de esta situación estructural de desequilibrio contractual, se autoriza a la parte débil de la relación a desistir, bien del contrato, bien de la declaración de voluntad en la que manifestaba su deseo de contratar, sin necesidad de alegar causa o razón alguna.

Si se compara tal derecho con el Derecho general de rescisión del contrato y de revocación de las declaraciones de voluntad, en los ordenamientos jurídicos nacionales y en los artículos 15(2), 16 CISG y artículos 1:303(5), 2:202 PECL, fácilmente se constatarán las diferencias. Efectivamente, en el Derecho comunitario, el derecho de desistimiento se limita a ciertas situaciones que reclaman la protección del consumidor y, además, se trata siempre de ejercer ese derecho tras la conclusión de un contrato. La finalidad principal de tales disposiciones es, generalmente, la de otorgar a uno de los contratantes (aquél que se encuentra en una situación de inferioridad) un periodo de reflexión sobre las consecuencias del contrato que acaba de celebrar (es el llamado «*cooling-off period*») y, en su caso, para recabar información. Por tanto, tales disposiciones no se aplican en caso de incumplimiento contractual, ni tampoco exigen que se haya producido un cumplimiento defectuoso [como, por el contrario, sí que sería el caso de la resolución en los ordenamientos nacionales, también prevista en el art. 3 (2) y (5) de la

⁵⁵ Cfr., por ejemplo, art. 5 Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21): «derecho de resolución»; art. 6 Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39): «derecho de rescisión»; artículo 5 Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20) («renuncia»); art. 5 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 (DO L 280, de 29 de octubre de 1994, 83) (Directiva sobre tiempo compartido) («resolver»). Para una perspectiva crítica de tal incoherencia terminológica, B. POZZO, «Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology», *ERPL (European Review of Private Law)*, 2003, pp. 754-767, 764 ss.

⁵⁶ Las precisiones que siguen a continuación están en parte basadas en R. SCHULZE (*op. cit.* nota 9), pp. 61 ss., así como en las discusiones del *paper* del grupo de trabajo sobre «Formación del Contrato» en el seno del grupo *Acquis* (*vid.* nota 43).

Directiva sobre garantía en las ventas de consumo, o en los arts. 49 CISG y 9:301 ss PECL]. Además, el desistimiento no tiene nada que ver con el error o el dolo o cualquier otro vicio sancionado por el derecho como sí que es el caso, por el contrario, con la invalidez, la nulidad, o la anulabilidad en los Estados miembros. El derecho de desistimiento unilateral queda desvinculado de la validez del contrato y, como ya se ha dicho, no se exige alegar ningún motivo para ejercerlo, siempre que la ley lo autorice y con la única exigencia de cumplir la parte a la que se le otorgue cumpla con los requisitos de tiempo y forma exigidos.

Desde un punto de vista sistemático, el derecho que tiene una persona a quedar desvinculada de un contrato o de una declaración no tiene por qué ubicarse necesariamente en sede de Derecho de consumo. Aunque, efectivamente, el desistimiento proviene de este sector, en realidad puede entenderse que su finalidad última es proteger a la parte que ha celebrado un contrato sin apenas reflexionar, lo que le coloca en una posición de inferioridad frente a la otra. Desde luego, los principios sobre el ejercicio y los efectos de los derechos de desistimiento unilateral, a lo cual se aludirá después, no pueden ser invocados en los contratos B-B, en los que básicamente no se da una situación estructural de desventaja. En cambio, podrían ser aplicados a otros sectores sin necesidad de grandes cambios (aunque esto siempre es una cuestión de oportunidad legislativa), en la medida en que pueda apreciarse un desequilibrio parecido en las situaciones por ellos reguladas. Seguramente, su ubicación correcta está en el Derecho contractual general y no en el sector específico de la protección al consumidor.

2. CONDICIONES PREVIAS DE EJERCICIO

El derecho de desistimiento se regula con relación a situaciones muy específicas y en cada una de ellas con muy diferentes prerequisites de ejercicio. Tal diversidad impide formular una regla general con suficiente precisión. De todas maneras, en las discusiones sobre la redacción del marco común de referencia, valdría la pena considerar la necesidad de alcanzar mayor coherencia en tal regulación, precisamente sobre la base de generalizar las condiciones de ejercicio en los casos en que el desistimiento se base en un fundamento jurídico común. Esto afecta, por ejemplo, a las directivas sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales y a distancia y a la Directiva sobre servicios financieros a distancia. La primera de estas normas se aplica a los «contratos

negociados fuera de establecimientos comerciales», según el título oficial en castellano. Pero resulta que las ventas a distancia y la contratación de servicios financieros a distancia tampoco se negocian en el establecimiento del profesional y, desde luego, debe reconocerse que, en estos casos, el consumidor también expresa su deseo de celebrar un contrato fuera del establecimiento comercial del empresario. Concuerdan, pues, los derechos de desistimiento de los artículos 5 de la Directiva sobre contratación fuera de establecimientos comerciales, y 6 de la Directiva sobre contratos a distancia porque ambos preceptos reconocen los riesgos que existen para el consumidor cuando un contrato se celebra fuera del establecimiento comercial («*out of shop contracts*»). En tales situaciones, el consumidor está generalmente menos preparado para las negociaciones contractuales y menos informado acerca de cuestiones que pueden resultar fundamentales, de lo que lo está generalmente el comprador que entra en el establecimiento comercial del profesional. Por tanto, se produce un desequilibrio estructural en la negociación. Cada una de las tres directivas trata de compensarlo mediante el otorgamiento de un periodo de reflexión («*cooling off period*») y un derecho de desistimiento unilateral para cada situación concreta. Suponiendo que políticamente fuera aceptable la extensión de la protección al consumidor, el establecimiento de una regla general que incluyera los supuestos que hoy regulan las tres directivas podría favorecer una mayor coherencia en el Derecho contractual europeo en este área. Tal regla podría ser del tenor siguiente: «*[E]l consumidor está legitimado para resolver el contrato de suministro de bienes o servicios, incluyendo los servicios financieros, siempre que la aceptación del contrato fuera realizada fuera del establecimiento comercial del profesional*»⁵⁷.

3. EJERCICIO

Numerosas previsiones del *acquis* dispensan a la parte que puede ejercer el derecho de desistimiento de la alegación de motivo alguno para su ejercicio⁵⁸. En consecuencia, el marco común de referencia podría contener una regla general, aplicable a los distintos tipos de desistimiento, del siguiente tenor: «*Es requisito de efi-*

⁵⁷ Tal regla podría ser ampliada por la lista de exenciones que corresponden al artículo 3.2 de la Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20) y art. 3 Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21).

⁵⁸ V. gr. art. 5 (1) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55); art. 6 (1) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21); art. 6 (1) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39). El hecho de que no tenga que alegarse razón algu-

cacia del desistimiento que su ejercicio sea comunicado a la parte contractual contra la que éste se dirige. No debe alegarse causa o razón».

En relación con la forma de ejercicio, no es posible obtener un principio general de las Directivas analizadas. En parte, algunas mencionan el requisito de la escritura a propósito del plazo de ejercicio⁵⁹; pero esto no significa que la forma escrita sea un requisito de validez⁶⁰. Si el *acquis communautaire* no contiene previsiones explícitas en este ámbito es porque los Estados miembros tienen competencia para regular tales requisitos formales⁶¹. Ahora bien, ello no significa que este tema no deba tener ningún tipo de cobertura en el marco común de referencia. Lo que ocurre es que, en este caso, la lógica exige acudir a las experiencias de los Estados miembros y analizar las soluciones que éstos han proporcionado con la transposición de las Directivas comunitarias en sus ordenamientos jurídicos nacionales.

4. NOTIFICACIÓN Y REQUISITOS TEMPORALES

a) Notificación. Consecuentes con la finalidad de protección de la parte contractual débil mediante el establecimiento de deberes precontractuales de información impuestos a uno de los contratantes⁶², las directivas del Derecho de consumo que confieren un derecho de desistimiento a los consumidores disponen la necesidad de que éstos sean informados de su existencia. En general existen algunos principios comunes en relación con la forma y el contenido de tal notificación⁶³. En cuanto a la forma, se establece como norma la escritura, a pesar de que tal requisito es definido de manera sustancialmente diferente en cada directiva. En relación con el contenido, la mayoría dispone que la parte débil debe ser informa-

na para desistir del contrato implica una absoluta «libertad de motivación». Puede también deducirse implícitamente de tales provisiones que aunque no deba alegarse razón alguna, desde luego sí que es preciso proporcionar algún tipo de declaración a la otra parte contractual.

⁵⁹ V. gr. en art. 5 (2) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55).

⁶⁰ En relación con la Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20) Cfr., sobre este punto, STJCE de 22 abril de 1999, caso C-423/97 (*Travel Vac*), Rec. 1999, I-2195, par. 51.

⁶¹ Art 5 (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20); art. 5 (2) (1) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55); art. 6 (6) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁶² Vid. III.

⁶³ Art 4 (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20): «informar por escrito»; art. 3 (1) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55): «documento»; art. 5 (1) (2), 1^{er} guión Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21): «información escrita»;

da sobre su derecho a ejercer un derecho de desistimiento de forma «clara y comprensible»⁶⁴, así como de los plazos⁶⁵ y la dirección a la que debe hacerlo llegar⁶⁶. Con todo, falta uniformidad en la terminología.

En cualquier caso, es importante fijarse en la finalidad a que responde tal regulación, que no es otra que la de asegurar que la parte con derecho a ejercer el derecho de desistimiento parte de un mínimo conocimiento y comprensión que le permite tomar una decisión sobre si quiere o no ejercitarlo. Además, es obvio que tales previsiones también tienen por objeto facilitar la prueba. En base a lo dicho, podría ser tenida en cuenta una norma sobre notificación del siguiente tenor: «[L]a parte beneficiada con un derecho de desistimiento debe ser informada adecuadamente por la contraparte de su existencia. La información es adecuada si advierte por escrito, en un lenguaje claro y comprensible, sobre el derecho de desistimiento, el período de ejercicio y el nombre y dirección de la persona contra quien aquél puede ser ejercido.»

b) *Límites temporales.* Las previsiones del Derecho comunitario difieren considerablemente en lo que concierne al plazo en el que debe ser ejercido el derecho de desistimiento. Con todo, pueden perfilarse algunos principios comunes. El principio en virtud del cual el plazo para ejercer el derecho de desistimiento no comienza antes de la conclusión del contrato se deduce en parte de la literalidad de algunas directivas [por ejemplo, el art. 6 (1) Directiva sobre ventas a distancia, expresamente para los servicios e indirectamente para el suministro de bienes; también, de manera parecida, art. 6 (1) Directiva sobre servicios financieros a distancia y art. 5 (1) Directiva sobre tiempo compartido] y, en parte, de la finalidad de las normas. Si no fuera así, el contratante que tuviere derecho a desistir lo perdería incluso antes de que las obligaciones contractuales hubiesen sido contraídas. Con todo, esto no excluye la existencia de otras provisiones que establezcan la posibilidad de un *dies a quo* posterior, siempre en función de las necesidades específicas de protección. Así, por ejemplo, artículo 6 (1), 1^{er} guión de la Directiva sobre venta a distancia: «en el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mis-

art. 5 (1) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39): «en papel u otro soporte duradero».

⁶⁴ *Vid.* art. 4 (2) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21); art. 3 (2) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁶⁵ Art 4 (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20); art. 3 (1) (3) a) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁶⁶ Art 4 (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20); Art 3 (1) en relación con el Anexo letra l) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55).

mos por el consumidor»; artículo 35 (1) Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida «a partir del momento en que se informe al tomador de que se celebra el contrato.»

Tanto la Directiva sobre ventas a domicilio [art. 5 (1)] como la Directiva sobre comercialización de servicios financieros a distancia [art. 6 (1) 2.º inciso, 2.º guión] vinculan el comienzo del plazo de desistimiento a la existencia de una notificación. En otras directivas, es la duración y no el comienzo del plazo para ejercer el desistimiento lo que queda condicionado a la existencia de notificación [art. 5 Directiva sobre tiempo compartido; art. 6 (1) Directiva sobre contratos a distancia]. Ambos planteamientos se basan en los mismos principios: en primer lugar, el cocontratante debe notificar al afectado el derecho de desistimiento; en segundo lugar, la falta de notificación provoca la prórroga del ejercicio de tal derecho. Cuando lo que falte sea otro tipo de información, no referida propiamente a la existencia de un derecho de desistimiento, las normas que regulan los requisitos de la información precontractual pueden prever la prórroga del derecho de desistimiento hasta que la información en cuestión no sea proporcionada.

Junto a tales principios, el artículo 6 (1), 3 Directiva contratos a distancia establece que para los contratos de suministro de bienes —en la práctica muy frecuentes— el *dies a quo* sólo comienza a partir del momento en que los bienes han llegado a poder de la parte beneficiada con el derecho.

En fin, tampoco se debe perder de vista que un Derecho contractual coherente exige la mayor uniformidad en la regulación sobre el periodo de ejercicio del desistimiento, naturalmente salvando siempre las concretas situaciones que requieran un trato especial. Tal uniformidad es inexistente actualmente. Los periodos fijados en las diferentes directivas oscilan entre los siete ⁶⁷, diez, catorce o treinta días ⁶⁸ y de ahí cabe deducir un principio general en virtud del cual el *acquis communautaire* garantiza adecuadamente la existencia de un periodo de reflexión (*cooling off period*) que permita recabar nueva información. Ahora bien, siendo así, en el marco común de referencia sería necesario considerar la posibilidad de establecer un plazo estándar que, además, no tendría por qué ser necesaria-

⁶⁷ Art 5 (1) (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20): «días»; art. 6 (1) (1) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21): «días laborables».

⁶⁸ Art 5 (1), 1º guión Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55): «10 días naturales»; art. 6 (1) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39): «14 días naturales», «30 días naturales».

mente de siete días. A partir del examen de las normas de transposición en los Estados miembros, convendría mejor el de catorce días, sin perjuicio, como ya se ha advertido, de las salvedades que deban realizarse en base a necesidades de protección específicas.

En definitiva, el marco común de referencia debería promover una regla más coherente y una estructura más clara del tipo: «[A] *no ser que se establezca lo contrario, el beneficiado con el derecho de desistimiento puede ejercerlo durante un plazo de 14 días tras la conclusión del contrato y una vez haya sido notificado de la existencia de tal derecho. Adicionalmente, si el contrato tiene por objeto el suministro de bienes, el plazo de 14 días no comienza a contar hasta que las mercancías han sido enviadas.*

c) *¿Plazo máximo de ejercicio?* No está claro que sea necesario establecer un período máximo para el ejercicio del derecho de desistimiento. El establecimiento de tal tipo de límites tendría relevancia si la parte a la que beneficia el derecho no hubiese sido informada de su existencia. En este caso, el derecho de desistimiento podría terminar como muy tarde tres meses después de la conclusión del contrato, tal y como prevén algunas directivas⁶⁹. Por el contrario, otras normas comunitarias no prevén tales límites⁷⁰.

En relación con una de las que no contenía límite alguno, el TJCE estableció, en el asunto *Heininger*⁷¹, que limitar a 6 meses el plazo de ejercicio⁷² no era compatible con el Derecho comunitario. En aras a la coherencia del Derecho contractual comunitario, el marco común de referencia debería establecer un plazo uniforme que podría ser modificado para algún derecho de desistimiento en particular, supuesto que hiciera falta una protección especial. Teniendo en cuenta cuál es el propósito general de los derechos de desistimiento, esto es, asegurar a la parte débil suficiente información para que pueda actuar en consecuencia, sería preferible seguir el modelo establecido en la Directiva sobre ventas a domicilio y servicios financieros a distancia y prescindir, por tanto, de fijar una duración máxima para el ejercicio del derecho.

⁶⁹ V. gr: Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21), Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55).

⁷⁰ V. gr: Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20), Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁷¹ STJCE de 13 diciembre de 2001, Caso C-481/99 (*Georg Heininger and Helga Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*), Rec 2001, I-9945.

⁷² Como el § 355 (3) de la anterior versión del BGB.

d) *El envío de la declaración de desistimiento.* Para entender ejercido el derecho en los plazos requeridos, varias directivas establecen que basta con enviar la declaración antes de que éstos expiren. Efectivamente, tanto los términos con que se expresan las directivas (por lo demás, no siempre demasiado precisos) como, muy especialmente, la finalidad que éstas persiguen (que no es otra que la protección del consumidor), sugerirían adoptar la regla según la cual para la efectividad del derecho sería suficiente con que se expidiera la declaración de voluntad en el periodo exigido, igual que en *Adams v. Lindsell (1818) 1 B & Ald 681* ⁷³. Tomando esto en consideración, un principio de carácter general para los derechos de desistimiento en el Derecho europeo podría ser del siguiente tenor: «[L]a declaración de desistir del contrato es eficaz desde el mismo momento en que se emite». La simple emisión, pues, sería suficiente para liberar al consumidor de los pedidos ya realizados con base en el contrato celebrado previamente. Además, que la otra parte soporte el riesgo de que la declaración de desistimiento se pierda, es algo congruente con la literalidad y el propósito de las directivas. Más problemático sería, sin embargo, que se le obligara a devolver el pedido recibido tan pronto como la declaración de desistimiento fuera emitida y no una vez que fuera recibida por la contraparte (o fuera razonable confiar en que la hubiera recibido). Para evitar equívocos, sería conveniente precisar tal extremo.

5. EFICACIA

Las directivas parten de la consideración de que una vez ejercitado el derecho, cesan las obligaciones derivadas del contrato y las prestaciones ya ejecutadas deben ser devueltas o reembolsadas ⁷⁴. De todas maneras, como consecuencia de la falta de uniformidad tanto en las normas comunitarias como en las de transposición en los Derechos nacionales, no está nada claro en base a qué argumento ello es así. De la relativamente reciente directiva sobre contratos a distancia se deduce que durante el periodo de ejercicio del derecho de desistimiento, el titular del mismo puede incluso reclamar a la contraparte el cumplimiento del contrato; por tanto, éste es ya *ab initio* eficaz y los efectos se prolongan hasta el mismo momento de ejercicio del desistimiento ⁷⁵. Esto se corresponde con la exigencia

⁷³ En contraste con la regla según la cual la declaración es eficaz cuando razonablemente puede esperarse que ha llegado al destinatario.

⁷⁴ Cfr. v. gr. art. 6 (2) (1) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21); artículo 7 (4) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁷⁵ Cfr. art. 6 (1) (3) en relación con el artículo 7 (1) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21); sin embargo, el art. 6 (1) (3) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39) es diferente porque permite que los Estados miembros, además del derecho de rescisión, establezcan que se suspenda la aplicabilidad de los contratos a distancia relativos a servicios de inversión durante el plazo previsto.»

de garantizar, durante el periodo de *cooling off*, una posición contractual segura con la que se vincula la legitimación para ejercer cualquier acción contra la otra parte. En definitiva, en la directiva sobre contratos a distancia, el derecho de desistimiento no impide que el contrato despliegue efectos aunque, desde luego, se trate de una eficacia claudicante hasta que desaparezca la posibilidad de desistir unilateralmente del mismo.

Quizás no sea conveniente incorporar en el marco común de referencia todos los efectos derivados del ejercicio del derecho de desistimiento y acaso sea más efectivo definirlos sólo de manera ambigua. Sin embargo, seguramente no bastará con redactar una norma que establezca que, una vez ejercido el derecho, cesan las obligaciones derivadas del contrato y que las prestaciones ya ejecutadas deben ser devueltas o reembolsadas. Convendría añadir una regla especial para las situaciones previas a la celebración del contrato porque eso permitiría establecer con claridad (y con independencia de la construcción dogmática y doctrinal sobre cuáles deban ser los efectos del desistimiento) que el desistimiento antes de la conclusión del contrato priva de eficacia a la previa declaración dirigida a celebrarlo. En definitiva, cuando se revoca la declaración de voluntad antes de que se haya celebrado el contrato éste no llega a existir y, por tanto, tampoco las obligaciones para las partes.

El desistimiento que tiene lugar tras la conclusión del contrato plantea todavía otras cuestiones distintas en relación con la restitución del *statu quo ante*. Hay que establecer cómo ésta debería llevarse a cabo, entre otras consideraciones. A este respecto, quizás fuera apropiado recurrir a las reglas establecidas tanto en la Directiva sobre garantías en las ventas de consumo, como en la Convención de Viena y los PECL sobre resolución de los contratos, aportando, en todo caso, las modificaciones necesarias para respetar las peculiaridades que en cada caso se consideren precisas. En particular, debe tenerse en cuenta que los efectos derivados del desistimiento no deben ser disuasorios de manera que no debería admitirse la imposición de cláusulas penales u otro tipo de sanción para el caso de que el beneficiado decida ejercerlo. También debería tenerse presente que existen determinadas prestaciones de servicios que por su naturaleza no pueden ser devueltas; y, finalmente, se debe igualmente contar con los costes derivados del contrato o la restitución de las prestaciones.

Una norma coherente que tenga en consideración todos estos efectos debería contener la previsión siguiente: «(1) [C]uando se ejerce eficazmente el derecho de desistimiento antes de la celebración del contrato, queda sin efecto la previa declaración del titular

dirigida a concluirlo. (2) Si la declaración de desistimiento se ejerce tras la conclusión del contrato, cesan las obligaciones derivadas del mismo. Cualquier prestación cumplida debe ser restituida. Tienen en ese caso aplicación las normas sobre resolución del contrato».

VI. CONCLUSIONES

Como todo lo que hasta aquí se ha dicho demuestra, es posible desarrollar principios generales sobre la formación del contrato, a partir de distintas disposiciones del derecho contractual comunitario sobre distintas políticas y sectores.⁷⁶ El Derecho comunitario es una fuente básica y el principal punto de partida para la elaboración de un Derecho contractual europeo más coherente, del cual se deduce la existencia de principios tales como la libertad contractual, la no discriminación por razón de raza, origen étnico o género, y el de salvaguarda del equilibrio contractual cuando uno de los contratantes recibe la consideración de parte débil⁷⁷. Otras fuentes de consulta igualmente necesarias para la elaboración del marco común de referencia son los estudios de Derecho comparado, que destacan la existencia de principios comunes a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, sobre todo, los PECL y otros estudios comparativos más recientes.

Pero, con el fin de incorporarlas en el marco común de referencia, existe todavía la posibilidad de desarrollar y ampliar las normas que ya existen en el *acquis communautaire* y eso con el fin de incorporarlas en el marco común de referencia. Debe procurarse, eso sí, que de las normas y principios del Derecho contractual general queden netamente diferenciados las normas y principios relativos al Derecho de consumo, porque sólo algunos principios de este último sector del Derecho se basan en algunos de los del primero. En cualquier caso, la generalización de lo que hasta ahora son sólo provisiones fragmentarias depende en buena medida de las opciones de política jurídica que se manejen, tal y como ha quedado demostrado con el ejemplo de la posible generalización del deber de información en los contratos⁷⁸. Una regla de alcance general, no limitada al Derecho de consumo, pero en cuyo origen se encuentra la noción de expectativa «razonable» o «legítima», quizás permita obligar al profesional a proporcionar información a la parte con la que contrata, acerca de los bienes que deben serle entregados o el servicio que ha de llevarse a cabo, según lo que razonablemente pudiera aquélla

⁷⁶ Cfr. Par. 4 del Plan de Acción (nota 1).

⁷⁷ *Vid.* II 1, 2, 3.

⁷⁸ *Vid.* III.

esperar, teniendo en cuenta la calidad y el cumplimiento que sería normal, atendidas las circunstancias del caso.

En relación con la formación del contrato, el principio, que ya se encuentra en el *acquis communautaire*, según el cual la vinculación contractual se basa en el acuerdo de voluntades, legitima para adoptar una regla con contenido similar al del artículo 2:201 PECL. Coinciden, pues, en este aspecto, tanto el *acquis communautaire* como los PECL. Ambos admiten la concurrencia de la oferta y de la aceptación como patrón básico en materia de formación de contrato, pero también coinciden en la admisibilidad de otras formas⁷⁹. Efectivamente, nada hay en el *acquis communautaire* que indique que el esquema oferta-aceptación es el único posible. Y una regla como la que presenta el artículo 2:211 PECL para nada contradiría el acervo comunitario existente. El precepto es importante porque toma en consideración el desarrollo y las necesidades de la práctica comercial moderna. Otras normas procedentes de esas mismas fuentes básicas que servirían para reforzar las que ya existen en el *acquis communautaire*, son las referidas a los requisitos y a las diferentes fases de formación de los contratos. En cuanto a la invitación a hacer ofertas y la oferta pública, los artículos 14 (2) CISG –señalada en el Plan de Acción como una «fuente básica»⁸⁰– y 2:201 (3) PECL se contradicen. El principio comunitario que tiene en cuenta las legítimas expectativas indica que debe primar la presunción de que existe una oferta y, en este punto, de conformidad también con lo establecido en los PECL. Aun más, teniendo en cuenta la práctica y la transposición de directivas en algunos Estados miembros⁸¹, sería igualmente aconsejable considerar el efecto vinculante de las promesas unilaterales, aunque quizás con mayores exigencias de las que hoy plantea el art. 2:107 PECL.

El Derecho comunitario otorga una importancia nada desdeñable en el proceso de formación del contrato a los anuncios y a la publicidad, puesto que las declaraciones públicas precontractuales, realizadas a través de anuncios publicitarios o en el etiquetado, pueden tener efecto vinculante. Esto es así, tanto si se contemplan las declaraciones de uno de los contratantes como las emitidas por un tercero (especialmente, productores y organizadores) en cierto tipo de contratos (ventas de consumo o viajes combinados). Puesto que la venta de viajes combinados a profesionales también cae dentro del ámbito de aplicación de esta directiva, resulta que el efecto vinculante de las declaraciones públicas no puede ser considerado una regla del *acquis communautaire* exclusiva de los contratos con no profesionales. Por

⁷⁹ Vid. IV 1, 2.

⁸⁰ Par. 63 del Plan de Acción (*op. cit.* nota 1).

⁸¹ Sobre el Derecho nórdico y el Derecho alemán, *op. cit.* nota 53.

otro lado, determinados Estados miembros aplican las previsiones de la directiva de venta de bienes de consumo a todos los contratos de venta (contratos B-B)⁸², lo cual demuestra que, en la práctica, la regla es susceptible de generalización. Valdría la pena, pues, que el marco común de referencia también la adoptara con carácter general, como mínimo en relación con las declaraciones públicas llevadas a cabo entre los profesionales⁸³ (es decir, aplicable a los contratos B-B, aunque con carácter imperativo sólo a los contratos B-C).

En relación con el desistimiento unilateral, el Derecho comunitario presenta muchas más novedades que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros o los PECL. El derecho a desistir del contrato se encuentra regulado en una pluralidad de directivas⁸⁴ en las que existe una situación de desequilibrio contractual. Tal derecho salvaguarda la libertad contractual, desde el momento en que legitima al beneficiado con él a desistir del contrato sin necesidad de alegar motivo alguno. Este principio básico del *acquis communautaire* sólo encuentra reconocimiento expreso en el ámbito del Derecho de consumo y, por tanto, no se aplica en casos en los que no existe una posición de preeminencia de una parte sobre la otra (como sucede generalmente en los contratos B-B), aunque sí que podría quizás extenderse a otras situaciones en las que pudiera apreciarse la existencia de un desequilibrio estructural.

A la hora de elaborar el marco común de referencia hay que tener en cuenta que, en esta materia, la coherencia sólo puede conseguirse dentro de unos límites. De entrada, no parece posible redactar una regla general que contemple las condiciones previas de ejercicio de todos los derechos de desistimiento. Con todo, sí que vale la pena crear una regla que obedezca a una especie de principio rector de la «comercialización fuera de los establecimientos comerciales», a base de armonizar los derechos de desistimiento en las ventas a domicilio, las ventas a distancia o la comercialización de servicios financieros a distancia⁸⁵. En todo caso, la coherencia de las normas sobre desistimiento deberá incidir en aspectos tales como: quién está legitimado para ejercerlo, dentro de qué plazos, y con qué efectos. Es posible extraer el núcleo común que subyace en todas las disposiciones que hoy regulan el ejercicio de tal derecho y luego aplicarlo a todos los derechos de esta naturaleza existentes en el Derecho contractual europeo⁸⁶.

⁸² Cfr. IV 3.

⁸³ Cfr. Además, art. 6:101 (2) y (3) PECL.

⁸⁴ *Op. cit.* notas 55 y 58.

⁸⁵ *Vid.* V, 2.

⁸⁶ Sobre las reglas concretas, *vid.* V 3, 4, 5.

Para concluir: se ha evidenciado que las reglas que se obtienen del *acquis communautaire* permiten la creación de numerosos principios en áreas de gran importancia para la formación del contrato y los deberes precontractuales y que éstas no se circunscriben al ámbito de aplicación de una simple directiva, sino que abarcan aspectos generales del Derecho contractual europeo. Naturalmente, la concentración de tales reglas varía en función de las áreas del *acquis communautaire* que se analicen y que luego deban ser cubiertas por el marco común de referencia. Siendo claro que tales normas deberán completarse con las que proceden de otras «fuentes básicas» y, especialmente, los estudios de derecho comparado y el análisis de jurisprudencia ⁸⁷, no lo es menos que los principios derivados de estas últimas deben ser cuidadosamente confrontados con los del *acquis*. Mucho más ahora que, como reacción a los nuevos retos que plantea la economía moderna, el Derecho comunitario aporta novedades significativas en determinadas materias –tal y como se ha subrayado anteriormente mediante algunos ejemplos. Es evidente, pues, que la evolución y posterior desarrollo del Derecho contractual europeo no deberá basarse sólo en las tradiciones comunes de los Estados miembros, sino también en los principios inherentes al *acquis communautaire*.

RESUMEN

*Para el desarrollo de un futuro Derecho europeo de contratos y la elaboración del Marco Común de Referencia deben tenerse en cuenta principios fundamentales del Derecho comunitario, tales como la libertad de contratación, la prohibición de discriminación por razón de raza, género u origen étnico, y la protección de la paridad contractual en situaciones de desequilibrio. Pero, además, el Derecho contractual comunitario ofrece un conjunto de reglas en materia de deberes precontractuales y de formación del contrato que, desde luego, también deben tomarse en consideración, supuesto, además, que, frecuentemente, son mucho más novedosas de lo que puedan serlo las reglas de Derecho contractual de los Estados miembros. Por ejemplo, en relación con los deberes de información, la vinculación de determinadas declaraciones precontractuales o los derechos de desistimiento. El Marco Común de Referencia debe, pues, construirse no sólo a partir de las tradiciones comunes de los Estados miembros, sino también a partir de los principios propios del *acquis communautaire*.*

⁸⁷ Cfr. Par. 63 del Plan de Acción (*op. cit.* nota 1).

Un comentario desde Aragón sobre el artículo 1331 del Código civil *

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

Catedrático de Derecho civil Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *El plano dogmático y los esfuerzos teóricos en pro de una interpretación restrictiva de la regla.*—II. *El plano histórico dogmático y el proceso de «foralización» o «aragonización» de un precepto del Código Civil.*—III. *Jurisprudencia sobre modificación o ejecución de capítulos en las regulaciones forales históricas de la familia patriarcal.*—IV. *Una propuesta de supresión o de reforma normativa.*

I. EL PLANO DOGMÁTICO Y LOS ESFUERZOS TEÓRICOS EN PRO DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA REGLA

Según el artículo 1331 del CC: *«Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas».*

En 1963, y veinte todavía la versión de 1889 del artículo 1319, precedente del actual artículo 1331, afirmaba Lacruz ¹: *«el hacer*

* Este trabajo fue redactado por su autor con el propósito de contribuir al Libro Homenaje que se ha dedicado al profesor ALBALADEJO y que ha aparecido en el verano de 2005. Aunque finalmente el trabajo no pudo ser incorporado al Libro, el autor desea sumarse a ese merecido homenaje al profesor ALBALADEJO.

¹ Cfr. su obra con ALBALADEJO, pero redactada por él, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pp. 300 a 302. Y ya antes, con ideas similares, cfr. *Capítulos matrimoniales y estipulación capitular*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. 2.º, 1962, pp. 19 a 38.

dependen el cambio del régimen matrimonial, antes de la boda, de una voluntad extraña a los novios, es una medida de difícil justificación. Por eso, los juristas han tratado de buscar salida, desde hace mucho tiempo, a norma (común a los Códigos latinos) tan poco razonable». Y en nota a pie de página explicativa de esto afirmaba el autor que lo más que se debería reconocer a esos otorgantes diferentes de los contrayentes sería la posibilidad de revocar sus donaciones si habían sido éstas hechas con presuposición de subsistencia de todo lo pactado; afirmando también que el artículo 1319, con el fin de evitar un fraude, coartaba la libertad de los contrayentes, y que acaso la norma merecería, por eso, una interpretación correctora. Y recogía opiniones de autores extranjeros sobre el problema, como la de Marcadé, que rechazaba, y la de Tedeschi, que iba en la línea de lo que él pensaba y que por eso aceptaba, concluyendo que el artículo 1319 estaba esencialmente destinado, en realidad, a salvaguardar el interés de los donantes.

En cuanto a la doctrina posterior sobre el artículo 1319, primero, y sobre el artículo 1331, después, podríamos decir que sigue mayoritariamente una interpretación restrictiva del precepto en la línea de la que propusiera Lacruz hace cuarenta años, apoyándose sobre todo últimamente en el inciso limitativo final del artículo 1331, que fue copiado del artículo 28 de la Compilación aragonesa, y que no figuraba en ninguna de las versiones anteriores del precepto: me refiero a la frase «*si ... la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas*»².

La «*afección*» que exige el precepto deba producir la modificación de las capitulaciones a los «*derechos concedidos*» por los otorgantes no contrayentes se produciría casi siempre si se entendiese dicha expresión en un sentido amplio y literal. Pero la doctrina rechaza dicha interpretación del artículo 1331. Son escasas las opiniones que se limitan a una mera explicación descriptiva del precepto³, dán-

² Véanse, por ejemplo, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Observaciones sobre la reforma del régimen de las capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, RGLJ, 1977, p. 89; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ y LETE DEL RÍO, «Notas sobre la mutabilidad del régimen matrimonial en Derecho común», *RDP*, 1977, pp. 185 a 188; LETE DEL RÍO, José Manuel, «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», *ADC*, 1983, pp. 414 a 420; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia*, 1984, pp. 335 a 339; AMORÓS GUARDIOLA, «De las capitulaciones matrimoniales», en los *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, 1984, vol. 2.º, pp. 1555 a 1559. ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1985, p. 305; CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, *Las Capitulaciones Matrimoniales*, 1992, pp. 44 a 47; BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997, *in totum*. GARCÍA CANTERO, Gabriel, en *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, pp. 365 a 367. Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 2001, p. 155.

³ ALBALADEJO, Manuel, por ejemplo. Cfr. *Curso de Derecho civil*, tomo 4.º, 2002, pp. 131-132.

dolo por bueno, o que marcan algún distanciamiento respecto al pensamiento crítico de Lacruz, creo que atribuyendo al precepto mayor fundamento lógico del que realmente tiene ⁴. En la línea de la interpretación restrictiva mayoritaria se dice, por ejemplo, que las ulteriores vicisitudes que sufra el objeto de atribuciones nupciales, como si el cónyuge donatario regala lo recibido al otro cónyuge, no requieren la concurrencia de los donantes ni les es aplicable al artículo 1331 (Lacruz); o que lo mismo cabría decir de la constitución de un usufructo sobre el bien donado (Gullón). Se piensa que el objeto de la liberalidad ha sido atribuido y transmitido con todas sus consecuencias y no pueden admitirse en principio más condiciones o causas de resolución que las expresamente consignadas en la escritura pública.

¿Cuándo se deberá entender, entonces, que la modificación ha «afectado» a los derechos concedidos por los otorgantes no contrayentes? La mejor doctrina exige para ello que la modificación sea estatutaria o del contenido normativo de las capitulaciones y que entre dicho contenido normativo y la atribución realizada haya una «íntima dependencia» (Gullón), o una «vinculación» o «interdependencia» (Lacruz, De los Mozos, Rojas Montes, García Cantero), o una «conexión causal» (Cabanillas Sánchez). Para intentar precisar algo más estas genéricas nociones parece útil distinguir, siguiendo a Álvarez Caperochipi y Lete del Río, según los otorgantes no contrayentes reciban o no derechos en las capitulaciones iniciales.

Si los otorgantes no reciben derechos parece que estaremos ante supuestos de concesión de derechos bajo condición resolutoria (modificación del régimen matrimonial) o, según los mencionados autores, ante una causa atípica de revocabilidad de donaciones por razón de matrimonio, que será operativa siempre que se demuestre (lo que será excepcional) que el régimen económico del matrimonio fue el presupuesto de la donación. Lacruz sugiere, en tal sentido, el poco verosímil supuesto de que se subordine una atribución o donación a la existencia de unas determinadas facultades de gestión de sus bienes propios por el cónyuge no donatario ⁵.

⁴ En esta línea DE LOS MOZOS, José Luis, aunque recoge la explicación de LACRUZ, que califica de «brillante», en su comentario al artículo 1331, en los *Comentarios de Edersa*, dirigidos por ALBALADEJO, 1982, pp. 225-226 y 232-233. También CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentario del Código Civil*, del Ministerio de Justicia, tomo 2.º, 1993, p. 609.

⁵ Por otra parte, cabe pensar en determinadas actuaciones de los cónyuges que sirvan para eludir la eficacia de un precepto que, como advierte LACRUZ, sobrepasa con su letra su propia finalidad. Según este mismo autor, «si los cónyuges en los ulteriores capítulos que otorgan solos exceptuasen de la nueva comunidad los bienes que recibieron por donación en los anteriores, de modo que para tales bienes siguiera valiendo en todo el régimen anterior, podrían pactarla, y ello aunque las aportaciones se hubieran realizado en vista del régimen económico estipulado en los capítulos (o de su no estipulación) y por causa de él: salvo que tal correlación se haya convenido expresamente en los propios capí-

Bayod López, en su monografía dedicada al artículo 1331, también concluye reconociendo en el precepto, siguiendo a Lete del Río, un supuesto especial de revocación de donaciones concedidas en capítulos, que debería ejercitarse en el plazo de un año y resultando aplicable el artículo 647⁶.

Distinto significado presenta el supuesto, más arriba propuesto, de que los otorgantes no contrayentes reciban derechos en los capítulos con interdependencia causal respecto de los derechos que ellos atribuyen a los contrayentes o de derechos atribuidos a los cónyuges por terceras personas. En este segundo sentido, los ejemplos de aplicabilidad del artículo 1331 resultan menos difíciles de imaginar: donación que realizan los padres de los contrayentes o cónyuges en favor de éstos, reservándose o no la nuda propiedad, y condicionándola a la compañía y asistencia a los mismos en la vejez, aún más allá del valor de los bienes donados; el pacto de acogimiento a la casa, en virtud del cual el tercero dona sus bienes, o parte de los mismos, a los cónyuges a cambio de compañía y asistencia en vida y acaso responsos después de su muerte; o el hijo mejorado en capitulaciones matrimoniales (supuesto del art. 827), y que por esta razón permanece en la casa; hijos que permanecen en la casa a cambio de la certeza de una cuota hereditaria, etc.⁷.

tulos». Y explica también el profesor LACRUZ que los cónyuges, «cuando la intervención del tercero en los anteriores capítulos se redujo a hacerles donación de algunos bienes, podrían desinteresarse de los nuevos pactos nupciales renunciando a los beneficios recibidos: por tanto, restituyendo los bienes donados en el estado en que se encuentran». Véase del autor su *Derecho de familia*, 1984, pp. 337 y 338.

Acaso también podría presentar utilidad frente a lo que de excesivo tiene el artículo 1331 la idea de la nulidad parcial. Argumentando ser únicamente nula la parte de los nuevos capítulos que afectare a derechos concedidos por las personas que concurren con sus liberalidades al otorgamiento anterior y no así al de modificación. Cfr. en tal sentido, entre otros, CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, *Las Capitulaciones Matrimoniales*, 1992, pp. 44-45. En contra, creo que sin razón, BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, p. 143.

⁶ Además de ello, la autora intenta reforzar esta opinión mayoritaria derivada de las ideas de LACRUZ, y que muchos habíamos seguido, con una serie de disquisiciones desde la que denomina «ciencia notarial», que no me resultan convincentes. Cfr. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 146-147, para la opinión recogida en el texto, y pp. 80-82, 89 ss., 118, 141, 150-151, etc., para la explicación aludida en esta nota. Este pensamiento sobre la que denomina la autora «ciencia notarial» lo había esbozado ya en su libro anterior, que fuera su tesis doctoral, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1995. Hay que tener en cuenta que el término «otorgamiento» no suele vincularlo casi nunca el CC, que lo usa mucho, con la fe pública notarial, sino generalmente con cualquier forma de emisión del consentimiento negocial (cfr. arts. 11.1.º, 1223 y 1257, entre otros muchos), por lo que, en general, como dice LACRUZ, puede perfectamente ser «otorgante» quien celebra un contrato verbal. Cfr. de este autor su comentario al artículo 3 en los *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por él, vol. 1.º, 1988, p. 263.

⁷ Los ejemplos que ofrezco en el texto están tomados de los trabajos ya citados de ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI y LETE DEL RÍO de 1977 (pp. 185 a 188) y de éste último de 1983 (p. 419).

En este tipo de supuestos, como observan Álvarez Caperochipi y Lete del Ríó, estamos ante pactos personales o familiares en el sentido en que se venían practicando en los Derechos forales, por lo que el artículo 1.331 es uno de los que permiten hablar de «foralización» del CC, o incluso de «aragonización» (García Cantero) ⁸. En estos supuestos, los otorgantes no contrayentes actúan como partes y defienden un derecho suyo. Téngase en cuenta que también las estipulaciones personales imbricadas con otras de contenido patrimonial forman parte del «régimen familiar y sucesorio» a que se refería el artículo 25 de la Compilación aragonesa de 1967 y al que se refiere hoy el artículo 13.1.º de la Ley aragonesa 2/2003 o, si se quiere, forman parte del contenido mínimo legal del régimen paccionado. Razonablemente se ha señalado también que esta «foralización» en el ámbito del CC tendrá sus límites y no podrá llegar demasiado lejos ⁹.

El artículo 1331 del Código requiere la «asistencia y concurso». En relación con este último afirma Lete del Ríó ¹⁰, coherentemente con su explicación global del precepto, que cuando se trate de liberalidades realizadas por los otorgantes no contrayentes con condicionamiento o sometimiento al mantenimiento del régimen matrimonial inicial serán llamados los mismos a prestar un mero asentimiento a la modificación de éste, y que su falta produciría la anulabilidad del acuerdo modificativo; en cambio, si los otorgantes no contrayentes actúan como partes porque hubo un contrato plurilateral en el que se les atribuyó algún derecho (pacto de familia), entonces, la «asistencia y concurso», significará un verdadero consentimiento contractual, y su falta originará la nulidad absoluta del acuerdo modificativo. También podríamos recordar las dudas de la doctrina sobre si sea o no personalísima la «asistencia y concurso»

⁸ Cfr. del autor *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 762.

⁹ Cfr. BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 31 y 132 a 134.

¹⁰ Vid. *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, pp. 417 a 420. Vid. también la explicación no muy diferente del profesor LACRUZ, quien considera que como norma existirá anulabilidad, *Derecho de familia*, 1984, pp. 338-339. O también CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, tomo 2.º, 1993, p. 609. Contra: AMORÓS GUARDIOLA, *De las capitulaciones matrimoniales*, 1984, p. 1559. O también DE LOS MOZOS, José Luis, partidario de la nulidad absoluta, en los citados *Comentarios de Edersa*, comentario al artículo 1331, 1982, p. 233. Críticos con la categoría de la invalidez usada en este precepto se muestran DÍEZ PICAZO y GULLÓN, quienes consideran que se debió establecer mejor una facultad de resolución de las atribuciones o pactos, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 2001, p. 155. Una opinión a reseñar, que no me convence, es también la de BAYOD LÓPEZ, Carmen, quien considera a las estipulaciones capitulares de carácter normativo no susceptibles de ser impugnadas por su nulidad por parte de los otorgantes de los capítulos diversos de los mismos contrayentes. Cfr. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 144-145 y 150-151.

del artículo 1331 ¹¹. Se discute también sobre si el derecho a intervenir en la novación de los capítulos en cuyo otorgamiento se intervinieron y de personas distintas de los contrayentes pasa o no a los herederos al morir éstas ¹². Más razonable y coherente con la interpretación restrictiva del precepto que se suele sostener es entender que esta muerte no transmite a los herederos ese derecho ni impide la novación que se pretenda ¹³.

II. EL PLANO HISTÓRICO DOGMÁTICO Y EL PROCESO DE «FORALIZACIÓN» O «ARAGONIZACIÓN» DE UN PRECEPTO DEL CC

En mi trabajo sobre los capítulos aragoneses de 1988 ofrecí una explicación tanto en relación con el artículo 1331 del CC como en relación con el similar precepto del hoy derogado artículo 28 de la Compilación aragonesa de 1967, que ha tenido escaso eco en la doctrina pero que creo hoy todavía que da la clave del surgimiento de un precepto irrazonable o innecesario como el contenido en ambas normas. Explicué entonces ¹⁴ que el artículo 28 de la Compilación aragonesa no era de origen aragonés, sino que su origen estaba en el artículo 1396 del Código de Napoleón de 1804, que, a través del artículo 1242 del Proyecto de CC de 1851 de García Goyena, llegó a ser recogido en el originario artículo 1319 del CC español de 1889, y que en dicho precepto de 1889 está el origen tanto del precepto aragonés en sus dos versiones iniciales de las regulaciones del Apéndice de 1925 (art. 58), y de la Compilación de 1967 (art. 28), como del precepto del CC contenido en la versión reformada en 1975 del artículo 1319, y del actual artículo 1331, procedente de la reforma legal del Código de 1981.

¹¹ Por la solución afirmativa se inclina LACRUZ, con dudas, y por la negativa ROJAS MONTES. Véanse, respectivamente, «Derecho de familia», 1984, p. 334; y «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *AAMN*, 1985, p. 312.

¹² Se inclina por la transmisibilidad hereditaria GARCÍA CANTERO, Gabriel, en el *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 365. DE LOS MOZOS, José Luis, adopta una posición ecléctica, distinguiendo unos casos de otros. Cfr. *Comentarios de Edersa* dirigidos por ALBALADEJO, comentario al artículo 1331, 1982, pp. 231-232.

¹³ Opinión seguida por la mayoría. Cfr., por ejemplo, LETE DEL RÍO, «Sujetos de la capitulaciones matrimoniales», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, 417 ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, en su comentario al artículo 1331 en el *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, tomo 2.º, 1993, p. 609.

¹⁴ Debo reconocer que en aquella explicación se deslizó una errata, que creo no resta en absoluto claridad a la misma. Se trata de que aludí al artículo 1214 del Proyecto de 1851, donde debí aludir al artículo 1242 del mismo. Cfr. mi comentario al artículo 28 en los *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por LACRUZ, vol. 1.º, 1988, pp. 704-705. Lo cito en adelante como «mi trabajo de 1988».

Pero lo importante es caer en la cuenta de que mientras el precepto del Código Napoleón o el precepto español de 1889 se inscribían en un esquema general de prohibición de modificación posnupcial de capitulaciones y contemplaban, en el contexto decimonónico y con las connotaciones familiares de la institución matrimonial de entonces, un cambio de los capítulos anterior al matrimonio y verosímelmente sucedido muy poco tiempo después del otorgamiento inicial, en cambio, en sus versiones aragonesas y en las del CC posteriores a la reforma legal de 1975 el precepto se extendió, con muy discutible criterio, a una regulación de los capítulos matrimoniales inspirada ya en la mutabilidad posnupcial de los mismos, por lo que el precepto resulta irrazonable y se adapta mal a un sistema tan diferente de aquél en el que surgió y fue concebido. La aceptación generalizada por nuestra doctrina del artículo 1331 del CC como precepto de alguna posible utilidad, aun con las críticas y matices señalados en el epígrafe anterior, creo que subsiste hoy, en realidad, por esta inadvertencia o error histórico del que la generalidad de nuestra doctrina no parece ser consciente. Como decía, esta explicación mía ahora recordada ha tenido, por lo que conozco, muy escaso eco doctrinal ¹⁵.

Pero veamos con mayor detalle la gestación histórica de la idea que subyace en el artículo 1331 del CC, y digamos algo también sobre el término «capítulos», que no ha sido acogido en los otros códigos civiles latinos o germánicos. Ha explicado el profesor

¹⁵ Lo señalado en el texto pasó desapercibido al profesor LACRUZ y parece que a los muchísimos que le siguieron (le seguimos) en su estupenda explicación sobre los capítulos matrimoniales. Ha recogido y aceptado esa explicación mía del texto el profesor GARCÍA CANTERO, Gabriel, en su comentario al artículo 28 de la Compilación aragonesa de 1967 del Tratado de CASTÁN TOBENAS, aunque no extiende luego el razonamiento crítico al artículo 1331 del CC. Cfr. *Derecho civil español, común y foral*, tomo 5.º, 12.ª ed., 1994, pp. 729-730, 347 y 364-368. CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, aunque sin extraer las consecuencias críticas que presento en este trabajo, ha logrado una buena explicación histórico dogmática, sucinta, pero expresiva de lo que en este epígrafe voy a mostrar. Cfr. *Las Capitulaciones Matrimoniales*, 1992, pp. 12 y 40 a 42. BAYOD LÓPEZ, Carmen, no ha tomado en consideración, en ninguna de sus dos citadas monografías sobre capítulos matrimoniales de 1995 y de 1997, mi explicación de 1988 recordada en el texto y, además, en la segunda de esas monografías, da una diversa explicación, que no me resulta convincente, en la que intenta minusvalorar la evidente influencia francesa en nuestro Derecho en esta cuestión, y llega a afirmar, contra el testimonio expreso de GARCÍA GOYENA, que el artículo 1242 de nuestro Proyecto de CC de 1851 no reflejó la concepción francesa, sino la castellana. Véase lo que explico en la nota 34 sobre el pensamiento de la autora. Y en su monografía de 1995 da una explicación del antiguo artículo 27 de la Compilación que prescinde también de la evidente influencia francesa sobre dicho precepto, que reflejaba la regla romanista «*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*», recibida del *Code* a través del Proyecto de 1851 (art. 1241) y del CC (art. 1318). Cfr. sus libros «*La modificación de las capitulaciones matrimoniales*» 1997, pp. 72 ss., 76 ss. y 139; y *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 165-166 y 175 ss. Y para la explicación que considero correcta de los antecedentes del artículo 27 de la Compilación aragonesa, hoy ya derogado, véase mi trabajo de 1988, pp. 685-688.

Lalinde que el término «capítulos», aplicado a los pactos dirigidos a regular las relaciones económicas entre los cónyuges, se adoptó por la normal división en capítulos del convenio en que los mismos se recogían, y que cabe situar entre nosotros en el siglo XIV la aparición de los capítulos como documento único dirigido a la regulación tendencialmente plena de la economía del matrimonio. En consecuencia critica Lalinde la abusiva utilización del término «capítulos» por algunos historiadores, que lo han aplicado a instrumentos notariales de los siglos XII y XIII, en los que sólo se habrían documentado aisladamente donaciones esponsalicias. El término «capítulos» aparece en las fuentes legales de los territorios o reinos hispánicos del siglo XVI, y también en la doctrina de dichos territorios hispánicos va incrementándose desde entonces progresivamente su uso y su arraigo ¹⁶. En el siglo XVII el título y el contenido de un famoso libro del jurista catalán Juan Pedro de Fontanella ¹⁷ ayudaron a consolidar en España el prestigio de este término jurídico de los «capítulos». Aunque la Edad Media había conocido un amplio auge de las uniones no matrimoniales y las Partidas habían regulado con bastante detalle la «barraganía» ¹⁸, el único matrimonio había sido siempre el canónico, regulado conforme a las normas del Concilio de Trento desde la Real Cédula de 12 de julio de 1564, que reconoció como aplicables en España esas normas canónicas, y el término «capítulos» parece que se vinculó siempre, en los territorios en los que se solían pactar, a la noción u ocasión de la celebración de matrimonios, calificándose con otros términos, como meras escrituras o pactos, otros posibles convenios económicos de reorganización de la vida familiar, acaso otorgados con ocasión de discordias familiares o para ejecutar fiducias, etc. Y es que, como recientes investigaciones se han encargado de recordar ¹⁹, la validez de los matrimonios y consiguiente legitimidad de los hijos, no dejaba de ser una pieza clave de los mecanismos sucesorios articulados en la familia patriarcal.

Por lo demás, durante toda la Edad Media parece haber existido en muchos sitios un amplio reconocimiento de la posibilidad de

¹⁶ Sobre todo ello, véase mi citado trabajo de 1988, con apoyo en trabajos e investigaciones de LALINDE ABADÍA, FONT RIUS, y LACRUZ BERDEJO, al comentar el artículo 25 de la Compilación aragonesa, pp. 639 ss. También, de LALINDE, su *Iniciación histórica al Derecho español*, 3.ª ed., 1983, núm. 905, pp. 728-729.

¹⁷ Se trata del libro *«Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus»*, 2 vols. Lugduni, 1627; o Genevae, 1752.

¹⁸ Cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, 3.ª ed. 1983, núm. 886, pp. 714-715.

¹⁹ Cfr. NAVARRO SOTO, Ana L., en su libro con GÓMEZ de VALENZUELA, Manuel, *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el valle de Tena (1426-1803)*, El Justicia de Aragón, 2002, pp. 57 y 72 a 74.

pactos incluso posteriores al matrimonio sobre la economía matrimonial, que, según Lalinde, tendría apoyo en la amplitud con que reconocía el Derecho justiniano la posibilidad de que los cónyuges hicieran donaciones o aportaciones al matrimonio; en el Derecho visigodo del *Liber Iudiciorum*; y en una tendencia generalizada durante la Reconquista que está en el origen de la regulación actual del tema en los Derechos forales²⁰. En los territorios de los reinos hispánicos fue muy común la sucesión paccionada pactada en capítulos matrimoniales, lo que confería un carácter irrevocable a estos capítulos que tendió a generalizarse a todos los capítulos matrimoniales con independencia de su contenido²¹, y lo que coincidió también con la práctica de testamentos medievales otorgados por ambos cónyuges con sus hijos y otros parientes, sin que habitualmente se calificaran entonces esos testamentos como mancomunados²². Parecen haber sido prácticamente inexistentes en el antiguo régimen capítulos posmatrimoniales para imponer el cambio directo del régimen económico matrimonial ya vigente (de gananciales o de comunidad, casi siempre, salvo en Cataluña) y en los territorios de los reinos hispánicos la costumbre ha sido siempre, sin duda, otorgar los capítulos, antes o después del matrimonio, pero con gran proximidad temporal al mismo y con ocasión del mismo²³. En las Edades Media y Moderna la amplia actividad

²⁰ Cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Barcelona, 1965, pp. 21-22 y 29-30. También LACRUZ BERDEJO, José Luis, con referencia al marco europeo medieval y al aragonés, en su comentario al artículo 3 de la Compilación aragonesa en los *Comentarios* dirigidos por él mismo, 1988, pp. 230 ss.

²¹ LALINDE ABADÍA afirma que sobre una base normativa muy escasa del Derecho histórico catalán, la doctrina clásica catalana de los siglos XVI y XVII afirmó rotundamente esa irrevocabilidad de los capítulos matrimoniales. Cfr. su citado libro de 1965, p. 28. MARÍN PADILLA, María Luisa, ha señalado apoyo en las observancias aragonesas de finales de la Edad Media para esa irrevocabilidad de los pactos sucesorios celebrados habitualmente en capítulos matrimoniales. Cfr. *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 206 ss. y sobre todo 216 a 218.

²² Cfr., en dicho sentido, MARÍN PADILLA, María Luisa, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 173 y 210.

²³ Por eso, en las fuentes históricas aragonesas, como advertí en mi trabajo de 1988, no está expresa o tajantemente establecida la posibilidad de otorgamiento posnupcial de capítulos matrimoniales ni el tema parece haber preocupado especialmente a la doctrina clásica aragonesa, aunque parece cierto que a veces los capítulos se hacían con pequeña posterioridad a la celebración del matrimonio, pero siempre con ocasión de dicha celebración, y ello, aunque estuviese en juego la transmisión, mediante pactos sucesorios o de fiducia u otros, de la Casa aragonesa. La polémica sobre la admisión o no de la mutabilidad posnupcial de los capítulos se da en España en el siglo XIX y se decide en Aragón en sentido positivo por abrumadora mayoría y en coherencia con una tradición aragonesa sobreentendida. Véase una explicación similar a ésta, u orientada en la misma dirección, en mi trabajo de 1988, pp. 639, 641, 644 y 702-703. Hoy una visión así incluso creo que viene confirmada por colecciones de documentos que van siendo objeto de publicación. Cfr. en tal sentido, el libro de GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel, y NAVARRO SOTO, Ana L., *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el valle de Tena (1426-1803)*, El Justicia de Aragón,

pacticia casi siempre permitida o no impedida por las normas parece haberse dirigido más bien sólo a introducir rectificaciones o impurezas en el régimen económico matrimonial vigente en cada territorio, y parece ser desde la Codificación cuando, más allá de eso, se introduce con nitidez y generalidad la idea de la libertad radical de optar por uno de entre varios regímenes económicos matrimoniales posibles o de desplazar por completo el régimen legal ²⁴.

Para el Derecho francés recoge García Cantero ²⁵ la opinión de Planiol de que la costumbre de los particulares de establecer por contrato su régimen matrimonial no se introdujo hasta el siglo XVII. Ya desde el siglo XVII, o incluso desde el siglo XVI, según otras versiones, en las costumbres francesas ya fijadas por escrito de la época se permitió la elección del régimen económico matrimonial, si bien impidiendo su modificación una vez que se hubiera celebrado el matrimonio, así como cualquier tipo de contratación entre cónyuges. Eran además en principio, bajo el antiguo régimen, los padres de los contrayentes quienes acordaban la elección del régimen matrimonial y las aportaciones de cada una de las familias, y se concebían los pactos matrimoniales como pactos de familia, con contenido indivisible y como inspirados en una unidad orgánica, y en la idea de que todas la cláusulas de los mismos estaban interre-

Zaragoza, 2002, pp. 19-20, 26, 29, 44, 50, 54 ss. y 72 ss. También GARCÍA HERRERO, María del Carmen, *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*, 1990, vol. 1.º, p. 246. BAYOD LÓPEZ, Carmen, en su monografía de 1995, creo que exagera la significación de algún pequeño indicio existente en las fuentes históricas aragonesas y muy débilmente demostrativo de la posibilidad en Aragón entonces de la mutación posnupcial de los capítulos, y parece atribuirme la opinión de que en mi trabajo de 1988 había yo negado esa mutabilidad posnupcial de los capítulos en el Derecho histórico aragonés, lo que se verá que es inexacto si se acude a las páginas de ese trabajo mío citadas en esta nota. Cfr., de esta autora, *Los sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, pp. 58, nota 25, 61 y 260.

²⁴ Cfr. una similar explicación en LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, 3.ª ed., 1983, núm. 905, pp. 728-729. Y también la explicación de este autor destacando la defensa de la autonomía de la voluntad que hiciera PORTOLÉS en el siglo XVI en materia de régimen económico matrimonial, refiriéndola sólo a los contrayentes. Cfr. *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón*, dirigidos por LACRUZ, vol. 1.º, 1988, p. 82. También mi trabajo de 1988, pp. 641-642. Una opinión contraria a la que sostengo en el texto parece ofrecer GARCÍA HERRERO, María del Carmen, quien no es jurista aunque sí autora de una excelente tesis doctoral histórica. Pero aporta unos capítulos que lo que de verdad demuestran es que los capitulantes consideraban como normas dispositivas o renunciabiles el conjunto de los fueros y observancias de Aragón, lo que creo no es incompatible con la explicación que apporto. Cfr. *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*, 1990, vol. 1.º, p. 246. Por lo demás, como es sabido, el moderno y decisivo principio de la autonomía privada en materia contractual se alumbró en la Edad Moderna, cuando un complejo conjunto de causas, como la influencia del iusnaturalismo racionalista, del Derecho canónico, del Derecho mercantil, el ascenso de la burguesía, etc. acabaron superando el formalista planteamiento romano de un número tasado de convenios vinculantes.

²⁵ Aparte de apoyarse en la autoridad de PLANIOL, recoge GARCÍA CANTERO citas u opiniones de LELIEVRE, CASTÁN VÁZQUEZ y NAGORE YARNOZ, entre otros autores. Cfr. *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, pp. 340-341.

lacionadas²⁶. Por eso, todos los intervinientes en el pacto familiar celebrado con ocasión del matrimonio tenían que consentir su modificación, si ésta parecía oportuna, antes de que el pacto resultara ya inamovible por la celebración del matrimonio. Y en ese contexto, los padres u otros ascendientes, sobre todo varones, sin duda podían tener voz y voto en la modificación o ajuste final de los capítulos emanada de su poder familiar, incluso con independencia de si habían sido o no en el pacto inicial transmitentes o adquirentes de bienes o derechos. Predominaba la lógica familiar sobre la exclusivamente patrimonial y la primera impregnaba y modalizaba a la segunda.

Cuando se plantea en España la Codificación en el siglo XIX, el Derecho castellano, en el que llevaba ya siglos consolidado un rígido régimen legal de comunidad de gananciales que todavía confirmó como único y obligatorio la liberal Ley del matrimonio civil de 1870, acababa de estrenar la libertad de casarse de los mayores de edad sin el «consejo y consentimiento» del padre, o subsidiariamente de la madre, o subsidiariamente de otros parientes, tutores o del juez²⁷, y

²⁶ Aunque no logre la autora, en mi opinión, sacar las consecuencias pertinentes de su información, creo que es BAYOD LÓPEZ, Carmen, quien mejor ha recogido en nuestra doctrina ese estado de cosas en el Derecho francés anterior al Código Napoleón, con oportunas citas de antiguas costumbres francesas ya fijadas por escrito, como las de París, Orleans y Borgoña, y de autores como TROPLONG, POTHIER, BAUDRY-LACANTINERIE y los MAZEAUD. Cfr. de la autora *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 72 a 76, 85-87 y 111-113. Y también *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 255 ss. y, en particular, 261-262.

²⁷ La Pragmática de Carlos IV de 28 de abril de 1803 (Ley 18, título 2, libro 10, de la Novísima Recopilación de 1805) concedió esa libertad, habiendo padre, a los hijos varones de veinticinco años y hembras de veintitrés años; habiendo sólo madre, a los hijos de veinticuatro años e hijas de veintidós años; habiendo abuelo materno, o subsidiariamente materno, a los hijos de veintitrés años e hijas de veintiún años; y habiendo tutores o subsidiariamente Juez del domicilio, a los hijos de veintidós años e hijas de veinte. La regulación anterior, que era la Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776 (Ley 9, título 2, libro 10, de la Novísima Recopilación) había exigido, en cambio, para poder contraer matrimonio, «consejo y consentimiento» del padre a los hijos menores de veinticinco años, y sólo el «consejo» del padre a los hijos mayores de veinticinco años, pero en ambos casos, pese a la inevitable validez del matrimonio según el Derecho canónico, bajo pena de perder todos los derechos civiles provenientes de los padres, incluidos los sucesorios, y con excepción de los alimentos. Y el significado de esa norma probablemente fue liberal en su época, puesto que enfatizaba la libertad de los hijos de familia para casarse, sin que los padres pudieran imponerles el matrimonio con alguien, y concedía a los hijos un recurso judicial contra la denegación injusta del consentimiento al matrimonio por parte del padre o, en sus casos, madre, otros parientes o tutores. Posteriormente hubo otra Pragmática sobre el asunto de 1862. Incluso en el artículo 59 del Proyecto de Ley del liberal ROMERO ORTIZ, para la Ley de matrimonio civil de 1870, se exigía todavía para casarse a los mayores de 21 años el consejo favorable de padres o abuelos, de modo que, no obteniéndolo, debía retrasarse el matrimonio tres meses. Cfr. también el artículo 5.3.º de dicha Ley de 1870 y ROLDÁN VERDEJO, Roberto, *La Ley de matrimonio civil de 1870*, Granada, 1980, pp. 15 y 303. BAYOD LÓPEZ, Carmen, cita un caso de unas capitulaciones castellanas del siglo XIX hechas por los padres aunque los contrayentes eran mayores de edad, cfr. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, p. 64, nota 2. Que el Derecho castellano había llegado hasta la Codificación con una vigencia bastante generalizada del

en muchas de las zonas rurales de los territorios forales predominaba la familia extensa o patriarcal, característica del antiguo régimen, y las cosas no eran allí tan diferentes a las existentes en Francia durante los siglos XVI al XVIII²⁸. Es sumamente instructiva la descripción que hacía Joaquín Costa de los que denominaba «ajustes» o negociaciones previas entre las familias cuando se planeaban un matrimonio y unos capítulos matrimoniales²⁹. Explicaba este autor que esos pactos preliminares aparentaban las formas de un tratado internacional. Se celebraban en un lugar neutral y equidistante, en lo posible, de las residencias de ambas familias. En una casa de campo, o en una venta, o al aire libre, debajo de una encina. Concurrían parientes y allegados en numerosa comitiva. Ayudaba un casamentero o cedulaista o notario lego y llevaban viejas capitulaciones para usarlas como modelo. Los novios se apartaban a un lado sin tomar parte en el convenio, y presenciaban a distancia la singular escena, suponiendo Costa, que acaso en ese momento cuchicheaban de amor, como si se tratase de un asunto completamente extraño a sus personas. Acabada la negociación y cerrado el trato, sacaban las dos partes sus alforjas, ponían en común las viandas que cada parte había llevado, comían y bebían y, finalmente, extendían la cédula, llevándola al notario para que redactara la capitulación matrimonial.

Al realizarse la Codificación en España, los Derechos ya denominados «forales» logran mantener al final su tradicional apego a

sistema de edades propio del Derecho romano ya lo había recordado BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, 1976, pp. 18 ss. y 28-29. ROCA TRÍAS, Encarna, ha advertido de que los modernos Derechos tienden a sustituir, como ha hecho el nuestro, el consentimiento familiar a los menores para el matrimonio por la dispensa judicial. Cfr. *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Cuadernos Civitas, 1999, pp. 91-92.

²⁸ LALINDE ABADÍA aporta la opinión al respecto de MIERES, emitida en libro de 1621, como representativa de la doctrina tradicional catalana, y que cree fue la tenida en cuenta todavía al redactar el legislador el artículo 9 de la Compilación catalana de 1960. MIERES propugnaba la inmutabilidad de los capítulos, a menos que concurrieran todos los que por la modificación pudieran ser perjudicados. Cfr. de LALINDE, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en Derecho catalán*, 1965, p. 55. Por otra parte, también el Derecho aragonés histórico exigió el consentimiento de los padres o parientes para que los hijos, menores o mayores, pudieran contraer matrimonio, bajo ciertas sanciones civiles. Cfr. GARCÍA HERRERO, María del Carmen, *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*, 1990, vol. 1.º, pp. 156 a 159. Recuerda también LALINDE que en la extremadura turoloense el hijo que vivía con sus padres seguía bajo su potestad, aunque fuera mayor, salvo que se casase o tomase órdenes sagradas. Cfr. *Los fueros de Aragón*, 1976, pp. 63-64. La sentencia del TS de 28 de febrero de 1860 consideró aplicable en esto en Aragón la Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776, a que he aludido en la nota anterior. Cfr. *Jurisprudencia civil*, tomo 5.º, 1860, núm. 127, pp. 285-291. Ponente don Antero ECHARRI.

²⁹ Cfr. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo 1.º, Guara Editorial, Zaragoza, 1981 (1879, 1880, 1885), pp. 160 a 163. Es cierto, como explica BAYOD LÓPEZ, que los novios finalmente también firmaban la escritura pública ante el notario, pero la descripción de COSTA es bien expresiva de quién tomaba de verdad las decisiones económicas fundamentales de la futura organización familiar. Cfr. de esta autora *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 87-88.

la amplia libertad pacticia de origen medieval en materia de capítulos matrimoniales en la que venían apoyándose tradicionalmente, pero en el CC de 1889 se impone otro planteamiento más restrictivo, con antecedentes en el Derecho romano clásico³⁰, y cristalizado en la forma explicada en la Francia de la última época del antiguo régimen. Según este planteamiento más restrictivo, que Lalinde denomina «racionalista», se supone que el matrimonio despoja a los cónyuges de esa alteridad necesaria para contratar con equilibrio de intereses, recta formación de la voluntad y sin perjuicio de terceros³¹. Esta concepción, procedente del *Droit coutumier* y del *Code*, se recibió en nuestro CC, como en otros códigos latinos, y se concretó en la limitación o prohibición de los contratos entre cónyuges y en la inmutabilidad posmatrimonial de los capítulos³². Con todo, frente al rígido sistema castellano vigente hasta entonces, la mera posibilidad de capitular antes de la celebración del matrimonio, resultó en los territorios de Derecho común una importante innovación liberalizadora, aunque sólo teórica y destinada a tener durante muchas décadas muy escaso arraigo social. Durante ese tiempo la dote y las donaciones *propter nuptias* habrían de ser los únicos cauces disponibles a los ascendientes para que pudieran incidir en la organización patrimonial de las familias con ocasión de los nuevos matrimonios.

Según el artículo 1396 del Código francés: «*Les changements qui seraient apportés aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage doivent être constatés par un acte passé dans les mêmes formes. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultanés de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage, ou de leurs mandataires*». Este precepto se redacta en 1804 como regla general para todos los pactos económicos antematrimoniales, con los precedentes históricos que se acaban de recordar, y contemplando, por su formulación abstracta característica de todo el Derecho codificado, de forma sólo implícita la familia patriarcal o extensa (no llama sólo a ascendientes o parientes de los contrayentes) y, ya de forma explícita, unas modificaciones que no incluían el cambio de un régimen económico matrimonial

³⁰ Según GARCÍA GARRIDO, Manuel, la prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho romano clásico estaba al servicio de la autonomía de los patrimonios conyugales. Cfr. *Ius Uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, p. 78.

³¹ Cfr. del autor *Capitulaciones y donaciones en el Derecho catalán*, Barcelona, 1965, pp. 30-31. Cfr. también mi trabajo de 1988, pp. 639-640.

³² Cfr. artículos 1383 y 1385 del Código italiano de 1865, y 1096 a 1105 del Código portugués de 1867.

que hubiera ya empezado a regir y a producir efectos (como mucho, pudieron incluir el cambio de un régimen económico sólo proyectado) ³³.

Sustancialmente la misma significación, sólo implícitamente relacionada con la familia extensa, tuvo el originario artículo 1319 CC español, que exigía para el cambio prenupcial de unas capitulaciones «*la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes*», aclarando, en forma muy expresiva de lo ampliamente que consideraba a los susodichos «*intervenientes como otorgantes*», que no era necesario el «*concurso de los mismos testigos*».

El artículo 58 del Apéndice aragonés de 1925 sancionó, conforme a la tradición aragonesa, la mutabilidad posnupcial de los capítulos, y reclamaba también para los pactos posnupciales novatorios la «*asistencia y conformidad*» de los «*padres u otros ascendientes*» que hubieran intervenido en el otorgamiento de los capítulos modificados y «*mientras vivan*», previendo que, cuando hubieran fallecido «*todos*» los ascendientes otorgantes de los capítulos iniciales, y si no habían transcurrido veinte años desde el casamiento, habrían de reemplazarlos en los pactos novatorios «*dos parientes del marido y dos de la mujer, que sean, respectivamente, los más cercanos, varones, y de más edad*». Es perfectamente nítida la lógica familiar de este precepto, que llamaba sólo a los padres o ascendientes otorgantes, aunque no hubieran transmitido ni adquirido ningún derecho, y no a otros otorgantes (ni siquiera a parientes colaterales), y que les sustituía cuando faltaran por otros parientes, y no por sus herederos. Al circunscribirse en su letra este precepto sólo a los capítulos posnupciales, coexistía o se superponía al antiguo artículo 1319 del Código, que, como supletorio, era aplicable también en Aragón a las modificaciones prenupciales de los capítulos matrimoniales.

El sistema resultante fue, por tanto, aparentemente, el de una lógica más patrimonial y restrictiva para las novaciones antem matrimoniales de los capítulos y una lógica más familiar y tolerante o facilitadora con las novaciones posnupciales de los mismos. Pero, en realidad, el legislador de 1925, al extender, sin claro precedente en las fuentes históricas aragonesas, la idea subyacente de los artículos 1396 del *Code* y 1319 del Código a la modificación posnupcial de los capítulos, vino a extender enormemente, y con crite-

³³ Este precepto transcrito, que es el originario, viene hoy seguido en el *Code* por un nuevo artículo 1397 en el que se reconoce el principio de la mutabilidad posnupcial de los pactos económicos matrimoniales y que fue introducido por la Ley de 13 de julio de 1965.

rio muy discutible, el ámbito de la lógica de la familia patriarcal subyacente en aquellos preceptos (los terceros intervinientes en el otorgamiento de los capítulos casi siempre solían ser precisamente padres o ascendientes) a unas novaciones de capítulos, planteables en cualquier contexto social, y en las que ya iba a resultar cada vez más frecuente la aparición del cambio de régimen matrimonial como objeto principal y más característico. Así se potenció decisivamente, en 1925, la idea de inspirar la novación de los capítulos en la lógica de la familia patriarcal en inevitable detrimento, tendencialmente, de la libertad de capitular de los cónyuges³⁴. Creo que esta discutible, y forzada por el legislador, extensión del carácter «orgánico» de los capítulos matrimoniales es la que ha hecho necesaria la aparición de la idea doctrinal de la «interdependencia» entre negocios dispositivos y estipulaciones capitulares, precisamente para atenuar las posibles consecuencias irrazonables de la mencionada extensión legal.

Si esto es cierto. Si el legislador de 1925 estuvo poco acertado o se equivocó con su extensión del precepto francés del *Code* (art. 1396) a las mutaciones de capítulos posmatrimoniales, la restante historia del Derecho español en cuanto a esto es la de una generalizada persistencia en el error, tanto en los Derechos forales o luego autonómicos, como en el CC, y aunque evolucionando el precepto en todos los casos hacia una pérdida de su lógica familiar en beneficio de una lógica ya, formalmente al menos, exclusivamente patrimonial.

Veamos un apretado resumen de esta evolución legislativa. En la Compilación de Vizcaya y Álava de 1959 se aceptaba la idea de la inmutabilidad posmatrimonial de capítulos (art. 41), idea sustituida por la de libre mutabilidad en la reforma legal de 1992 (art. 93 desde la Ley 3/1992, de 1 de julio), habiendo sido aplicables allí a la novación de capítulos, como Derecho supletorio, el originario

³⁴ BAYOD LÓPEZ, Carmen, sostiene que en el artículo 58 del Apéndice, norma que considera de extraño o incomprensible origen, se produjo una «confusión», al convertir en norma escrita y general sobre los capítulos aragoneses una forma de actuación y una regla que sólo tenían sentido en el ámbito del Derecho consuetudinario altoaragonés. Difícilmente se puede estar de acuerdo con esta explicación. Primero, porque el origen del precepto es claramente el artículo 1396 del *Code* y el artículo 1319 CC. Segundo, porque esa generalización a todo el Derecho aragonés legislado de reglas aparecidas en el Derecho consuetudinario altoaragonés se ha hecho por el legislador del pasado siglo con varios institutos y con una línea consciente de política legislativa, que no cabe calificar como «confusión». Tercero, porque el precepto del artículo 58 del Apéndice tampoco se habría adaptado bien al contexto del Derecho consuetudinario altoaragonés, en el que no era raro que pudieran figurar como capitulantes personas extrañas a la familia o, sobre todo, parientes colaterales como tíos o hermanos, que fueran verdaderamente parte en los negocios familiares sustantivos. Véase lo que explico en las notas 15 y 37 de este trabajo. Cfr. de la autora *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Zaragoza, 1995, pp. 283 y 289 a 298.

artículo 1319 CC, su reforma de 1975, y el actual artículo 1331, éste con diferente significado desde 1992, como vemos.

La Compilación catalana de 1960 recogió un precepto (art. 9) sustancialmente equivalente al artículo 1396 del *Code*, en un contexto de amplísima mutabilidad posmatrimonial del régimen económico matrimonial aunque limitada por la irrevocabilidad de bastantes de las cláusulas capitulares (arts. 7 y 14 y concordantes)³⁵. Tras reformas legales de 1984 y 1993 (art. 12.3.º)³⁶, ese precepto derivado del francés de 1804 ha sido considerablemente limitado en sus posibles inconvenientes consecuencias y es hoy el artículo 18 del Código de familia de Cataluña, recogido en la Ley 9/1998, de 15 de julio. La fórmula catalana del precepto es la más restrictiva y la que considero menos mala de entre las existentes. En un primer apartado recoge una fórmula similar a la del artículo 1331 del Código, aunque llamando a la novación también, en su caso, a los herederos de los otorgantes iniciales. Y en su segundo apartado establece que *«la modificación del régimen económico matrimonial y de los pactos sucesorios recíprocos entre cónyuges y su resolución, así como de los establecidos por ellos a favor de los hijos, pueden acordarla exclusivamente los cónyuges, sin necesidad de acuerdo de las demás personas que hayan concurrido en los capítulos ni de los herederos»*.

Bajo la Compilación de Baleares de 1961 regía la inmutabilidad posmatrimonial de capítulos (art. 3) y la aplicatoriedad supletoria del artículo 1319 CC, con sus dos sucesivas versiones, y del artículo 1331, desde 1981. El sentido de este último ha cambiado desde que el TR 79/1990, de 6 de septiembre, admitió también en Baleares el principio de mutabilidad posmatrimonial de los capítulos (art. 3.1.º).

En Galicia ni la Compilación de 1961, ni la nueva Ley 7/1987, de 10 de noviembre, reformadora de aquélla, regulan los capítulos matrimoniales, por lo que ha regido y rige supletoriamente el CC (hoy art. 1331).

³⁵ LALINDE ABADÍA, Jesús, percibió la falta de lógica del artículo 9 de la Compilación de 1960, aunque con una explicación algo distinta a la que aquí doy, y sin relacionarlo con su antecedente francés de 1804. Cfr. *Capítulos y donaciones en el Derecho catalán*, 1965, pp. 54-55.

³⁶ EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, explica que el precepto parte de la interrelación existente entre las diferentes estipulaciones y que considera el régimen matrimonial como una más de entre ellas. Por eso, explica, exige la unanimidad de todos los otorgantes iniciales para una novación general de los capítulos. Advierte de que el heredamiento a los contrayentes queda en una cierta penumbra y que acaso no sería necesario el consentimiento del heredero contrayente. No recuerda el origen francés del precepto. Cfr. *Comentari a la Modificació de la Compilació en materia de relacions patrimonials entre conjugues*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, pp. 96 a 99.

El artículo 28 de la Compilación aragonesa de 1967 sustituyó al artículo 58 del Apéndice de 1925, dentro de un mismo esquema de mutabilidad posmatrimonial de los capítulos, con una fórmula que prescindió del llamamiento supletorio a parientes y que intentó integrar una inspiración familiar como la del precepto del Apéndice junto a una lógica más patrimonial, y con una alusión más concreta al carácter gratuito de lo atribuido por los otorgantes diversos de los contrayentes a éstos o a sus hijos, lo que le dio un carácter mixto que hacía difícil su interpretación³⁷. El precepto, que parece fue tenido en cuenta por los autores de la reforma del CC de 1981, ha sido sustituido por el artículo 18 de la nueva Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, sobre régimen matrimonial y viudedad, precepto éste bastante parecido al anterior, aunque felizmente inspirado en una lógica más claramente patrimonial que aquél, y que intenta, en sus casos, que la falta de consentimiento a la novación de alguno de los que otorgaron actos o negocios en los capítulos iniciales «*en atención al régimen matrimonial*» inicialmente fijado («interdependencia»...) pueda producir ineficacia sólo del concreto acto o negocio otorgado por él (revocabilidad) y no la general ineficacia de los nuevos capítulos modificados. Con todo, como se ve, el nuevo precepto aragonés no tiene raíces en el Derecho histórico propio sino que proviene, en su origen, de la regulación de la familia patriarcal por el Derecho francés anterior a la Revolución.

La Compilación de Navarra de 1973, en un marco de mutabilidad posmatrimonial de los capítulos (Ley 78), introdujo también un precepto mediatamente procedente del artículo 1396 del *Code* (Ley 81), con una lógica mixta entre familiar y patrimonial, y ha sido retocado por la Ley de 1 de abril de 1987, en el sentido de acentuar la lógica patrimonial del mismo.

La versión de 1975 del artículo 1319 CC llamaba a la novación de los capítulos a los mismos otorgantes que todavía viviesen, pero, además, introduciendo, con clara inspiración en el artículo 28 de la Compilación aragonesa, un requisito nuevo que no estaba en el precepto de 1889 y que restringía su alcance, estableciendo que sólo debían concurrir si la modificación «*afectare a derechos constituidos por tales personas a favor de los contrayentes, o a dere-*

³⁷ La interpretación del precepto que me sigue pareciendo menos mala es la que, intentando precisamente respetar la doble lógica que el mismo presentaba, ofrecí en mi trabajo de 1988, pp. 707 a 712. BAYOD LÓPEZ, Carmen, que recogió en su primer libro de 1995 con esmero esta interpretación mía, ofreció otra diferente, aunque igualmente crítica con la norma, en el sentido de que el precepto sólo se podía entender aplicable en el ámbito de la familia extensa o patriarcal o patrivirolocal. Esta interpretación, que considero propiamente correctora, no me resulta convincente. Véase lo que explico en la nota 34 de este trabajo. Cfr. mi trabajo de 1988, pp. 704 a 712; y de la citada autora *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 299 ss.

chos constituidos por éstos a favor de aquéllos». El vigente artículo 1331, hay que suponer que conscientemente y no por mero afán de simplificación gramatical, amplió más bien el ámbito del precepto y el número de posibles llamados a la novación, al referirse a esas mismas personas mencionadas, si vivieren, «y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas». Luego, a diferencia de en la versión anterior, incluso si la modificación afectare a derechos concedidos por «*tales personas*» diferentes de los contrayentes a otras no intervinientes en el inicial otorgamiento de los capítulos, además de a los derechos concedidos por aquéllas a los propios contrayentes. Por el contrario, se excluía de la llamada a la novación a los otorgantes de los capítulos iniciales que hubieran sólo recibido derechos de los contrayentes, supuesto en principio parece que menos probable. El artículo 1331 llama a la novación, en forma similar al artículo 28 de la Compilación aragonesa, a «*concedentes*» parece que gratuitos de derechos a tributarios presentes o no en el otorgamiento de los capítulos iniciales. La reforma legal de 1981, así, amplió un tanto el ámbito teórico posible de este discutible precepto para el que la mejor doctrina reclamaba ya entonces una interpretación restrictiva.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE MODIFICACIÓN O EJECUCIÓN DE CAPÍTULOS EN LAS REGULACIONES FORALES HISTÓRICAS DE LA FAMILIA PATRIARCAL

El único supuesto de que tengo noticia en que se puede ver con toda nitidez el problema genéricamente planteado por el artículo 1331 CC, aunque en el ámbito del Derecho aragonés y estando todavía vigente el artículo 58 del Apéndice foral de 1925, es el caso resuelto por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 1927³⁸.

La Dirección General confirmó el auto apelado que había dictado el Presidente de la Audiencia confirmando la nota denegatoria del Registrador de la inscripción en el Registro de la Propiedad de

³⁸ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 179, 7.º, de 1927, núm. 61, pp. 398 a 404. Director General Pío BALLESTEROS. Esta Resolución fue publicada el 23 de enero de 1928, fecha por la que la habíamos citado tanto yo como, posteriormente, Carmen BAYOD LÓPEZ, puesto que es la fecha con la que viene reseñada en el *Anuario de Derecho Aragonés*, en donde ambos habíamos consultado la Resolución. Cfr. esta revista, 1946, p. 426; mi trabajo sobre capítulos matrimoniales aragoneses de 1988, p. 712, nota 22; y el libro de BAYOD LÓPEZ, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, p. 297, nota 32.

una escritura pública de 29 de mayo de 1926, modificativa de unos capítulos matrimoniales, porque se había otorgado aquélla sin la asistencia del padre de la esposa, a pesar de que éste había asistido al otorgamiento de los capítulos iniciales, de fecha 26 de septiembre de 1924.

En los capítulos iniciales, pactados en la ciudad de Barbastro, para el proyectado matrimonio de don J. C. B. y doña J. B. A., intervinieron hasta siete personas. Doña J. aportaba todos sus bienes y entre ellos 50 pesetas que le entregó su padre, don P. B., en concepto, se decía, de dote y por razón de legítima paterna y materna. Unos tíos de la novia casados entre sí la nombraban heredera universal con la condición de que podría disponer de esos bienes, pero no donarlos *inter vivos* ni *mortis causa*. El novio aportó diversas cantidades recibidas por él en concepto de dote y legítimas. Se pactó que los cónyuges vivirían en casa del matrimonio de los tíos de ella, don P. B. y doña M. A., cultivando todos el patrimonio familiar, que era el de esos tíos, y se preveía que si la vida en común se hacía imposible los contrayentes podrían retirarse de la casa y compañía de sus tíos, retirando cuanto ellos mismos hubiesen aportado.

En nueva escritura de 29 de mayo de 1926, otorgada por los dos matrimonios hasta entonces convivientes, el de los tíos y el de la sobrina y su marido, convinieron ambos matrimonios en separarse, renunciar la sobrina y su marido a la herencia de los tíos y restituirse las cantidades aportadas por cada uno. Como ya he indicado, el Registrador denegó la inscripción en el Registro de la Propiedad por incomparecencia del padre de la esposa, con incumplimiento en su opinión del artículo 58 del Apéndice foral de 1925, y el notario interpuso recurso gubernativo, desestimándose el mismo tanto por el Presidente de la Audiencia como por la Dirección General.

El notario, con meritoria precisión, alegaba que en las primeras capitulaciones había dos clases de estipulaciones «*perfectamente diferenciables*», como eran la institución de heredero y la sociedad conyugal del matrimonio joven. La verdadera capitulación, argumentó, era la de éstos, ya que sólo ellos la otorgaban y que la segunda escritura en nada alteró el «*estatuto nupcial*». El contrato matrimonial, argumentó, quedaba íntegramente subsistente y no había existido en rigor la novación a la que se refiere el artículo 1203.1.º CC. Y además, la separación ya se había previsto en la primera escritura de capítulos, por lo que no concurría verdadera novación de la mencionada en el artículo 58 del Apéndice. Por lo demás, concluía, la novia era mayor de edad y el padre no había sido otorgante en concepto alguno, sino sólo acompañante

por razones morales. Pero el padre ni adquirió derechos ni contra-jo obligaciones de ninguna especie. No se argumenta en el caso sobre la donación como «dote o legítima» que su padre había hecho a la novia (parece que con anterioridad al otorgamiento de los capítulos, pero mencionándose en la escritura pública de los mismos) de 50 pesetas, ni la mencionó el notario.

Frente a esta sensata argumentación del notario, la Dirección General sostuvo la invalidez de la segunda escritura pública en la que se dejaban sin efecto pactos hereditarios, de vida común y otros. Argumentó que en la primera escritura el notario, al redactarla, no aludió a otorgantes en diversos conceptos, sino que *«puso de relieve que las complejas relaciones y prestaciones de la escritura en cuestión, forman un todo orgánico, un verdadero contrato único por su forma y por las recíprocas manifestaciones de los comparecientes, sin que sea dado al Registrador que ha de calificar escindir el acto jurídico o dividir la continencia para limitar las declaraciones del padre compareciente a recibir la renuncia de su hija en orden a los derechos hereditarios»*. Y añadía la Dirección General que la intervención del padre en el Alto Aragón significa *«más que una prueba de reverencia por parte de los contrayentes, el cumplimiento de un deber tradicional por parte del padre, llamado en primer término a cuidar del porvenir de su hija y a vigilar la redacción de las estipulaciones sobre que haya de desenvolverse la futura sociedad conyugal»*. Finalmente rechaza la argumentación del notario de que sólo se pueda ser otorgante o para adquirir derechos u obligaciones o para representar a otro o para suplir su falta de capacidad. Considera esa enumeración *«deficiente»*, ya que deja fuera al que concurre para levantar una prohibición de disponer, o al padre que da consejo favorable a la boda de su hija y *«concorre al perfeccionamiento»* de los capítulos pactados.

Como se ve, la argumentación de la Dirección General es formalmente correcta, al aplicar el entonces vigente artículo 58 del Apéndice, con su llamada a los ascendientes y parientes intervinientes en los capítulos y aun a los parientes legalmente llamados en casos en sustitución de los intervinientes iniciales que luego no pudieran comparecer, pero resulta en el fondo poco razonable socialmente y recurre a una cierta retórica que, aunque ciertamente inspiradora también del precepto del Apéndice recordado, evoca claramente a la vieja familia patriarcal (deber tradicional del padre; deber de vigilar la redacción de las estipulaciones capitulares, y de concurrir al perfeccionamiento...), y retórica de la que, incluso ya en ese momento histórico, hubiera sido bueno poder prescindir en

el supuesto, en el que los dos matrimonios que verdaderamente habían sido partes del negocio en sentido sustancial habían alcanzado un acuerdo de separación de las familias amistoso, razonable e incluso previsto como posible en la escritura inicial de capítulos. Esta Resolución, reconociendo una posibilidad de injerencia excesiva al padre de la esposa joven, que acaso ni él siquiera estaba interesado en ejercitar, creo que ilustra muy bien sobre lo irrazonable de la regla (art. 1331 CC) que someto a consideración en este trabajo.

Mejor sentido parece mostrar la Audiencia Territorial de Zaragoza en su sentencia de 29 de diciembre de 1948 ³⁹, en la que no acepta la anulación de un acuerdo de reorganización de la vida de una familia aragonesa que vivía en la típica casa, acuerdo que se había realizado en acto de conciliación, y que se había hecho necesario por las desavenencias surgidas entre la heredera de la casa nombrada en unas capitulaciones matrimoniales, ya viuda y con hijos, y su padre y restantes hermanos. El pacto se denominó de «renuncia», pero parece que era una verdadera novación de los capítulos familiares. La viuda «renunciante» intentó anular el acuerdo tras contraer nuevo matrimonio y alegó, entre otras razones, que no habían comparecido en el acto de conciliación todos los interesados, como, en particular, su madre y una tía que había de vivir con ella. La Audiencia no admitió la anulación y ni siquiera —esto ya parece que sin razón— que hubiese habido novación de los capítulos.

A la misma conclusión crítica antes expresada conduce, en mi opinión, el estudio de algunas sentencias dictadas por el TS sobre la irrevocabilidad de ciertas donaciones hechas en capítulos matrimoniales bajo el régimen del Derecho catalán histórico anterior a la Compilación catalana de 1960. Por ejemplo, la sentencia de 12 de junio de 1925 ⁴⁰ declaró nula una modificación de unos capítulos matrimoniales anteriores, de 15 de mayo de 1901, realizada sólo por los cónyuges, que se habían separado de mutuo acuerdo, en acta de conciliación de 17 de junio de 1902, ratificada pocos días después en escritura pública de 23 de junio de 1902. En los capítulos iniciales de mayo de 1901 ambos cónyuges se habían hecho una mutua donación esponsalicia o de sobrevivencia, llama-

³⁹ Lo que el resumen disponible de esta sentencia ya no explica es si las dos personas no comparecientes a la novación habían comparecido o no en el otorgamiento de los capítulos iniciales. Cfr. *Anuario de Derecho Aragonés*, IV, 1947-1948, pp. 564-565, y mi trabajo de 1988, p. 708, nota 16.

⁴⁰ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 167, 1925, núm. 25, pp. 128-138. Ponente JOSÉ GARCÍA VALDECASAS. En esta Sentencia se citan otras sentencias del TS tanto a favor como en contra de la tesis sostenida en la misma.

da vulgarmente «*escreix*». La esposa falleció el 12 de mayo de 1917 y sus bienes pasaron a sus herederos. Sin embargo, poco después el marido, con la escritura capitular inicial de mayo de 1901, logró inmatricular a su nombre en el Registro de la Propiedad una finca que su mujer le había donado en esos capítulos, con lo que consiguió poco después desahuciar de la finca en cuestión a los herederos de su difunta esposa. Estos herederos demandaron al marido, pero el TS, obligado a aplicar el Derecho catalán histórico, le dio la razón a éste, creo que injustamente y poco razonablemente incluso en aquel momento histórico, argumentando desde la retórica de la vieja familia patriarcal y recordando que en los capítulos matrimoniales catalanes solían intervenir (la sentencia ni siquiera aclara si habían intervenido en el concreto supuesto) los padres de los contrayentes y otros parientes y extraños y que, por ello, constituían una «*verdadera organización del patrimonio familiar*» irrevocable.

En alguna otra sentencia, como la de 24 de junio de 1974 ⁴¹, el TS sí que admite la modificación de unos capítulos matrimoniales de 4 de septiembre de 1946 en los que se había otorgado un pacto sucesorio o heredamiento catalán con intervención de varios familiares de los contrayentes, y que fueron modificados en nueva escritura pública de 29 de agosto de 1949, pero porque la modificación se hizo con intervención de nuevo de todos esos mismos otorgantes de los capítulos iniciales. El pleito se planteó porque un hijo del beneficiario del heredamiento pactado en los capítulos iniciales creyó tener derechos sucesorios en representación de su padre fallecido y alegó confabulación de todos los firmantes de los segundos capítulos modificativos que, según él, habrían coaccionado moralmente a su padre para que firmara esa modificación capitular. El TS, aplicando el Derecho catalán histórico y con toda razón, destacó el aspecto contractual de los capítulos, reconoció que hubo mutuo disenso y que el mismo había hecho cesar la supuesta irrevocabilidad de los capítulos matrimoniales, y denegó la petición del demandante. Además, el Alto Tribunal consideró no probada la coacción moral sobre uno de los firmantes que alegaba el demandante. Pero obsérvese que un pleito así, con tan endeble fundamento para la demanda, seguramente no hubiera llegado ni a plantearse por el demandante si no hubiera existido en el ambiente (y en la interpretación jurisprudencial del Derecho catalán histórico entonces todavía vigente, como acabamos de ver) la idea de la persistencia de la vieja familia extensa o patriarcal.

⁴¹ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1974, núm. 319, pp. 542 ss. Ponente Antonio PERAL GARCÍA.

Similares concepciones profundas muestran algunas sentencias del TS sobre el Derecho histórico navarro anterior a la Compilación foral navarra de 1973. Por ejemplo, en su sentencia de 28 de septiembre de 1867⁴², en la que se resuelve un conflicto creado en una típica familia extensa, que se había estructurado en sendos capítulos matrimoniales de 5 de julio de 1843 y de 11 de enero de 1854, con donación universal o pacto sucesorio en los primeros a favor de la contrayente por parte de su padre y abuela, aunque también con la típica previsión de posibles discordias entre los miembros mayores de la familia y el matrimonio joven, discordia que luego se produjo en efecto, haciéndose necesario un pacto de disolución de la «*sociedad de compañía*» pactada. El pleito se produjo, no por la relación entre los dos capítulos matrimoniales sucesivos ya mencionados, sino porque en los capítulos iniciales de 1843 el padre de la contrayente y heredera se había «reservado» la libre disposición sobre 1.500 duros, pero finalmente, después de haber gastado, al parecer, más de 5.000 duros, falleció en junio de 1862 habiendo dejado todavía a una sirvienta, en testamento otorgado poco antes de morir, un legado de 1.300 duros. La sirvienta y su marido demandaron, entonces, al matrimonio que había capitulado en 1843, reclamándoles el pago del legado. El TS rechazó esta pretensión, parece que con razón en aquel contexto, considerando nulo ese legado testamentario al entenderlo hecho en contravención del pacto familiar en capítulos de 1843, que como contrato vinculante no podía quebrantarse unilateralmente por el testador, que era uno de los intervinientes.

En el mismo sentido, las sentencias del TS sobre el Derecho histórico navarro de 27 de junio de 1922 y de 22 de marzo de 1958⁴³ dan gran relevancia a pactos familiares en capítulos matrimoniales con pactos sucesorios y otras especificaciones propias de la familia extensa, hasta el punto de anular pactos de separación amistosa entre familias convencionalmente reunidas mediante esos capítulos, y a pesar de que en esos pactos de separación amistosa entre matrimonios se renunciaba por quien había recibido la «donación universal» de bienes de sus padres a esos derechos hereditarios. En la primera de dichas sentencias, el Alto Tribunal declaró nula la escritura amistosa de recomposición familiar de 11 de enero de 1890, reformadora del diseño familiar pactado en capítulos matrimoniales

⁴² Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1867, tomo 16, núm. 244, pp. 191 a 195. Ponente Buenaventura ALVARADO.

⁴³ Cfr., respectivamente, *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1922, tomo 156, núm. 100, pp. 647 a 664. Ponente Manuel DEL VALLE; y tomo 67, marzo de 1958, núm. 218, pp. 785 a 798. Ponente Joaquín DOMÍNGUEZ DE MOLINA.

de 30 de junio de 1856 y, sobre todo, de 10 de junio de 1885, al haberlo solicitado así en su demanda el defensor judicial de la menor que era hija de la donataria universal y nieta de la donante, frente a donaciones de bienes hechas por esta donante a otros hijos suyos con base en la recuperación de bienes que ella había logrado en la escritura de reorganización familiar amistosa de 1890. La anulación de ésta última supuso la anulación también de las donaciones hechas por esa madre a sus hijos. El TS apoya esta muy discutible decisión, expresamente, en el «*carácter patriarcal de la familia navarra*», en la que las condiciones y obligaciones adquiridas en capítulos matrimoniales afirma que «*por su especial naturaleza familiar requieren la permanencia como ley primordial*», por lo que considera que «*es esencial la irrevocabilidad*» de esas donaciones «*propter nuptias*». Y similar doctrina sigue, apoyándose expresamente en esta sentencia de 1922, la de 22 de marzo de 1958, que añade a esos argumentos ahora recordados el de que la irrevocabilidad de la donación universal «*propter nuptias*» (pacto sucesorio) era «*la base del régimen económico establecido*» en unos decisivos capítulos familiares de 12 de noviembre de 1933.

El resto de resoluciones judiciales o de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el Derecho aragonés histórico que he encontrado, aparte de una curiosa sentencia del TS, en la que se analiza una escritura pública de separación entre cónyuges para separarse de hecho a mediados del siglo XIX, modificándose los capítulos anteriores⁴⁴, contienen más bien supuestos,

⁴⁴ Cfr. sentencia del TS de 22 de enero de 1884; *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 54, núm. 30, pp. 134 a 139. Ponente Juan FERNÁNDEZ PALMA. Era un matrimonio con hijos de la zona de Borja, provincia de Zaragoza, y cuyos cónyuges modificaron un régimen establecido en capítulos, aunque no se dice si intervinieron en cualquiera de las escrituras otros otorgantes distintos de los mismos cónyuges, ni cuál fuera el régimen matrimonial modificado, ni se denominan capítulos a las escrituras modificativas (dos escrituras públicas de 29 de marzo de 1858 y de 14 de diciembre de 1866, y un convenio privado de 13 de septiembre de 1866). El marido había prometido pasar a su mujer una pensión anual de 7.500 reales de vellón, aparte de otros varios arreglos económicos entre ellos, pero en cierto momento se arrepintió y pidió la nulidad de esa pensión y de otras donaciones que había realizado a favor de su mujer, argumentando la falta de la insinuación que para esas donaciones exigía el Derecho aragonés, y que todas las escrituras, al facilitar la separación entre los cónyuges, eran contrarias a la moral y a las leyes canónicas y civiles. El TS da la razón al marido sobre todo desde el argumento de la falta de insinuación de las donaciones, llevando en esto la contraria a la doctrina clásica aragonesa. Es curioso que Joaquín COSTA, apoyándose en esta sentencia, llevó también la contraria a dicha doctrina clásica aragonesa. Véase sobre esto mi trabajo de 1988, donde expongo, en las pp. 656 a 658, el estado de la cuestión en el Derecho aragonés antes del Apéndice de 1925, aunque sin haber recogido esta curiosa sentencia. Para la mencionada opinión de COSTA, véase su *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo 1.º, Guara Editorial, Zaragoza, 1981 (1879, 1880, 1885), pp. 143 a 145. Conviene recordar también, puesto que es poco conocido, que, en el siglo XIX, existió jurisprudencia del TS que exigía la insinuación ante el juez para la validez de ciertas donaciones tanto en el Derecho castellano (Partida 5.ª, tít. 4.º, ley 9.ª) como en el Derecho

como los vistos en relación a los Derechos catalán y navarro históricos, en los que se discute si nuevos capítulos o escrituras o testamentos posteriores han vulnerado o no el sentido de lo ordenado en capítulos anteriormente otorgados conteniendo pactos familiares y pactos sucesorios, por lo que no aluden exactamente al problema contemplado en este trabajo, teniendo sin embargo alguna utilidad para la comprensión del contexto histórico en el que dicho problema se planteaba inicialmente.

En la sentencia del TS de 28 de febrero de 1860⁴⁵ se trata un conflicto que arranca del testamento que había otorgado en la localidad aragonesa de Aguarta el 19 de febrero de 1668 don Pedro de Villacampa, señor de Artosilla, estableciendo una vinculación o mayorazgo en el que a los nietos se les imponía la condición de casarse a voluntad de determinadas personas, matrimonio obligatorio al que se condicionaba la percepción de la herencia correspondiente. Se discurre sobre la Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776, reguladora de los consentimientos del padre para los matrimonios de los hijos, y que se explica que había previsto la sustitución del padre fallecido por otras personas en ese cometido de autorizar el matrimonio de los hijos. Se da noticia en el caso de que en 17 de enero de 1788 un amplio número de personas otorgaron unas capitulaciones en las que se especificaba que una descendiente del fundador de la vinculación se casaba conforme a la voluntad de determinadas personas según lo ordenado por el fundador.

La sentencia de 5 de mayo de 1892⁴⁶ contempló un caso en el que, en unos capítulos matrimoniales de 30 de enero de 1846, los contrayentes, en unión del padre de ella, parece que habían pactado una institución recíproca de herederos o pacto «*al más viviente*» (no se denomina así, al parecer, en los mencionados capítulos ni en la sentencia), que luego se discutió si había sido o no vulnerada por un testamento de la esposa otorgado el 10 de septiembre de 1883, pocos meses antes de premorir a su marido. El pleito lo planteó una sobrina de la esposa con derechos hereditarios según ese testamento de 1883 contra una sobrina del marido sobreviviente, a quien

catalán (Constitución 1.ª, tít. 9, libro 8.º, de las de Cataluña). Véase para el primero la sentencia de 27 de marzo de 1860, *Jurisprudencia civil*, tomo V, 1860, núm. 147, pp. 335 a 339; Ponente don Miguel OSCA; y en cuanto al segundo, la sentencia de 11 de junio de 1862, *Jurisprudencia civil*, tomo VII, 1862, núm. 154, pp. 380 a 383. En su comentario al artículo 946 del Proyecto de 1851 GARCÍA GOYENA, Florencio, recordaba los antecedentes romanos y de Partidas de esta exigencia de insinuación o forma especial para estas donaciones superiores a cierta cuantía o valor.

⁴⁵ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo V, 1860, núm. 127, pp. 285 a 291. Ministro don Antero ECHARRI.

⁴⁶ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 71, 1892, núm. 135, pp. 561 ss. Ponente Joaquín GONZÁLEZ DE LA PEÑA.

éste, tras heredar a su esposa, había nombrado heredera antes de morir, precisamente en otro testamento de 1 de julio de 1885, otorgado el mismo día en que falleció. El TS dio preferencia, creo que con razón, a los capítulos de 1846 y los consideró un contrato irrevocable, aunque sin reconocer pacto sucesorio (parece que lo hubo) y argumentando que lo que se había pactado era sólo una disolución de los gananciales a la disolución por muerte, lo que entendía válido tanto en el Derecho aragonés como en el Derecho común.

La sentencia del TS de 31 de marzo de 1900 ⁴⁷ contempla un típico supuesto de dos capitulaciones encadenadas por el eslabón de una fiducia establecida a favor del cónyuge que resultara sobreviviente para nombrar sucesor de la Casa a uno de los hijos comunes (hijo o hija) del matrimonio capitulante o a favor, si murieren ambos cónyuges sin haber dispuesto, de ciertos parientes que se especificaban. La fiducia se estableció en unos capítulos matrimoniales de 15 de enero de 1835 y, ya fallecido el marido, la mujer viuda ejecutó la fiducia nombrando heredero universal a uno de sus hijos en los capítulos que éste celebró al casarse, el 4 de junio de 1879, otorgamiento al que concurrió la madre con el fin, entre otros, de nombrarle heredero. Una de las hermanas del heredero alegó luego preterición e intentó en juicio la declaración de nulidad de los capítulos de 1879 sin que el TS, que consideró con acierto bien ejecutada por la viuda la fiducia establecida en 1835, le diera la razón. El supuesto ya se ve que es de Derecho aragonés anterior incluso al CC.

Algún interés presenta también la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 16 de mayo de 1914 ⁴⁸, que resolvió un supuesto en el que parientes de los capitulantes, en una escritura pública posterior a la de capítulos, hicieron un intento de influir en el cumplimiento de una fiducia establecida a favor del cónyuge sobreviviente en esos capítulos matrimoniales. En capitulación entre los contrayentes de fecha 2 de mayo de 1863 se había dispuesto que pudieran nombrar heredero en el futuro, de entre los hijos que hubiere en el matrimonio, el superviviente y un pariente del premoriente más cercano de él, varón y mayor de edad, lo que, fallecido el padre del instituido heredero (don P. B.), precisamente fue cumplido eligiéndose a éste de entre los cuatro hijos habidos en el matrimonio por la madre viuda, doña A. A. S., titular del «señorío mayor», y don

⁴⁷ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 89, 1900, núm. 80, pp. 430 a 436. Ponente Vicente DE PINIÉS.

⁴⁸ Véase esta Sentencia en Anuario de Derecho Civil Aragonés, tomo IV, núm. 148, pp. 364 a 372. La había citado ya en mi trabajo de 1988, al comentar el artículo 28 de la Compilación aragonesa, p. 712, nota 22.

M. B., pariente más próximo del padre difunto, don F. B., y haciéndose por ambos esa designación de heredero en escritura pública de 14 de diciembre de 1894. Algunos años después, los más próximos parientes de esos contrayentes y capitulantes de 1863, otorgaron en escritura pública de 12 de febrero de 1904 un documento o escritura llamado «de aclaración» en el que se intentaron entrometer en la institución de heredero hecha en cumplimiento de la fiducia, al intentar explicar, aclarar y hasta subsanar, a juicio de la Audiencia, la escritura de institución de heredero de 1894. Dos de los tres hermanos del heredero elegido por la fiduciaria demandaron a éste, invocando, entre otras razones, preterición suya, pero la Audiencia de Zaragoza desestimó esas pretensiones y consideró válida la escritura de ejecución de la fiducia de 1894. O sea, que los parientes no pretendieron modificar directamente los capítulos matrimoniales, pero sí su eficacia normal.

La sentencia del TS de 26 de mayo de 1952 ⁴⁹ discurrió sobre si podían o no cumplir los parientes una fiducia establecida en unos capítulos matrimoniales aragoneses de 1898, en un supuesto en el que los cónyuges fiduciarios habían tenido cuatro hijos pero habían fallecido sin ejecutar la fiducia y sin designar heredero. El Alto Tribunal prefirió que los parientes precisamente llamados por uno de los hijos ejecutaran la fiducia y nombraran heredero, por supuesto, a éste, que no permitir abrir la sucesión intestada y dividir la herencia en partes iguales entre los cuatro hermanos. La sentencia del TS de 4 de julio de 1953 ⁵⁰ todavía tuvo que tratar un conflicto en el que se discutía si un testamento mancomunado otorgado el 12 de mayo de 1920 por dos cónyuges aragoneses contra venía o no lo ordenado en la organización familiar y patriarcal proveniente de unos antiguos capítulos matrimoniales aragoneses de 6 de abril de 1844 y, sobre todo, de otros de 17 de noviembre de 1868. Aunque se aplicaba todavía el Derecho histórico aragonés anterior al Apéndice, el TS, contestando una alegación de los recurrentes, afirmó que no podía aplicarse el artículo 58 del Apéndice (el precepto equivalente al actual art. 1.331 del CC) porque, sobre ser aplicable aún el Derecho anterior, el testamento mancomunado no tenía carácter de «novación» de los capítulos de 1868. La anulación del testamento mancomunado la reclamaban en su demanda unos parientes colaterales de la familia del marido testador contra la mujer nombrada heredera en el testamento mancomunado (los

⁴⁹ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1952, tomo 24, núm. 191, pp. 948 a 959. Ponente Celestino VALLEDOR.

⁵⁰ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1953, tomo 31, núm. 273, pp. 105 a 123. Ponente Juan SERRADA HERNÁNDEZ.

cónyuges testadores habían fallecido sin hijos), pero la Audiencia de Zaragoza y el TS, acaso forzando un tanto el sentido de los capítulos de 1844 y 1868, absolvieron de la demanda a esta heredera.

La sentencia del TS de 27 de febrero de 1964⁵¹ tuvo que decidir sobre si una escritura pública de 21 de enero de 1930 había o no vulnerado unos capítulos tradicionales otorgados el 5 de junio de 1898 por dos matrimonios de dos hermanos con dos hermanas, puesto que en dicha escritura de 1930 se había nombrado heredero, pero al parecer en irregular ejecución de una fiducia concedida en esos capítulos anteriores de 1898 constitutivos de una sociedad familiar y típica Casa aragonesa. Se argumentó más desde el Apéndice de 1925 que desde el Derecho histórico aragonés. El supuesto era complejo y de difícil solución. Los bienes principales los aportaba uno de los dos maridos capitulantes, don Ramón A. C., quien tuvo dos hijos de esa primera esposa y, ya viudo, se casó de nuevo con doña Simona G. G., teniendo otros ocho hijos de este segundo matrimonio. Don Ramón A. C. y su primera esposa fallecieron sin designar heredero, supuesto para el que los capítulos de 1898 habían previsto que designaran heredero dos parientes, los más próximos, uno del marido y otro de la esposa fallecidos. En lugar de ello, a la escritura de 21 de enero de 1930 concurren tres parientes, de los que dos del marido muerto, su segunda mujer, doña Simona G. G., que accedió a designar heredero al hijo mayor del primer matrimonio de su marido muerto, para no desmembrar el patrimonio de la Casa familiar y, finalmente, ese hijo nombrado heredero, don Ramón A. L. Posteriormente, según doña Simona G. G., no se cumplió ninguno de los pactos de la escritura de 1930, ni en lo relativo a ser pacto para después de los días de los otorgantes; ni en el deber de respetar su «señorío mayor»; ni en cuanto a las prohibiciones de enajenar bienes del patrimonio familiar. Parece que doña Simona tuvo que llegar a dejar la Casa y acogerse a la caridad de unos parientes lejanos. Por todo ello, doña Simona demandó al heredero e hijo del anterior matrimonio de su difunto marido, pretendiendo que la herencia de éste se distribuyera igualitariamente entre los diez hijos que él había tenido, como «herederos forzosos», y de los que ocho eran hijos de doña Simona. La Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 21 de diciembre de 1960 acogió sustancialmente las pretensiones de doña Simona, pero considerando nula la escritura de 1930 por haber existido preterición en el testamento y calificando dicha escritura

⁵¹ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1964, T, núm.183, pp. 909 a 930; Ponente Tomás OGAYAR AYLLÓN.

como un testamento nulo por defectos de forma como tal testamento. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación desde argumentos puramente procesales y formalistas. La solución parece justa pero defectuosamente argumentada, porque no había habido testamento, y se debió argumentar más bien desde el doble incumplimiento tanto de los capítulos de 1898, como de la escritura de reorganización familiar de 1930.

Todavía la sentencia del TS de 8 de mayo de 1982 tuvo que discurrir sobre si una escritura pública de 13 de enero de 1959 había ejecutado correctamente o no una fiduciaría aragonesa establecida en unos capítulos matrimoniales de 18 de octubre de 1917. Se había encargado esta fiduciaría en dichos capítulos, para el caso de premoriencia de uno de los cónyuges, al cónyuge sobreviviente junto al pariente más cercano del cónyuge premuerto, y si morían los dos, a un pariente de cada parte, dirimiendo el párroco el posible desacuerdo. El cónyuge supérstite, junto al pariente preceptivo del cónyuge premuerto, nombraron heredero a un hijo soltero en esa escritura de 13 de enero de 1959, escritura que el TS consideró válida, a pesar de no haber comparecido los dos testigos instrumentales que exigía el artículo 21 del Apéndice de 1925, pero sólo para el otorgamiento de testamento abierto, por lo que se consideró el precepto, creo que con razón, no aplicable al caso.

Más alejadas del objeto de nuestra investigación, aunque ayudan a entender el Derecho aragonés vivo de la época, quedan otras resoluciones del TS o de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictadas para el Derecho aragonés anterior al Apéndice de 1925, en las que se discute, entre otros temas, hasta qué punto era necesaria la comparecencia de ciertos parientes para la validez de actos dispositivos de los «señores mayores» en casos en los que la «carta» capitular familiar, otorgada por varias personas, había puesto condicionamientos de comparecencia de los mencionados parientes a la transmisión de bienes de la Casa por tales «señores mayores»⁵².

⁵² La sentencia del TS de 17 de enero de 1912 aceptó que el matrimonio de los «señores mayores», que habían vendido, junto con su nuera viuda, ciertas fincas, pero prescindiendo de la intervención de ciertos parientes a los que la carta capitular llamaba a apreciar la necesidad de las ventas, las habían vendido válidamente, afirmando incluso el Alto Tribunal que la concurrencia de la nuera viuda a las ventas había sido, en rigor, innecesaria. Cfr. *Jurisprudencia civil*, tomo 123, 1912, núm. 23, pp. 136 a 151. Ponente Antonio GULLÓN. La resolución de la Dirección General de 29 de mayo de 1921 consideró también válidas unas ventas de bienes de la Casa hechas por el padre viudo junto con la abuela materna y siendo menor de edad todavía la hija del matrimonio y futura heredera, sin atender las alegaciones del Notario recurrente, que reclamaba la necesaria intervención de otros parientes, y sin considerar las mencionadas ventas incompatibles con el derecho legitimario de la hija. Cfr. *Jurisprudencia civil*, tomo 153, 1921, núm. 58, pp. 291 ss. Director General M. F. BARRÓN. Pero, en sentido contrario, la Resolución de la Dirección

Una propuesta de supresión o de reforma normativa

Como explico al inicio de este trabajo, el profesor Lacruz dejó sentada ya a principios de los años sesenta, hace cuarenta años, su convicción profunda de que no es razonable que la voluntad de personas diversas de los contrayentes pueda influir decisivamente en la decisión de los mismos contrayentes relativa a modificar el régimen económico matrimonial, aunque hubieran intervenido esas personas en el otorgamiento de unos capítulos iniciales. Y opinaba, situándose en un plano más bien dogmático y ahistórico, que el antiguo artículo 1319 CC de 1889, en el fondo, respondía esencialmente a la idea de proteger el interés de los otorgantes donantes, de modo que, renunciando los cónyuges donatarios a los beneficios percibidos, hubieran debido poder éstos libremente tomar las decisiones que quisieran sobre su propio régimen económico matrimonial. Desde sus primeros trabajos sobre esta materia, siguiendo a doctrina extranjera, el propio profesor Lacruz, puso también en circulación la idea de la «vinculación» o «interdependencia» posibles entre los negocios dispositivos celebrados en capítulos y las estipulaciones capitulares o normativas, propias del régimen económico matrimonial. Casi toda la doctrina española (incluido el autor de este trabajo) ha seguido esta idea como básica para explicar las dos versiones sucesivas del artículo 1319 del Código, primero, y del vigente artículo 1331, después⁵³. Es verosímil además que el propio profesor Lacruz, que tanto influyó en la Compilación aragonesa, inspirara o diera su aceptación al texto del artículo 28 de la misma, así como que su opinión pesara o influyera en la redacción adoptada para el artículo 1331 por el legislador de 1981⁵⁴. Creo que ha pesado todavía la opinión de Lacruz, acaso con alguna atención también a las opiniones mía o de Bayod López, en la nueva versión del precepto en el artículo 18 de la Ley

General de 19 de julio de 1927 se mostró muy exigente en el respeto de la costumbre altoaragonesa de llamar a los parientes para apreciar la conveniencia de la enajenación de una casa que pretendía hacer por sí sola una viuda fiduciaria nombrada tal en testamento. El Registrador había denegado la inscripción, alegando, entre otras razones, posibles perjuicios a los hijos menores o a sus legítimas. Cfr. *Jurisprudencia civil*, 1927, tomo 1178, núm. 60, pp 323 a 330.

⁵³ El problema explicado resulta un poco como simétrico al que se planteó en el Código sobre los posibles límites al principio de inmutabilidad postnupcial de los capítulos, visto a veces como norma de orden público, y tema sobre el que se planteó una interesante jurisprudencia. Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel, en el *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 362.

⁵⁴ Escuché contar en más de una ocasión al profesor Lacruz, que participó en las labores de preparación de la Ley de 13 de mayo de 1981, que consiguió de los otros participantes en esas labores el que tuvieran siempre a mano, encima de la mesa, un texto de la Compilación aragonesa de 1967.

aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, cuya Exposición de Motivos invoca para este punto la consideración de doctrina autorizada.

Personalmente, procurando incorporar a las explicaciones habituales un mayor acento histórico dogmático, he llegado a ser finalmente bastante escéptico sobre esta idea de la interdependencia de negocios dispositivos y estipulaciones capitulares, sobre todo en un contexto de mutabilidad posnupcial de los capítulos, ausencia de límites a los cónyuges para contratar entre sí, supresión de la dote, flexibilización de las donaciones antenuptiales y *propter nuptias*, y en el que la sociedad ha dejado definitivamente atrás la organización familiar patriarcal. No es que crea que esa «interdependencia» no puede existir. Son concebibles casos. He puesto alguna vez de ejemplo el que cuenta Joaquín Costa⁵⁵ (sin relacionarlo él con la mencionada «interdependencia», concepto seguramente inexistente en su época) del sacerdote hermano del heredero de la Casa aragonesa a quien los padres atribuyen el derecho a vivir siempre en la misma si lo desea, y a ser alimentado en ella, pero estipulando, al objeto de garantizarle ese derecho, que, una vez fallecidos los instituyentes, el heredero no podría vender ni empeñar cosa alguna sin el consentimiento de su hermano sacerdote. O narra también Costa, aunque este ejemplo sea ya menos significativo, el caso de los padres que dejaban a su hija como «dote o legítima» cinco mil pesetas, pero sólo si se casaba a gusto de los padres, reduciéndosele en caso contrario la legítima al mero «haber y poder» de la Casa (cuantía de la legítima dependiente de una condición). Pero ejemplos como éstos no parecen frecuentes ni verosímiles en la práctica actual y el estudio de la jurisprudencia muestra que el artículo 1331 no se ha aplicado prácticamente nada, pareciendo que tampoco se va a aplicar útilmente en el futuro⁵⁶, y pudiendo afirmarse lo mismo de las versiones actuales del precepto en los Derechos autonómicos con Derecho civil propio⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo 1.º, Guara Editorial, 1981 (1879, 1880, 1885), pp. respectivamente, 185 y 168.

⁵⁶ Ese mismo pronóstico había hecho yo en 1988 para el similar precepto del artículo 28 de la Compilación aragonesa, creo que con acierto al menos hasta ahora, por lo que después se ha podido ver. Cfr. la p. 712 de mi trabajo tantas veces citado. Vino luego a coincidir en ese pronóstico BAYOD LÓPEZ, Carmen, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, p. 300. GARCÍA CANTERO, Gabriel, también ha pronosticado escasa aplicación al artículo 1331 del Código. Cfr. *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 348. Si algún supuesto se da considero seguro que tendrá que ver con raros residuos de la familia patriarcal que puedan quedar en la sociedad española actual.

⁵⁷ Debe reseñarse la lucidez de Joaquín COSTA al afirmar que el típico heredamiento altoaragonés era una institución de carácter patriarcal y que sólo cabría en una sociedad que conservase ese mismo carácter patriarcal. Cfr. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo 1.º, Guara Editorial, Zaragoza, 1981 (1879, 1880, 1885), p. 137.

En mi trabajo de 1988 solicité la supresión del artículo 28 de la Compilación ⁵⁸ (y la del 52-1.º), hoy sólo sustituido por el legislador de 2003 por un precepto similar (aunque de alcance que se pretende más restringido, como he advertido), y no llegué a solicitar la del artículo 1331 del Código, aunque dejé insinuado que las mismas consecuencias teóricas que extraía la mejor doctrina de dicho precepto podrían quizás lograrse por la mera aplicación de las reglas generales del Derecho patrimonial aplicadas al contrato complejo que es o puede ser una capitulación matrimonial (art. 1257 del CC, por ejemplo...) ⁵⁹. También, habría que añadir, por supuesto, que por la aplicación de las reglas del Derecho de familia o de sucesiones que resulten aplicables. Hoy me siento más convencido todavía de esta idea expresada entonces. Los negocios dispositivos albergados en capítulos y las estipulaciones capitulares no son tan distintos como el agua y el aceite, pero casi. Se interfieren muy difícilmente, y ello lo mismo en contextos urbanos y de familias «nucleares» o «neolocales» que en aquellos en los que pueda quedar algún leve vestigio de la vieja organización patriarcal. Al fin y al cabo, en Aragón, por ejemplo, los que fueron muros maestros de la Casa aragonesa del Derecho consuetudinario altoaragonés (pactos sucesorios, fiducias, testamentos mancomunados, competencias parentales...) están ya legislados por legislación general desde 1925 y, sobre todo, desde 1967, teniendo mero carácter residual la referencia legal genérica a las restantes instituciones consuetudinarias (hoy, art. 19 de la Ley aragonesa 2/2003), referencia legal de importancia menor aunque en ella se altere a favor de la costumbre por reenvío la jerarquía normativa. Por tanto, la incidencia de los consentimientos de verdad relevantes, o de su falta, ya está regulada y legislada en cada uno de estos típicos institutos del Derecho aragonés, que pueden desenvolverse todos ellos, al menos teóricamente, en el marco más amplio del cumplimiento de unos capítulos matrimoniales ⁶⁰.

⁵⁸ Se sumó a dicha petición de supresión, con argumentos distintos, BAYOD LÓPEZ, Carmen, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 254 y 316. Anteriormente, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, había considerado el artículo 28 de la Compilación «digno de alabanza» y había solicitado una reforma legal que lo ampliara, suprimiendo la limitación de la llamada a la novación sólo a los otorgantes iniciales que fueran «ascendientes». Cfr. su comentario al artículo 28 en los *Comentarios de Edersa* dirigidos por ALBALADEJO, tomo 33, vol. 1.º, 1986, p. 305.

⁵⁹ Con esta explicación vino luego a coincidir BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 81 y 141.

⁶⁰ En mi trabajo de 1988 (cfr. p. 608) señalé un claro declive de los típicos capítulos familiares altoaragoneses junto al fuerte incremento de capitulaciones en ambientes urbanos, en particular para atender situaciones de crisis matrimonial. Hoy cabe reconocer una práctica desaparición de la vieja Casa aragonesa (los altoaragoneses viven sobre todo del turismo y del esquí) y un incremento espectacular en todo Aragón, como en el resto de España, de los pactos capitulares de regímenes de separación de bienes.

Afirmaba en 1973 el profesor Díez Picazo ⁶¹ que «toda investigación histórica desmitifica (por decirlo con una palabra de moda) el texto legal y le devuelve su originario sentido. Dicho de otro modo, lo repristina y permite situarlo dentro de sus justas proporciones». Y también en nuestro asunto la perspectiva histórico dogmática refuerza, como decía, esta impresión o explicación aportada. Desde ella, como he intentado mostrar en el segundo epígrafe de este trabajo, se llega a ver la pretendida «interdependencia» entre negocios dispositivos y estipulaciones capitulares como una solución doctrinal ortopédica para una deformidad legal innecesaria. El artículo 1331 del CC oculta, tras su limpia y concisa formulación, un verdadero anacronismo. Oculta una regla del *ancien régime* cuya lógica familiar originaria se ha pretendido transformar, a la postre inútilmente, en lógica patrimonial. El precepto contiene un puro arrastre histórico ⁶². Para pactos capitulares antenupciales en la familia patriarcal la regla era la de la total interrelación o interdependencia de todas y cada una de las cláusulas entre sí; el carácter orgánico e indivisible del total negocio capitular familiar concebido como estatuto o «constitución» familiar, constitución, por cierto, dominada por la idea de autoridad y por el poder casi omnímodo de los ascendientes. Una vez que la regla legal aceptó (año 1925 para Aragón; y 1975 para el Derecho común) el principio implícito en ese viejo orden y lo proyectó hacia el futuro, con carácter de generalidad, y se afirmó el mismo también para los capítulos susceptibles de modificación posnupcial, se hizo imperiosamente necesario que la doctrina afirmara que no siempre habría «interdependencia» entre estipulaciones capitulares y negocios dispositivos, a fin de poder atenuar las posibles muy inconvenientes consecuencias de dicha nueva regla legal. Aunque las nuevas formulaciones del precepto en las diversas legislaciones españolas seguramente no llegan ni a fundar una presunción *iuris tantum* de existencia de «interdependencia» siempre que en unos capítulos haya también negocios dispositivos, no deja en ellas de afirmarse siempre legalmente, incluso en algunos de los preceptos

⁶¹ Cfr. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 1973, p. 251.

⁶² No es del todo cierta la afirmación de Díez Picazo, Luis, de que en el Código de 1889 hubiera desaparecido ya, en relación con la familia, toda característica asociativa, la idea de sociedad familiar, la idea de empresa familiar, aunque sí que es del todo cierta la explicación del autor, que apoya en la autoridad de Savatier, de que la Codificación francesa nació ya envejecida en cuanto al Derecho de familia y que dejó intacto el modelo familiar del antiguo régimen, así como su explicación de que el modelo patriarcal de las familias agrarias, que califica con Renner muy ajustadamente como «microcosmos», saltó en pedazos con la definitiva implantación del modo de producción capitalista. Cfr. *Familia y Derecho*, Civitas, 1984, pp. 16 y 71 a 73.

más restrictivos de la idea, como el catalán de 1998 y el aragonés de 2003, la posibilidad de existencia de esa «interdependencia», con la consiguiente posible disminución, en abstracto, de la libertad de los cónyuges para modificar sin perjuicio de tercero su régimen económico matrimonial, y con la consiguiente excesiva amplificación, también en abstracto, de las posibilidades de los donantes originarios en capítulos de revocar sus atribuciones gratuitas originarias.

En el precepto originario (art. 1396 del *Code*), carecía casi por completo de sentido pensar que se hubieran podido hacer en capítulos negocios o atribuciones gratuitas u onerosas condicionados a la no modificación del régimen matrimonial, cuando precisamente esa modificación posterior estaba impedida rígidamente por la ley. Ese condicionamiento sólo fue pensable cuando la norma pasó a insertarse en un sistema legal de libre modificación posnupcial de los capítulos. Pero incluso en un tal sistema, estas posibles disposiciones de personas ajenas a los cónyuges, sean o no sus ascendientes, y condicionantes hacia el futuro de su régimen económico matrimonial parecen, en principio, poco generosas o contrarias al espíritu de liberalidad que caracteriza a los negocios gratuitos y acaso también contrarias a la conveniente libertad de los cónyuges y al principio del libre desarrollo de su personalidad (art. 10 de la Constitución), más en un sistema que, aunque mantiene todavía especialidades sobre las donaciones antenuptiales y *propter nuptias*, precisamente ha flexibilizado el régimen de éstas, ha previsto una regulación muy amplia de la revocación de dichas donaciones, y en particular de su revocación por incumplimiento de cargas (art. 1343, párrafos 1.º y 2.º), y ha reforzado la responsabilidad del donante por evicción o vicios ocultos en estos casos (art. 1340) y ha suprimido la dote. De modo que, habiendo perdido el sistema actual, tanto en el Derecho común como en los autonómicos, prácticamente todo lastre expreso de lógica familiar o de poder de los ascendientes, en la lógica patrimonial en la que se sitúa hoy, la supuesta posible «interdependencia» entre negocios dispositivos y estipulaciones capitulares parece muy escasamente probable o verosímil ⁶³. Y si esto es así, la ley que la menciona expresamente o la da a entender y la hace presente está abocada a crear más conflictos o dificultades u oscurecimiento de los que pueda resolver.

⁶³ BAYOD LÓPEZ, Carmen, aunque sin llegar a criticar frontalmente el artículo 1331, ha explorado una vía de argumentación, siguiendo a autores italianos y a JORDANO BAREA, basada en discurrir sobre las relaciones entre los contratos en general, desde la que concluye que dentro del instrumento capitular la regla general es la de negocios no coligados o la de la «insensibilidad» de los contratos allí contenidos. Cfr. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 45 a 54, 61, 81 y 139-140.

Y desde luego que, situados en esta lógica sobre todo patrimonial, este razonamiento sería extensible a los acuerdos normativos hechos en escritura pública por las llamadas parejas de hecho y al contenido de los mismos. En la llamada «protección jurídica» a la familia que exige nuestra Constitución (art. 39) tampoco creo que quepa encontrar en absoluto fundamento para una norma como la del artículo 1331 del Código.

El Derecho comparado, superando una amplia polémica doctrinal existente en el siglo XIX en muchos países, ha evolucionado hacia una generalización de la mutabilidad posnupcial de los capítulos⁶⁴. Una regla como la del artículo 1396 del *Code* no parece haber existido en los códigos que desde el principio optaron por ese principio de mutabilidad posnupcial⁶⁵, y aunque subsiste la regla en varios de los códigos que originariamente aceptaron la inmutabilidad posnupcial de los capítulos⁶⁶, tampoco subsiste en todos ellos⁶⁷. Creo que son más que dudosos los servicios prestados durante doscientos años por esta regla del artículo 1396 del *Code* y por sus versiones más evolucionadas, y que la misma ha llegado a ser hoy anacrónica. Me parece que hoy presentaría mayor utilidad una norma jurídica dirigida a preservar en todo su vigor el derecho y la libertad de los cónyuges para fijar y variar su régimen económico matrimonial sin perjuicio de terceros (y éste último sí que es aspecto que merecería los mejores esfuerzos futuros del legislador), y regla que declarase, si no que se tuvieran por no puestos los condicionamientos a dicha libertad incluidos en capítulos (lo que me parecería excesivo, porque podrían también desalentarse, entonces, posibles negocios *propter nuptias* útiles a los cónyuges), sí que se ha de presumir legalmente la falta de vinculación o interdependencia entre los negocios dispositivos incluidos en capítulos y las estipulaciones capitulares normativas. O acaso aún mejor, la mera supresión de la regla (art. 1331, en el Derecho del Código y preceptos correspondientes en los Derechos autonómicos) y establecer en el tema un prudente silencio del legislador.

⁶⁴ Cfr. en dicho sentido GARCÍA CANTERO, Gabriel, en *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 342. También LALINDE ABADÍA, Jesús, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Barcelona, 1965, p. 31.

⁶⁵ Cfr. por ejemplo, en el sentido indicado en el texto, CC alemán, artículos 1408 ss; o Código suizo de 1907, artículos 182 ss.

⁶⁶ Aparte de en los propios códigos francés y español, también en los italianos, tanto de 1865 (art.1383) como de 1942 (arts. 163 y 164), y tanto antes como después de la Ley de 19 de mayo de 1975, que introdujo la mutabilidad postnupcial de los capítulos.

⁶⁷ Por ejemplo, no ha existido nunca la regla en el Derecho portugués, que se inspiró desde su viejo Código de 1967 en el principio de la inmutabilidad postnupcial de los capítulos (arts. 1096 a 1107), y que parece ser el único que, aunque con excepciones, todavía mantiene ese principio (arts. 1698 y 1714-1715).

RESUMEN

En el presente trabajo el autor propone una reflexión sobre el artículo 1331 del Código civil que ponga el énfasis en el punto de vista histórico dogmático, enfoque este último que sostiene ha faltado hasta ahora en nuestra doctrina más habitual. Desde el punto de vista dogmático, la mejor doctrina ha llegado a la conclusión, de que el artículo 1331 merece una interpretación restrictiva, con diversas manifestaciones, y que tienda a respetar los intereses de personas que han intervenido en el otorgamiento de ajenos capítulos matrimoniales, pero intentando salvaguardar a la vez al máximo la libertad de los cónyuges de modificar en nuevos capítulos su régimen matrimonial. La reflexión histórico dogmática propuesta por el autor muestra significativas interrelaciones entre las regulaciones del tema en el Código Civil y en el Derecho aragonés y muestra también, sobre todo, que el origen del artículo 1331 está en el originario artículo 1396 del Código civil francés, en el que eran aspectos esenciales el presuponer la existencia de la antigua familia patriarcal y contemplar exclusivamente una modificación prenupcial de los capítulos. El precepto, mantenido aunque con diversos retoques, en un sistema de familia nuclear y de libre modificabilidad posnupcial de los capítulos se muestra hoy de utilidad casi nula y el estudio de la jurisprudencia parece mostrar que no es cierta en la actual realidad social o jurídica la supuesta posible interdependencia predicada por la doctrina entre estipulación es capitulares y negocios dispositivos. El autor termina considerando el precepto analizado, así como sus actuales versiones autonómicas, como un mero arrastre histórico, y del que perfectamente podría llegar a prescindirse, en su opinión, en una futura reforma legal.

Hipoteca por bienes reservables en el Código civil

LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO

Catedrático de Derecho Civil. UJI

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La hipoteca en garantía de bienes reservables en la reserva viudal.*—III. *La hipoteca en garantía de bienes reservables en la reserva lineal.*—IV. *¿Hipoteca por bienes reservables en la ausencia?*

I. INTRODUCCIÓN

Es normal oír afirmaciones en el sentido de que las reservas constituyen una institución inoperante, ya que apenas se dan en la práctica o que contradicen una corriente de fondo que va en la dirección de no imponer limitaciones a los causantes. Respecto de lo primero, si nos fijamos en las resoluciones de las Audiencias o del propio Tribunal Supremo, tenemos que llegar a la conclusión de que, si bien no es una institución popular, tampoco es inexistente¹. En cuanto a lo segundo, es un problema de opción de política legislativa: libertad del causante frente al interés familiar.

Sí que es verdad que la hipoteca en garantía de los bienes reservables es una institución poco utilizada. No obstante, a pesar de que se me pueda acusar de ser muy poco práctico, reconozco que es un tema muy interesante desde el punto de vista dogmático: constituye un punto de conexión entre el Derecho de sucesiones y la hipoteca atractivo para un civilista.

¹ Señala B. VERDERA que la reserva troncal, viendo los pronunciamientos más o menos recientes de los Tribunales, conserva su actualidad. Cfr. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio General de la reserva troncal (a propósito de la STS de 18 de octubre de 2001)», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, tomo IV, pp. 5557 ss., Madrid 2003.

En mi estudio, no voy a entrar en las infinitas discusiones que provoca la reserva. Tendré como puntos de referencia a los principales autores que han tratado sobre las reservas, especialmente a Vallet de Goytisolo y a Lacruz², aceptando aquellas soluciones que necesito tomar para avanzar en lo que constituye propiamente el objeto del trabajo³.

La regulación legal se contiene en los artículos 184 al 189 LH y 259 a 265 RH, normas que supusieron en su momento un progreso, pues vinieron a sustituir a las anacrónicas hipotecas tácitas sobre esta materia⁴. Queremos, no obstante hacer una advertencia: mi estudio está acotado a los aspectos estrictamente civilistas, ya que los propiamente registrales han sido tratados recientemente de forma muy completa.

II. LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE BIENES RESERVABLES EN LA RESERVA VIUDAL

La reserva clásica es la denominada reserva ordinaria. Es la institución regulada en los artículos 968 a 980 CC, por la que se impone al viudo/a que contraiga segundas o ulteriores nupcias la obligación legal de conservar a favor de los hijos y descendientes del matrimonio anterior los bienes adquiridos a título lucrativo de cualquiera de los hijos de dicho matrimonio, del consorte premuerto o de los parientes de éste en consideración al mismo⁵. Entre las obligaciones del reservista aparece la de constituir la hipoteca en garantía de los bienes reservables, de acuerdo con lo establecido en

² Y por supuesto, nos remitimos a la inmensa bibliografía que existe sobre las reservas citada por estos autores, especialmente la recogida por VALLET DE GOYTISOLO.

³ El único trabajo que he encontrado que de forma específica trate de la Hipoteca por bienes reservables es el de GONZÁLEZ PORRAS, *Las hipotecas legales por bienes reservables y por los bienes de los hijos no emancipados*, Córdoba 2003.

⁴ CAMY (*Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona 1993, pp. 673 ss.) ha criticado esta legislación en cuanto que el legislador, en su opinión, la situó en un lugar inapropiado, dada la naturaleza que tenían las garantías de estas reservas. Dice que el que la garantía del reservatario consista en la constancia registral de su derecho, no constituye algo aparte del principio informador de toda la Ley Hipotecaria sobre la finalidad de la inscripción y, por tanto, no requeriría ser recogido por ello en una forma especial. ¿Qué razón alega este autor? Manifiesta que los asientos del Registro tienen como finalidad primordial la de proteger al inscribiente, sea éste de una u otra clase. Pudo y debió la ley expresar que el derecho del reservatario tendría acceso al Registro, pese a su carácter de expectativa. Pero una vez hecha esa declaración, debió eximirse de regular él cómo podría exigirse al reservista la actuación procedente al efecto, pues si ésto fue procedente consignarlo en la primitiva Ley Hipotecaria, al no haber sido aún publicado el Código civil, aparecido éste, finaliza CAMY, debió de dejarse a él una cuestión de orden tan netamente civil, lo cual constituye así un enclave innecesario dentro de la legislación hipotecaria.

⁵ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-3.º, 3.ª ed., Barcelona 1983, p. 209.

el artículo 978 CC.: el viudo/a, al repetir matrimonio, está obligado a asegurar con hipoteca: 1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte. 2.º El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia. 3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiera hecho a título gratuito. 4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Se trata de una hipoteca en la que el acreedor es el reservatario y el deudor el reservista, con las siguientes notas, que irán siendo desarrolladas:

- Es un derecho real inmobiliario, de acuerdo con los artículos 2.º, 104 y 106 LH, y 1874 y 1876 CC.
- Es un derecho accesorio o de garantía del crédito contemplado en el artículo 978 CC.
- El acreedor-reservatario tiene el derecho de persecución sobre los bienes hipotecados del deudor-reservista.
- Es un derecho de constitución registral.
- Se trata de una hipoteca legal: el reservatario, según nos dice el artículo 158 LH, puede exigir la constitución de la misma. No nace directamente de la Ley –como era el caso de las hipotecas legales tácitas– sino que, con base en la Ley Hipotecaria (art. 168 núm. 2), ha de poderse exigir la celebración del acto constitutivo. Sólo existe, por tanto, esta hipoteca, cuando está inscrita en el Registro de la Propiedad⁶.

⁶ Discute CAMY que esta hipoteca pueda considerarse realmente una hipoteca legal. Para este autor, el artículo 137 LH, recoge una clasificación engañosa: la de hipotecas voluntarias y legales. Realmente habría que distinguir, dice, entre hipotecas voluntarias, hipotecas constituidas por la Ley o legales, e hipotecas cuya constitución se ordenaba por la Ley o hipotecas de constitución forzosa. Las verdaderas hipotecas legales son las tácitas a favor del Estado y de los aseguradores, cuya constitución está ordenada por la Ley y que surgen a la vida sin ningún otro requisito. Las demás hipotecas, llamadas por la Ley Hipotecaria, «hipotecas legales», no son tales. Y esto se ve de manera especial, en opinión de este autor, en la hipoteca que estamos estudiando. Dice que en ella ni siquiera se ordena por la Ley su constitución, pues ésta sólo obliga a que se realicen o adopten ciertas garantías para seguridad de los créditos que determina, pero sin imponer necesariamente el que esa garantía sea en todo caso hipotecaria, e incluso, a veces, exige como garantía de ello la simple adopción, como medida precautoria, de obligar a la inscripción de los bienes a favor de su titular, con indicación bastante para que figuren los derechos que en su caso puedan tener las personas que han de ser protegidas (cfr. *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993, pp. 440-441). En cierta manera, añadimos nosotros, puede tener razón, porque la hipoteca podría ser innecesaria. Así, el artículo 184 LH, al enumerar las garantías del reservatario, incluía la inscripción de los bienes reservables «si ya no lo estuvieren y en todo caso hacer constar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles». Ello supone la no necesidad de la hipoteca y basta para los reservatarios que los mismos consten inscritos con la calidad de reservables, ya que de esta forma queda constatada una causa resolutoria afectante a terceros adquirentes, según lo establece el artículo 975 del Código civil que se remite a la legislación hipotecaria (cfr. CHICO Y

- Es una hipoteca común, por contraposición a las privilegiadas, esto es, las que se anteponen a las demás ⁷.
- Es una hipoteca de seguridad, entendida como una hipoteca excepcional o extraordinaria, en contraposición a las ordinarias o de tráfico.

En cuanto al origen ⁸, podemos decir que el Derecho Romano atendió ya a la seguridad de los bienes y valores objeto de esta reserva (C. 5, 9, 6), configurada como una especie de hipoteca tácita ⁹ y también el proyecto isabelino, que configura una garantía hipotecaria semejante a la aceptada y regulada luego por la Ley Hipotecaria de 1861 ¹⁰.

La LH supuso un cambio fundamental con respecto a esta hipoteca: de tácita y general pasa a ser pública y especial ¹¹. No establecía, sin embargo, la hipoteca legal por la reserva lineal del artículo 811 CC, pues ésta era entonces desconocida, por haberla introducido este último. En cambio, imponía la obligación de asegurar los bienes reservables, no sólo al padre o a la madre reservista, sino también al padrastro.

Al reformarse en 1909 la LH, se extendió esta hipoteca legal a los bienes reservables a que alude el artículo 811 CC, ampliando con los parientes a que el mismo se refiere, la lista de personas protegidas con hipoteca legal, que la ley de 1861 quiso limitar a las

ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 2.ª ed., Madrid 1989, p. 1805; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio, Volumen V, La reserva clásica*, Madrid 1983, p. 146). En la jurisprudencia menor, podemos destacar sobre este último punto la SAP Cuenca de 26 de junio de 1997, que en su Fundamento 3.º dice que «... sólo existe obligación de constituir esa hipoteca legal, a tenor de los artículos 978.4 CC y 184 LH, en relación con los artículos 259 a 265 de su Reglamento, tratándose de inmuebles enajenados por el reservista, cuando aquella no se ha prestado, pues el resto de dichos bienes, si están inscritos, la constancia registral de su cualidad de reservables, al publicar dicha constatación la existencia de una acción resolutoria que afectará a los adquirentes (art. 37 de la LH), quedarían debidamente garantizados (S. 1 de junio 1983); lo que busca la ley es que quien adquiera bienes del reservista, sepa de la cualidad de dichos bienes a los efectos de los artículos 34 y 37 de la LH...». Sobre este tema, también GONZÁLEZ PORRAS, *op.cit.*, pp. 51 ss.

⁷ Suponiendo, por otro lado, que pueda hablarse realmente de hipotecas privilegiadas y no más bien de créditos privilegiados.

⁸ Nos vamos a referir tanto a la reserva ordinaria como a la lineal. Seguimos básicamente a ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, 7.ª ed., Barcelona 1979, pp. 972 ss. Con amplitud, GONZÁLEZ PORRAS trata sobre los antecedentes históricos y precedentes legislativos de esta figura. Confr. *op. cit.*, pp. 30 ss. y bibliografía citada.

⁹ Confirmado en la Ley 15 de Toro.

¹⁰ LACRUZ, *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, 5.ª ed., 1993, p. 483 nota 4.

¹¹ Dice MORELL que uno de los problemas más importantes que tuvo que resolver la Ley Hipotecaria de 1861 fue el relativo a las hipotecas legales. Su número inmenso, su carácter oculto, su especial manera de ser, constituía una balumba de gravámenes latentes, de posibles derechos futuros sobre toda clase de bienes inmuebles, con la cual era imposible fundar sobre sólidas bases el crédito territorial. cfr. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo IV, 2.ª ed., Madrid 1930, p. 284.

mujeres casadas, a los hijos y a los menores e incapaces. Además se suprimió la hipoteca sobre los bienes del padrastro.

El Código civil había introducido ciertas innovaciones en materia de reservas, aparte de implantar la reserva lineal. La Ley Hipotecaria debía armonizarse con ellas, pero, señalan los autores citados, no logró hacerse con gran acierto. Se reformaron aquellos puntos indicados, adicionándose el artículo 199 de dicha ley, destinado a regular las particularidades de la hipoteca por reserva lineal, y en lo demás casi se limitó a copiar el articulado de la ley antigua, por lo cual fue ésta una de las materias menos retocadas de la ley. Debido a ello se olvidó atribuir dicha hipoteca a los descendientes además de los hijos; y asimismo se refirió sólo al supuesto de contraer el padre o la madre segundas nupcias, omitiendo el caso del nacimiento de un hijo natural, cuyas omisiones salvó el Reglamento. Pero para Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill el extremo más criticable fue el no haber recogido, siquiera en esencia, el contenido de los artículos 977 y 978 CC, contrastando con lo que ocurría con las demás hipotecas legales, en las cuales varios preceptos de este último figuran en ella.

La ley vigente ha modificado el número segundo del artículo 168, en el sentido de destinarlo sólo a la hipoteca legal por reserva y, además, en el de adoptar una fórmula amplia por querer comprender no sólo los dos tipos de reserva admitidos por el Código civil, sino cualesquiera otros comprendidos en fueros especiales, denominación ésta que hay que referir hoy a los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas.

Las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 han supuesto alguna modificación puntual en esta hipoteca. Se conserva intocado el tradicional caso de la reserva del artículo 811 y el del segundo o ulterior matrimonio del artículo 968 CC. Se redacta asimismo el artículo 980, modificado a su vez por Ley 1/1996, de 15 de enero.

Respecto a la finalidad de esta hipoteca, destaca González Porras¹² que no se encuentra en la sanción o reprobación de las segundas nupcias –ni históricamente parece que ello fue así– sino en la protección de los intereses económicos de los descendientes del primer matrimonio, pues cabe la posibilidad que el segundo matrimonio suponga un olvido del sobreviviente que se volvió a casar respecto a los hijos del anterior matrimonio. El bínubo tiene dos familias y es natural, nos dice este autor, que para evitar posibles problemas la ley establezca medios de control y seguridad: ésta es la finalidad de la reserva y de la hipoteca.

¹² GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

Respecto a las personas que pueden pedir la constitución de la hipoteca¹³, de acuerdo con el artículo 968 CC son los reservatarios, esto es, los hijos y descendientes comunes del primer matrimonio, matrimoniales o no, conforme a la reforma de 1981¹⁴. Esto es, la reserva se establece a favor de los descendientes del primer matrimonio: no sólo de los hijos, como en los textos legales anteriores al Código civil. Es éste un supuesto en el que, por el propio concepto de la institución, los beneficiarios son hijos matrimoniales. Pero los descendientes extramatrimoniales de estos hijos pueden, hoy, ser, a su vez, reservatarios¹⁵.

Alguna cuestión planteaba la filiación adoptiva. A partir de la reforma de 7 de julio de 1970, comenzó a plantearse si entraban en la reserva viudal los adoptados plenamente de modo conjunto por el cónyuge premuerto y por el supérstite nuevamente casado, pues el artículo 179 CC determinó que el hijo adoptivo «ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos». Ya señalaba Vallet¹⁶ la problemática que resultaba: o bien entender que el artículo 179 no parecía pensar en la reserva viudal o bien, y ésta parecía la opinión más correcta, dada la igualdad establecida entre los adoptados plenamente y los hijos legítimos— con las salvedades que el propio 179 establecía— y la propia ratio de la reserva viudal que se daba también a favor de los adoptados plenamente por un matrimonio, que la solución racional era la contraria.

Hoy parece que la cuestión está fuera de duda: el hijo adoptivo tiene los mismos derechos que los hijos por naturaleza. Es como si fuera un hijo por naturaleza. La adopción crea parentesco no sólo entre el adoptante y adoptado sino entre el adoptado y la familia del adoptante. El hijo adoptivo tiene derecho a alimentos y también tiene derechos sucesorios. El adoptante ostenta la patria potestad, tiene también derecho a alimentos y derechos sucesorios respecto al adoptado. Y como el hijo adoptivo se considera a todos los efectos como hijo por naturaleza, es lógico que el propio CC establezca que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre

¹³ En relación con este punto, hay que traer a colación el artículo 249 RH, que dice lo siguiente: «En el acto del otorgamiento de todo instrumento público, del cual resulte derecho de hipoteca legal a favor de alguna persona, el Notario, con sujeción a lo dispuesto en la legislación notarial, advertirá a quienes corresponda, si concurrieren al acto, de la obligación de prestar dicha hipoteca y del derecho a exigirla».

¹⁴ Distinguiendo, por supuesto, entre las personas que pueden exigir la hipoteca (reserva pendiente) y las personas que pueden exigir los bienes (reserva consumada). Son dos momentos distintos y con reservatarios que pueden ser diferentes.

¹⁵ Este punto de quienes son los reservatarios constituye una diferencia importante entre la reserva lineal y la reserva clásica: en ésta se sabe quienes son los reservatarios mientras que en la troncal la cuestión da lugar a incertidumbre.

¹⁶ VALLET, *La reserva clásica...*, *op. cit.*, p. 54.

el adoptado y su familia anterior, sea ésta matrimonial o extramatrimonial¹⁷.

Pero hay que precisar que otras personas, sin reunir la condición de reservatario, están legitimadas para reclamar la constitución de la hipoteca en defensa de los intereses de presuntos reservatarios.

El artículo 185 LH, en su primer párrafo, establece que cuando los reservatarios sean ciertos y mayores de edad, sólo ellos podrán exigir el cumplimiento de la obligación de constituir la garantía. Si fueren menores o incapacitados, exigirán la constitución de la hipoteca las personas que deban representarlos legalmente.

Pero seguidamente el artículo 187 LH añade que si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar sin que el reservista haya dado lugar a la constitución de la hipoteca, nos dice este precepto que los derechos reconocidos a favor de los reservatarios podrán ser exigidos por sus parientes, cualquiera que sea su grado¹⁸, el albacea del cónyuge premuerto¹⁹ y, en su defecto, el Ministerio Fiscal²⁰.

El precepto anterior legitima, por tanto, a otras personas que no son los presuntos reservatarios y la doctrina se pregunta la razón de incluirlas²¹. En definitiva se trata de que el interés primordial de

¹⁷ DÍAZ-AMBRONA Y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, 1999, p. 379.

¹⁸ Por tanto, todos los parientes del reservatario, cualquiera que sea la línea o el grado que les una. La expresión del precepto es clara al respecto. Su legitimación procede cuando ni el reservista ha actuado espontáneamente (art. 186 LH) ni el reservatario es mayor de edad o está incapacitado judicialmente. Se debe limitar al caso de reservatario menor de edad. cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 86.

¹⁹ En relación con el albacea del cónyuge premuerto, nos dice GONZÁLEZ PORRAS (*op. cit.*, p. 87) que su actuación queda limitada al caso de reservatarios menores de edad (pues no procede si el reservatario es mayor de edad o incapacitado judicialmente, ya que en tales casos actuará el propio interesado o su representante legal, ni tampoco si el reservista, sin el concurso de los reservatarios o de quienes le representan, actúa conforme al artículo 186 LH).

²⁰ A su vez, el artículo 261 RH forma un todo con el artículo 187 LH. Dice: «El término de ciento ochenta días que establece el artículo 187 de la Ley empezará a contarse, según los casos, desde el día de la celebración del segundo o ulterior matrimonio, desde el día de la determinación legal de la filiación no matrimonial, desde la fecha de adopción, o desde la fecha de la aceptación de la herencia por el obligado a reservar. 2. Cuando los bienes reservables hayan sido adquiridos después de celebrado el segundo matrimonio o de producirse cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 980 del Código civil, el referido término deberá contarse desde el día de la adquisición de los mismos bienes». En cuanto al cómputo de los plazos, hay que mencionar el artículo 109 RH: «Los plazos señalados por días en este Reglamento se computarán por días hábiles, excepto los establecidos para concursar Registros o tomar posesión de los mismos, que se contarán por días naturales. Si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiese día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. Si el último día del plazo fuese inhábil, su vencimiento tendrá lugar el primer día hábil existente». Sobre el artículo 261 RH, cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, pp. 135 ss.

²¹ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 84.

esta hipoteca es el familiar, concretado en este caso en la protección de los hijos del primer matrimonio. Ello hace que la ley incluso fuerce las cosas: si han transcurrido ciento ochenta días desde que surgió la obligación de reservar y no ha cumplido con su obligación de constituir la hipoteca el reservista ni los reservatarios han hecho nada al respecto, entonces las personas a las que se refiere el precepto citado podrán reclamar su cumplimiento.

¿Cómo armonizar ambas disposiciones, se pregunta Vallet de Goytisolo?²²

Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill afirman, al enunciar las personas facultadas para exigir la constitución de la hipoteca y citar las enumeradas en el artículo 185, que si los reservatarios ciertos y mayores de edad no exigen esta garantía, nadie más puede pedirla, pues en este caso, como señalaba la Exposición de Motivos de la ley de 1861, se entiende que renuncian a esta posibilidad²³.

Para Vallet de Goytisolo, fundamentalmente dos criterios pueden presidir la armonización de los artículos 185 y 187 LH. Uno concreta cronológicamente la limitación subjetiva del artículo 185; el otro limita los supuestos de aplicación de la extensión subjetiva del artículo 187. El primero se apoya en las primeras palabras de este último: si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar, y consiste en concretar cronológicamente al término de ciento ochenta días la limitación de los legitimados para reclamar las medidas contenidas en el artículo 185 LH.

El segundo, apoyado fundamentalmente en la exclusión, a dicho fin, de cualquier legitimado que no sea reservatario presunto cuando éstos sean ciertos y mayores de edad, dispuesta en el primer apartado del artículo 185, entiende que el artículo 187 LH solo puede referirse a los supuestos en que los reservatarios sean inciertos o, incluso, señala Vallet, si siendo los reservatarios menores e incapacitados la consiguiente garantía no hubiese sido constituida en el término de 180 días. Afirma el ilustre autor que este segundo criterio —en cualquiera de sus dos posiciones— parece más racional que el primero, dado que personas ciertas y plenamente capaces no deben necesitar que otros velen por sus intereses, y en realidad así lo confirman los términos absolutos y terminantes del primer inciso del artículo 185 LH²⁴.

²² VALLET DE GOYTISOLO, *Reserva clásica...*, *op. cit.*, pp. 227 y 228.

²³ ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 975.

²⁴ Para VALLET, el apartado primero del artículo 187 LH, en definitiva, sólo será aplicable a la reserva vidual si alguno de los reservatarios, que de ser plenamente capaz hubiera podido reclamar la constitución de las medidas de seguridad, fuese menor o estuviere incapacitado y sus representantes legales no hubieran reclamado su formalización.

Por otro lado, ambos preceptos, ha señalado González Porras²⁵, están destinados tanto a advertir a terceros adquirentes como por eso mismo a proteger a los reservatarios y de ahí que el CC se refiera a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria en los artículos 975 y 977. Nos dice este autor que no cabe poner en tela de juicio que dado el tenor literal del artículo 265,2.º RH, la reserva no puede ser registrada en forma alguna si no es porque el reservista procede sin el concurso de los reservatarios o porque se le solicita por los reservatarios o por sus legales representantes en la forma que se establecen en los artículos 185 y 187 LH, o en la prevista en el apartado 1.º del artículo 265 LH.

Si existieren dos o más personas concurrentes, se dará preferencia a la primera que lo haya reclamado, de acuerdo con lo que establece el apartado final del artículo 187 LH.

En este sentido señalaba Morell²⁶ que no puede perderse de vista que, aunque reclame la constitución de la hipoteca uno de los reservatarios, ésta ha de constituirse a favor de todos y no solamente del solicitante, por lo mismo que la garantía se establece a favor de una clase o entidad, y no puede limitarse a una sola persona. En otras páginas²⁷, insiste este autor en la misma idea: la reserva se establece a favor de una entidad o clase, no a favor de determinadas personas. No puede decirse, declara, que esa clase o entidad desaparece mientras haya hijos, nietos o biznietos que la representen.

Y se pregunta: ¿se concede el derecho a los hijos o nietos que vivan al verificarse el segundo matrimonio, o a los que existan a la muerte del bínubo? Morell, que parte de la configuración jurídica de la reserva como institución sometida a condición²⁸, distingue entre la adquisición condicional y la definitiva. El derecho pertenece a la clase o entidad desde que por el segundo matrimonio se hacen reservables los bienes, y, por tanto, a los hijos o nietos que en cada momento representen la clase; pero como han de sobrevivir al reservista, el derecho es sólo condicional, haciéndose definitivo únicamente al cumplirse la condición: quedar hijos o descendientes a la muerte del bínubo, y precisamente a favor de los que en ese momento existan. Siendo, a mi parecer, exacta la idea subyacente en la opinión de Morell, preferiría decir que los hijos o descendientes tienen una expectativa por el hecho de pertenecer a la clase que se convierte en un verdadero derecho al morir el reservista a favor de los que sobrevivan.

²⁵ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 77.

²⁶ MORELL, *op. cit.*, p. 417.

²⁷ MORELL, *op. cit.*, pp. 390 y 391.

²⁸ El derecho del viudo se halla afecto a una condición resolutoria. El derecho de los hijos se halla afecto a una condición suspensiva. *Cfr.* MORELL, *op. cit.*, p. 390.

Esta idea de la clase o entidad es también resaltada por otros autores, como señalaba Domínguez de Molina²⁹, al recoger opiniones doctrinales en su importante trabajo, y afirmar que el derecho de los reservatarios es colectivo, correspondiendo a la clase³⁰, no a los individuos, aunque a la vez pueden defender y garantizar su eventual derecho, obrando por sí mismos y de modo individual, especialmente exigiendo la constitución de la garantía hipotecaria. También Lacruz³¹ dice que la hipoteca exigida por el reservatario no se establece a favor suyo, sino de quienes, en el futuro, consoliden en ellos la reserva. Doral manifiesta³² que la titularidad de los reservatarios es la que corresponde a una clase, entidad o grupo parental. A esta forma de cotitularidad o titularidad colectiva son aplicables, en opinión de este autor, las reglas comunes: acrecer, etc.³³

También en algunas resoluciones judiciales se recoge esta idea de la «clase», «titularidad colectiva», «comunidad». A título de ejemplo podemos citar la SAP Asturias de 23 de febrero de 2000, relativa a la reserva lineal, pero cuyas consideraciones son perfectamente aplicables aquí. En su Fundamento 2.º se dice lo siguiente: «Debe mantenerse la resolución desestimatoria de excepción de falta de legitimación de la demandante, puesto que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada en la recurrida, y ratifican las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1992, aun cuando la actora no hubiere hecho constar de un modo expreso y formal en su demanda que actuaba en nombre de la comunidad de los pretendidos reservatarios, es evidente que su petición se formula en beneficio e interés de los mismos. Tampoco la circunstancia de ser el derecho de los reservatarios un derecho personal y particular, establecido en la ley a favor de determinados parientes es un obstáculo para la aplicación de la citada doctrina, de la legitimación del comunero que actúa en interés de la comunidad».

Es clásica la cuestión de la renuncia a la hipoteca (medidas de seguridad en general).

Decía Vallet que cuando la doctrina y la jurisprudencia se plantean el tema de la renuncia a la reserva, en realidad hay que distinguir con cuidado tres renunciaciones diferentes: 1) La renuncia a la

²⁹ DOMÍNGUEZ DE MOLINA, «Algunas consideraciones sobre el artículo 811 del Código civil», *Centenario de la Ley del Notariado, Sección Tercera, Estudios Jurídicos Varios*, Vol. II, Madrid 1962, p. 563.

³⁰ Él se refiere a la reserva del artículo 811, pero sus consideraciones valen también para la reserva ordinaria.

³¹ LACRUZ, *op. cit.*, p. 492.

³² DORAL, «La reserva hereditaria común», *ADC*, julio-septiembre 1977, p. 522.

³³ La RDGRN de 30 de marzo de 1925 señala lo siguiente: «La reserva está formada por una universalidad de bienes que no es una quiebra ni concurso de acreedores, sino una herencia, a la que está llamada la entidad “hijos y descendientes del primer matrimonio”».

hipoteca o a las medidas de seguridad que garantizan el cumplimiento de la obligación de reservar; 2) La renuncia a la reserva propiamente dicha; 3) La renuncia a adquirir, en su día, al fallecer el reservista, los bienes reservables³⁴.

La doctrina, hoy, es unánime en admitir la posibilidad de renunciar a la hipoteca sin que ello implique renuncia a la reserva³⁵. Puig Brutau tras señalar que, en efecto, la renuncia a las medidas de seguridad no extingue la reserva, puntualiza que esta renuncia a las medidas de seguridad no produce más que efectos personales. Lo explica este autor cuando afirma que a la muerte del reservista la reserva afectará concretamente a los bienes reservables de los que no haya dispuesto, pero también afectará a su herencia, en el sentido de que responderá de la restitución del equivalente pecuniario que se deba por razón de la reserva, conforme al artículo 978 CC. En este sentido, y por este importe, los reservatarios serán preferentes a los acreedores y a los herederos del reservista³⁶.

La renuncia a la hipoteca podrá ser anterior a su constitución —es decir, referirse al derecho a exigir las— o bien posterior.

Se pregunta la doctrina y la jurisprudencia si es posible admitir la renuncia presunta en este caso de renuncia a la hipoteca (o a las medidas de seguridad en general). Puede ser destacada, en este sentido, la STS de 22 de junio de 1995 que explícitamente reitera la doctrina que expuso la anterior de 2 de marzo de 1959, haciendo una comparación con la renuncia a la reserva propiamente dicha. Nos dice: «Y al entrar de lleno en el problema de las renunciaciones, concreto problema al que se refiere la litis y el recurso, bueno sería puntualizar que, dejando a un lado la renuncia presunta de los hijos a la que acabamos de referirnos, en relación con las cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados, la doctrina hace la distinción entre la renuncia a las medidas de seguridad que garantizan el cumplimiento de

³⁴ VALLET DE GOYTISOLO, *La reserva clásica...*, op. cit., p. 123.

³⁵ BERCOVITZ (Coordinador), *Comentarios al Código civil*, Pamplona 2001, p. 1130. No obstante, en algún sector ya antiguo de la doctrina hubo oposición a admitir la posibilidad de la renuncia a las medidas de seguridad. En este sentido se puede citar a MARÍN MONROY, («La reserva llamada tradicional u ordinaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1930 a 1932, pp. 827 ss.): piensa que es irrenunciable el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones de garantía. Cree que la obligación es igual e independiente de la voluntad del reservatario; éste no obra por un derecho personal suyo al exigir las; puede no actuar, no exigir las, pero no liberar al reservista de obligaciones que podían exigirle otros posibles reservatarios. Entiende MARÍN MONROY que la renuncia de las garantías por el reservatario no puede liberar de sus obligaciones al reservista. De admitirse la liberación de éste de su obligación de garantizar, ello puede suponer, en la práctica, la imposibilidad de que el derecho sea efectivo en su día. (Los argumentos de este autor, largos, son rebatidos por VALLET DE GOYTISOLO, *La reserva clásica...*, op. cit., p. 235).

³⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, op. cit., p. 284.

la obligación de reservar, y la concreta y específica renuncia a la reserva. La primera renuncia puede entenderse producida de una forma presunta, pues como su finalidad consiste en la exigencia de ciertas garantías que aseguren la obligación de reservar que la ley impone al bínubo si los hijos del primer matrimonio entienden que en su padre o madre concurren esas garantías, sin necesidad de su constitución formal, hay que presumir la existencia de la renuncia a las mismas, en aquellos casos en que el progenitor no las presta ni ellos la exigen; mucho más cuando estas garantías se refieren a unos concretos bienes, y el derecho de reserva tiene más bien una naturaleza obligacional referida al valor de los mismos».

A continuación la sentencia pasa a hacer unas consideraciones en torno a la renuncia a la reserva propiamente dicha: «Cosa distinta es la posición que legal y doctrinalmente debe tomarse en relación con la renuncia a la reserva, entendida ésta como la sujeción o limitación *inter vivos* y *mortis causa* del reservista, tanto en su ámbito personal como real. Literalmente la disposición legal exige que la renuncia sea «expresa»; prácticamente la totalidad de la doctrina científica opina en el mismo sentido, pues tratándose de una renuncia abdicativa, necesita que se efectúe de una forma clara, inequívoca y derivada de actos concretos que demuestren la voluntad del sujeto; y finalmente, la única doctrina jurisprudencial que en relación directa con la renuncia hemos encontrado (Sentencia de 3³⁷ de marzo de 1959), claramente se inclina por la exigencia de la forma expresa, añadiendo que a esta forma «no pueden equipararse actos más o menos concluyentes realizados a tal fin». La Sala tiene plena conciencia de su misión integradora del ordenamiento jurídico, cuando incide en la misma postura interpretativa sostenida en la sentencia que comentamos, dando con ello lugar a la reiteración que exige el núm. 6 del artículo 1.º CC, en orden a la creación de la doctrina jurisprudencial; y esta doctrina no puede ser otra que la exigencia de una forma expresa en la renuncia, para que cese la obligación de reservar». Es decir, para el Tribunal Supremo, cabe la renuncia presunta a las medidas de seguridad.

Los autores han criticado que se pueda hablar de «renuncia presunta»³⁸, fundamentándose en la propia doctrina, que, en materia de renuncia a los derechos, ha hecho la jurisprudencia. Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo en las que se afirma que la renuncia a los derechos no es presumible. Galicia Aizpurua señala que la privación sin corresponsivo que implica todo acto de abdicación de un dere-

³⁷ Es 2 de marzo, no tres.

³⁸ Cfr. GALICIA AIZPURUA, «Comentario a la STS de 22 de junio de 1995», *CCJC*, septiembre/diciembre 1995, núm. 39, p. 1142.

cho impone una estricta interpretación del mismo, de modo que, en cualquier caso, la renuncia debe manifestarse en forma clara, precisa e inequívoca. Tal exigencia, manifiesta este autor, no es incompatible con la admisibilidad de las renunciaciones tácitas, si bien éstas se considerarán válidas y eficaces únicamente cuando plasman en actos concluyentes que demuestren de forma indubitada la voluntad de renunciar³⁹. Por tanto, a falta de una declaración de voluntad expresa, el renunciante ha de observar una conducta de la que se deduzca necesaria y unívocamente aquella toma de posición respecto del derecho de que se trate, posición vinculante para quien la adopte, ya que, consistiendo su efecto en la automática extinción de un derecho, su revocación supondría la readquisición de un derecho ya extinguido.

De tal doctrina jurisprudencial deduce Galicia Aizpurua una conclusión esencial: la mera abstención en el ejercicio de un derecho —no prescrito—, por sí sola, no debe interpretarse como renuncia al mismo; esto es, la conducta puramente omisiva del titular, a falta de otros datos, no permite concluir la existencia de una (tácita) renuncia al derecho en cuestión. El efecto jurídico de la renuncia (extinción de un derecho subjetivo) depende, en todo caso, del consentimiento del renunciante, de forma que es necesaria una voluntad negocial declarada a través de una conducta concluyente, a la que nunca podrá asimilarse la mera inactividad del titular.

Critica, por consiguiente, Galicia Aizpurua, la posición del Tribunal Supremo (él lo hace en relación con la STS de 22 de junio de 1995, pero se puede aplicar perfectamente a la doctrina jurisprudencial de la sentencia que estamos viendo) que estima que las renunciaciones a las medidas de seguridad puede presumirse y al fundamentar tal presunción en la conducta meramente omisiva de los reservatarios.

Pienso que esta doctrina es correcta. La constitución de la garantía hipotecaria tiene un sentido claro: la protección de los hijos. Hay que mirar con lupa la posibilidad de esta renuncia. No basta cualquier renuncia: ha de ser inequívoca, sea expresa o tácita.

Cosa distinta es que el ejercicio del poder constituir una hipoteca legal haya de verificarse siempre de manera leal, pues le son aplicables los mismos límites que a todo derecho impone el principio de la buena fe (art. 7.1 CC), la doctrina del «retraso desleal» como concreción de la regla genérica contemplada en el artículo 7.1⁴⁰.

³⁹ Trae a colación GALICIA AIZPURUA las STS de 26 de septiembre de 1983, 25 de abril de 1986, 4 de marzo de 1988, 16 de octubre de 1988, 31 de octubre de 1991, entre otras muchas.

⁴⁰ Afirma GALICIA AIZPURUA que solicitar la constitución de las medidas de garantía tras el transcurso de un largo período de tiempo desde que nació la obligación de reser-

En el mismo sentido de lo anterior podemos citar la STS de 18 de octubre de 2001 ⁴¹.

En el motivo tercero del recurso de casación, doña Emilia P. alega que el hecho que los reservatarios no hayan pedido las medidas de seguridad implica la renuncia a la reserva. El Tribunal supremo afirma que ese motivo no debe estimarse. En el Fundamento Tercero dice:» La renuncia, si no es expresa, debe ser clara y concluyente para ser apreciada como tácita; nunca ha sido considerada como renuncia tácita el no ejercicio o ejercicio tardío de derechos: ambas son declaraciones jurisprudenciales reiteradas e indiscutidas. De ello se deriva, en primer lugar, que la realidad de que los reservatarios no exigieran el cumplimiento de las garantías de la reserva que se constituyó a su favor por el segundo matrimonio del padre, no implica en modo alguno renuncia tácita de la reserva» ⁴².

var podría estimarse un acto contrario a la buena fe si aquella inactividad suscitó en el reservista la confianza de que ya no le serían exigidas y siempre que no existiesen razones de peso que justificasen la reclamación, como, por ejemplo, una significativa alteración en la situación económica del reservista que hiciese peligrar el eventual derecho de los reservatarios.

⁴¹ Los fundamentos fácticos tal como aparecen recogidos en el Fundamento de Derecho Primero son los siguientes. Partimos del matrimonio de doña Piedad B. con don José GF, del que nacieron cinco hijos (Francisco Javier, M.^a Piedad, Fernando José, M.^a Cristina y Juan Carlos). La esposa doña Piedad B falleció el día 28 de noviembre de 1966, en cuyo testamento (de 1 de septiembre de 1962) legó a su esposo el tercio de libre disposición y la legítima de la cuota de usufructo, nombrando herederos a sus cinco hijos; en escritura de 22 de mayo de 1967 se practicó la liquidación de gananciales y la partición de la herencia, adjudicándose bienes al esposo sin especificar en qué concepto se hacía cada uno de ellos. En fecha 13 de junio de 1970, en documento privado entre don José GF y sus hijos, se hace la «distribución definitiva de la herencia (de la madre) en la forma que antecede y que voluntariamente aceptan». El esposo, en fecha 24 de junio de 1970, contrae segundas nupcias con doña Emilia P (codemandada y recurrente en casación). En fecha 20 de febrero de 1987 celebran ambos capitulaciones matrimoniales en las que pactan el régimen de separación de bienes y liquidan la comunidad de gananciales. En fecha 24 de mayo de 1988 don José G vende a doña Emilia P la nuda propiedad de una tercera parte indivisa de la casa sita en la calle Cinca, de Madrid, que había sido adjudicada a aquél en la escritura de 22 de mayo de 1967. En fecha 23 de mayo de 1991 don José G otorga testamento en el que lega a su mencionada esposa el tercio de libre disposición, la legítima en usufructo y nombra herederos a los hijos. Anteriormente, el hijo mayor, Francisco Javier, falleció intestado, soltero y sin descendencia, en fecha 20 de agosto de 1970. Los hijos sobrevivientes al momento de la consumación de la reserva (muerte del reservista, 26 de agosto de 1992), tres de ellos, don Juan Carlos, don Fernando José y doña M.^a Piedad GB formularon demanda contra su hermana, también reservista, doña M.^a Cristina GB, que se allanó a la misma, contra doña Emilia P –segunda esposa del reservista– y don José Ignacio NB, albacea del mencionado testamento del reservista, exigiendo el cumplimiento de una y otra reserva.

⁴² Con ello esta sentencia no sigue el criterio de la STS de 8 de octubre de 1923, que aceptó el criterio del Juzgado y la Audiencia, que habían estimado renuncia tácita a exigir las garantías, por no haber sido ejercitadas durante veintiséis años en un caso en que el reservista había inmatriculado un inmueble sin hacer constar su carácter reservable y sin que los presuntos reservatarios lo exigieran, los cuales habían intentado su ulterior ejercicio cuando luego, bastantes años después, el reservatario que sobrevivía (el otro había fallecido) reclamó la constitución de la hipoteca para garantía de la restitución del importe del inmueble en cuestión que el reservista había vendido.

No obstante cabe discutir, como hace Puig Brutau⁴³, si el retraso en pedir que se constituyan las medidas de seguridad equivalen a una renuncia tácita. No es tan radical este autor como la sentencia que acaba de ser citada, ya que entiende que en cada caso se tratará de un problema de interpretación en vista de cuantas circunstancias concurren, pero será lo normal que el retraso implique el reconocimiento de la plena eficacia de los actos de disposición a título oneroso que mientras tanto haya realizado el reservista, dejando abierta la posibilidad de pedir la constitución de dichas medidas de seguridad en momento posterior y en la medida de lo posible.

Roca Sastre, en un conocido dictamen⁴⁴, plantea la cuestión de lo que sucede cuando el reservista, en buenas relaciones con el presunto reservatario, le pide que autorice la enajenación como libre de una finca reservable. Lo que se discutía es si una escritura era de liberación o de autorización; es decir, si por ella quedaban liberadas todas las fincas del gravamen de la reserva, por renuncia de este gravamen, o si subsistía la condición de reservables en cuanto a las fincas no vendidas. Dice Roca Sastre que en principio hay que entender que sólo se trata de un acto jurídico de asentimiento del reservatario, en el sentido de que faculta al reservista para vender las fincas libres de la reserva. Explica dicho autor la distinción entre poder y consentimiento, o sea, entre apoderamiento y autorización en sentido específico. En el poder otorga el autorizado en nombre del autorizante y en el consentimiento otorga el autorizado en su propio nombre. Según afirma, tanto si se trata de un poder como de un asentimiento, su mero otorgamiento no provoca la extinción automática del gravamen, es decir, que no implica una renuncia total e inmediata del reservatario a la reserva. La razón es que no cabe confundir una simple renuncia de derechos con un acto de mera autorización, asentimiento o consentimiento del reservatario dirigido solamente a que cuando el reservista venda bienes reservables pueda hacerlo en concepto de libres de la reserva. Parece que ha de prevalecer la interpretación estricta, en el sentido de que, si no consta lo contrario, ha de estimarse que la voluntad de liberar del reservatario se refiere a los bienes comprendidos en las enajenaciones que el reservista pueda otorgar. Como fundamento puede verse el artículo 1289, párrafo primero, CC. Pero sin duda, señala Puig Brutau⁴⁵ será misión del Notario que otorga la escritura dejar claramente reflejada la verdadera voluntad del reservatario que por lo

⁴³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 285.

⁴⁴ ROCA SASTRE, «Dictamen acerca del negocio jurídico de asentimiento de los reservatarios», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1953, pp. 287 ss.

⁴⁵ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 286.

regular querrá eximir de la reserva a determinados bienes sin renunciar a que subsista sobre los demás e incluso sobre lo obtenido como contraprestación de los enajenados y, por tanto, sin renunciar a la posibilidad de establecer la hipoteca.

La renuncia a las medidas de seguridad puede ser hecha por todos los reservatarios o solo por alguno o algunos. En el primer caso, la renuncia es plenamente efectiva⁴⁶.

Por último, la renuncia a adquirir los bienes reservables al fallecer el reservista es, como ya hemos dicho, cuestión distinta de los otros dos tipos de renuncia y cuya diferencia con la renuncia a las medidas de seguridad es clara⁴⁷.

⁴⁶ En cuanto a la renuncia a la reserva propiamente dicha, la cuestión esencial se halla en el artículo 970 CC, es decir, en el objeto de la renuncia. Este precepto está en íntima conexión con la construcción que se haga de las reservas. Siguiendo a GALICIA AIZPURUA, vamos simplemente a recordar las de Vallet y Lacruz (Cfr. Op. cit., p. 1146). Ambos autores sostienen concepciones radicalmente diversas acerca de la estructura y el funcionamiento de las reservas, que están en íntima relación sobre la cuestión de si existe o no una delación reservataria autónoma. Así, para Lacruz, los bienes reservables son objeto de una auténtica delación especial, aislada de la sucesión general del reservista y por la que no resulta influida. Por el contrario, Vallet conceptúa la reserva como un mero freno a la libertad dispositiva del reservista, siendo su objetivo esencial impedir que aquél desvíe los bienes reservables del círculo de parientes designados por la ley; no hay, pues, delación especial, sino la ordinaria de la herencia del reservista, sea testamentaria o abintestato, limitada, en todo caso, por la reserva. Estas diversas concepciones de ambos autores determinan una diversa interpretación del artículo 970. Sí hay coincidencia en cuanto al momento al que debe entenderse aplicable lo dispuesto en el mismo: lo que hace cesar la renuncia en él contemplada es la vinculación de los bienes en situación de reserva pendiente. Pero las discrepancias atañen al objeto de esta renuncia: a) Para Vallet, siendo la reserva una mera limitación a la libertad dispositiva del reservista (y no una suerte de delación especial), la renuncia del artículo 970 únicamente puede suponer la renuncia a la sujeción *inter vivos* y *mortis causa* sufrida por el reservista, tanto en su ámbito personal como en el real. El efecto jurídico de la renuncia queda, por tanto, circunscrito a una simple remisión de la sujeción del reservista (que incluso podrá ser parcial, es decir, referida exclusivamente a unos bienes determinados), de forma que los renunciantes ya no podrán exigírsela o reclamar a su muerte contra aquellos actos del mismo que la hubieran contravenido. Lo que no contempla de ninguna manera el artículo 970 es una renuncia a suceder en su día en los bienes reservables (o lo que es igual, una renuncia a una sucesión futura), pues tal resultado viene vedado por lo dispuesto en el artículo 991. Este precepto impide la renuncia a los bienes reservables para el caso de que testamentariamente o abintestato le fuesen atribuidos al presunto reservatario. El artículo 970 no constituye una excepción a lo estatuido en el 991, sino que regula algo distinto: la facultad de renunciar a exigir el cumplimiento forzoso de la reserva; b) Según Lacruz, la renuncia contemplada en el artículo 970 supone la dimisión de la especial sucesión reservataria, si bien únicamente de ella, es decir, de una sucesión que se defiere con independencia del patrimonio general del reservista. Toda hipótesis de renuncia encierra una *quæstio voluntatis*, es decir, la renuncia puede tener, en cada supuesto, un contenido distinto al descrito; más si nada se advierte, ha de entenderse dirigida a la misma delación reservataria, pues existe ya en la situación de pendencia un llamamiento a favor de los presuntos reservatarios (siquiera eventual y de efectividad futura).

⁴⁷ Refiriéndose PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, V-3.º, op. cit., p. 289) a la distinción entre ésta y la renuncia a la reserva propiamente dicha, dice que hay que tener en cuenta que liberar al reservista de la obligación de reservar o de la sujeción a la reserva, significa que los bienes que serían reservables quedarán en su patrimonio y seguirán la trayectoria que en su día corresponda. Los reservatarios pueden haber renunciado a la adquisición de tales bienes en virtud de la reserva, pero no por sucesión ordinaria si así correspondiese. Lo que precisamente no cabe renunciar –son palabras de VALLET, citadas por PUIG

Las personas obligadas a constituir la hipoteca son los reservistas, esto es, el viudo o viuda que pase a segundo o ulterior matrimonio (y haya hijos o descendientes del primer matrimonio); el viudo que durante el matrimonio haya tenido, o en estado de viudez tenga un hijo no matrimonial; el viudo que adopte a otra persona, con la excepción del caso de que el adoptado sea hijo del consorte de quien descienden los que serían reservatarios⁴⁸.

La situación matrimonial del obligado a constituir la hipoteca puede influir en esta obligación, porque afecta al mismo hecho de la reserva. El problema se puede plantear si el primer matrimonio es nulo y existen hijos o descendientes del mismo.

El planteamiento de la cuestión es el siguiente. Para ser reservista, de acuerdo con el CC y la legislación hipotecaria, se ha de tratar de viudo/a. Estrictamente, en este supuesto no cabe hablar de viudos o viudas al disolverse el matrimonio. Dice González Porras⁴⁹ que los interesados jamás fueron marido y mujer, de modo que si una vez declarada la nulidad vuelven a casarse, viva o no cualquiera de ellos, el que contrae matrimonio se casa soltero y no viudo, porque casado no lo fue en ningún momento. Por tal razón habría que llegar a la conclusión que no tendría obligación de reservar.

Se trata, efectivamente, de una conclusión impecable. Pero, por medio, juega también el artículo 79 CC, como ha puesto de manifiesto González Porras⁵⁰. La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos. Y el mismo precepto declara existentes los efectos civiles respecto del contrayente o contrayentes de buena fe siempre en relación con los hijos (arts. 968 CC y concordantes) y entre tales efectos se encuentra el de reservar, ya que el hecho de que se declare nulo no permite pensar que la voluntad del que, durante el matrimonio, donó o legó a quien pensaba era su cónyuge era la de que en caso de segundo matrimonio tales bienes fueran a otras personas y no a los hijos comunes⁵¹.

BRUTAU— es a heredar los bienes que eran reservables, pues a ello se opone el artículo 991 del Código, al prohibir la repudiación antes de que se tenga derecho a la herencia.

⁴⁸ No hay obligación de reservar cuando el adoptado es hijo del consorte de quien descienden los que serían reservatarios. La razón es que al llevarse a cabo la adopción, el adoptado adquiere igual condición que los demás hijos, que hasta ese momento eran medios hermanos, y por virtud de la adopción se igualan impidiendo el peligro que trata de evitar la reserva.

⁴⁹ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁰ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 42.

⁵¹ Y termina su argumentación GONZÁLEZ PORRAS diciendo que tal deducción se debe entender aplicable no solamente para el caso de que uno de ellos proceda de buena fe o ambos, sino también para el supuesto de que los dos hubieran procedido de mala fe, pues la protección se dispensa a los hijos y porque de no ser así los cónyuges que obran de mala fe recibirían mejor trato que quienes lo hicieran de buena fe.

Si lo que es nulo es el matrimonio posterior, hay que distinguir según que existan o no hijos o descendientes de este nuevo matrimonio. Si no existen, no cabe hablar de reserva, pues los hijos del primer matrimonio están en la misma situación que si hubiese permanecido viudo y sin hijos el cónyuge supérstite. Por el contrario, afirma el autor citado, no puede haber duda que existirá la obligación de reservar si quedan hijos del matrimonio nulo porque los hijos o descendientes de la unión anterior no pueden quedar menos protegidos que en el caso de haber tenido el viudo o viuda algún hijo no matrimonial.

Cuando el punto de partida de la reserva es la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, piensa González Porras⁵², que si el sobreviviente del declarado fallecido vuelve a contraer matrimonio y se dan los demás presupuestos de los artículos 968 ss. CC, no debe existir ninguna dificultad en admitir la obligación de reserva como si de una muerte real y cierta se tratase. El artículo 85 CC hace equivalente la disolución por la muerte o la declaración de fallecimiento de los cónyuges, como muestra el uso de la conjunción disyuntiva «o».

Pero, en la actualidad, el problema importante se plantea con el divorcio⁵³. El divorciado que vuelve a casarse, teniendo hijos de su anterior matrimonio, ¿queda sometido al régimen que el artículo 968 CC establece para el viudo que contrae nuevas nupcias?

Al introducir el legislador, en 1981, la disolución del matrimonio por divorcio, aportó un posible supuesto de sucesividad matrimonial con el que no contó, en 1889, cuando se promulgó el Código.

Hijos de anterior matrimonio lo son los del supérstite que vuelve a contraer matrimonio, e, igualmente, lo son los del divorciado o divorciada que vuelva a casarse.

Idéntico interés protegible, idéntica sucesividad matrimonial. Todo parece indicar, nos dice Arechederra⁵⁴, que el divorciado, que contrae ulterior matrimonio, quedará obligado a reservar determinados bienes, según establece el CC en el artículo 968.

Si nos fijamos en las opiniones doctrinales, para Vallet la respuesta es clara⁵⁵: la ratio de la reserva viudal en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento es la misma que en el caso de

⁵² GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 43

⁵³ Sobre este punto, es importante leer el artículo de ARECHEDERRA, «Divorcio y reserva de bienes», *ADC*, octubre-diciembre 1999.

⁵⁴ ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1396.

⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 968 del Código civil», *Comentario al Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2292.

nuevas nupcias contraídas después de declarada la nulidad del anterior matrimonio o el divorcio.

Lacruz⁵⁶ nos dice que el supuesto que contempló el legislador de 1889 al redactar los artículos 968 ss. CC fue el de la muerte de un esposo. Constituía, por tanto, el presupuesto de aplicación de estos preceptos. Pero las cosas han cambiado tras 1981. Un acontecimiento que no pudo contemplar el legislador decimonónico, nos dice este autor, el divorcio, disuelve igualmente el matrimonio⁵⁷. Con mayor razón se impone la reserva si el divorciado vuelve a casarse o tiene otros hijos: el mismo conflicto de intereses debe tener la misma solución. Concluye Lacruz defendiendo la existencia de una reserva que denomina «paravidual» impuesta al divorciado bínubo o con prole ulterior.

Para De la Cámara entre el artículo 968 CC y el supuesto de divorcio se dan los requisitos del artículo 4.1 CC, sobre la analogía⁵⁸.

González Porras⁵⁹ opina que la admisibilidad actual del divorcio vincular hace pensar que el divorcio deba tener iguales efectos que la muerte. No existen, en su opinión, razones jurídicas que permitan valorar de forma distinta la obligación de reservar en la familia que crea nuevamente un viudo o viuda, que si esa nueva familia la crea una persona divorciada de matrimonio anterior.

En contra de estas opiniones se hallan Díez Picazo y Gullón Ballesteros⁶⁰. Afirman que la argumentación de Lacruz es persuasiva⁶¹, pero lo cierto es que el legislador, que introduce el divorcio, sin embargo no ha alterado la reserva clásica del cónyuge superviviente que pasa a nuevas nupcias. Que esto haya sido o no un desacierto, es otra cuestión que el intérprete no puede corregir. Lo real es que el texto claramente se refiere al viudo o viuda.

Arechederra también niega que la reserva tenga cabida en el caso de divorcio, al menos en la reserva clásica, no así en la lineal. Se podría resumir su postura afirmando que la propia estructura de la reserva requiere lo que él denomina «el insustituible protagonismo del cónyuge premuerto»⁶². Sin el cónyuge difunto, todo el entramado normativo se viene abajo⁶³.

⁵⁶ LACRUZ, *op. cit.*, p. 466.

⁵⁷ «Y por cierto sin dar lugar a la restitución de lo donado por un esposo al otro», dice textualmente.

⁵⁸ DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1990, p. 325.

⁵⁹ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁰ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 8.ª ed., Madrid 2001, p. 448, nota 1.

⁶¹ El divorcio debe ocasionar la reserva porque disuelve el matrimonio y además no da lugar a la restitución de lo donado por un esposo a otro.

⁶² ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1413.

⁶³ Habla de que el divorcio implica potencialmente dos reservas: «Al ser la disolución del matrimonio por divorcio una disolución entre vivos, ambos quedan capacitados

El Derecho histórico va a favor, naturalmente, de la postura de estos últimos autores citados. En el Derecho romano, la constitución *Feminae* (Cód. V.IX.III) del año 382 y la constitución *Genera liter* (Cód. V.IX.V) sólo contemplan la disolución del primer matrimonio por muerte. En un primer momento del varón, pensando en las segundas nupcias de la viuda; después indistintamente, pensando en las segundas nupcias tanto de la viuda como del viudo. Como dice Arechederra⁶⁴ parece que el subsiguiente matrimonio del cónyuge divorciado no requiere la adopción de estas precauciones. Y eso que la reserva, afirma este autor, nace en un contexto cultural divorcista, pero sin tenerlo en cuenta.

La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 no sólo reguló el mecanismo de disolución del vínculo matrimonial. También se ocupó de los efectos del divorcio sobre los propios cónyuges, sobre los hijos y sobre los bienes del mismo.

En su artículo 21 establece que «el hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en el anterior matrimonio disuelto, no será por sí solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole».

El legislador tuvo en cuenta el supuesto de hecho que contempla el artículo 968 CC.

Además, también reguló la trascendencia sucesoria del divorcio. «El cónyuge divorciado no sucede abintestato a su ex consorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece la sección séptima del capítulo II del título III del Libro III CC ni a las ventajas de los artículos 1374 y 1420 del mismo Código» (art. 29)

Tuvo en cuenta el legislador las ulteriores nupcias del cónyuge divorciado. Su incidencia sobre la situación de los hijos. Se ocupó

para contraer matrimonio. Por lo tanto, el supuesto de divorciado bínubo con hijos de anterior matrimonio no agota todos los casos posibles. Queda el caso de ambos padres divorciados bínubos. En ese caso, los hijos del matrimonio disuelto –hijos de anterior matrimonio– pasan a ser reservatarios frente a ambos progenitores. Se trata de otra de las consecuencias de la falta de cónyuge premuerto, propio de la disolución del matrimonio por muerte de un cónyuge. Francamente, no creo que, si el CC hubiese tenido en cuenta el divorcio, en el momento de su redacción, hubiese llevado las cosas hasta ese extremo. Extremo, por otra parte, difícil de evitar». O se pregunta: ¿quiénes son los parientes del difunto? Nos dice: «Otra dificultad que presenta la ausencia de cónyuge premuerto es la de localizar a esos parientes del difunto, a los que se refiere el artículo 969 CC. Este precepto establece que el artículo 968 es aplicable «a los bienes que, por los títulos en él expresados el viudo o viuda haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste». Literalmente, esta disposición no es aplicable a los supuestos de disolución matrimonial por divorcio. Sin duda, el difunto del artículo 969 es el «difunto consorte» del artículo 968. El difunto consorte es el cónyuge *tradens*, a cuya transmisión de bienes se suman las que miembros de la propia parentela hayan realizado a favor del bínubo, por consideración al otro cónyuge».

⁶⁴ ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1402.

de las consecuencias sucesorias del divorcio. Y no mencionó la posibilidad de que se aplicase al cónyuge divorciado bínubo, con hijos del matrimonio disuelto, la obligación de reservar contemplada en el artículo 968 CC⁶⁵.

¿Cuál es el tiempo de constitución de la hipoteca? A tenor del artículo 160 LH, el tiempo durante el cual puede exigirse la constitución de la misma⁶⁶ va desde que surgió el hecho que motivó la posibilidad de constituir la hipoteca, hasta que la obligación que se debiera haber asegurado se ha extinguido; es decir, los reservatarios pueden solicitar esta medida desde el momento del nacimiento de la obligación de reservar hasta la muerte del reservista⁶⁷.

Alguna cuestión se puede plantear en torno al comienzo de la obligación de reservar. Ya sabemos que la reserva clásica se extiende a los supuestos que enumera el artículo 980 CC. El párrafo final de este artículo citado añade que la obligación de reservar «surtirá efecto, respectivamente, desde el nacimiento o adopción del hijo». Pero si aquel se ha producido durante el matrimonio, nos dicen Díez Picazo-Gullón⁶⁸, el viudo tiene la obligación de reservar desde que queda en ese estado por la muerte de su consorte; la reserva no se le impone porque sea padre, sino al viudo. Otra cosa, en opinión de estos autores, es que se le quiera dar efecto retroactivo a la reserva, que no impedirá la validez de los actos realizados por él en el período anterior al nacimiento de la obligación de reservar, sin perjuicio de los derechos de los reservatarios⁶⁹. Todo ello, por supuesto, coordinado con lo dispuesto en el artículo 261 RH, que establece el momento del cómputo de los ciento ochenta días.

⁶⁵ En la exposición resumida de la ley, hemos seguido a ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1399.

⁶⁶ Y las demás medidas de aseguramiento, como se desprende del artículo 184 LH.

⁶⁷ GALICIA AIZPURUA, «Comentario a la STS de 22 de junio de 1995», *CCJC*, núm. 39, septiembre/diciembre de 1995, p. 1144.

⁶⁸ DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, v. IV, 8.ª ed., 2001, p. 449.

⁶⁹ El artículo 980 CC recoge el supuesto tradicional de que el cónyuge viudo queda sujeto a la obligación de reservar cuando tenga un hijo en estado de viudez. El CC, en su versión original del artículo 980, había recogido este criterio: «La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos será aplicable al viudo o viuda que, aunque no contraiga nuevo matrimonio, tenga, en estado de viudez, un hijo natural reconocido, o declarado judicialmente como tal hijo. Dicha obligación surtirá efecto desde el día del nacimiento de éste». La reforma de 1981 dio nueva redacción al artículo 980, recogiendo este supuesto: «La obligación de reservar impuesta en los artículos anteriores será también aplicable: 1.º Al viudo que durante el matrimonio haya tenido o en estado de viudez tenga un hijo no matrimonial». La originaria redacción del artículo 980 planteó, señala VALLET (*La reserva clásica...*, *op. cit.*, p. 47), una duda práctica atendiendo a su núm. 2, que señalaba que la obligación de reservar del núm. 1 «surtirá efecto desde la fecha del nacimiento» de tal hijo. Esta duda guardaba relación con las enajenaciones de bienes inmuebles reservables efectuadas por el cónyuge viudo en el período intermedio entre el nacimiento del hijo y su reconocimiento o la declaración judicial de su paternidad o maternidad, duda que hoy se sigue manteniendo, aunque la solución vaya probablemente en el sentido de lo expuesto por DÍEZ PICAZO y GULLÓN tal como acaba de ser dicho.

Interesa destacar que los reservatarios no tienen más opción que pedir la constitución de esta garantía hipotecaria sin posibilidad de alternativas. Es ésta una doctrina ya antigua, recogida en el artículo 189 LH⁷⁰, y formulada por la STS de 6 de julio de 1916⁷¹.

El supuesto de hecho es el siguiente: falleció el padre viviendo la madre y una hija del matrimonio; después la hija falleció antes que la madre y ésta la sucedió abintestato. Es el supuesto clásico de la reserva lineal, como destaca Puig Brutau⁷², pues vivían dos hermanos del padre, presuntos reservatarios. Formuló la demanda uno de estos hermanos del cónyuge fallecido y pidió que la madre viuda, heredera de su hija, asegurase eficazmente la efectividad del derecho expectante de los presuntos reservatarios.

La sentencia recurrida había declarado que la demandada estaba obligada a asegurar con hipoteca (según el art. 191 LH) el valor de todos los bienes muebles reservables adquiridos por sucesión abintestato de su hija, y que si carecía de bienes hipotecables tenía que contraer la obligación de hipotecar los primeros que adquiriese (art. 197 LH), pero rechazó la pretensión de la parte actora de que se obligara a la demandada a depositar en un establecimiento de crédito los valores de la herencia que eran bienes reservables, en dicho supuesto de carecer de bienes hipotecables.

El recurso de casación alegaba que la sentencia recurrida había incurrido en interpretación errónea y violación de los artículos 811, 977 y 978 CC y 168, núm. 2, y 197 de la Ley Hipotecaria, así como las sentencias de 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912; y añadía: «...guardando relación el sentido de las disposiciones citadas con el artículo 1.121 CC, también infringido, ya que este precepto de carácter general demuestra que, para los efectos del aseguramiento de bienes, quien tiene la condición de acreedor puede exigir aquellas medidas de aseguramiento que suplan las que las leyes taxativamente establecen, cuando éstas, por causas imputables sólo al reservista, no se pueden adoptar, e infringe asimismo el principio de Derecho que informa el artículo 494 CC, así como el propio

⁷⁰ Art. 189 LH: «Si el reservista no tuviere bienes que hipotecar, se instruirá también el expediente prevenido en el artículo 186, con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía. La providencia que en tal caso recaiga se limitará a declarar lo que proceda sobre estos puntos y la obligación del reservista de hipotecar los primeros inmuebles que adquiriera».

⁷¹ Esta sentencia tiene también interés porque señala un cambio de orientación doctrinal, en relación con la tesis clásica que defendía que el reservista tiene el usufructo de los bienes reservables y el reservatario la nuda propiedad. La tesis normalmente se planteaba precisamente en torno al problema si el reservatario podía o no transmitir su derecho sobre los bienes reservables. Señalar también que la sentencia citada se refiere concretamente a la reserva lineal.

⁷² PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 218. El desarrollo de la sentencia lo tomamos de dicho autor.

artículo, pues no pudiéndose dejar al arbitrio de la reservista los bienes muebles reservables que no ha podido asegurar con hipoteca, se halla en el mismo caso que el usufructuario que no ha prestado la fianza cuando la debe prestar, y teniendo tantos puntos de semejanza y aun de identidad la situación jurídica del reservista y la del usufructuario, se ha debido aplicar este artículo por la Sala sentenciadora, que infringe, además, el principio de Derecho sancionado, entre otras, en sentencias de 30 de octubre de 1891, 12 de noviembre de 1892 y 12 de febrero de 1896, de que donde existe la misma razón deben aplicarse las mismas disposiciones jurídicas, toda vez que existiendo igual razón para que el reservista asegure los bienes muebles que el usufructuario, deben adoptarse las medidas que impidan la enajenación o desaparición de los bienes que podrían ser irreivindicables si se enajenasen cumpliendo determinados requisitos que establece el Código de Comercio».

Este motivo y todo el recurso fue rechazado por el Tribunal Supremo, por lo que parece que para el Alto Tribunal la posición del reservista no puede identificarse con la del usufructuario y de esta manera llegar a la conclusión de que no deben imponerse al reservista las medidas aseguradoras que el artículo 494 CC impone al usufructuario en el supuesto contemplado⁷³.

El considerando interesante es el tercero: «el hecho de que el reservista del artículo 811 carezca de bienes propios para constituir esta hipoteca no autoriza a utilizar, como pretende el recurso en su único motivo, las facultades que concede el artículo 494 CC, de vender los muebles y asegurar, mediante su depósito en un establecimiento público, su precio, así como las sumas en metálico y demás valores mobiliarios si el usufructuario no presta la fianza, en primer lugar porque es la misma ley quien prevé este punto, declarando el artículo 197 de la Ley Hipotecaria que cuando hay carencia de bienes para hipotecar se incoará también el expediente prevenido en el artículo 191, lo mismo que si los hubiera, con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía, no siendo dable, en virtud de una interpretación extensiva, limitar el derecho de propiedad, y después porque falta toda analogía entre el reservista y el usufructuario para establecer, como el recurrente pretende, identidad en su situación jurídica desde el momento en que el reservista puede disponer de los bienes inmuebles como dueño, con las limitaciones impuestas en los artículos 974 y 975, y enajenar eficaz y

⁷³ El primer considerando de esta sentencia de 1916 afirma que los artículos 977 y 978 del Código sobre medidas de seguridad son aplicables a una y otra reserva. En el segundo considerando precisa cuáles son las medidas de seguridad a que está sometido el reservista cuando la reserva comprende bienes muebles.

absolutamente los muebles, sin más obligación que la de indemnizar, conforme determina el artículo 976...»⁷⁴.

Entramos a hablar del crédito garantizado, lo cual, de paso, nos indicará qué tipo de hipoteca es la que estamos considerando, aunque ya hemos hecho un comentario de que no es una hipoteca ordinaria.

El artículo 978 CC nos señala los conceptos que forman parte del crédito que es asegurado con la hipoteca legal. Dice el precepto: «Estará además obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca:

1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieran al tiempo de su muerte.

2.º El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.

3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiera hecho a título gratuito.

4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados⁷⁵».

El núm. 1 del precepto habla de la «restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieran al tiempo de su muerte»⁷⁶.

Nos dice Vallet que después de la reforma de 1981 queda como único criterio el de la restitución *in natura* que debe aplicarse a todos los bienes reservables por el padre y a todos los reservables por la madre, tanto si proceden del cónyuge premuerto, de algunos de los descendientes del anterior matrimonio o de parientes del difunto en consideración a éste.

En la originaria redacción de este número se preveía un segundo criterio de «devolución del valor» de los bienes procedentes de la dote estimada, excepción que dimanaba de la propia naturaleza de ésta, que expresaba el párrafo segundo del antiguo artículo 1346 CC, al decir que se transfiera su dominio al marido, quedando obligado éste a restituir su importe; por lo cual, señala Vallet, era lógico que si el marido heredaba de su mujer la dote estimada de ésta no heredaría

⁷⁴ Por tanto, concluye PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 220, según esta sentencia de 1916, el reservista no es un mero usufructuario porque puede disponer de los bienes reservables de la manera indicada. Pero de manera concreta, en este caso se trataba de la pretendida y rechazada extensión al reservatario de las medidas de seguridad que para el usufructo dispone el artículo 494 CC.

⁷⁵ Según el artículo 974 CC se hallan en dicho caso los inmuebles reservables que el cónyuge sobreviviente hubiera enajenado antes de contraer la segunda unión.

⁷⁶ Seguimos a VALLET, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIII, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid 1998, p. 363.

los bienes con los que se constituyó sino el importe en que se evaluaron al tiempo de su constitución y, consecuentemente, ese valor era el que se debería reservar en los casos de contraer nuevas nupcias o de reconocer un hijo natural habido en estado de viudez o declararse judicialmente su paternidad. Hoy al haber desaparecido CC la regulación de la dote, se ha eliminado esa referencia en el artículo 978, núm. 1⁷⁷.

El núm. 2 del artículo 978 se refiere al «abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia».

Es importante, en este sentido, que en el inventario de los inmuebles (sobre todo a efectos del art. 260 RH) se deba hacer constar el estado inicial de conservación de los mismos, precisamente para poder determinar la existencia de estos deterioros.

Señala Vallet⁷⁸ que el planteamiento de la obligación del reservista de abonar los deterioros sufridos por los bienes reservables, ya sean muebles o inmuebles, no parece separable de la cuestión de si tendrá derechos a que se le abonen los incrementos producidos por obra suya, es decir, por las mejoras que en ellos haya efectuado.

Pasando al primer punto, los «aumentos», señala el ilustre autor que los incrementos de valor de los bienes reservables pueden ser aparentes –debidos a disminución del valor de la moneda– o reales y éstos, a su vez, intrínsecos o extrínsecos. El plusvalor aparente y el real intrínseco seguirán el curso y los eventos de la reserva. Otra cosa es el plusvalor extrínseco de los bienes reservables, es decir, debido a mejoras del reservista.

Para Vallet no ofrece duda que las mejoras hechas por el reservista deberán seguir el principio de la accesión, entendiendo que lo dispuesto en el artículo 358 CC no se refiere sólo a la propiedad actual sino también a las peripecias ulteriores de ésta que deriven de causas anteriores al hecho que produjo la accesión. Pero la cuestión se plantea, según este autor, al tratar de determinar si el reservista tendrá derecho no sólo a las impensas necesarias (que corresponden incluso al poseedor de mala fe, según el art. 453, párrafo primero) y al *ius tollendi* de las suntuarias (art. 454), sino también a las útiles o mejoras. Y asimismo en precisar si en estos supuestos los reservatarios tendrán en su día la misma opción que concede al propietario el apartado final del párrafo segundo del artículo 453,

⁷⁷ Aunque señala VALLET (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 363) que nada impide que se pacte la constitución de dote inestimada, pese a su general desuso; y, de darse ese supuesto, el único criterio razonable seguirá siendo el que se preveía en el inciso estimado superfluo en la reforma.

⁷⁸ VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 363.

entre satisfacer el importe de los gastos útiles o abonar el aumento de valor que por razón de ellos haya adquirido la cosa ⁷⁹.

Sobre esto sigue valiendo lo que ya hace decenios dijo la Academia Matritense del Notariado, que en su sesión académica de 30 de mayo de 1894, había adoptado por mayoría el acuerdo de estimar aplicable al reservista respecto a las mejoras lo dispuesto en el CC para el poseedor de buena fe, lo cual también le conferiría derecho al abono de las correspondientes impensas ⁸⁰.

Respecto a los «deterioros» sufridos por los bienes reservables, siguiendo a Vallet ⁸¹, se puede distinguir los bienes consumibles de los bienes deteriorables.

Al primer supuesto nos podemos plantear si se le aplica el artículo 482 CC ⁸² sustituyendo «usufructuario» por «reservista». Nos parece que la respuesta ha de ser positiva y, además, entendemos que es un supuesto que se halla fuera del núm. 2 del artículo 978 CC.

El artículo 978, núm. 2 está pensando en cosas no consumibles, que se pueden deteriorar, o bien por el transcurso del tiempo o por su uso. Y se plantea si serviría el criterio del artículo 481 CC ⁸³.

Afirma Vallet ⁸⁴ que parece que este criterio es el mismo que se desprende del artículo 978, núm. 2, para toda clase de bienes reservables, muebles o inmuebles, deteriorables o no por su uso.

Manifiesta también Vallet ⁸⁵ que los deterioros sufridos por los bienes muebles o inmuebles reservables ocasionados por culpa o negligencia del reservista se deben a los reservatarios, puesto que

⁷⁹ Para VALLET hay dos caminos para contestar a estas cuestiones. Uno, incorrecto, que es el dogmático y que asimila al reservista al usufructuario (con aplicación del art. 487 CC); o lo asimila al obligado bajo condición suspensiva (que llevaría al mismo resultado que el anterior); o al obligado bajo condición resolutoria (con igual resultado); o al heredero gravado con sustitución fideicomisaria (con aplicación del art. 783, párrafo 2.º, CC); o al comprador bajo pacto de retro (con aplicación del art. 1518, núm. 2, CC). Y el otro camino es el teleológico, de acuerdo con la línea marcada por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de diciembre de 1933. La solución para VALLET es clara: el derecho de los reservistas a las mejoras no puede valorarse menos que las del heredero sujeto a sustitución fideicomisaria o del comprador vinculado por el pacto de retro, sin necesidad, por otro lado, de hacer ninguna asimilación.

⁸⁰ Acuerdo citado por VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 365.

⁸¹ VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 366.

⁸² Artículo 482 CC: «Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo».

⁸³ Artículo 481 CC: «Si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas empleándolas según su destino, y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo o negligencia».

⁸⁴ VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 366.

⁸⁵ Ídem.

aquél se halla obligado a asegurarlos con hipoteca a tenor del número 2 del artículo 978 CC. Ese deterioro puede llegar a equivaler a la pérdida del bien si prácticamente se anula su valor.

Con arreglo al artículo 1183 CC se deberá presumir que el reservista es culpable del deterioro, salvo prueba en contrario. Y, de conformidad al número 2.º del artículo 978, en relación al artículo 1107 CC, deberá reservar el montante del deterioro valorado en el momento de producirse, a no ser que se debiera a dolo del reservista, pues entonces se estará a lo dispuesto en el párrafo 2.º de este último precepto⁸⁶.

Cree Vallet, y parece razonable, que el criterio de compensar los desperfectos debidos a culpa o negligencia con las mejoras efectuadas (cfr. art. 488 CC) es aplicable a las reservas⁸⁷.

Pasamos a los números 3.º y 4.º del artículo 978.

Para Vallet, las dos obligaciones contenidas en ambos se reconducen al tema de las subrogaciones en las reservas⁸⁸. Distingue este autor entre la estricta subrogación real (cosa por cosa; cosa por el crédito de su precio pendiente, o por el importe de la indemnización, seguros o expropiación que deba percibirse) y de otra, la subrogación de su valor, en virtud de la cual la reserva queda referida a una suma de valor, bien sea el importe del precio de los bienes vendidos o el valor de éstos.

Supuestos de subrogación real, de cosa por cosa, son, en el caso de bienes inmuebles reservables:

1.º Cuando el cambio de cosa reservable por otra se haya producido forzosamente para el reservista en virtud de disposición legal, o bien por un previo convenio contraído por el cónyuge viudo antes de surgir su obligación de reservar, e incluso por alguna forma de accesión natural o por industria de tercero (arts. 370, 382 y 383, párrafo 2.º, CC).

2.º Si el reservista permutó un bien reservable con autorización de los reservatarios que, al conceder dicha autorización, admitieron o exigieron que se produjese la subrogación⁸⁹.

En cuanto a los bienes muebles, en opinión de Vallet, dada la libre disponibilidad que de ellos tiene el reservista (art. 976 CC),

⁸⁶ VALLET, *Comentarios...*, *op.cit.*, p. 367.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ VALLET, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 367 ss.

⁸⁹ Un caso discutible, en opinión de Vallet, es el supuesto de que el reservista, ilícita, pero eficazmente, permute por otro inmueble un inmueble reservable inscrito en el Registro sin constancia de su calidad. Este autor cree que, dada la ilicitud cometida por el reservista, los reservatarios podrán optar entre admitir la subrogación o exigir la equivalencia en metálico del valor del bien reservable permutado. Trae a colación la Audiencia de Madrid, que así lo había admitido en la sentencia que dio lugar al recurso de casación que rechazó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de febrero de 1952.

en principio no se puede operar la subrogación, sino únicamente la subrogación de valor prevista en los artículos 976 y 978 CC.

La otra modalidad de subrogación real (*pretim succedit in loco rei*) tendrá lugar en todo caso de enajenación de bienes muebles, así como en las enajenaciones válidas de bienes inmuebles –por tratarse de bienes inscritos sin constatación registral de su carácter reservable–, cuando todo o parte del precio esté aplazada, y en los casos de expropiación pendiente de cobro o de indemnización o seguro debido por su pérdida o destrucción. En todos estos casos, los reservatarios se subrogarán en el crédito por el precio o indemnización pendientes al consumarse la reserva, operándose de conformidad al principio general –recogido en el artículo 1186 CC– de subrogación de la cosa perdida para el acreedor por todas las acciones que, por razón de ella, el deudor tuviera contra terceros.

Los números 3.º y 4.º del artículo 978, en relación con el artículo 976, se hallan en el ámbito de lo que Vallet denomina subrogación de valor. Es la subrogación del bien reservable por su valor en moneda y constituye el medio normal de dar satisfacción a los reservatarios cuando los bienes que debían reservárseles han quedado fuera de su alcance⁹⁰.

Sobre este punto, señalar que el viudo enajene o grave los bienes reservables no es la regla, sino la excepción⁹¹. Ya Manresa justificaba la excepción en el sentido de no estorbar la circulación de la riqueza, no amortizar el capital mueble o inmueble, fundamentos que purgan a la reserva de los principales inconvenientes de que adolecía. De este modo, nos dice el ilustre autor, la propiedad circula; los terceros no pueden ver perturbado su derecho a los bienes, fuesen o no reservables, que adquirieron; los descendientes del primer matrimonio nada pierden, porque a los objetos cuya propiedad debía serles reservada sustituye su valor asegurado con hipoteca. Y en cuanto al cónyuge viudo, añade, nada gana porque ha de entregar un equivalente de lo que enajenó. La excepción, afirma, consiste en admitir la sustitución, subrogación o equivalencia de unas cosas por otras, de los bienes por su valor, en interés de la seguridad en la propiedad y en la contratación⁹².

⁹⁰ De subrogación de valor habla la SAP de Cuenca, 26 de junio de 1997, en su Fdo. Tercero: «... En cuanto a la constitución de hipoteca legal, no existiendo renuncia a su exigencia, el criterio aplicable es que, a falta de la posibilidad de devolución de los bienes inmuebles reservables, si éstos hubieran sido válidamente enajenados, el artículo 978.4 CC obliga a asegurar con hipoteca dicha obligación, si bien en cuanto al valor de la enajenación, ya que esa *subrogación de valor* (el subrayado es nuestro) da satisfacción a los reservatarios cuando los inmuebles han quedado fuera de su alcance...».

⁹¹ DORAL, «La reserva hereditaria común», *Anuario de Derecho civil*, julio-septiembre 1977, p. 532, nota 64.

⁹² MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, Madrid 1924, p. 285.

En relación con estos dos números García-Bernardo Landeta⁹³ habla de deuda de valor. Aunque el artículo 978,3.º, inciso 1.º, refiere la hipoteca a «la devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados», el artículo 974 habla «de asegurar el valor de aquellos», el artículo 976 de «la obligación de indemnizar» que es pagar el valor del bien y no una fracción que a causa de la inflación representaría el precio y el artículo 978,3.º, inciso final y 4.º se refieren al valor de los bienes donados y al valor de los inmuebles válidamente enajenados, lo que una interpretación gramatical, lógica y sistemática, nos dice este autor, consagra la deuda de valor como técnica para asegurar la conservación de los bienes reservables, y la interpretación histórica conduce también a la deuda de valor, pues el artículo 1170 CC al imponer que la deuda se pague en la moneda de oro o plata que tenga curso legal en España, lo que es contrario al nominalismo en que incurriamos, si asegurásemos un precio y no un valor, que es la interpretación que más se aproxima al artículo 1170, incluso en los casos de curso forzoso del dinero.

A todo lo anterior se podría añadir el artículo 263,4.º del Reglamento Hipotecario, que dice:»El acta de constitución de la hipoteca para la seguridad de bienes reservables expresará las circunstancias de la hipoteca voluntaria y, además, las siguientes: 4.º Relación y valor de los bienes reservables». Este valor, señala García-Bernardo Landeta⁹⁴, es el de los bienes cuya restitución hay que asegurar, no su precio. Sería injusto garantizar un precio devaluado por la inflación, que represente la mitad, la tercera, la quinta o la décima parte del valor del bien enajenado⁹⁵.

El número 3.º del artículo 978 CC habla de la devolución del precio recibido por los bienes muebles enajenados y de la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación si ésta se hubiese hecho a título gratuito. El número 4.º, más genéricamente, sólo

⁹³ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La subrogación real en el Derecho común español*, Madrid 2000, p. 89.

⁹⁴ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, p. 209.

⁹⁵ LACRUZ señala lo siguiente: «La hipoteca garantiza la restitución del valor real de los bienes en cada momento, y, por tanto, puede solicitarse su ampliación si aquél crece. El precio de los bienes enajenados válidamente (cfr. art. 978 CC, núms. 3.º y 4.º) que deberá garantizarse con hipoteca, habrá de ser el del importe a restituir. Por tanto será el de venta cuando corresponda al precio corriente en el lugar y época, más siendo éste demasiado bajo, será el verdadero valor de la cosa en la época de la venta (salvo que la enajenación a bajo precio hubiera sido consentida, con conocimiento de ello, por los reservatarios efectivos), y en caso de dolo, y no pudiéndose recuperar la cosa, se contará también el mayor importe al consumarse la reserva por vía de indemnización de daños: así, en particular, enajenándose a tercero de buena fe el inmueble cuyo carácter reservable no consta en el Registro pues la expresión «válidamente» en el artículo 978,4.º no se refiere a estas enajenaciones para las cuales no estaba facultado el reservista, aun cuando sean eficaces». *Cfr. Derecho de Sucesiones, op. cit.*, p. 485.

alude al valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados. ¿Cuál es el momento con relación al cual hay que computar el valor en este último supuesto?

En el número 3.º, la cuestión aparece clara: el valor del bien mueble que hay que asegurar es el que tenía cuando se hizo la enajenación. Dicen Díez Picazo y Gullón Ballesteros⁹⁶ que puede aplicarse, para determinar el momento en relación al cual hay que computar el valor en el caso del número 4, el mismo criterio del número anterior: el que tenía cuando se hizo la enajenación. La razón de analogía se halla en que, tanto en un caso como en otro, estamos en presencia de enajenaciones válidas.

Con respecto a los otros dos números del precepto, nos hallamos también en presencia de una deuda de valor. O bien estamos ante una valoración del deterioro producido en el momento de producirse o bien la restitución de los bienes muebles no enajenados deberán valorarse a los efectos análogos que los de la misma clase aportados en dote inestimada, según regulación contenida en la misma legislación hipotecaria⁹⁷.

En cuanto a la valoración de los deterioros posibles, la doctrina habla de fijar una cantidad alzada⁹⁸.

Respecto a la restitución de los bienes muebles no enajenados, no nos interesa la cuestión de la derogación de la dote en el CC, sino los criterios que se mantienen en su regulación en la legislación hipotecaria.

En la hipoteca por bienes dotales o parafernales aportados como dote inestimada, de momento el marido sólo tiene la obligación de devolver los mismos bienes (si no son fungibles), u otro tanto de la misma especie y calidad (si son fungibles), o sea, una obligación de dar cosa distinta de dinero, si bien, a los efectos de la garantía hipotecaria de su devolución, se valora en una cantidad

⁹⁶ DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, IV, *op. cit.*, p. 453, nota 3.

⁹⁷ ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, 7.ª ed., 1979, p. 922. El RD de 12 de noviembre de 1982 suprimió todos los artículos del Reglamento Hipotecario referentes a la hipoteca dotal (250 a 258), justificándolo en la Exposición de Motivos en la que se dejaban subsistentes los de la Ley Hipotecaria, porque la «supresión de los artículos reglamentarios relativos a la hipoteca dotal» parecía «suficiente la regulación contenida en la Ley Hipotecaria para resolver los problemas que pudieran plantearse en Derecho foral o especial», dado que la dote en el CC fue derogada por la Ley de 13 de mayo de 1981. Esta derogación fue dejada sin efecto volviendo a tener vigor los artículos 250 a 258 del Reglamento Hipotecario por el RD de 10 de octubre de 1984 que basa esa determinación en «la aceptación por el Gobierno del requerimiento de incompetencia formulado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña».

⁹⁸ ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, IV-2.º, p. 976. DORAL, refiriéndose a la hipoteca en general, dice que se trata de hipotecar en garantía de: a) Restitución de los bienes; b) Compensación por su valor (subrogación real); c) Damnificación, por el deterioro «culpable o negligente». Se trata de una hipoteca de seguridad y, dentro de ella, en opinión de este autor, una hipoteca de máximo (*cf. op. cit.*, p. 544).

predeterminada que constituye la deuda pecuniaria que directamente asegura la hipoteca.

Esta valoración se hace, como dice el artículo 174 LH, «con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar la hipoteca, para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de la restitución», o sea, según se decía en el Derecho Romano, una valoración que no producía venta, ya que se hace al objeto de reducir a un *certum* la responsabilidad en que pudiera incurrir el marido en el caso de pérdida de la dote. Por ello, tratándose de bienes no fungibles, el marido sólo tiene la obligación de restituir el valor de los bienes muebles dotales inestimados cuando éstos hubieran desaparecido por su culpa o voluntad. Criterio éste que, como hemos dicho, puede aplicarse al caso del núm. 1 del artículo 978, valoración que se haría en el momento de la muerte del reservista.

Podría suceder que el reservista constituyese la hipoteca legal sin el concurso de los reservatarios⁹⁹, conforme al artículo 260 RH. Cuando se trata de fijar el importe de la hipoteca legal, a falta de escritura pública otorgada entre el reservista y los reservatarios o sus representantes legales, presentará el reservista en el Juzgado inventario y tasación, en principio sobre la base de las operaciones particionales¹⁰⁰.

La jurisprudencia también va en la línea de considerar de que estamos en presencia de un crédito de valor. Antes citábamos la STS de 3 de marzo en relación con la renuncia a las medidas de aseguramiento. Pues bien, en el Fundamento Jurídico 3.º, de pasada, se nos dice que «el derecho de reserva tiene más bien una naturaleza obligacional referida al valor de los mismos (bienes reservables)».

La hipoteca en garantía de este crédito se configura como una hipoteca de seguridad¹⁰¹. Es decir, en la denominada hipoteca normal o corriente (hipoteca de tráfico)¹⁰², tanto la legitimación como

⁹⁹ Cfr. art. 186 LH.

¹⁰⁰ Valoración real de los bienes y, al mismo tiempo, para que lo anterior sea verdad, debe admitirse algún tipo de presencia del reservatario. Sería injusto no admitir la legitimación de éste para actuar contra las iniciales tasaciones presentadas por el reservista.

¹⁰¹ Y es de seguridad, porque en el momento en que se constituye la hipoteca, la estimación del valor de los bienes reservables, para su restitución, puede ser menor que el valor de los mismos cuando se tengan que efectivamente restituir, en el momento de la muerte del reservista. Y lo que habría efectivamente que devolver sería este valor, desconocido en el momento de constitución de la hipoteca. Por tanto, a efectos de la responsabilidad de la finca hipotecada, hay que establecer un máximo de responsabilidad. Además, en el momento de constitución de la hipoteca, se ignora el importe de los deterioros que sólo se valorarán a la muerte del reservista. También, entonces, hay que establecer un máximo en relación con este concepto. E incluso se puede prever una cantidad máxima en relación con las futuras enajenaciones de los bienes.

¹⁰² Las hipotecas legales no son de tráfico, pues están vinculadas o adscritas al servicio de garantía de intereses especiales, están destinadas a un fin superior de protección de intereses que merecen una atención específica de la ley.

la fe pública registral se refieren al crédito como a la hipoteca¹⁰³. Pero a veces puede ser conveniente que la garantía real quede ya establecida antes de que puedan quedar concretados todos los elementos de la obligación asegurada. Entonces se habla de la hipoteca de seguridad, en la que ni la fe pública ni la legitimación se extienden al crédito garantizado, y la cuantía de éste será la que resulte de la realidad fuera del Registro, incluso frente a terceros adquirentes o cesionarios del crédito hipotecario¹⁰⁴.

Dentro de las hipotecas de seguridad, la doctrina discute si se trata de una hipoteca por una obligación futura o por una obligación sometida a una condición suspensiva. Ambas aparecen, en la legislación hipotecaria, unidas en los artículos 142¹⁰⁵, 143 LH¹⁰⁶ y 238 RH¹⁰⁷.

La eficacia de esta clase de hipoteca consiste en que el derecho real de garantía adquiere prioridad desde su inscripción, como nos dice el artículo 142 LH, aunque sólo si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse.

Contraída la obligación futura o cumplida la condición suspensiva de la que estaba pendiente su existencia y exigibilidad, la hipoteca surte efecto contra tercero desde su inscripción (art. 142 LH), por lo que pueden los interesados hacer constar esta circunstancia por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria (art. 143 LH).

¹⁰³ Prueba de esta unidad entre crédito e hipoteca es el artículo 144 LH: «Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos». Esto significa, dice PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, III-3.º, 3.ª ed., Barcelona 1983, p. 258), que toda alteración que sufra la obligación personal ha de hacerse constar en el Registro para que tenga eficacia frente a terceros.

¹⁰⁴ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III-3.º, *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁵ Artículo 142 LH: «La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse.

Si la obligación asegurada estuviera sujeta a condición resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto, en cuanto a tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición».

¹⁰⁶ Artículo 143 LH: «Cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla la condición suspensiva de que trata el párrafo primero del artículo anterior, podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria».

¹⁰⁷ Artículo 238 RH: «Para hacer constar en el Registro que se han cumplido las condiciones suspensivas o que se han contraído las obligaciones futuras de que trata el artículo 143 de la Ley, presentará cualquiera de los interesados al Registrador copia del documento público que así lo acredite, y, en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador o cuyas firmas estén legitimadas, pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deban lugar a ella.

Si alguno de los interesados se negare a firmar o ratificar dicha solicitud, podrá el otro demandarle en juicio ordinario. Si la resolución fuera favorable a la demanda, el Registrador extenderá la correspondiente nota marginal».

Si ocurre que la obligación futura no llega a contraerse, o queda definitivamente incumplida la correspondiente condición suspensiva, del mismo artículo 142 LH resulta, en sentido contrario, que la hipoteca no produce ni puede ya producir efecto alguno, por lo que se habrá extinguido y deberá cancelarse.

La última cosa a decir de estas hipotecas es que, siendo requisito ineludible de las hipotecas de cualquier clase la determinación exacta de la cantidad dineraria de que responde la finca, y no pudiendo precisarse esto en muchas ocasiones, en estas especiales hipotecas habrá de determinarse una cantidad máxima de que responda la finca; pero sin que esta exigencia las confunda con las denominadas de máximo, dado que en las hipotecas de seguridad, lo característico no es esta designación, sino el hecho futuro que determinará el nacimiento o no de la obligación garantizada con la hipoteca ¹⁰⁸.

¿Qué tipo de hipoteca de las de seguridad es la que estamos estudiando? Vallet de Goytisolo ¹⁰⁹ entiende que es un supuesto claro de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, aunque, a diferencia de lo que diremos más abajo, no cree que exista un crédito actual a los bienes, como reverso de la obligación de reservarlos ¹¹⁰. Ello lo impide, no sólo la futuridad del derecho, sino también la incertidumbre, indeterminación e, incluso, posible inexistencia actual del sujeto que en su día podrá exigir su transmisión y entrega ¹¹¹.

¹⁰⁸ CAMY, *Garantías patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 602. Este autor distingue las hipotecas de seguridad de las de máximo. La característica de éstas, de que el derecho gravado con ellas responde de una cantidad que no será determinada hasta la ejecución, siempre que ésta se encuentre dentro de la señalada como máxima al constituirla, pese a que en este último requisito coincida con las hipotecas de seguridad, en opinión de este autor, no las confunde con ellas. En la hipoteca de máximo, la obligación garantizada ha surgido desde el instante mismo de la hipoteca, en tanto que en las de seguridad no surge hasta que nazca la obligación de indemnizar, la cual puede derivarse o no de una obligación no dineraria a la que se refiera. En la de máximo, el importe de la obligación real es variable desde su nacimiento; en tanto que en las de seguridad no puede existir variabilidad alguna, pues cuando surja la obligación de indemnizar, lo será ya con la indicación precisa de la cantidad a que se refiera. Son así grandes, en opinión de este autor, las diferencias entre aquellas hipotecas, que las perfilan suficientemente como para que no surja confusión alguna por el hecho de que tengan dos caracteres comunes, cantidad máxima de que responda la cosa hipotecada, e indeterminación de cuál será aquella por la que se ejecutará en su día la hipoteca, dentro de aquel máximo, si fuere necesario llegar a ese trámite del derecho real de hipoteca.

¹⁰⁹ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, *La reserva clásica*, *op. cit.*, p. 451.

¹¹⁰ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, *La reserva clásica*, *op. cit.*, p. 220.

¹¹¹ Añade que en la reserva pendiente puede haber sujeción, pero no obligación actual, y menos aún crédito, si ni siquiera se llega a conocer el sujeto, que tal vez aún no exista, y quizá no llegue jamás a existir. Mal puede existir, dice, un crédito a los bienes, si se desconoce a quien corresponderá y se ignora si ese futuro sujeto ya existe físicamente o si aún ha de nacer. Así lo entendió el Tribunal Supremo, afirma, cuando en la sentencia de 6 de julio de 1916 dijo, en su cuarto considerando, que no puede ostentar carácter de acreedor «quien como el reservatario tiene un derecho no sólo condicionado, sino eventual, sino expectante por lo inseguro e incierto».

Vallet ha seguido una concepción amplia en torno a las hipotecas en garantía de una obligación futura¹¹², es decir, aquella posición que afirma que cabe constituir hipoteca en garantía de cualquier deuda (identificable) todavía no existente en absoluto y que puede o no llegar a aparecer¹¹³.

Para un sector mayoritario de la doctrina, estamos en presencia de una hipoteca sobre una obligación sometida a condición suspensiva. En este sentido podemos citar a Camy¹¹⁴. Las actuaciones registrales al surgir la obligación garantizada o al no poder surgir ya son las previstas en los artículos 142, 143 LH y 238 RH. Como aplicación de estos preceptos, trae Camy a colación, en orden al cumplimiento o incumplimiento de la condición, algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros. Así, en orden al incumplimiento de la condición, o sea, a no haber nacido la obligación que en su caso se garantizaba, se determinó para la cancelación de una hipoteca constituida por el vendedor de unos bienes sujetos a la reserva del artículo 811 CC, con la finalidad de que en el caso de tener lugar aquella tuvieren que devolverse los bienes por el comprador, y el vendedor no pudiese devolver el precio, dado que aquel hecho se le configuraba como condición resolutoria de la venta, el que no bastaría para cancelarla el hecho de que ya no se pudiese producir la devolución, sino que se requeriría una escritura otorgada por el acreedor (el que fue comprador de los bienes sujetos a reserva), o sentencia firme en su caso (Res. 8 de noviembre de 1951). Y asimismo se entendió que podría pactarse como determinante de la eficacia de la hipoteca el protesto de una letra de cambio (Res. 30 abril 1934).

Personalmente creo que estamos ante una hipoteca de una obligación futura, aunque la trascendencia práctica de su distinción con las hipotecas de obligación sometidas a condición suspensiva puede ser inexistente. No podemos olvidar que, aunque hablamos de crédito de valor, primordialmente lo que existe es una obligación de restitución de los bienes reservables, cuyo acreedor es el reservatario y cuyo deudor

¹¹² Sobre el tema, cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, 4.ª ed., Madrid 2001, pp. 301 ss.

¹¹³ Las razones para admitir esta posición amplia, según señala PEÑA, son las siguientes: 1.ª La literalidad de la Ley: admite «la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura», que puede llegar o no «a contraerse» (cfr. arts. 142 y 143 LH). 2.ª La congruencia con la solución que a problema análogo (fianza por deuda futura) da el artículo 1825 CC; 3.ª La doctrina sobre la admisibilidad de las reservas de rango; 4.ª La conveniencia de dar a las hipotecas «la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio» (cfr. Res. 21 de marzo de 1917 y 16 de junio de 1936) y, así, facilitar las operaciones entre Banco y cliente mediante la constitución por éste de una hipoteca de máximo que garantice el saldo de las operaciones que durante un período de tiempo pueda eventualmente, con total libertad, concertar o no con el Banco.

¹¹⁴ CAMY, *Garantías patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 632.

es el reservista. Todo ello sin perjuicio que secundariamente se transforme en una deuda de valor, si no se pueden devolver los mismos bienes reservables. Ello implica que, primariamente, estamos ante una obligación, ciertamente de poca densidad jurídica, pero actual, no de deuda dineraria, pues ésta solo existirá cuando se vayan dando los diversos supuestos del artículo 978 CC Con lo que, al constituirse esta hipoteca, habrá de determinarse preventivamente la cantidad máxima a que puede ascender la responsabilidad hipotecaria.

Desde un punto de vista registral, cuando en la realidad jurídica se concrete la deuda de valor asegurada, cabrá que este hecho se consigne registralmente mediante nota marginal, practicada a base de la resolución judicial recaída, o de otro documento público, o por medio de la solicitud de que habla el artículo 238 RH.

Doctrinalmente, hemos seguido una posición estricta en torno a la posibilidad de la hipoteca en garantía de una obligación futura¹¹⁵. Esto es, sólo es posible constituir esta hipoteca cuando exista ya una relación jurídica básica jurídicamente vinculante –como es el caso del crédito de restitución por bienes reservables del reservatario– y de la que eventualmente pueda derivar en el futuro la deuda que se quiere garantizar –la posible deuda de dinero.

Peña Bernaldo de Quiros ha señalado diversas razones que apoyan la necesidad de la existencia presente de una relación jurídica básica que vincule ya al deudor:

1.^a El artículo 143 LH tiene que ser coordinado con la específica naturaleza de la hipoteca como derecho real de carácter accesorio: no puede haber hipoteca si no existe en absoluto la relación obligatoria que con la hipoteca se pretenda garantizar. Los artículos 142 y 143 LH provienen de la LH de 1861, y según su Exposición de Motivos, si la hipoteca produce efectos, a pesar de que la obligación futura no ha tenido aún nacimiento, es «porque existe otra obligación preliminar... que lleva implícita la necesidad o la suposición de la existencia de la segunda».

2.^a En materia de hipoteca, como la cuestión afecta al número de los derechos reales, la solución procedente puede ser de mayor rigor que la que se dé en materia de fianza (que afecta al número de las obligaciones posibles). Admitir hipotecas, con efectos ya respecto de terceros, en garantía de una obligación que acreedor y deudor son absolutamente libres de contraer o no contraer, significaría crear un derecho real a favor de un hipotético futuro acreedor (con facultades actuales vacías de interés) –y un gravamen que habrá de soportar el dueño del bien hipotecado y los terceros– sin

¹¹⁵ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, op. cit., p. 302.

utilidad de presente que lo justifique socialmente. Si el dueño del bien que sufriría el gravamen es el posible deudor, estaríamos ante un gravamen con una contradicción estructural: sólo será efectivo si quiere quien lo sufre, puesto que de su libre voluntad depende contraer o no la obligación.

Además, admitir la hipoteca en garantía de deuda enteramente futura –¿por cuánto tiempo?– sería tanto como permitir la creación de reservas *erga omnes* de prelación, que quedarían al arbitrio del posible deudor, a pesar del carácter imperativo que rige la materia de la prelación de créditos: los acreedores preferentes, por ejemplo, los escriturarios, habrían de quedar postergados en relación con un crédito que el deudor, en ejercicio de su arbitrio, constituye después.

3.º La solución más libremente permisiva no es, tampoco, la que mejor sirve las necesidades del comercio. Si fuera admitida la hipoteca en garantía del saldo resultante, en determinado período, de las operaciones que entre Banco y cliente puedan, con total libertad, concertarse o no en el futuro «se propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipotecas sobre sus propios bienes en previsión de eventuales-hipotéticas-operaciones futuras» (con lo que el crédito del cliente quedaría agotado y con ello su libertad para negociar con otras entidades).

El siguiente punto a tratar en nuestro estudio es el de los bienes hipotecados.

Sobre este punto, nada especial. Se hipotecarán bienes inmuebles susceptibles legalmente de hipoteca, propios del reservista.

Podríamos discutir sobre si la elección de los bienes que deben gravarse corresponde a las personas que han de prestar la hipoteca o los que tienen derecho a exigirla. No estando la ley clara sobre este punto, probablemente lo mejor sería seguir la regla general que atribuye la elección al deudor. El artículo 160 LH sólo faculta para exigir que la hipoteca se constituya sobre *cualesquiera* bienes de que pueda disponer el obligado. El artículo 162 LH habla de *ofrecer* el deudor diferentes bienes, y lo que se discute es su suficiencia y parte de responsabilidad que debe asignarse. El artículo 165 LH requiere que en el escrito se *señalen* los bienes que pueden ser gravados. Dice Morell¹¹⁶ que todo indica que aquí, en absoluto, no se concede a nadie el derecho de elegir; se ofrecen diversos bienes por el deudor, o por el acreedor se señalan los que pueden gravarse, y después hay que proceder de acuerdo o mediante decisión judicial. Estima Morell¹¹⁷ que ni sería justo que el deu-

¹¹⁶ MORELL, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 291.

¹¹⁷ *Idem.*

dor pudiese dar en garantía los bienes que quisiese, gravados o libres, buenos o de imposible venta, en su caso, ni que el acreedor, teniendo buena y libre garantía, pudiese obligar a que sólo se gravasen las fincas por él escogidas. Totalmente, el hecho de que el acreedor pueda pedir ampliación de hipoteca, es un signo de que él no ha elegido los bienes que se entregan en hipoteca. No hay ampliación de hipoteca en la voluntaria: esto es porque se supone que el acreedor no va a aceptar cualquier bien. Sólo aquellos suficientes para cubrir la responsabilidad hipotecaria.

Hay una regla particular en la Ley hipotecaria en relación con el artículo 119 de la citada ley¹¹⁸. Es el artículo 162, a tenor del cual, si para la constitución de la hipoteca el reservista ofreciere diferentes bienes, y éste y el reservatario no se pusieren de acuerdo en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno, decidirá el Juez o el Tribunal, previo dictamen de peritos.

La cuestión que se puede plantear es que el reservista no tuviere bienes sobre los cuales constituir la hipoteca por bienes reservables. En este caso, el juez declarará que queda obligado a hipotecar los primeros inmuebles que adquiera (art. 189 LH¹¹⁹).

Lógicamente, como señala González Porras¹²⁰, este artículo es de aplicación cuando el reservista carezca de bienes, ya que si tiene algunos, aunque sean insuficientes se procederá respecto de los mismos conforme a los preceptos anteriores y por la diferencia es por la que tendría sentido asegurar para el futuro.

Esta obligación del reservista no puede afectar a terceros mientras no se inscriba la hipoteca sobre los bienes adquiridos. Así lo entienden Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹²¹.

Esta doctrina tiene también trascendencia procesal, como afirman estos autores¹²². Entienden que para precisar bien los efectos de las hipotecas legales, éstas deben ser examinadas en dos fases. La primera fase comprende desde que se produzca el hecho que motiva la hipoteca legal, hasta que ésta se constituya y la segunda fase, se refiere al momento en que la hipoteca legal está constituida

¹¹⁸ Artículo 119 LH: «Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder».

¹¹⁹ Artículo 189 LH: «Si el reservista no tuviere bienes que hipotecar, se instruirá también el expediente prevenido en el artículo 186, con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía.

La providencia que en tal caso recaiga se limitará a declarar lo que proceda sobre estos puntos y la obligación del reservista de hipotecar los primeros inmuebles que adquiera».

¹²⁰ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 98.

¹²¹ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, 7.ª ed., Barcelona 1979, p. 974. Como bien señalan estos autores, esta obligación es bien poca garantía, pero siempre representa un esfuerzo a la obligación legal de hipotecar.

¹²² ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 906.

e inscrita. Nos hallamos ahora en la primera fase. Los reservistas se hallan simplemente obligados a constituir la hipoteca, pero sin que esta obligación tenga trascendencia real alguna sobre sus bienes. Por eso, nos dicen, pedida judicialmente la constitución de la hipoteca, es conveniente pedir la anotación preventiva de la demanda, pues la inscripción de hipoteca que en su día se practique, no opera con efectos retroactivos, sino que toma grado o prelación a contar desde su inscripción.

Señala la doctrina citada que aquí se revela el criterio de la ley, de no dar carácter de fianza a esta clase de hipotecas; la hipoteca no es de ineludible prestación por el reservista, de modo que si carece de bienes propios, no los debe buscar ajenos ni suplir su falta con fianza pignoratícia o personal, pues es suficiente que se comprometa a hipotecar los que adquiera en el futuro. La ley sólo exige la hipoteca en la medida de lo posible ¹²³.

Si el problema de que se trata es el de la suficiencia de los bienes ofrecidos para la constitución, será el Juez o Tribunal quien dictamine.

En caso de que la hipoteca se revele insuficiente, el artículo 163 autoriza a que el reservatario pida la ampliación de la misma ¹²⁴. En este caso se practicaría una inscripción.

Este es un derecho —el de pedir ampliación de hipoteca— que sólo existe respecto de las hipotecas legales, no respecto de las voluntarias. Probablemente, como la doctrina se ha encargado de poner de manifiesto ¹²⁵, la razón hay que buscarla en el carácter forzoso o impuesto de la hipoteca legal, frente a la hipoteca voluntaria, que es libremente consentida. En ésta se deja al arbitrio del acreedor admitir la cosa que se le ofrece en hipoteca y prestar sobre ella en cuantía que deje margen suficiente en el valor que entonces tuviere la cosa, para que, en caso de una posible desvalorización o depreciación de la misma, quede aún cubierta la responsabilidad hipotecaria.

¹²³ En realidad, todo lo anterior procede de la desafortunada redacción del artículo 180 LH: «Si el marido careciere de bienes con que constituir la hipoteca de que trata el número tercero del artículo 169, quedará obligado a constituir la sobre los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera, pero sin que esta obligación pueda perjudicar a tercero mientras no se inscriba la hipoteca». ¡Naturalmente! Lo único que proclama el artículo es el derecho de la mujer (estamos en la hipoteca dotal) a exigir el cumplimiento del compromiso contraído. Y punto. No olvidemos que para que la hipoteca legal se entienda constituida es necesario la inscripción del título correspondiente. Entonces sí podríamos hablar de trascendencia frente a terceros.

¹²⁴ Artículo 163: «En cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes las hipotecas legales inscritas podrán reclamar su ampliación o deberán pedirla los que, con arreglo a esta Ley, tengan respectivamente el derecho o la obligación de exigir las o de calificar su suficiencia».

¹²⁵ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-3.º, 3.ª ed., 1983, p. 181.

Entiendo que cabe reducir la hipoteca por bienes reservables. Hablaríamos entonces de cancelación parcial.

Llega el momento de hablar de los elementos formales de esta hipoteca así como del procedimiento de constitución, en especial de la posibilidad de una hipoteca unilateral.

En cuanto a los elementos formales, son el otorgamiento en escritura o documento público y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Brevemente, nos referimos a las cuestiones más generales, sin perjuicio de que al hablar del procedimiento de constitución, estudiemos todo lo que tiene de peculiar esta hipoteca.

El artículo 145 LH contiene la regla general por lo que se refiere a las hipotecas voluntarias¹²⁶. Con carácter más general –aplicable tanto a las hipotecas voluntarias como a las legales– nos encontramos con el artículo 1875 CC: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la propiedad».

«Las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria a favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro».

A su vez, el artículo 159 LH establece que «para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan».

Por tanto, tanto para las hipotecas voluntarias como para las legales, con la excepción a que se refiere este artículo 1875 CC, son necesarios documento público o escritura notarial e inscripción¹²⁷.

En cuanto al primer requisito, la regla general es el otorgamiento de escritura notarial. Pero ello no obsta –a pesar del tenor literal del artículo 145 (que sólo se refiere a la escritura pública)– que en determinados casos la hipoteca pueda quedar establecida en documento público que no sea escritura notarial. Precisamente este es el

¹²⁶ Artículo 145 LH: «Para que las hipotecas queden válidamente establecidas, se requiere: 1.º Que se haya constituido en escritura pública; 2.º. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».

¹²⁷ Quizás aquí habría que traer a colación lo que señala GÓMEZ LAPLAZA (*Leyes hipotecarias*, edición preparada por Gómez Laplaza y Díaz García, 8.ª ed., septiembre 2003, p. 118, comentario al artículo 159) en el sentido de afirmar que el artículo 159 LH recoge con más precisión el contenido del artículo 1875 CC, en cuanto que la inscripción aparece como el único presupuesto constitutivo del derecho real de hipoteca, frente al artículo 145 LH que parece equiparar la escritura y la inscripción como requisitos constitutivos del mismo.

caso de la Hipoteca por bienes reservables. Aunque lo veremos con más detalle al estudiar el procedimiento de constitución de la hipoteca, podemos citar el artículo 260 RH (documento judicial). Precizando, por otro lado, que no hay inconveniente en que la hipoteca se constituya en escritura pública cuando se acceda a su constitución sin procedimiento alguno.

Respecto a la inscripción, ya hemos visto los diversos preceptos que la exigen y que hace a la doctrina afirmar que tiene valor constitutivo del derecho de hipoteca. Esto es, no sólo para que el derecho real pueda perjudicar a tercero, sino que para que quede válidamente establecida, la hipoteca ha de inscribirse.

Con carácter general, respecto a las circunstancias que deben contener las inscripciones de hipoteca el artículo 12 LH establece que las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiera estipulado. A su vez, el artículo 136 LH, declara que las inscripciones de las hipotecas se sujetarán a las reglas establecidas en el título segundo para las inscripciones en general sin perjuicio de las reglas especiales que, en nuestro caso, se refieren a la Hipoteca por bienes reservables. Lo que hay que destacar ahora es la necesidad de que aparezcan las circunstancias relativas a la obligación garantizada con la hipoteca y al importe de la responsabilidad hipotecaria, que en el caso de una hipoteca de tráfico, es el importe de la obligación asegurada, de acuerdo con lo establecido por el artículo 12 LH, pero que en el supuesto que estamos contemplando, esta responsabilidad se hace constar a base de la cantidad máxima que figura como tope de responsabilidad.

Pasamos ya al procedimiento de constitución de estas hipotecas. Aunque, como hemos dicho, vamos a ver si es posible la constitución unilateral de las mismas.

Los preceptos de la Ley Hipotecaria que se refieren a este modo de constitución son los artículos 138 y 141. A tenor del primero, las hipotecas voluntarias pueden ser las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan. A su vez, el artículo 141 dispone lo siguiente: «En las hipotecas voluntarias, constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma».

«Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la

finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

La configuración jurídica ha sido discutida, sobre todo antes de la reforma hipotecaria de 1944-1946, cuando solo existía el artículo 138 LH. Los primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria interpretaron este precepto a la luz de la realidad anterior, esto es, concluyendo que aludía exclusivamente a las hipotecas impuestas en acto de última voluntad¹²⁸. Va a ser la DGRN quien va a alterar el panorama, cuando en Resolución de 25 de junio de 1877 afirmó que «según la doctrina del artículo 138 LH las hipotecas voluntarias pueden constituirse válidamente no sólo por convenio, sino por la exclusiva voluntad del dueño de los bienes sobre que se constituyan, sin necesidad de que conste la aceptación de la persona a cuyo favor se impone este gravamen», resolución que fue seguida por muchas otras.

Esta postura de la DGRN llevó a la doctrina a un giro radical respecto a la interpretación dada por los primeros comentaristas, afirmándose ahora la validez –y, consecuencia de ésta, la inscribibilidad en el Registro– de las hipotecas constituidas por un sujeto sobre sus bienes sin contar con el consentimiento del acreedor. Si bien, al mismo tiempo, se afirmaba que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad¹²⁹.

La doctrina, en relación con el artículo 138 LH, sostuvo las posiciones siguientes¹³⁰:

- Teoría del consentimiento formal o meramente registral. Se interpretaba este precepto en el sentido de que consagraba en nuestro sistema el principio de consentimiento formal, con aplicación a la hipoteca.

Se trata de una postura de inspiración germánica, a base de considerar que si bien la hipoteca necesita para nacer o constituirse el acuerdo entre las partes, no obstante su inscripción puede preceder a tal acuerdo, en cuyo caso el dueño de la finca presta su consentimiento dirigido escuetamente a que en el Registro se practique una inscripción de hipoteca, cuyo asiento, por faltar dicho acuerdo constitutivo, provocará una inexactitud registral, la cual quedará rectificada mediante la cancelación de dicha inscripción y, positivamente, cuando acuda al Registro el correspondiente acuerdo de constitución, en cuyo último caso la hipoteca gozará del rango

¹²⁸ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos de Derecho civil y Penal de España*, 1881, t. II, p. 438.

¹²⁹ *Digesto*, 50.17.69 y 39.5.19.2

¹³⁰ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 679.

ganado en virtud de aquella inscripción, sin necesidad de la técnica de la retroacción.

- Teoría de la reserva de rango. En el artículo 138 LH se quiso ver una situación análoga a la reserva o puesto registral. Con la inscripción de la manifestación del hipotecante se venía a atribuir un puesto o lugar de prioridad a una hipoteca de constitución futura, o sea, a una hipoteca que nacería mediante el acuerdo del dueño y el acreedor, o con la aceptación de éste, en cuyo caso se transformaría la reserva en una auténtica hipoteca.

- Teoría de la hipoteca con condición suspensiva. Parte de la idea de que en la hipoteca impuesta por disposición del dueño se trata de una hipoteca sujeta a la condición suspensiva de la aceptación del acreedor favorecido. El propietario puede imponer unilateralmente una hipoteca sobre sus bienes, pero en tal caso la supedita a la condición suspensiva de la aceptación del acreedor a favor del cual la constituye. Nadie está forzado a adquirir un derecho sin contar con su voluntad de adquirirlo, pero el dueño puede establecer una hipoteca dejándola pendiente de la aceptación de aquél a cuyo favor se estableció.

La reforma de 1944-1946 no modificó este precepto, pero el artículo 141 LH desarrolló este modo de constituir la hipoteca y dio lugar a nuevos desarrollos doctrinales.

Para Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹³¹, cuando el artículo 141 habla de «hipotecas constituidas por acto unilateral del dueño de la finca», esto hay que entenderlo significando que el acto dispositivo del dueño es por sí mismo un negocio jurídico unilateral, o sea, un acto perfecto o completo como tal, y que tiene el vigor suficiente para constituir una hipoteca. La aceptación de ésta por el acreedor es un simple presupuesto legal o *conditio iuris* de la adquisición del derecho real de hipoteca ya constituido.

Albaladejo¹³² sostuvo la denominada teoría de la «expectativa de hipoteca». Para este autor el negocio de disposición unilateral no crea o constituye la hipoteca, sino que tan sólo con la aceptación registrada de la misma queda la misma creada o constituida¹³³.

¹³¹ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 689.

¹³² ALBALADEJO, «Hipoteca unilateral», *ADC*, 1950, p. 55.

¹³³ Para ALBALADEJO, la constitución y la adquisición de la hipoteca son momentos que coinciden. Si la hipoteca quedara constituida más no adquirida con el solo acto unilateral de disposición inscrito, habría que admitirse la doctrina de los derechos sin sujeto, cosa rechazable. En el caso de la hipoteca unilateral, como en general cuando se trata de creación de un nuevo derecho, concurren todos los requisitos para su nacimiento, excepto el relativo a la pertenencia a una persona. Así, pues, en rigor no hay todavía derecho subjetivo, sino una expectativa de derecho o derecho futuro. Antes de la adquisición no puede, pues, decirse que la hipoteca haya nacido, o sea, que se ha constituido. Existe sólo una

Más modernamente, Arjona¹³⁴, aún coincidiendo con los autores (como Roca Sastre) que defienden el nacimiento real o actual de la hipoteca desde el momento de perfección del negocio, sin embargo no está de acuerdo con Albaladejo en la consideración de la aceptación del acreedor como presupuesto para dar titular a una hipoteca que no lo tenía. Se trata simplemente de resolver la situación de incertidumbre, interinidad o pendencia que caracteriza a los primeros momentos de esa hipoteca: mientras el favorecido no haya manifestado su voluntad conforme al ingreso de esa hipoteca (en cuya constitución no ha tenido participación alguna) en su patrimonio, la eficacia del negocio, que en opinión de este autor ha de afirmarse desde el primer momento, no podrá considerarse cierta y definitiva todavía. Es decir, no es que al quedar los efectos del negocio en suspenso, a la espera de la aceptación del favorecido, la hipoteca no se haya constituido, sino que, mientras tal aceptación no se verifique, la operatividad del negocio atraviesa una fase de eficacia debilitada. Dice Arjona que nos encontramos en una situación en la que, si bien no puede decirse que el acreedor sea ya definitivo y cierto titular del derecho de hipoteca, ni que el dueño de los bienes esté gravado por aquella de un modo igualmente cierto y definitivo todavía, tampoco puede negarse la existencia actual de esa relación, aunque venga enmarcada en una situación de pendencia que introduce en ella un dato de incertidumbre o inestabilidad.

Lo que está claro en todas estas posiciones es la necesidad de la aceptación del beneficiario de la hipoteca. Otra cosa es que la doctrina discrepe en cuanto al significado y alcance de dicha aceptación. Teniendo en cuenta esta idea clave, ya nos podemos preguntar si es posible la constitución unilateral de la hipoteca legal sobre bienes reservables. La verdad es que la cuestión plantea algunas dudas. Parece que es posible la posibilidad de su constitución por acto unilateral del disponente. Pero a la vez se llega a prescindir totalmente de toda voluntad del favorecido. En su lugar opera la declaración judicial de suficiencia (art. 260.2 RH¹³⁵), que nada

protección jurídica en atención a la hipoteca que nacerá, aunque tal estado de cosas produzcan ciertos efectos. Por más que la hipoteca sea posible, no hay todavía un derecho de hipoteca propiamente hablando. La hipoteca no queda constituida sin más que con inscribir el acto unilateral del dueño.

¹³⁴ ARJONA, «La hipoteca de constitución unilateral», *ADC*, octubre-diciembre 1994, p. 120.

¹³⁵ Artículo 260.2 RH: «Si el juez considerare exactas las relaciones de bienes y suficiente la hipoteca ofrecida, dictará providencia mandando extender un acta en el mismo expediente, en la cual se declaren reservables los inmuebles, a fin de hacer constar esta cualidad al margen de las inscripciones de dominio respectivas y se constituya hipoteca para asegurar las restituciones e indemnizaciones expresadas en el primer párrafo de este artículo, sobre los inmuebles de la propiedad del reservista, que éste ofrezca en garantía».

tiene que ver¹³⁶ con el acto constitutivo –que radica exclusivamente en el negocio del disponente–, y que tampoco coincide con la aceptación del beneficiario en el supuesto general del artículo 141 LH: la aprobación judicial se dirige a comprobar la suficiencia de la garantía prestada por el obligado a ello, no a tutelar al favorecido.

Camy¹³⁷ afirma que no es posible la constitución unilateral de esta hipoteca por el reservista. Entiende que el artículo 141 LH concibe la hipoteca unilateral sólo como una inscripción transitoria pendiente de la aceptación por parte del acreedor. Esta forma de constitución no es posible en esta hipoteca legal ya que debe constituirse por escritura pública otorgada entre el reservista y los reservatarios o sus representantes legales, en la forma prevenida en el artículo 185 LH.

A esta posición se puede contestar con lo ya dicho: cabe una constitución unilateral de la hipoteca hecha por el reservista. Pero la misma no es el supuesto del artículo 141 LH, ya que no interviene el reservatario.

Pasamos ya a las formas de constitución de esta hipoteca. Aquí podemos distinguir las siguientes:

- Voluntaria con aprobación judicial que se desarrolla en los artículos 186 LH y 260 RH.
- Voluntaria bilateral, entre reservista y reservatarios o sus representantes, regulada en los artículos 185 LH y 259 RH.
- Forzosa por imposición judicial, plasmada, a su vez, en el artículo 165 en relación con el artículo 187 LH¹³⁸.

Empezamos con la primera, que es, como dicen Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹³⁹, el expediente preferido por el legislador en el caso de la reserva clásica, ya que es conveniente, atendiendo a la intimidad de las relaciones entre reservista-ascendiente y descendientes-reservatarios, que la iniciativa la tome el padre o madre reservista para que procedan por sí solos, bien que con intervención judicial.

¹³⁶ ARJONA, *op. cit.*, p. 152.

¹³⁷ CAMY, *Garantías patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 678.

¹³⁸ Alguno ha querido hablar de una constitución voluntaria unilateral basándose en el artículo 265 RH. Aunque parece que la redacción del propio artículo despeja la posibilidad en cuanto que está dictado exclusivamente para la inscripción de bienes reservables o para la constatación de esa cualidad en el Registro. Claro que se puede hacer encaje de bolillos y entender que este precepto es regulador de dos de los aspectos de aseguramiento de las reservas, pero no prohibitivos de los demás no contemplados expresamente en él. Y de esta manera, se podrían aplicar los artículos 138 y 141 LH, obviamente adaptándolos a la hipoteca legal.

¹³⁹ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 976. En la exposición de los distintos procedimientos seguiremos a estos autores, aunque los mismos, por otro lado, se limitan a recoger lo establecido en la Ley Hipotecaria.

El artículo 186 LH establece que el reservista podrá, sin contar con los reservatarios o sus representantes, constituir hipoteca para asegurar las restituciones exigidas por la ley, acudiendo al juez competente con sujeción a los trámites determinados en el Reglamento Hipotecario (art. 260 RH¹⁴⁰).

Los autores citados distinguen cuatro trámites fundamentales: 1.º Incoación del expediente; 2.º Providencia ordenando la formalización del acta correspondiente o la ampliación de diligencias; 3.º Formalización del acta; 4.º Expedición de testimonios y presentación de los mismos al Registro.

1.º Incoación del expediente.

Dentro del plazo de los ciento ochenta días siguientes desde que hubiera surgido la obligación de reservar, el reservista podrá promover el correspondiente expediente judicial mediante la presentación en el Juzgado de 1.ª Instancia que corresponda del oportuno escrito, acompañado de los documentos necesarios¹⁴¹.

En este escrito el reservista deberá ofrecer la constitución de la hipoteca y deberán acompañarse de los documentos siguientes:

Inventario de los bienes reservables o que se deban asegurar, con la correspondiente tasación de los bienes muebles¹⁴².

Relación de los bienes inmuebles que ofrezca en hipoteca.

¹⁴⁰ Un sector de la doctrina habla de que las reglas del artículo 260 RH son de carácter procesal y deberían de estar en la LEC. No podemos olvidar que la legislación hipotecaria siempre ha sido una mezcla de normas civiles, propiamente hipotecarias, administrativas y procesales, lo que ha llevado más de una vez a que la doctrina se pregunte por la naturaleza del Derecho Hipotecario.

¹⁴¹ Este procedimiento, como destaca GONZÁLEZ PORRAS (*op. cit.*, p. 119) es totalmente voluntario para el reservista, pues éste sin el concurso de los reservatarios –a falta de escritura pública otorgada entre el reservista y los reservatarios– dice el artículo 260 RH– acude al Juez competente y con sujeción a las reglas procedimentales que siguen, procede a constituir la hipoteca legal. Y ello dentro del plazo de 180 días siguientes a aquel en que hubiera nacido la obligación de reservar y cuyo cómputo establece el artículo 261 RH. Solamente a partir de la terminación de dicho plazo –y no antes– es cuando se le puede exigir al reservista que cumpla con sus obligaciones del artículo 187 LH.

¹⁴² GONZÁLEZ PORRAS (*op. Cit.*, p. 122) pone en relación este precepto del artículo 260 RH con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez desaparecido el artículo 1066 de la derogada LEC. Ahora habrá que estar a lo que disponen los artículos 782 ss. de la actual ley rítmica sin que, en realidad, se haya producido un cambio sustancial en relación al derogado 1066 en cuanto al inventario y tasación. En otras páginas (60 ss.) se refiere con más amplitud a la obligación de inventariar y a la obligación de tasar los muebles, respecto al artículo 184 LH. En cuanto a la obligación de inventariar llega a las siguientes conclusiones (p. 62): «Vale el inventario judicial o extrajudicial y por lo tanto el que se lleve a efecto bajo intervención judicial, ante Notario o incluso privadamente, siempre que sea fiel y exacto. A los efectos que aquí interesa el inventario debe comprender todos los bienes reservables tanto si están en poder de los padres reservistas como si han sido enajenados, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 978 del CC. A efectos prácticos conviene recordar que la condición de reservables, para la confección del inventario, resulta de los títulos por los que determinados bienes llegaron al cónyuge sobreviviente (vía testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, pero no la mitad de ganancias, *ex art.* 968 CC). En el inventario que pide el artículo 184 LH no entran los que al

Títulos justificativos del dominio del reservista sobre estos últimos bienes y que por lo menos se refieran a la última adquisición.

Documentos que acrediten el valor de estos bienes ¹⁴³ en caso de no resultar de los mismos títulos adquisitivos, así como los que prueben su libertad o gravámenes que les afecten ¹⁴⁴.

Certificación del Registrador acerca de la propiedad y cargas de estos bienes.

Aunque el reservista careciere de bienes inmuebles, se instruirá este expediente a los efectos de hacer constar sólo la reserva y su cuantía; la providencia que en este caso recaiga, se limitará a declarar lo que proceda acerca de estos puntos y la obligación del reservista de hipotecar los primeros bienes que adquiera (cfr. 189 LH) ¹⁴⁵.

2.º Providencia ordenando la formalización del acta correspondiente o la ampliación de diligencias ¹⁴⁶.

tiempo de la disolución del primer matrimonio no estuvieren en el patrimonio, bien sea por pérdida del objeto o del derecho sobre él y en los que sí entran es necesario separar los muebles de los inmuebles y en cada caso separar los enajenados por el sobreviviente antes de casarse nuevamente, de los bienes no enajenados». Respecto a la obligación de tasar los bienes (art. 184 LH en relación con artículo 260.1.º RH) dice este autor (p. 62): «VALLET, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, estima que la apreciación de los bienes debe hacerse conforme a su valor real, ya que de lo contrario no se puede hablar de verdadera tasación. Lo que además ha de ser lo habitual y lógico, ya que como el inventario y la tasación de los bienes muebles son instrumentos inexcusables para el caso de las medidas de seguridad a las que puede acudir el reservista y como entre ellas está la hipoteca legal, es evidente que a falta de escritura pública otorgada entre los interesados, se debe presentar la tasación sobre la base de los valores que aparecen en el cuaderno particional (...). El valor real de los bienes es tasarlos de acuerdo con el valor de mercado y así lo puso de manifiesto la STS de 20 de abril de 1968 que consideró que la fijación del valor de los bienes tenía que ser conforme con su valor real y no con el que las partes le asignaron en el cuaderno particional. Con este sentido es como deben entenderse la referencia que hace el artículo 260, 1.º del RH al valor establecido en las operaciones de partición que es solamente indicativa y no vinculante. Es justo que sea así, pues nada impediría –en otro caso– que el reservista elevara su valor sin posibilidad de impugnar los valores asignados unilateralmente».

¹⁴³ En cuanto al valor de los bienes, señalar, una vez más, que se trata del valor real y no el que las partes interesadas puedan asignar en el cuaderno particional, lo cual no es nada raro por temas fiscales. Al final deberá ser el juez quien decida en definitiva sobre el valor de estos bienes.

¹⁴⁴ Respecto a las dos reglas anteriores, señala GONZÁLEZ PORRAS (*op. cit.*, p. 122 ss.) que en el caso de que el inventario y tasación se hagan extrajudicialmente será en el cuaderno particional donde se haga la relación exacta de los bienes y de los títulos de donde proceden, así como el valor que se les asigna e igualmente la situación de libertad o cargas a que estén sujetos. Si las operaciones particionales fueron judiciales, entonces habrá que seguir los criterios que se establecen en los artículos 782 ss. LEC sobre la práctica de la división judicial del patrimonio relicto y en concreto sobre la formación del inventario (art. 794 LEC), aportando la documentación judicial a los efectos prevenidos en la norma reglamentaria de forma que puedan valer para que el juez se forme un criterio respecto a este punto.

¹⁴⁵ Sobre la distinción entre esta obligación del reservista de hipotecar los primeros bienes que adquiera y el artículo 1862 CC, cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 100. En definitiva, en el artículo 1862 CC se hace un ofrecimiento engañoso, existiendo bienes y aquí no hay bienes que valgan.

¹⁴⁶ Con toda la doctrina, hay que señalar la intervención del reservatario como algo de sentido común. El juez, antes de dictar providencia y antes de ordenar que se practiquen

Si el juez considerara exactas las relaciones de bienes y suficiente la hipoteca ofrecida, dictará providencia mandando extender un acta en el mismo expediente, en la cual se declaren reservables los inmuebles y se constituya sobre los bienes ofrecidos, de propiedad del reservista, la hipoteca legal para asegurar las restituciones e indemnizaciones que en su caso procedieran.

Si el juez dudara de la suficiencia de la hipoteca ofrecida, podrá mandar que el reservista practique las diligencias o presente los documentos que juzgue conveniente a fin de acreditar aquella circunstancia. Si la hipoteca no fuera suficiente y resultare que el reservista tiene otros bienes sobre que constituir la, mandará el juez extenderla a los que a su juicio basten para asegurar el derecho del reservatario. Si no tuviere otros bienes, se mandará constituir la hipoteca sobre los ofrecidos, pero expresando en la resolución que son insuficientes, y declarando la obligación en que queda el reservista de ampliar la hipoteca en los primeros inmuebles que adquiera.

3.º Formalización del acta.

Esta acta deberá expresar todas las circunstancias que determina el artículo 263 RH y la constatación registral de la cualidad reservable de los bienes inmuebles. Será firmada por el reservista, autorizada por el secretario judicial y aprobada por el juez mediante Auto.

El acta de constitución de la hipoteca para la seguridad de los bienes reservables expresará, según el artículo 263 RH, las circunstancias de la hipoteca voluntaria y además, las siguientes:

1. El título o razón legal en que se funda el derecho a la reserva y la extensión del mismo, y nombre y apellidos de las personas relacionadas con ella.

2. La fecha en que el padre o la madre que la constituya haya contraído nuevo matrimonio, o la del nacimiento del hijo no matrimonial, o la de la adopción, a los que se refiere el artículo 980 CC, y, en su caso, la de la aceptación de los bienes hecha por el ascendiente.

3. Los nombres y apellidos de las que hubieren pedido la reserva o, en su caso, que ésta ha sido exigida por el Ministerio Fiscal.

4. Relación y valor de los bienes reservables¹⁴⁷.

otras diligencias, debe oírle. No se admite expresamente su intervención, pero tampoco se le prohíbe.

¹⁴⁷ De GONZÁLEZ PORRAS (*op. cit.*, p. 155, nota 4) copio el siguiente modelo de acta, modelo oficial publicada en 1861 que debería servir para la inscripción de la Hipoteca por bienes reservables y que como señala este autor puede servir de guía u orientación

5. Expresión de haberse instruido el expediente regulado por el artículo 260 RH o por el artículo 165 LH.

6. La declaración del Juez de ser suficiente la hipoteca admitida o, en su caso, la de quedar obligado el reservista a hipotecar los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera.

4.º Expedición de testimonios y presentación de los mismos al Registro.

Del acta y del auto aprobándola se entregarán al reservista dos copias o testimonios, debiendo éste presentarlas al Registro para la práctica de las operaciones consiguientes. Una de estas copias quedará archivada en el Registro, y la otra se devolverá por el reservista al Juzgado, con la nota de haberse extendido el asiento correspondiente ¹⁴⁸.

Cuando el reservista se negase a recibir las copias, o a presentarlas en el Registro, el Juez las remitirá de oficio, mandando hacer, en su virtud, las inscripciones. En la misma forma se procederá si a los sesenta días de entregadas las copias al reservista no devolviese una al Juzgado, con la nota de la inscripción o nota marginal. En ambos casos el interesado en la reserva que hubiera intervenido en el expediente o exigido la hipoteca, podrá solicitar la entrega de las copias para presentarlas al Registro ¹⁴⁹.

El juez o Tribunal que hubiere aprobado el expediente, cuidará siempre, bajo su responsabilidad, que se practiquen las operaciones registrales relativas a la hipoteca.

en la actualidad: «Doña A, vecina de __, casada, de edad __ es dueña por legado de su difunto marido D.B., según inscripción __, de una suerte de tierra, señalada con el número __ en dicho Registro (aquí descripción __, cargas). Es también dueña la misma Sra. __ (aquí descripción de las demás fincas que se hipotecuen y se hayan adquirido por título que no dé lugar a la reserva). D. C., (datos personales) es dueño (aquí se hacen constar las fincas del segundo marido, que se hipotecuen si no fueran suficientes los de la madre). Por fallecimiento de dicho D. B., ocurrido (señalar fecha), quedaron dos hijos de su matrimonio con D.A. que son __ (indicando nombre y apellidos y edad). Dicho D. B. legó a D.A. el quinto de sus bienes por testamento otorgado __ ante el Notario D. __, adjudicándosele en pago los bienes siguientes: __ según resulta de las particiones aprobadas por auto __ dictado por el Juez __. Y habiendo contraído segundo matrimonio D.A. con D.C. y siendo reservables para los hijos del primer matrimonio los bienes antes expresados, __ solicitó que se asegurasen con hipoteca D. __ Instruido el oportuno expediente, el Juez __ dictó Auto, con fecha __ admitiendo la hipoteca que se ofreció por D.A., así como la que ofreció de no ser suficiente su marido D. C., mandando extender el acta, suscrita por los interesados. Según resulta de dicha acta se hipoteca la finca __ por un importe __ que es la cantidad que pueden garantizar, según estimación que se ha llevado a cabo __.». De este modelo, lo que habría que destacar es el hecho de que el importe pueda abarcar los posibles deterioros que se produzcan en los bienes reservables así como la posibilidad de futuras enajenaciones de los mismos.

¹⁴⁸ Históricamente no ha estado del todo claro quien había de presentar en el Registro de la Propiedad la copia del acta y del auto de aprobación del expediente judicial. Hoy parece claro este punto al deducirse del artículo 262 RH.

¹⁴⁹ Cfr. artículo 262 RH.

En este procedimiento, el título para la inscripción es el testimonio o copia del acta y auto de aprobación, en el caso del expediente judicial, con el mandamiento en su caso, conforme el artículo 262 RH.

Otra forma de constituir la hipoteca es la voluntaria bilateral entre reservista y reservatarios.

En este caso, se trata de escritura pública otorgada de común acuerdo por el reservista y los reservatarios o sus representantes legales, de conformidad al artículo 185 LH, en la que hacen constar la cantidad que debe asegurarse y la calidad y suficiencia de los bienes, que, en su caso, deberán ser hipotecados.

Dicen Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁵⁰ que antes ni la Ley ni el Reglamento especificaban este medio o procedimiento. Fue precisamente Roca Sastre, en una de las primeras ediciones de sus Instituciones de Derecho Hipotecario quien sostuvo su procedencia, por entender que no existía razón alguna que impidiera que todos los interesados, de común acuerdo, procedieran extrajudicialmente a constituir la hipoteca.

Y, señala González Porras¹⁵¹, estamos ante la forma más rápida, menos costosa y más sencilla de asegurar las restituciones a que se refiere el artículo 978 CC. Una vez que los bienes adquieren la condición de reservables, se procede, por los interesados a otorgar la escritura pública correspondiente.

Se pregunta este autor¹⁵²: ¿no cabría la posibilidad de acudir a la garantía real prestada por tercero o fiador real al que se refiere el artículo 1857.3.º CC? Si la propia ley Hipotecaria permite asumir la obligación del reservista de hipotecar en el futuro, ¿qué dificultad habría en que, antes que confiar en el futuro, se trate de hipotecar en el presente mediante la figura del hipotecante por deuda ajena?

La última manera de proceder a la constitución de la hipoteca legal es por el procedimiento judicial regulado en el artículo 165 LH.

Este procedimiento, transcurridos los ciento ochenta días a contar del nacimiento de la obligación de reservar, podrán instarlo, conforme resulta del artículo 187 LH, los reservatarios cuando fueren menores o incapacitados, los parientes del reservatario cualquiera que fuese su grado, el albacea del cónyuge premuerto y, en su defecto, el Ministerio Fiscal¹⁵³. Se trata del caso en que los

¹⁵⁰ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 978.

¹⁵¹ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ El artículo 167 LH dice que el artículo 165 LH se entiende sin perjuicio de las reglas establecidas sobre hipotecas por bienes reservables. Ello implica la aplicabilidad del

reservatarios pueden exigir la hipoteca al reservista que no haya actuado y transcurran los ciento ochenta días a que hace referencia el artículo 187 LH.

No en otro caso, señala Vallet de Goytisolo¹⁵⁴, pues, conforme al artículo 185, de ser ciertos y mayores de edad sólo ellos podrán exigir el cumplimiento de la obligación de la hipoteca (es decir, de ser plenamente capaces y no hallarse ausentes), ya que de no exigirlo se entienden renunciantes, según decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

Las reglas del procedimiento son las siguientes:

1.^a Juzgado competente. Es el Juzgado o Tribunal del domicilio de la persona obligada a prestar la hipoteca legal, esto es, el reservista.

2.^a Incoación del procedimiento. Puede tener lugar a instancia de parte o de oficio.

En el primer caso se inicia el procedimiento mediante el correspondiente escrito de la persona que tenga derecho a exigir la hipoteca legal, en el cual se consignará especialmente:

La cantidad por la que deba constituirse la hipoteca

Los bienes que pueden ser gravados por ella, o, por lo menos, el Registro donde deban constar inscritos los que pertenezcan a la persona obligada.

La petición de que se constituya la hipoteca.

A este escrito se acompañará el título o documento que produzca el derecho de hipoteca legal, y, si fuese posible, una certificación del Registrador en la que consten todos los bienes hipotecables que posea el demandado.

Cuando el juez o Tribunal deba proceder de oficio para exigir la constitución de la hipoteca legal, dispondrá que el Registrador correspondiente le remita certificación de todos los bienes hipotecables que tenga inscritos el demandado, iniciándose así el procedimiento.

3.^a Comparecencia de los interesados. El juez o Tribunal, en vista del escrito de incoación del procedimiento y documentos acompañados, mandará comparecer a su presencia a todos los interesados en la constitución de la hipoteca, a fin de que se avengan, si fuera posible, en cuanto al modo de verificarla.

Si se avinieren, mandará el Juez o Tribunal constituir la hipoteca en los términos que se hayan convenido.

mismo siempre que se respeten las reglas especiales que respecto a la constitución de la hipoteca por bienes reservables hemos visto. Y, efectivamente, el artículo 165 LH es aplicable en el supuesto dicho.

¹⁵⁴ VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 379.

Cuando el procedimiento se hubiera promovido de oficio, el Juez o Tribunal, en vista de la certificación registral expedida, mandará comparecer al obligado a constituir la hipoteca, y con su audiencia y la del Ministerio Fiscal, seguirá después el juicio por los trámites correspondientes.

4.^a Prosecución del juicio. Si no se avinieren las partes, ya sea en cuanto a la obligación de hipotecar, ya respecto de la cantidad que deba asegurarse o de la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se dará traslado del escrito de demanda al demandado y seguirá el juicio los trámites establecidos para los incidentes.

5.^a Resolución judicial. El juez o Tribunal dictará sentencia declarando haber lugar a la constitución de la hipoteca legal, si fuere procedente. En otro caso, la denegará. En el primer supuesto la sentencia deberá expresar la cantidad por la cual la hipoteca deba constituirse y las demás circunstancias necesarias para la inscripción.

En relación con este procedimiento, Morell¹⁵⁵ se preguntaba: ¿cuáles son los documentos que deben presentarse a inscripción? Decía algo que sirve también para hoy: si los interesados se avinieren, el Juez mandará constituir la hipoteca en los términos convenidos. Si no se avinieren, al convenio sustituye la decisión judicial, que determinará los bienes que deben ser gravados y su responsabilidad.

Sin embargo, afirma que ello no quiere decir, en este último caso, que el documento inscribible sea la resolución judicial, como tampoco que la hipoteca se constituya ante el secretario, inscribiéndose un testimonio o un acta.

Roca-Sastre y Roca-Sastre Muncunill han tratado este tema¹⁵⁶. Dicen que hay que distinguir. Cuando, iniciado el procedimiento judicial, y una vez celebrada la comparecencia de las partes, éstas se avinieren a constituir la hipoteca, el Juez mandará constituir la hipoteca, pero sin que ello suponga mandamiento judicial alguno o que se haya de constituir por acta ante el Secretario judicial. En este caso, afirman, debe otorgarse escritura pública.

En cambio, cuando haya proseguido el juicio y recaído sentencia, entonces no cabe escritura pública, sino que la hipoteca legal se constituye mediante la sentencia recaída, complementada por las providencias o actuaciones que sean necesarias en su caso, y que tengan lugar en ejecución de la misma. Entonces, declaran, el título inscribible será el testimonio judicial de la sentencia dictada

¹⁵⁵ MORELL, *op. cit.*, p. 292.

¹⁵⁶ ROCA-SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 935.

y de los particulares correspondientes de las providencias y demás diligencias efectuadas en vía de ejecución ¹⁵⁷.

De acuerdo con todo lo anterior, los diferentes títulos para la inscripción serán, según hayan sido los medios o procedimientos de constitución de la hipoteca:

- O el testimonio o copia del acta y auto de aprobación, en el caso de expediente judicial, con el mandamiento en su caso, conforme el artículo 262 RH.
- O la copia de la escritura pública otorgada por reservista y reservatario.
- O el testimonio de la resolución judicial recaída en el juicio del artículo 165 LH (si no hay avenencia de los interesados).

Entrando en la inscripción, ésta contendrá las circunstancias generales de toda inscripción, a las que ya hemos hecho referencia, y, además, conforme al artículo 264 del Reglamento en relación con el artículo 263 del mismo, las siguientes circunstancias especiales:

- 1.^a La fecha en que el padre o la madre que la constituya haya contraído nuevo matrimonio, o la del nacimiento del hijo no matrimonial o la de la adopción, a los que se refiere el artículo 980 CC, y, en su caso, la de la aceptación de los bienes hechos por el ascendiente.
- 2.^a El nombre y apellidos del cónyuge difunto, o los del descendiente, en su caso, y la fecha de su muerte.
- 3.^a Los nombres, apellidos y edad de los que hubieren pedido la reserva.
- 4.^a El título o razón legal en que se funde este derecho y la extensión del mismo.
- 5.^a Relación y valor de los bienes reservables.
- 6.^a Expresión de haberse instruido el expediente judicial prevenido en el artículo 260 RH o por el artículo 165 LH.
- 7.^a La declaración del juez de ser suficiente la hipoteca admitida, o, en su caso, la de quedar obligado el padre, la madre o el ascendiente a hipotecar los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera.
- 8.^a Indicación de la parte dispositiva de la resolución judicial que se haya dictado aprobando el acta.

Por último, en relación con la inscripción, no se exige necesariamente que se haga constar el nombre y apellido de los reserva-

¹⁵⁷ Señalan ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE-MUNCUNILL (cfr. *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 936) que la sentencia, en este caso, tiene carácter constitutivo: no condena al demandado a constituir la hipoteca, sino que es la propia sentencia quien la constituye.

tarios, lo cual, si puede ser complicado en la reserva clásica, puede resultar muy complicado en la reserva lineal. Ahora bien: alguien debe figurar como titular de la hipoteca constituida. Entonces deberá consignarse genéricamente la condición de los que tengan derecho a los bienes reservables.

¿Cuáles son los efectos de esta hipoteca? La Hipoteca por bienes reservables, una vez constituida e inscrita, surte los mismos efectos y tiene, por tanto, la misma extensión y alcance que la hipoteca voluntaria, sin más excepciones que las expresamente determinadas en la misma Ley, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que esta hipoteca confiera.

A esta declaración del artículo 161 LH añade otra general el artículo 164 LH. Las hipotecas legales inscritas sólo subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituido, y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias.

La remisión genérica a las hipotecas voluntarias para aplicar a las legales sus efectos, tiene dos grandes excepciones. De una parte, el artículo 152 LH expresivo de que la cesión del crédito hipotecario prevista para todas las hipotecas no puede aplicarse a las legales, sino cuando haya llegado el caso de exigir su importe. Y de otra, que su asimilación no puede serlo a las ordinarias, sino más bien a las hipotecas de seguridad.

Pasamos a hablar de la cesión del crédito hipotecario¹⁵⁸. Ello implica que tengamos que hacer referencia a tres niveles: la cesión del crédito, la cesión del crédito hipotecario, y, por último, la puntualización que, respecto a las hipotecas legales, realiza la ley.

Nos dice Puig Brutau¹⁵⁹ que, en términos generales, cabe afirmar que la cesión de créditos es el contrato por el que una de las partes, titular del derecho o cedente, lo transmite a la otra parte, adquirente o cesionario, en forma que ésta tendrá derecho a exigir del deudor la prestación debida a la primera¹⁶⁰. Y, como es sobradamente conocido, el Código civil estudia la institución en el marco de la compraventa. Es cierto que la doctrina critica esta colocación sistemática, pero también que nuestro Código haga esto no merece especiales críticas, ya que si considera de manera predominante o exclusiva una sola causa de la cesión (*venditionis causa*)

¹⁵⁸ Un estudio más completo sobre la cesión de créditos, puede verse en mi trabajo «Cesión de créditos», Código Europeo de Contratos. Academia de iusprivatistas europeos. II. *Comentarios en homenaje al Prof. D. Jose Luis de los Mozos* y de los Mozos, Madrid 2003, pp. 481 ss.

¹⁵⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, II-2.º Contratos en particular*, 2.ª ed. Revisada y ampliada, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 224. ss.

¹⁶⁰ Entre acreedor y deudor existe la denominada «relación de cobertura» y entre cedente y cesionario se dará la «relación de valuta».

lo hace porque, sin lugar a dudas, éste es el aspecto más importante en la práctica.

El Derecho europeo sobre la cesión de créditos gira en torno a las dos grandes tradiciones continentales: la francesa y la alemana.

Refiriéndonos a la primera, la primera norma que el *Code* dedica a la cesión de créditos es la contenida en el artículo 1689, que establece que la entrega se produce, entre cedente y cesionario, con la del título. Hay pleno acuerdo en la doctrina francesa en señalar que la entrega del crédito no es requisito para la perfección del contrato que sirve de causa a la cesión, sino que es cumplimiento de una obligación del cedente. Así, en ningún momento dejó de afirmarse, señala Gavidia¹⁶¹, que la compraventa fuera un contrato consensual, tanto si lo que se vendía era una cosa como un crédito. Es decir, si un tipo de contrato es consensual, el hecho de que un crédito sea su objeto no lo transforma en real. Y en la cesión de créditos (mediante compraventa) todos admitieron la aplicabilidad del artículo 1583, donde se sanciona su carácter consensual. Además, afirma Gavidia, también se interpretó el artículo 1689 en el sentido de que la entrega no era un requisito para la producción del efecto traslativo. La regla del sistema traslativo francés consiste en que ese efecto se produce con la perfección del contrato; si se trata de una compraventa, con el acuerdo sobre la cosa y el precio, como establece el artículo 1583¹⁶².

Respecto a la producción del efecto traslativo en la cesión de créditos, manifiesta Gavidia¹⁶³ que se diferencia en el Derecho francés dos planos o ámbitos de relaciones: entre las partes, por un lado, y, por otro, respecto a terceros. El razonamiento sería el siguiente. De los artículos 711 y 1138 se desprende que en el *Code* se sigue el sistema consensualista de transmisión de derechos, en el que la perfección del título es suficiente para entender producido el efecto traslativo. Además, del artículo 1585, interpreta Gavidia, parece desprenderse que el contrato de compraventa es doblemente consensual: por un lado, porque se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio, aunque aquélla no haya sido entregada ni éste haya sido pagado; por otro lado, porque perfecto el contrato, se produce el efecto real, salvo aplazamiento o condición suspensiva. Sin embargo, cuando se trata de la cesión de créditos, la transmisión de su titularidad con la sola perfección del contrato se considera aplicación de los artículos antes citados, especialmente del artículo 1583, si bien del artículo 1690 resulta

¹⁶¹ GAVIDIA, «El sistema codificado francés de cesión de créditos», *ADC*, tomo XLIV, fascículo II, abril-junio 1991, pp. 486 ss.

¹⁶² GAVIDIA, «El sistema codificado francés...», *op. cit.*, p. 487.

¹⁶³ GAVIDIA, «El sistema codificado francés...», *op. cit.*, p. 489.

una especialidad: los terceros no tendrán por titular del crédito al cesionario más que cuando han sido observadas las formalidades allí previstas, en concreto, la notificación al deudor o su aceptación en documento auténtico.

Así pues, se entiende que la transmisión del crédito se produce entre las partes siguiendo la regla general consensualista, contenida en los artículos 711, 1138 y 1583, mientras que a los terceros no afectará esa transmisión en tanto no haya sido notificada o aceptada en la forma prevista.

La otra gran tradición continental es la alemana. En el Derecho alemán, con el término cesión no se designa al efecto traslativo, sino al acto jurídico cuya conclusión producía tal efecto. La idea es que la transmisión es el efecto de un contrato o de una disposición legal que expresamente la impone o de una resolución judicial.

La cesión convencional es un acto jurídico que recibe la consideración de negocio de disposición o contrato real. Éste consiste en el acuerdo de voluntades en producir la transmisión o declaración de ceder por parte del cedente y su aceptación por el cesionario, negocio que es ejecución o cumplimiento de una obligación de ceder que resulta de otro negocio jurídico, al que llamamos negocio obligacional, que sería la causa última de la cesión y que puede consistir tanto en un contrato de compraventa, permuta, donación, transacción..., cuanto en una promesa unilateral, en los casos en que ésta sea admitida, como también podía tratarse de una obligación de ceder nacida de la ley cuando ésta sólo la impone, pero sin atribuir la titularidad al que tiene derecho a adquirir el crédito. Ambos negocios pueden producirse separadamente, pero también pueden coincidir en un mismo acto, lo cual no impide que cada uno de ellos tenga su propio régimen jurídico.

El acto de cesión, como contrato real o negocio de disposición, fue contemplado, nos dice Gavidia¹⁶⁴, como algo equiparable a la *traditio*, es decir, el acuerdo (abstracto ahora), traslativo para los bienes corporales. Quizá, se pregunta Gavidia, podríamos plantearnos hasta qué punto es cierto que el efecto traslativo en la cesión está sometido a los mismos requisitos que rigen la transmisión de los bienes corporales.

En el caso de los inmuebles se requiere el acuerdo (abstracto) traslativo, seguido de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Por lo que respecta a los muebles, el efecto traslativo depende de la entrega de la cosa al adquirente cuando hay acuerdo en que ésta debe producir la transferencia de la propiedad, es decir, si hay

¹⁶⁴ GAVIDIA, «Sistemas germánicos de cesión de créditos (I)», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLV, Fascículo I, enero-marzo 1992, pp. 103 ss.

acuerdo (abstracto) traslativo más entrega al adquirente, o sólo tal acuerdo si éste ya la poseía.

Si además tenemos en cuenta el negocio obligacional subyacente, vemos cómo son tres los actos que podrían ser tenidos en cuenta en la producción del efecto traslativo: el negocio obligacional subyacente, el acuerdo traslativo y la inscripción en el Registro (inmuebles) o la entrega al adquirente (muebles). Sin embargo, las vicisitudes del negocio subyacente no afectan *per se* a la producción del efecto traslativo y, si el adquirente había transferido el bien a título oneroso a un tercero, tampoco el mantenimiento de tal eficacia (de una y de otra transmisión) depende de lo que suceda con el negocio obligacional subyacente a la primera transmisión. Es decir, que si resulta que el desplazamiento patrimonial no está justificado por una causa (negocio obligacional) que sirva de fundamento al acuerdo traslativo, el adquirente deberá restituir o, si no le es posible, indemnizar el valor, pero sin que esto afecte a transmisiones posteriores, por lo menos no a la onerosa. En este sentido es posible hablar de abstracción de la causa en el sistema traslativo alemán de derechos reales.

La producción del efecto traslativo en la cesión de créditos depende del convenio de cesión, sin que además sea necesario un acto jurídico posterior equivalente a la entrega. Este convenio de cesión consiste en la declaración del cedente de transferir el crédito, aceptada por el cesionario. Con esto y sin necesidad de observar una forma específica, se produce la transmisión. De esto se desprende, por un lado, que no se requiere la entrega del crédito, como tampoco la notificación de la cesión al deudor y, por otro, que dadas las reglas generales sobre desplazamientos patrimoniales sin causas antes citadas, también la cesión será un acuerdo traslativo abstracto.

Lo que más destaca en el sistema alemán en relación con el francés es que en aquél no es necesaria la notificación de la cesión al deudor para que se produzca la transmisión. Ni consentimiento del deudor ni notificación al mismo. La explicación radica en el interés en favorecer la rapidez del tráfico jurídico, en facilitar la rápida circulación de los créditos, restando ulteriores requisitos a la perfección del acto de cesión, tras el cual ya no es el cedente, sino el cesionario el nuevo titular del crédito, y no sólo *inter partes*, sino frente a todos (deudor, acreedores del cedente, otros cesionarios).

El sistema español, según afirma la doctrina, es semejante al francés, aunque matizado en dos puntos importantes: la distinción que hace el CC español entre el cedente de buena y mala fe y la cuestión del conocimiento de la cesión por el deudor.

En el Derecho español, el acuerdo de cesión produce la inmediata transmisión del crédito cedido, sin que sea preciso un acto especial de entrega ni el consentimiento ni el conocimiento del deudor cedido. Por tanto, como afirma Pantaleón¹⁶⁵, no tiene ningún juego en la cesión de créditos el título y el modo.

La cuestión del conocimiento de la cesión por el deudor se halla regulada en el artículo 1527 CC. Sobre este punto, la mayor parte de la doctrina entiende que este precepto se restringe al ámbito de eficacia liberatoria del pago realizado por el deudor que desconoce la cesión a quien ya no es su acreedor (el cedente). Se sitúa así en el ámbito del artículo 1164 CC.

El conocimiento del artículo 1527 no equivale a una notificación. Aunque, por un lado, la notificación es la forma más segura (para el acreedor cesionario, que es el más interesado en que el deudor conozca la cesión) de garantizar el conocimiento. No obstante, a falta de notificación, es suficiente el conocimiento por parte del deudor, planteándose el problema de probar el efectivo conocimiento de la cesión por parte del mismo¹⁶⁶.

Otra cuestión interesante es la de los efectos de la cesión frente a terceros, entendiendo por tales todas aquellas personas que puedan tener un interés en el crédito y no son el deudor cedido¹⁶⁷. En este caso, no se trata ni del problema que ofrecía la cesión en Derecho romano, que era consolidar la posición del cesionario frente al cedente, ni de la necesidad de proteger al deudor para que su pago sea eficaz. Se trata más bien del problema que consiste en evitar cesiones fraudulentas o simuladas.

El Derecho español dedica a esta cuestión el artículo 1526 CC: «La cesión de un crédito, derecho o acción, no surtirá efecto contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1218 y 1227». Y añade en el párrafo segundo: «Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro».

No estamos ante una norma que establezca con carácter general para las cesiones de crédito una forma documental *ad solemnitatem*. La doctrina mayoritaria entiende que, conforme a este precepto, la cesión es inoponible a terceros en tanto no tenga fecha feha-

¹⁶⁵ PANTALEÓN, «Cesión de créditos», *ADC*, tomo XLI, fascículo IV, octubre-diciembre 1988, p. 1060.

¹⁶⁶ No parece posible entender entonces el artículo 1527 de que en él se contiene el requisito de una notificación de la cesión al deudor cedido, como condición de eficacia respecto de él, entendiendo la notificación como una comunicación o puesta en conocimiento del deudor cedido del otorgamiento del negocio de cesión y entendiendo asimismo que la carga de la notificación de la cesión al deudor cedido corresponde al cesionario.

¹⁶⁷ Por ejemplo, el cedente puede tener deudas y sus acreedores pueden haber embargado el crédito.

ciente, determinada de acuerdo con los artículos 1218 (documentos públicos) y 1227 (documentos privados): hasta entonces se entiende que, respecto a dichos terceros, el crédito sigue en el patrimonio del cedente, a menos que se pruebe que el tercero conocía la cesión con anterioridad, conclusión que se fundaría no tanto en la dicción literal del artículo 1526, cuanto en el principio de la buena fe.

En cuanto a la cesión del crédito hipotecario, el artículo 1878 CC lo autoriza con estas palabras: «El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley». A su vez, la Ley Hipotecaria contiene reglas que se refieren a la cesión de los créditos hipotecarios corrientes o nominativos (en el sentido de estar constituidos a favor de persona determinada) y para los créditos resultantes de hipoteca legal.

En principio, la normativa aplicable a los créditos hipotecarios nominativos se aplica al crédito hipotecario legal. En este sentido, dispone el artículo 149 LH: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la que se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro».

Añade: «El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente».

Este precepto se refiere a tres requisitos de la cesión del crédito: escritura pública, inscripción en el Registro y notificación al deudor. Dice Puig Brutau¹⁶⁸ que inscripción y escritura son, en realidad, un solo requisito. Nos referimos al mismo.

La escritura pública y la inscripción se hallan en relación con el artículo 1526 CC. Por tanto, la cesión es oponible frente a terceros, que no sean el deudor, desde la inscripción. Dice Chico y Ortiz¹⁶⁹ que ello es así por ser un colorario del principio general del artículo 32 LH con su criterio de inoponibilidad al establecer que los actos inscribibles que no están inscritos no pueden perjudicar a tercero¹⁷⁰.

La forma de hacer constar en el Registro de la Propiedad dicha cesión la determina el artículo 244 RH, que dispone: «La cesión del crédito hipotecario se consignará en el Registro por medio de

¹⁶⁸ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III-3.º, *op. cit.*, p. 186.

¹⁶⁹ CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 2.ª ed., Madrid 1989, p. 1776.

¹⁷⁰ Este principio general, añade este autor, da por supuesto el requisito de la escritura pública, puesto que para que pueda verificarse la inscripción en el Registro es necesario, conforme al artículo 3 LH, que las cesiones consten en escritura pública.

una nueva inscripción a favor del cesionario, excepto en los casos a que se refiere el artículo 150 LH».

Respecto al deudor, el artículo 149 LH, al decirnos que en la escritura pública ha de darse conocimiento de la misma al deudor, se sitúa en el ámbito del artículo 1527 CC. La notificación es un simple instrumento técnico que sólo tiene por objeto «poner en conocimiento» del deudor, en forma fehaciente, la existencia de un nuevo acreedor con el cual deberá en lo sucesivo entenderse a los efectos del pago. Tiene el alcance de colocar, de un modo indudable, al deudor en una situación de no ignorancia de la cesión¹⁷¹.

En cuanto a la forma de la notificación, a ella se refiere el artículo 242 RH, que dispone lo siguiente: «Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviera en el caso del artículo 150 de la Ley».

El artículo 222 RH al que se remite el artículo 242 está hoy prácticamente vacío de contenido con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷².

También del artículo 242 RH, en su primer párrafo y último inciso, se deducen dos casos en los que la notificación no es necesaria. Hacemos una breve mención al caso de que el deudor haya renunciado al derecho en escritura pública¹⁷³.

Esta renuncia, en el fondo, nos dice Chico y Ortiz¹⁷⁴, viene a significar una vinculación del deudor respecto a cualquier acreedor que le presente el pago, lo cual significa aceptar el riesgo de tener que pagar diversas veces a toda aquella persona que aparezca inicialmente como legitimado para aceptar el pago. El requisito que exige el artículo 242 es que la misma se haya hecho en «escritura

¹⁷¹ Todo ello viene complementado por el artículo 151 LH al disponer lo siguiente: «Si en los casos en que deba hacerse se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de la falta».

¹⁷² Además de que hay que tener en cuenta que, aunque el propósito del legislador era unificar los procedimientos de ejecución, el ámbito de las reglas peculiares de ejecución de bienes hipotecados previstas en los artículos 681 ss. LEC y en los artículos 129 ss. LH se limita al supuesto en que la ejecución se dirija exclusivamente contra los bienes hipotecados y se cumplan los requisitos previstos en el artículo 682.2 LEC. En consecuencia, cuando no se produzca la concurrencia de estos presupuestos, la ejecución debe seguirse por el procedimiento ordinario regulado en los artículos 538 ss. LEC, excluyéndose la aplicación de las normas especiales antes citadas.

¹⁷³ La otra excepción es la de los créditos endosables o al portador, conforme al artículo 150 LH. No es precisa esta notificación, pues dispone que los créditos se entenderán cedidos «sin necesidad de dar conocimiento de ello al deudor», justificándose tal excepción en la indeterminación subjetiva de la titularidad que haría prácticamente imposible la práctica de dicha notificación. Cfr. CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, II, *op. cit.*, p. 1779.

¹⁷⁴ CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 1778.

pública», aunque no es necesario que expresamente conste la palabra renuncia, ya que puede deducirse de la forma en que esté redactada la escritura y así recoge la Resolución de 18 de marzo de 1939 el supuesto en que el deudor se comprometió a pagar al que presentare debidamente endosado el pagaré en que se hace constar el crédito.

Señala Chico y Ortiz¹⁷⁵ que queda el problema de si la falta de notificación puede ser sustituida por algún otro medio, por ejemplo, por la propia inscripción que se realiza en el Registro. Acerca de ello simplemente señalar que la inscripción sólo tiene efectos en cuanto a la oponibilidad de la cesión frente a terceros. Pero nada más. En cuanto al deudor, lo suyo es que tenga conocimiento de la cesión, siendo la notificación un instrumento adecuado, pero bastaría la prueba del conocimiento de la cesión por parte del deudor para entender sustituida la notificación por la misma.

Todo lo anterior se aplica sin problemas a la hipoteca legal por bienes reservables. Pero tenemos la especialidad del artículo 152 LH: «Los derechos y créditos asegurados con hipoteca legal no podrán cederse sino cuando haya llegado el momento de exigir su importe».

Dice Chico y Ortiz que de este artículo se deducen dos problemas a solucionar: el primero referido al momento en que debe entenderse exigible el importe del crédito asegurado con hipoteca legal y el segundo respecto al fundamento de este precepto.

En cuanto al primer punto, la exposición de motivos de la ley de 1861 es útil para explicar la justificación del momento en que haya de exigirse su importe. Dicha exposición de motivos establece que ha de entenderse ese momento cuando «ya no tiene por objeto asegurar sus bienes (los de los favorecidos por ella), sino realizar el pago del menoscabo que hayan experimentado». Por ello, mientras no llegue el momento de la restitución de los bienes y la concreción del crédito a restituir no se sabe, falta todavía la determinación del mismo. Una vez que el crédito ha sido determinado y se ha convertido en exigible puede ser objeto de cesión¹⁷⁶.

Declaran Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁷⁷ que determinado el crédito asegurado por la hipoteca legal, ya puede el mismo ser objeto de cesión, pues se trata de un crédito ordinario. Con otras palabras, llegado el caso de poder exigirse el importe del crédito asegurado con hipoteca legal (muerte del reservista y restitución de los bienes reservables), puede decirse que estamos ante un

¹⁷⁵ CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 1779.

¹⁷⁶ Cfr. CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 1784.

¹⁷⁷ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, IV-2.^a, *op. cit.*, p. 885.

caso de hipoteca ordinaria y que, por tanto, ya no hay obstáculo para la cesión. En tal supuesto, existe un crédito hipotecario concreto y exigible, que constituye un valor libre patrimonial a favor del beneficiado por la hipoteca legal y, por tanto, plenamente enajenable.

Respecto al fundamento, la exposición de motivos de la ley de 1861 manifestaba que «constituidas éstas frecuentemente a favor de personas que necesitan una protección directa y especial por parte de legislador, si fueran transmisibles por aquellos para cuya garantía se han establecido, quedaría la ley burlada, desatendidos los intereses y derechos, que no la voluntad de los otorgantes, sino la ley misma quiso proteger». En cambio, cuando «haya llegado el caso de exigir su importe, y teniendo capacidad para enajenarlos las personas a cuyo favor están constituidas, ya ha cesado el peligro».

Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁷⁸ opinan que, en principio, no habría inconveniente jurídico alguno para permitir que se enajenasen los créditos asegurados con hipoteca legal. Ciertamente que habría inseguridad en cuanto a su indeterminación o su contenido económico, lo que haría a estas hipotecas poco aptas para su transmisión, pero no constituye ningún obstáculo esencial que impida su cesión. El adquirente del crédito hipotecario legal celebrará, si se quiere, un acto aleatorio, pero es admisible sin problemas en el Derecho civil.

Si cedente y cesionario estuvieran de acuerdo en la cesión, ¿por qué impedirlo? Estos autores traen a colación la RDGRN de 12 de septiembre de 1910 que permitió la cesión o subrogación voluntaria respecto del crédito derivado del saldo posible de una cuenta corriente de crédito en curso, garantizado con hipoteca, si bien con la prevención de que no se pueden transmitir más derechos de los que corresponden al acreedor. Por tanto, hay que admitir como posible la cesión total de créditos hipotecarios de esta índole, pero corriendo las contingencias derivadas de la naturaleza de los mismos.

Ciertamente que mientras no se hubiera determinado el crédito en estas hipotecas, no habría plena aptitud de negociación, pero, como dicen los autores citados, esto es una dificultad práctica o económica, pero no jurídica. Es evidente que estos créditos encontrarían pocos compradores en el mercado, pues no serán muchos los que quieran exponerse a comprar una hipoteca vacía de contenido.

¹⁷⁸ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 883.

¿Cuál es, entonces, el verdadero fundamento de la prohibición legal? Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁷⁹ piensan que es una razón moral: evitar especulaciones o confabulaciones, e impedir la intromisión de personas extrañas en una relación personalísima, cual es la existente entre acreedor y deudor en las hipotecas legales.

Con la excepción de estas particularidades, la Ley Hipotecaria establece el mismo régimen jurídico para las hipotecas legales y las voluntarias. ¿Es esto realmente así? Tengo mis dudas. Por ello, vamos a examinar algunos de los aspectos –sin ánimo de exhaustividad– propios de la hipoteca voluntaria y vamos a ver si encajan con la hipoteca legal.

- Pacto de limitación de responsabilidad a los bienes hipotecados¹⁸⁰.

El artículo 105 LH, después de declarar que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones, añade que no alterará la responsabilidad ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC. Por tanto, la venta de la finca hipotecada sin que el comprador o adquirente asuma personalmente la deuda garantizada produce el fenómeno de que el deudor personal responde de la obligación con todo su patrimonio, del que ya no forma parte el bien hipotecado, pero éste, con el gravamen real, sigue desempeñando su función de garantía, cualquiera que sea el tercero que lo tenga en su poder.

Ahora bien, como novedad de la reforma hipotecaria de 1944-1946, el artículo 140 LH dispone: «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados». En su segundo párrafo añade: «En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitados al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor»¹⁸¹.

¹⁷⁹ ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 884.

¹⁸⁰ Seguimos a PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 155.

¹⁸¹ ¿Se pretendió incorporar al Derecho español la llamada deuda territorial del Derecho alemán?. La Exposición de Motivos de la reforma de 1944 fue clara. Afirmó que no era procedente incorporar a la legislación española la deuda territorial ya que por su carácter abstracto difícilmente armonizaría con el sistema vigente. Aunque se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados porque de esta manera quedaría favorecido el crédito y mejorada la situación del deudor, sin quebranto para sus posibles acreedores.

Puede parecer que la deuda inmobiliaria del Derecho alemán y la hipoteca prevista en el artículo 140 LH conducen al mismo resultado práctico, pero, como dice Puig Brutau¹⁸², la originalidad de este precepto radica en que deja en principio subsistente la deuda personal, pero con la responsabilidad circunscrita al bien hipotecado. Subsiste la acción personal del acreedor, pero sin más responsabilidad real o patrimonial que la del objeto hipotecado. Así resulta del texto literal del artículo 140 LH y de la idea general del Derecho español de que no existe hipoteca sin obligación personal garantizada.

Por un lado, la Ley considera que se trata de una verdadera hipoteca, que siempre es un derecho real accesorio de garantía, y, por tanto, existirá una obligación personal garantizada. Por otra parte, sin embargo, esta obligación ha de seguir fatalmente a la cosa, de manera que no podrá haber más responsabilidad, personal o real, que la susceptible de ejecución sobre la cosa hipotecada. Todo adquirente de la cosa hipotecada se convertirá en deudor personal frente al acreedor, aunque su responsabilidad se concretará a dicha cosa. Se produce, entonces, una subrogación o asunción de deuda sin requerirse el consentimiento del acreedor en cada caso, pues este consentimiento ya se prestó, al menos de manera tácita, al otorgar el pacto de concreción de responsabilidad personal.

Se preguntan, entonces, Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill¹⁸³: ante este juego de asunción automática de la deuda objeto de la hipoteca, ¿responde la figura admitida por el artículo 140 LH a exigencias de lógica institucional? Responden que no, ya que el artículo 140 LH es un experimento bien intencionado, pero jurídicamente irregular al no encajar en los moldes clásicos.

Para comprobarlo, añaden, basta tener presente que resulta extraño hablar de responsabilidad personal concretada y unida a una cosa singular o determinada, pues es de esencia en este tipo de responsabilidad que la misma recaiga sobre el patrimonio del deudor, y porque una responsabilidad adscrita sobre bienes concretos o singulares, y que debe soportar todo propietario de los mismos por el solo hecho de serlo, no puede calificarse de simple responsabilidad personal, pues reúne bastantes caracteres de la responsabilidad real¹⁸⁴.

En cualquier caso, lo que nos tenemos que preguntar ahora es si el artículo 140 LH es aplicable a la hipoteca que estamos conside-

¹⁸² PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 159.

¹⁸³ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-1.º, *op. cit.*, p. 402.

¹⁸⁴ De hecho, estos autores hablan de que hubiera sido mejor adoptar plenamente el tipo de deuda territorial alemana.

rando. La respuesta ha de ser negativa por las siguientes razones. En primer lugar, porque del tenor literal del artículo 140 LH resulta que sólo cabe pactar dicha concreción de responsabilidad en la «escritura de constitución de hipoteca voluntaria en garantía de préstamo». No procedería cuando ésta no se establezca en garantía de un préstamo, lo que ya excluye la posibilidad de su aplicación a la hipoteca por bienes reservables.

Por otro lado, a pesar de lo que dijese la exposición de motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, lo real es que tal pacto redundaría en perjuicio del acreedor hipotecario —el reservatario—, ya que siempre lo haría partícipe del riesgo de desvalorización de la cosa gravada, y si ya en la hipoteca voluntaria es difícil entender que un acreedor hipotecario renunciase a la ventaja que para él representa la responsabilidad del deudor, en cuanto que el pacto significa renunciar a la percepción del déficit que puede producirse en la venta forzosa que se realice por ejecución hipotecaria, no digamos nada en el caso de esta hipoteca legal en que la propia ley quiere proteger a los reservatarios.

Chico y Ortiz¹⁸⁵ también niega que el artículo 140 se aplique en el ámbito de las hipotecas legales, ya que este precepto sólo se refiere a las hipotecas voluntarias sin decir nada sobre las legales, aplicándose al precepto una interpretación restrictiva. No obstante, no termina de convencer este argumento, ya que sabemos que el régimen jurídico de las hipotecas voluntarias, con la particularidad legal que ya hemos observado, se aplica asimismo a las legales. Creo que la respuesta negativa se halla más bien en los argumentos anteriormente expuestos.

- Compraventa de finca hipotecada.

Dice Puig Brutau¹⁸⁶ que, en relación con la compraventa de finca hipotecada, la práctica ofrece las siguientes variantes: las partes pueden convenir que el comprador quede subrogado en la deuda asegurada con la hipoteca; o pueden fijar el precio de la compraventa en la suma que resulte de restar del valor de la finca el importe de la deuda; o pueden pactar que el comprador retendrá en su poder el importe debido por el vendedor; o que el precio se paga parte al contado y que otra parte queda aplazada, correspondiendo este segundo importe al de la obligación asegurada.

Nos interesa ahora decir dos palabras acerca del convenio de asunción de deuda, es decir, el caso en que no sólo se transmite la finca hipotecada, sino que el comprador pasa a ser deudor personal

¹⁸⁵ CHICO Y ORTIZ, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 1480.

¹⁸⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *op. cit.*, III-3.º, p. 163.

de la obligación asegurada. A este supuesto se refiere el primer párrafo del artículo 118 LH que dispone lo siguiente: «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieran pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito».

Manifiesta Puig Brutau ¹⁸⁷ que la única innovación de este precepto es que el consentimiento del acreedor, necesario por producirse un cambio de deudor (cfr. art. 1205 CC) está admitido que se manifieste tanto de manera expresa como de manera tácita, no siendo necesario que este consentimiento se preste en el propio acto de otorgamiento de la compraventa. Se prescinde, además, del trámite de notificación de la asunción de deuda al acreedor.

En el convenio ha de precisarse si la circunstancia de asumir el comprador personalmente la deuda que tenía el vendedor frente al acreedor ha de producir los efectos del pago entre comprador y vendedor. En caso afirmativo, el vendedor no podrá ejercitar después la acción resolutoria del artículo 1124 CC, aunque el comprador deje de pagar al acreedor hipotecario. Otra cosa sucederá, dice Puig Brutau ¹⁸⁸, si el comprador y el vendedor quieren que el efecto liberatorio del total pago del precio sólo se produzca a favor del comprador cuando haya sido efectivamente satisfecho el crédito hipotecario.

Si el acreedor hipotecario no presta su consentimiento al cambio de deudor de manera expresa o tácita, el convenio de asunción de deuda sólo producirá efectos entre comprador y vendedor. Sólo frente al vendedor estará el comprador obligado a pagar al acreedor y sólo cuando así haya sucedido se habrá producido entre las partes en la compraventa el efecto del pago del precio.

Si el comprador se ha convertido en deudor personal del acreedor, con liberación del vendedor, el primero no será tercer poseedor de finca hipotecada (no será tercero, sino parte en la relación hipotecaria) y responderá de la deuda con la finca y, además, con todo su patrimonio.

El examen de la anterior normativa parte obviamente del supuesto de que estamos en presencia de obligaciones en las que es posible el cambio de deudor y, además, el artículo 118, al no decir nada, parece aplicarse también a las hipotecas legales.

La cuestión es: ¿cabe el cambio de deudor en el caso del reservista? Tengo mis dudas. Me parece que las obligaciones garantiza-

¹⁸⁷ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III-3.º, *op. cit.*, p. 164.

¹⁸⁸ *Idem.*

das con la Hipoteca por bienes reservables tienen un matiz de personalísimas que impiden el cambio de deudor¹⁸⁹.

- La subhipoteca.

El artículo 107, núm. 4, LH establece que puede hipotecarse «el derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho».

En la subhipoteca pasa que la persona que como acreedora ha obtenido garantía hipotecaria sobre una finca necesita luego, en calidad de deudor, conceder garantía a su acreedor. Sin agravar, pues, la situación jurídica del propietario del bien inmueble hipotecado, para quien la subhipoteca es *res inter alios acta*, consiente en poner la garantía real constituida a su favor al servicio preferente de su propio acreedor, del subhipotecario. Si la hipoteca se extingue, la subhipoteca se extingue también por desaparecer la garantía. Pero si medió la notificación del artículo 149 LH, a que se refiere el artículo 175, regla 4.^a RH, para la cancelación se necesitará «el consentimiento del subhipotecario o la consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuere igual o inferior a la garantizada por la hipoteca»¹⁹⁰.

La doctrina niega la posibilidad de hipotecar las hipotecas legales, mientras no llegue el caso de poderse hacer efectivos los créditos que las mismas aseguran. Así resulta del artículo 152 LH e implícitamente del núm. 4 del artículo 107 de la misma¹⁹¹.

La resolución de 21 de agosto de 1895 discutió si la prohibición de subhipotecar una hipoteca legal por dote subsiste en el caso de que el crédito asegurado ya sea exigible. Dice que «esa cuestión ha de ser resuelta con sujeción al criterio que inspira el artículo 155 LH,

¹⁸⁹ En este sentido, también ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-1.º, *op. cit.*, p. 423. Estos autores afirman que del artículo 118 LH hay que considerar excluidas, por su carácter personalísimo, las obligaciones garantizadas con hipoteca legal, las obligaciones que pueden derivarse de responsabilidades derivadas del ejercicio de un cargo, etc., al menos mientras el débito no haya cristalizado en una cantidad determinada y ya exigible.

¹⁹⁰ Una de las cuestiones más controvertidas de la subhipoteca es su distinción con la cesión de crédito. La Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 1927 declaró «que entre la subhipoteca, derecho real en cuya virtud se sujeta un crédito hipotecario al cumplimiento de una obligación y la cesión del mismo derecho, hay unas diferencias casi tan esenciales como las existentes entre la transferencia de la propiedad de una finca y el gravamen hipotecario que sobre la misma pueda constituirse, de suerte que, si bien por vía ejecutiva el acreedor subhipotecario puede llegar a obtener la adjudicación del crédito hipotecario, mientras esto no suceda es incorrecto hablar de la subrogación, y para el Registro han de estimarse distintos los dos créditos, respectivamente asegurados por la hipoteca y la subhipoteca, cualquiera que sea su enlace».

¹⁹¹ Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-1.º, *op. cit.*, p. 478. No obstante, estos autores, en el volumen IV-2.º, *op. cit.*, p. 882, hacen una matización cuando afirman que debería ser posible una subhipoteca, aunque con ejecutabilidad diferida hasta que fuera exigible el crédito asegurado con la hipoteca legal gravada.

pues lo que éste dispone con relación al contrato de cesión dispuesto debe estar respecto del de subhipoteca, ya que ésta no es en el fondo más que una forma peculiar de la enajenación o cesión del derecho de hipoteca».

A continuación se refiere lo que manifestó la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 sobre el fundamento de dicha prohibición de subhipotecar una hipoteca legal, que era la necesidad de evitar que los protegidos por dicha hipoteca hagan ilusoria su garantía. Por ello, al desaparecer la causa determinante de la prohibición, el que tiene a su favor una hipoteca legal puede enajenarla al llegar el caso de exigir su importe, y por la misma razón ha de poder subhipotecarla, por ser la subhipoteca un acto de enajenación como otro cualquiera¹⁹².

En relación con lo anterior, aparece la cuestión del embargo sobre una hipoteca legal. En definitiva, volvemos a movernos en la órbita del artículo 152 LH, en virtud del cual, como ya sabemos, el crédito garantizado con hipoteca legal no es un derecho inalienable en absoluto, sino temporalmente, desde su nacimiento hasta que llegue el momento de poder ser exigida su efectividad y, en definitiva, su importe.

Debido a esta razón de inalienabilidad temporal del crédito, la Resolución de 20 de enero de 1914 –aplicable a nuestro caso– se limitó a admitir la anotabilidad de un embargo sobre una hipoteca legal que aseguraba la devolución de parafernales, para que en su día puedan hacerse efectivos, con arreglo a la ley, los derechos que garantiza dicho embargo.

Consumación de la reserva e hipoteca legal. La consumación de la reserva se produce cuando fallece el reservista existiendo hijos o descendientes del primero o anterior matrimonio y que éstos no hayan sido desheredados.

En este caso los reservatarios tienen un derecho perfecto sobre los bienes reservables. Pueden exigir, por tanto, la entrega de los mismos bienes, o su valor, más abono de los deterioros, como resulta de los ya examinados artículos 974 a 978 CC. Y, en caso de incumplimiento, entrará en juego la hipoteca¹⁹³.

¹⁹² La resolución de 21 de agosto de 1895 efectivamente admite la posibilidad de la subhipoteca, pero la misma había sido constituida después de disuelto el matrimonio del que dependía la exigibilidad del crédito total.

¹⁹³ Acerca del destino o distribución de los bienes reservables dentro del grupo de los reservatarios, según PUIG BRUTAU (Cfr. *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 242), habrá que tener en cuenta si el reservista ha hecho uso de su facultad de mejorar o si no la ha usado en todo o en parte, en cuya hipótesis «los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque a virtud del testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, o hubiesen renunciado o repudiado su herencia». Así lo dispone el primer párrafo del artículo 973. En cuanto al justamente desheredado pierde todo dere-

Respecto a la extinción de la hipoteca, obviamente está en relación directa con la extinción de la reserva viudal. La Hipoteca por bienes reservables garantiza el cumplimiento de un crédito de restitución, y éste, a su vez, depende de la subsistencia de la obligación de reservar.

Así, por ejemplo, el artículo 970 CC establece que la reserva se extingue cuando al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes del primero.

Aparentemente la hipoteca debería extinguirse antes de la muerte del padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, ya que en la reserva clásica son «habas contadas» los hijos o descendientes de los mismos, lo cual no sucede con la reserva lineal, y en principio debería saberse con certidumbre quiénes son. Si la reserva matrimonial se refiriera estrictamente a la familia legítima, se daría esa certidumbre. Pero, actualmente, son también reservatarios los descendientes extramatrimoniales, y esto puede causar alguna distorsión, porque pueden ser desconocidos antes de la muerte del cónyuge reservista.

Otro supuesto de extinción de la reserva que da lugar a la extinción de la hipoteca es el caso de que al morir el reservista sólo queden hijos desheredados o indignos, sin descendientes que ocupen su lugar¹⁹⁴.

También hay extinción de la reserva cuando los hijos o descendientes mayores de edad que tienen derecho a los bienes reservables lo renuncian expresamente.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la extinción de la hipoteca, cuando existen hijos, no se produce en el momento de la muerte del cónyuge bínubo, sino cuando cesa la obligación de restituir. Así lo expresa el artículo 164 LH, al manifestar que «las hipotecas legales inscritas subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituido».

En general, las causas de extinción de las hipotecas voluntarias se aplican a la extinción de la hipoteca por bienes reservables, aunque, lógicamente, con sus matizaciones.

Por ejemplo, se habla de la inaplicabilidad del plazo a la hipoteca legal¹⁹⁵, ya que con la inclusión del mismo se desvirtuaría la esencia de la concepción que la Ley quiere lograr a través de las mismas. Sí se aplicarían los demás supuestos de extinción: pérdida de la cosa gravada, ejecución hipotecaria, confusión de derechos.

cho a la reserva, sin perjuicio de que sus hijos o descendientes ocupen su lugar de la manera que regula el artículo 857.

¹⁹⁴ Cfr. artículos 973, segundo párrafo, y 761 CC.

¹⁹⁵ ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 1208.

La extinción de la hipoteca legal por prescripción no ofrece ninguna particularidad, como no sea, según señalan Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill ¹⁹⁶, la de mero hecho, consistente en que esta hipoteca garantiza una situación obligacional de largo tracto, por lo cual, el día de la exigibilidad, o sea, el momento del nacimiento de la acción hipotecaria, se produce en un tiempo que con frecuencia es bastante distante del en que la hipoteca se constituyó.

Hay que señalar también que cuando la extinción de la hipoteca se produce por pérdida de la cosa, surge a favor del reservatario el derecho a pedir que el reservista le constituya otra para garantizar las obligaciones pendientes ¹⁹⁷.

En cuanto a la cancelación de las inscripciones de hipotecas legales extinguidas, regirán, en general, las mismas normas respecto de la cancelación de las inscripciones de hipotecas voluntarias. Así lo establece el artículo 164 LH al disponer que las inscripciones de hipotecas legales «se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias».

Antes de pasar ya al segundo punto de este trabajo, queremos hacer una breve referencia a la hipoteca de la reserva.

La doctrina, en general, opina que el reservatario no puede hipotecar su derecho, pues éste no es un verdadero derecho real, por tratarse de una mera expectativa y porque no sólo no es susceptible de una inscripción especial y separada, sino únicamente es una indicación en una inscripción, o una nota marginal.

Posición esta, la de la doctrina, que también parece haber sido seguida por la Dirección General de los Registros, en las ya antiguas resoluciones de 28 de agosto de 1911, 6 de abril de 1912 o la de 19 de febrero de 1920.

III. LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE BIENES RESERVABLES EN LA RESERVA LINEAL

La reserva lineal es la sucesión que se produce en virtud de la obligación que el artículo 811 CC impone al ascendiente que heredare de un descendiente bienes que éste hubiere adquirido por título lucrativo de un ascendiente o de un hermano, de reservar los

¹⁹⁶ ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV-2.º, *op. cit.*, p. 1208.

¹⁹⁷ También hay supuestos de extinción parcial de las hipotecas legales, aunque no en el ámbito de la hipoteca por bienes reservables. Así, por ejemplo, nos encontramos en el supuesto del artículo 173 LH, referente a la reducción del importe de la dote estimada, por exceder de la cuantía que el Derecho permite, lo que hará que se reduzca igualmente la hipoteca en la misma proporción, previa la cancelación correspondiente.

que hubiese adquirido por ministerio de la ley a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden ¹⁹⁸.

Los supuestos necesarios para que surja la situación de reserva pendiente se reducen a dos, aunque de contenido complejo: A) Que un descendiente haya adquirido bienes a título gratuito de un ascendiente o hermano; B) Que un ascendiente haya heredado los bienes del descendiente por ministerio de la ley.

Hay, como dicen Díez Picazo-Gullón, dos transmisiones ¹⁹⁹: una primera, a título lucrativo, operada de un ascendiente a un descendiente, o de un hermano a otro hermano; y una segunda, del descendiente adquirente a otro ascendiente, derivada del ministerio de la ley.

En relación con la primera transmisión, tras la Ley de 13 de mayo de 1981 queda cerrada una cierta discusión sobre si esta reserva se debía dar sólo entre parientes legítimos. Después de igualados todos los hijos y descendientes, parece que ya no debe haber duda ²⁰⁰. Y tampoco parece ser argumento suficiente para excluir del artículo 811 la filiación no matrimonial partir de la idea de la troncalidad en que supuestamente esta reserva se basa, porque ello no es así. En esta reserva predomina ante todo una idea de equidad, tal como lo recordó Alonso Martínez ²⁰¹.

La transmisión a título lucrativo comprende lo adquirido por sucesión testada e intestada y por donación ²⁰². La segunda transmisión tiene carácter específicamente hereditario y además por ministerio de la ley.

¹⁹⁸ Siempre se ha discutido acerca de la semejanza o no de esta reserva con las reservas propiamente troncales, aunque el fundamento de la misma radica en consideraciones de índole familiar y en razones de equidad, como puso de manifiesto ALONSO MARTÍNEZ. Cfr. *El Código civil y sus relaciones con las legislaciones forales*, nueva edición, Madrid, 1947, pp. 185 ss.

¹⁹⁹ DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, IV, *op. cit.*, p. 456.

²⁰⁰ Dice LACRUZ que la filiación del adquirente que luego transmitirá los bienes recibidos de su padre o madre al otro progenitor (o a un abuelo, etc.) puede ser, hoy, extramatrimonial, pues, por un lado, literalmente el precepto no distingue y es aplicable a los padres e hijos extramatrimoniales, y, por otro lado, es clara la voluntad del legislador actual en el sentido de equiparar en todos los aspectos posibles ambas clases de filiación, matrimonial y extramatrimonial. Cfr. *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, *op. cit.*, p. 472. Aunque añade (en nota 4, p. 472) que, sin lugar a dudas, la solución histórica es la opuesta: es seguro que el legislador originario sólo pensó en los progenitores casados entre sí, de los cuales uno es el punto de partida de la reserva y el otro, por causa de lo recibido del hijo común, el obligado a reservar.

²⁰¹ Sería interesante conocer el pensamiento de ALONSO MARTÍNEZ frente al actual artículo 944 CC, que establece que «en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente». Es decir, hay una contraposición entre este precepto, que antepone en el orden de los llamamientos intestados al cónyuge viudo a los parientes colaterales, y la reserva del artículo 811, que trata de evitar precisamente esto.

²⁰² DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 457.

Díez Picazo y Gullón²⁰³, al preguntarse qué se entiende por ministerio de la ley, afirman que hereda por ministerio de la ley el ascendiente que es llamado a la sucesión intestada del descendiente. Afirman que también entiende la opinión dominante en la doctrina que lo percibido como legítima por el ascendiente, aunque sea porque el descendiente haya cumplido en su testamento con el deber de dejarle lo que por aquélla le corresponde, lo recibe por ministerio de la ley. Es decir, se sigue la opinión de Alonso Martínez, que estimaba tan aplicable la institución a la sucesión intestada como a la testamentaria, siempre que en esta última «la finca reservable figure en la porción hereditaria de que el testador no podía privar al ascendiente sin justa causa de desheredación», y ello porque «la legítima no la deben los ascendientes al efecto y la iniciativa del testador, sino que la reciben por ministerio de la ley y, por tanto, es igual en uno y otro caso la razón de la reserva»²⁰⁴.

La adquisición hereditaria del ascendiente ha de ser efectiva, por lo que no hay reserva si aquél repudia la herencia de su descendiente.

¿Son aplicables a esta reserva las normas de la Ley Hipotecaria que regulan las hipotecas por bienes reservables? El párrafo segundo del artículo 184 responde afirmativamente en cuanto que declara que la obligación de asegurar con hipoteca especial suficiente las restituciones exigidas por el artículo 978 CC, propia del viudo/a en el caso de la reserva ordinaria, constituye también una obligación del reservista del artículo 811. Lógicamente, en la medida que las normas recogidas en los artículos 184 ss. LH sean aplicables.

En este sentido, la Ley Hipotecaria recoge una doctrina dominante que afirma la aplicación analógica a la reserva lineal de las normas sobre la reserva ordinaria. Pero las justificaciones de esta analogía varían de autor a autor.

Para Lacruz²⁰⁵, el pensamiento del legislador sobre este punto se contiene en los artículos 968 ss., preceptos que son aplicables al artículo 811, sobre todo a efectos de llenar sus lagunas (en particular, la enajenación y garantía de los bienes reservables), siempre que exista identidad de razón.

Clavería²⁰⁶ ha intentado construir un concepto de reserva en general, referido a ambas reservas. Dice este autor que el artículo 811

²⁰³ DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 457.

²⁰⁴ La STS de 2 de marzo de 1929 va en esta dirección. En el caso contemplado, A le hereda a su hijo B, que fallece bajo testamento dejando como heredera universal a su madre. Al fallecimiento de ésta, la actora en el pleito reclama, por estimarlos sujetos a la reserva, los bienes que correspondieron a la fallecida por legítima de su hijo.

²⁰⁵ LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, *op. cit.*, 471.

²⁰⁶ CLAVERÍA, «Teoría general de la reserva hereditaria», *ADC*, 1980, pp. 845 ss.

nace con una finalidad concretísima (evitar el cambio de línea de determinados bienes), y, para atenderla, los redactores del CC acuden a una figura ya consolidada en la legislación y en la doctrina: para ser más exactos acuden a la técnica ínsita en esta figura, a la técnica de la reserva. Más adelante, Clavería distingue entre técnica y finalidad, diciendo que ésta explica, determina y configura aquélla; la técnica se halla al servicio de la finalidad, es un instrumento conceptual y explicativo escogido por el legislador para dirimir conflictos sociales..., es la finalidad lo que principalmente confiere a cada figura jurídica su esencia: lo que significa que la reserva lineal del artículo 811 CC, y la ordinaria de los artículos 968 ss. CC, son figuras distintas que actúan mediante la misma técnica. Al tratarse de figuras diferentes cabe hablar de aplicación analógica de las normas de la reserva viudal a los supuestos de reserva lineal. Se trata de dos figuras esencialmente distintas, por tener diferente espíritu informador, por haber sido creadas con fin diferente por la ley.

Más antiguamente, Domínguez de Molina²⁰⁷, en la misma dirección que la STS de 8 de junio de 1945²⁰⁸, resaltó las siguientes diferencias entre ambas reservas: a) Por su origen: en la lineal como origen único es el hecho de adquirir en determinadas circunstancias ciertos bienes; en la ordinaria se adquiere un nuevo matrimonio o la tenencia de un hijo no matrimonial o adoptivo; b) Por el título por el cual llegan los bienes al reservista: en la lineal, es en todo caso el de herencia, bien por vía de legítima, bien por sucesión intestada, es decir, siempre por ministerio de la ley; en la ordinaria, además de poderlo ser por sucesión intestada, la adquisición puede tener lugar por testamento no sólo en concepto de legítima, sino también en el de legado, así como por actos *inter vivos* mediante donación o por cualquier otro título lucrativo, que son medios excluidos de la reserva lineal; c) Por razón de las personas que intervienen en su constitución: en la reserva lineal, el reservista puede ser el padre o la madre o cualquier otro ascendiente del causante de la reserva, y éste ha de ser, por consiguiente, un hijo o descendiente del reservista siempre. En la ordinaria, el reservista tiene que ser en todo caso el cónyuge supérstite que, cuando se trate de los bienes recibidos de los hijos a que hace referencia el artículo 969, habrán de ser el padre o la madre de éstos; d) Por los bienes objeto de la reserva: en cuanto a los que integran la reserva lineal, y que

²⁰⁷ DOMÍNGUEZ DE MOLINA, *op. cit.*, pp. 586 ss.

²⁰⁸ STS de 8 de junio de 1945: «las dos modalidades de la reserva ofrecen marcadas analogías en punto a finalidad, naturaleza, contenido y efectos, puesto que no son, en definitiva, sino especies de la misma institución, pero también las acusadas diferencias que el hallarse establecida cada una para un supuesto distinto impone en orden a las condiciones que les dan lugar y a las normas reguladoras de sus efectos».

se transmiten al ascendiente reservista por el descendiente intermedio, han de haber sido adquiridos por éste a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano. En la ordinaria basta simplemente que pertenezcan al cónyuge premuerto o a los parientes e hijos de quienes los recibe el reservista según los tres distintos supuestos de los artículos 968 y 969 sin necesidad de investigar el origen de tales bienes y aunque hubieran sido adquiridos por los donantes o transmitentes con su trabajo o industria o los heredados de los hijos procedieran de la adquisición por los mismos a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, pues el artículo 969 no los excluye y no basta esta circunstancia, si concurre un nuevo matrimonio del supérstite o el reconocimiento de un hijo natural, para dar vida a la reserva lineal y excluir la ordinaria de carácter preferente; e) Personas favorecidas por la reserva: en la lineal lo son los parientes, dentro del tercer grado del descendiente heredado en combinación con la regla sucesoria de proximidad de grado y que pertenezcan a la línea de que los bienes proceden. En la ordinaria, los hijos y descendientes —éstos sin limitación de grado— del matrimonio anterior.

De donde se desprende, en opinión de este autor, que la asimilación de ambas reservas sería aventurada. No obstante, ambas tienen de común que constituyen una obligación de reservar bienes determinados, lo que, entre otras cosas, significa, con las diferencias que sean, la aplicación en ambas de las medidas de garantía.

Voy a seguir, en este punto (como en otros), la opinión de Vallet de Goytisolo. Vamos a fijarnos, en primer lugar, en algunas sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a los artículos 977 y 978 CC, objeto de nuestro estudio²⁰⁹.

La primera sentencia para ser citada es la STS de 8 de noviembre de 1894. Su cuarto considerando estimó que «si bien las disposiciones de los artículos 977 y 978 CC, encaminadas a la seguridad de los bienes reservables, se refieren especialmente a los viudos que contraen segundas o ulteriores nupcias, no por eso dejan de ser aplicables a la reserva establecida en el artículo 811 porque, aparte la razón legal, que es idéntica en ambos casos, obliga a entenderlo así la importante y decisiva circunstancia de que ambas disposiciones se hallan consignadas en el capítulo que trata de las comunes a las herencias por testamento o sin él y porque en el artículo 968 que encabeza la Sección que trata en general de los bienes sujetos a reserva se hace referencia a la impuesta en el artículo 811, y será consiguientemente contradictoria de la razón de la ley y del carác-

²⁰⁹ Estas sentencias están recogidas en el libro de VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho sucesorio, Volumen VI, La reserva lineal*, Madrid, 1983, pp. 352 ss.

ter común de las referidas disposiciones no estimarlas aplicables a la expresada reserva».

La sentencia del TS de 30 de diciembre de 1897 volvió a aplicar los artículos 977 y 978 a la reserva del artículo 811, según su segundo considerando «por existir la misma razón legal y por el carácter general que tienen las disposiciones del capítulo en que aquéllos se encuentran». En el mismo sentido, la STS de 6 de julio de 1916, reiterando la aplicabilidad de los artículos 977 y 978 al 811, repitiendo literalmente las razones de la STS de 30 de diciembre de 1897.

En cambio, la STS de 3 de noviembre de 1931 rechazó la aplicación a un ascendiente, reservista del artículo 811, de las garantías reguladas en los artículos 977 y 978 CC y 168 y 200 de la Ley Hipotecaria, entonces vigente, y que reclamaban sus hijos. Al interponer el recurso de casación, el reservista había alegado que en los supuestos de las sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897 el ascendiente había contraído segundas nupcias y que la sentencia de 6 de julio de 1916 «se refiere a reserva solicitada no por el hijo sobre los bienes que el padre hubiere heredado de otros hermanos, sino por un hermano de aquel de quien procedían los bienes, y que, por mediación de un sobrino carnal, los había heredado el cónyuge de otro hermano». El tercer considerando de la sentencia, atendiendo a que el padre reservista permanecía en estado de viudez, arguyó que «estas garantías sólo serán exigibles al viudo o viuda que contraiga segundas o ulteriores nupcias, por la desconfianza de que con la intervención de los nuevos parientes puedan ser perjudicados los hijos del anterior matrimonio, mas en modo alguno cabe sean exigidos al que se conserve en estado de viudez, porque la ley no se las impone y porque aquellas disposiciones, como gravosas que son, no pueden interpretarse en sentido amplio ni aplicarse por analogía».

La STS de 25 de marzo ²¹⁰ insiste en la integración del artículo 811 con las normas del Código que regulan la reserva vidual. Su primer considerando da, por supuesto, como apoyo de su argumentación, la aplicación al reservista lineal de las facultades dispositivas concedidas al bínubo en los artículos 974, 975 y 976. Su considerando sexto estima que la reserva lineal, «por su denominación y por su contenido, no puede corresponder en Derecho a otro concepto que al de constituir una variedad de la reserva del bínubo» y, por tanto, en la hipótesis de que el indicado precepto (el 811) fuese de estricta aplicación al caso de autos, lógico sería la

²¹⁰ «Importantísima sentencia», la llama VALLET, *La reserva lineal...*, *op. cit.*, p. 355.

regulación de los efectos jurídicos de la reserva legal establecida en el artículo citado, en cuanto no se halle previsto en tal precepto o en alguno de los concordantes de la sección destinada a las legítimas, en que está enclavado como límite que es de la de los ascendientes respecto de sus descendientes, se ajustase a las normas específicas que sobre la materia contiene el Código, bajo el epígrafe «De los bienes sujetos a reserva», en la sección segunda del capítulo V, relativa a las disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, del título III de su libro II, cual lo confirma, de un lado, el texto del artículo 968, primero de la indicada sección, que empieza aludiendo de un modo expreso a la reserva establecida en el 811; y, por otra parte, el que este Tribunal tiene establecida la doctrina de que las medidas de garantía y seguridad que adopta el CC en sus artículos 977 y 978..., son aplicables por existir la misma razón de ley, y por el carácter general que tienen las disposiciones del Código en que aquéllos se encuentran comprendidos a la reserva especial del artículo 811»²¹¹.

Vallet de Goytisolo²¹² no tiene duda de la aplicación analógica de «primerísimo grado» (dice) de las normas de la reserva viudal para complementar la del 811 al tratarse de dos variedades de la misma institución.

Que son dos variedades lo justifica este autor en dos tipos de argumentaciones. En primer lugar, en las propias explicaciones del propio promotor del precepto, Alonso Martínez, que señaló la necesidad de modificar en sus accidentes la institución de las reservas para poder extenderla a otras personas y casos distintos de los señalados en las leyes vigentes.

En segundo lugar, el mismo Código califica de «reserva» la institución creada en el artículo 811, precisando en el primer artículo de la sección «De los bienes sujetos a reserva», el artículo 968, que «además de la reserva impuesta en el artículo 811»...

Tratándose de una misma institución, afirma Vallet²¹³, ha de haber entre sus diversas modalidades no sólo la semejanza formal, de estructura y funcionamiento, sino verdadera identidad funcional. Las diferencias estriban en los supuestos de aplicación, ele-

²¹¹ El séptimo considerando observa que «el 811 no prevé el supuesto regulado en el artículo 972 en relación con el 968», pero añade que, «como en una y otra hipótesis, es la misma la situación en que se encuentran colocados los hijos reservatarios respecto del ascendiente reservista, con relación a los bienes reservables, bien se trate de la reserva establecida en el referido artículo 968 CC, o ya de la impuesta en el 811, necesario será que en estos dos aparentes casos distintos, que la realidad funde en uno sólo, rija el único principio de derecho establecido para él en el repetido artículo 972 CC».

²¹² VALLET DE GOYTISOLO, *La reserva lineal...*, op. cit., p.374.

²¹³ VALLET, *La reserva lineal...*, op. cit., p. 376

mentos personales y reales. O sea, juegan entre personas diferentes y no se refieren a los mismos bienes, pero actúan igual. Ésta es la idea básica que entiende Vallet hay que tener en cuenta al descender a los detalles de la aplicación analógica.

Y en este sentido, afirma que, si bien se pueden aplicar analógicamente a la reserva lineal los artículos 977 y 978, hay un problema de límites. Basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recoge, Vallet distingue tres supuestos²¹⁴:

- Si el ascendiente sujeto a la reserva del artículo 811 contrae segundas nupcias, resulta evidente, en opinión de este autor, la aplicación analógica de los artículos 977 y 978 CC, tanto más cuanto que llega a darse verdadera identidad. Este supuesto se dio en los casos contemplados en las sentencias de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897.

- Si el reservista del artículo 811 no tiene descendencia común al otro ascendiente, también debe aplicarse por analogía lo dispuesto en los artículos 977 y 978, aunque dicho reservista no haya contraído segundas nupcias. Éste era el supuesto contemplado en la STS de 6 de julio de 1916. Aunque no se den las nuevas nupcias, como motivo para disminuir la confianza en los padres respecto a los intereses de los hijos de un anterior matrimonio, hay razón para que no se tenga mayor ni diferente confianza en el interés de los reservistas por los eventuales derechos de sus afines, respecto a los cuales lógicamente deberán preferir, en general, a sus consanguíneos. Aquí la contraposición de afectos que suscita desconfianza no es la del bínubo con respecto a los hijos de un matrimonio anterior, de una parte, y los de otro posterior o su nuevo cónyuge, de otra, sino la del viudo respecto de sus afines, de una parte, y sus consanguíneos, de otra. Y manifiesta Vallet que es lógico que ante igual perspectiva en la reserva las garantías no sean menores en este caso que en aquél.

- En caso de que el ascendiente, presunto reservista del artículo 811, tenga descendencia y ésta sea íntegramente común al otro ascendiente, mientras no contraiga nuevo matrimonio no cabe exigirle a instancia de dichos descendientes las medidas previstas en los artículos 977 y 978, conforme a la doctrina establecida por STS de 3 de noviembre de 1931²¹⁵.

²¹⁴ VALLET, *La reserva lineal...*, *op. cit.*, p. 377.

²¹⁵ La STS de 3 de noviembre de 1931 se ocupó de la reserva de unos bienes que, como afirmó el primer considerando, estaban potencialmente comprendidos en los artículos 811 y 869 CC». La sentencia recurrida había estimado exigibles dichas medidas de garantía, pero el Tribunal Supremo casó la sentencia. Del segundo motivo que prosperó: «Se hace aplicación indebida por el Tribunal de Instancia de la doctrina consignada en la jurisprudencia invocada en el motivo precedente porque dichas sentencias, en lo que afecta

Son razones para excluir la aplicación analógica en esta tercera hipótesis las siguientes, en opinión de Vallet²¹⁶:

- Si para un derecho de categoría inferior, como es el usufructo, a los padres que lo hayan sobre bienes de sus hijos no se les exige prestación de fianza más que en caso de contraer nuevas nupcias (art. 492 CC), no parece lógico imponérsela cuando tengan un derecho más fuerte, como es el dominio, aunque sujeto a reserva a favor de los mismos hijos.

- La misma dicción inicial de los artículos 977 y 978 que se limita al supuesto de *repetir el matrimonio*, unida –como dice la STS de 1931– a que las restricciones que regulan, como gravosas que son, no pueden interpretarse extensivamente ni aplicarse por analogía, tanto más cuanto que limitan la potestad paterna y se trata de una materia de interpretación restrictiva la de las reservas.

- Además, partiendo –en opinión de Vallet– de que al dejar el presunto reservista a su muerte sólo una común descendencia con el otro ascendiente, desaparece la reserva (pendiente en vida del reservista de que al morir éste no quedare común descendencia o que éste tuviere otra descendencia no común)²¹⁷. No parece lógico, señala el ilustre autor, que quienes de vivir al fallecer su ascendiente excluirían la consumación de la reserva puedan en su fase de pendencia exigir medida de garantía alguna²¹⁸.

a las de 8 de noviembre de 1894 y 30 de diciembre de 1897, que nosotros consideramos infringidas, se trataba de un ascendiente que había contraído segundas o ulteriores nupcias y, por consecuencia, se daba el supuesto del artículo 977, que apreciamos infringido; y la sentencia de 6 de julio de 1916 se refiere a reserva solicitada no por el hijo sobre los bienes que el padre hubiese heredado de otros hermanos, sino por un hermano de aquel de quien procedían los bienes, y que, por mediación de un sobrino carnal, los había heredado el cónyuge de otro hermano». El TS, en el segundo considerando, afirma «que la reserva... discutida encuentra su molde adecuado y sus principios normativos, sobre todo en cuanto se refiere a las garantías hipotecarias, en los artículos 968 ss. del repetido texto». y en el tercer considerando: «... en modo alguno cabe que sean exigibles (las obligaciones de garantía) al que se conserva en estado de viudez porque la ley no se las impone y porque aquellas disposiciones, como gravosas que son, no pueden interpretarse en sentido amplio ni aplicarse por analogía».

²¹⁶ VALLET, *La reserva lineal...*, op. cit., p. 378.

²¹⁷ El razonamiento de VALLET se basa en que en este caso ya está cumplida la finalidad del artículo 811 de prevenir un cambio fortuito de línea.

²¹⁸ El problema es el siguiente, con un ejemplo de LACRUZ (Cfr. *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 474): fallece la madre y hereda la hija; luego muere la hija y hereda su abuela materna, quedando hermanos de la madre o de la hija. ¿Tienen éstos derecho a la reserva? Literalmente, dice este autor, el artículo 811 es aplicable al caso, porque se dan en él las dos transmisiones y los hermanos de la madre o de la hija son parientes «por la línea de donde los bienes proceden». Ni la letra del precepto impone la presencia de una línea distinta a la del ascendiente heredero, ni su regla deja de ordenar algo distinto al Derecho común (vinculación, frente a la libertad de disponer de la parte no afecta a la legítima), cuando la línea es una. Además, tratándose de los hermanos de la hija, la reserva es la solución realmente equitativa. Pienso que ésta es la solución correcta.

- En el supuesto anterior cabe discutir si, a pesar de la existencia de esa común descendencia, los otros parientes ulteriores de la línea de procedencia de los bienes (comprendidos dentro del tercer grado respecto al descendiente heredado) pueden exigir dichas medidas de seguridad. Y especialmente ocurre en el caso planteado por la STS de 19 de enero de 1935, de que el ascendiente supérstite sólo tuviera descendencia común al otro ascendiente, pero que de éste quedase otra descendencia no común. En el primer considerando de esta sentencia, el Tribunal Supremo declaró que un medio hermano del descendiente –que era hijo del ascendiente de quien procedían los bienes, pero no del supérstite (presunto reservista por el 811)– podía pedir «tales garantías y medidas de seguridad, que si pudieran ser discutidas e impugnadas en el supuesto de que los reservatarios fuesen todos herederos legítimos del ascendiente reservista o trajeran causa de ellos, deben ser admitidas y respetadas cuando quien las pide... sólo mantiene parentesco de afinidad con el ascendiente».

Pasando ya a los obligados a constituir la hipoteca, hemos de referirnos al reservista, es decir, al ascendiente que hereda al descendiente. No hace distinción el artículo 811 entre el grado de los mismos, por lo que se comprenden en él los padres, abuelos u otros ascendientes de ulterior grado²¹⁹.

Es muy dudoso que el ascendiente haya de pertenecer a línea distinta de aquella de donde los bienes proceden²²⁰. Se trata de un requisito que no resulta del artículo 811²²¹.

En la situación de pendencia de la reserva deben ya existir posibles reservatarios, esto es, desde el momento que el ascendiente reservista adquiera por ministerio de la ley bienes del descendiente causante de la reserva deben existir parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden. En este momento de reserva pendiente, aunque haya descendencia común, hay que hablar de obligación de reserva y, por tanto, de obligación de constituir la hipoteca, porque no es posible tener la seguridad de que esta situación será la que exista al fallecer el ascendiente reservista²²².

²¹⁹ DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, IV, *op. cit.*, p. 458.

²²⁰ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 257. Este autor sigue a VALLET DE GOYTISOLO.

²²¹ Como bien señala PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 257, la doctrina mayoritaria rechaza esta exigencia de que el ascendiente pertenezca a línea distinta de aquella de donde los bienes proceden. Incluso cuando el ascendiente que hereda y aquel de quien proceden los bienes pertenezcan a la misma línea, es posible que los bienes se aparten de ella por ulterior matrimonio o por voluntad del que sería reservista. Es cierto que los hijos y descendientes podrían tener asegurado su derecho por la reserva viudal, pero no los demás parientes que el artículo 811 señala como reservatarios.

²²² PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, pp. 258 y 259.

Para que el ascendiente sea reservista no ha de repudiar la herencia del descendiente. Es éste un requisito esencial según ha establecido el Tribunal Supremo²²³.

Las personas que pueden pedir la hipoteca son los reservatarios²²⁴, es decir, los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, como dice el artículo 811.

Igual que en la reserva clásica, pero con más razón de ser en la reserva lineal, la reserva nace a favor de un conjunto de personas –las que reúnan las condiciones determinadas en el art. 811– que constituyen un sujeto colectivo y variable, que se fija e individualiza a la muerte del reservista. Ello hace que los bienes puedan ser adquiridos por quien no haya nacido en el momento de fallecer el descendiente, o mejor, por el no concebido y que nazca después de constituida la reserva sobreviviendo al reservista²²⁵.

Como señala Puig Brutau²²⁶, para saber qué es lo que quiso el artículo 811 con esta frase, ello obliga al examen de los siguientes puntos: clase de parentesco a que se refiere el precepto; respecto de quién ha de contarse el tercer grado y cómo ha de entenderse la pertenencia a la línea de procedencia de los bienes.

En cuanto a la clase de parentesco, antes de la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, prevalecía el criterio de que el artículo 811 sólo podía referirse a los parientes legítimos y consanguíneos. Por el fundamento de la reserva no debía tenerse en cuenta el parentesco de afinidad y, por otra parte, parecía obvio, en palabras de Puig Brutau²²⁷, que sólo pudiera gozar de la protección dispensada por el artículo 811 CC la familia legítima, dado el matiz troncal del precepto.

Hoy, en cambio, hay igualdad entre las distintas clases de filiación, sin perjuicio de considerar en la práctica que difícilmente plantearán cuestiones los parientes naturales que «pertenzcan a la línea de donde los bienes procedan»²²⁸.

²²³ Así, la STS de 1 de febrero de 1957 dijo, en el tercer considerando, que al no aceptar la herencia el reservista y al faltar este enlace legalmente indispensable, «queda rota la trayectoria de los tales bienes e imposibilitado el futuro ejercicio por el reservatario de un derecho que no ha llegado a tener realidad jurídica eficaz».

²²⁴ Constituye éste uno de los problemas más complejos de la reserva lineal y que más páginas ha producido.

²²⁵ DOMÍNGUEZ DE MOLINA, *op. cit.*, p. 634.

²²⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 266.

²²⁷ Ídem.

²²⁸ Como siempre, VALLET profundiza. Dice que tras la reforma de 1981 hay que deslindar tres distintas direcciones a las que puede referirse el carácter matrimonial, no matrimonial o dimanante de la adopción de la relación personal que requiere la reserva lineal: 1.º la que medie entre el descendiente y el ascendiente o hermano de quien aquél recibió los bienes a título lucrativo; 2.º la que una al descendiente y a su ascendiente obligado a reservar; y 3.º la que debe existir entre el descendiente y los reservatarios. La pri-

Respecto a la filiación adoptiva, nos dice Lacruz²²⁹ que, dada la actual corriente adopcionista, considera probable una asimilación sin distingos, también a estos efectos, entre la filiación natural y la artificial. Pero aclara que ésta no fue la mente del legislador, ni es la finalidad del precepto. Admitiendo lo anterior, concluye que al menos se habrá de exigir que la adopción sea anterior al fallecimiento del ascendiente o hermano origen de la reserva.

La clásica problemática del derecho de representación en materia de reserva puede ser traída a colación también a efectos de legitimación para pedir las medidas de seguridad.

El derecho de representación, en materia de reserva consumada, significa que falleciendo alguno de los eventuales reservatarios antes que el reservista y con descendencia que viva al abrirse la sucesión de éste se plantea el problema de si, y hasta qué punto, puede tal descendencia tener derecho a la reserva representando a su ascendiente.

Antiguamente la respuesta fue negativa, con una argumentación razonable: si la reserva es un derecho o beneficio personalísimo, sólo pueden ejercitarlo o reclamarlo aquellas personas a cuyo favor lo ha establecido la ley taxativamente, por lo que no cabe en esta materia de interpretación restrictiva la representación establecida en los artículos 924 y 925 CC. Hoy, la respuesta es más bien positiva, favorable, por tanto, a la aplicación del derecho de representación (en las líneas descendente y colateral), si bien únicamente cuando el descendiente a quien favorezca esté dentro del tercer grado: no cuando sea pariente de cuarto o ulterior grado, aunque represente a parientes dentro del tercero, pues entonces no se respetaría el estricto límite puesto a la reserva por el legislador. En consecuencia, los hijos de hermano premuerto del descendiente son preferidos a los tíos de éste, y concurren a la reserva con los demás hermanos de dicho ascendiente²³⁰.

En el ámbito de las medidas de seguridad, no cabe duda que esta tesis se puede mantener perfectamente, sin perjuicio de que después de la muerte del reservista se discuta quiénes son efectivamente los reservatarios y el orden de preferencia.

mera y tercera relación parece que requieren parentesco matrimonial, pues la ratio del 811 es exclusivamente la línea matrimonial de la familia de la que proceden los bienes. En cuanto al segundo aspecto, advierte VALLET que, después de la reforma, tanto los ascendientes como los descendientes no matrimoniales son entre sí legitimarios y herederos abintestato, así como también son herederos abintestato los hermanos no matrimoniales. Puede, por tanto, ocurrir que un descendiente no matrimonial herede a su padre con preferencia a los ascendientes legítimos de éste, y en igualdad con los hijos legítimos del propio padre o de hijos legítimos de éste; y que luego esos bienes los herede, por ministerio de la ley, de ese hijo, otro ascendiente no matrimonial. Cfr. VALLET, *Reserva lineal...*, op. cit., p. 195.

²²⁹ LACRUZ, *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 474

²³⁰ Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 476.

En cambio, señala Puig Brutau ²³¹, basta que los parientes lo sean de vínculo sencillo; es decir, los medio hermanos, lo sean de padre o madre, pueden ser reservatarios si pertenecen a la línea paterna o materna de la que proceden los bienes. No se concurre a la sucesión por el vínculo doble o sencillo de parentesco, sino por la pertenencia a la línea de procedencia de los bienes.

Respecto de quien ha de contarse el tercer grado de parentesco, Puig Brutau ²³² manifiesta que en la actualidad debe considerarse resuelta esta cuestión en el sentido de que ha de contarse desde el descendiente cuyo fallecimiento es origen de la obligación de reservar. Recoge los siguientes argumentos procedentes de Vallet:

- Que la muerte del descendiente es la que origina la obligación de reservar.
- Que la desviación de los bienes de la línea de donde proceden se produce a la muerte de este descendiente.
- Que, en último caso, la duda debe resolverse dando la menor extensión posible a la reserva, por ser esta materia de interpretación restrictiva, y existirán menos reservatarios si el grado se computa desde el descendiente ²³³.

Sin embargo, la cuestión que más dudas ha ocasionado la redacción del artículo 811 es la determinación de la línea de donde los bienes proceden. Aquí, los pareceres son tan numerosos como los autores.

En este punto, voy a seguir la posición de Díez Picazo y Gullón, que tienen muy en cuenta a Vallet ²³⁴. Respecto del grado, no hay ningún problema: éste se cuenta siempre respecto del descendiente, puesto que del fallecimiento del mismo surge el derecho y tiene su origen la obligación de reservar.

El requisito de que han de pertenecer a la línea de donde los bienes procedan, se preguntan si los bienes proceden del ascendiente o hermano o hay que ir más allá, remontándose al pariente por el que entraron en la familia. Nos dicen que la jurisprudencia ha negado lo segundo (STS de 12 de marzo de 1966 y 22 de marzo de 1986) ²³⁵.

²³¹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 267.

²³² Ídem.

²³³ Este es el criterio también de la jurisprudencia, mantenido sin variación desde la sentencia de 16 de diciembre de 1892. Así, la STS de 8 de noviembre de 1906 declaró, en su primer considerando, que ha de referirse el grado «al que mediere entre las personas a cuyo favor deba hacerse la reserva y el descendiente de quien proceden de modo inmediato los bienes, puesto que del fallecimiento de éste surge el derecho y tiene su origen la obligación de reservar...». Así sucesivamente.

²³⁴ Díez PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema*, IV, *op. cit.*, p. 458.

²³⁵ Recogen una opinión de VALLET, en el sentido de que el criterio de ir más allá, remontándose al pariente por el que entraron los bienes en la familia, es un criterio válido

Por tanto, la línea de procedencia de los bienes es la del ascendiente o hermano primer transmitente, y combinando este requisito con el anterior del grado puede decirse que tienen derecho a la reserva los parientes que estén como máximo dentro del tercer grado con el descendiente y lo sean por la línea del ascendiente o hermano que transmitió a dicho descendiente ²³⁶.

En el caso del divorcio, la reserva de bienes aplicable al divorciado es la reserva del artículo 811 del Código civil ²³⁷. Arechederra nos recuerda algo obvio: que la estructura familiar, subsistente tras el divorcio, conserva su original idoneidad, subsumible en el supuesto de hecho del artículo 811 CC.

A los dos cónyuges no los une el matrimonio, pero sí algo indisoluble: su posible condición de progenitores de unos hijos comunes. Cada cónyuge sigue siendo, potencialmente, ese «ascendiente», que habiendo adquirido de un descendiente, por ministerio de la ley, bienes, que, a su vez, dicho descendiente los hubiese recibido, a título gratuito, del «otro ascendiente» deberá reservarlos a favor de los parientes del descendiente, que estén dentro del tercer grado; por ejemplo, los hermanos del descendiente. Que son los hijos del anterior matrimonio de los divorciados, se hubieran vuelto a casar o no se hubieran vuelto a casar. Como dice Arechederra, es lo mismo: no hace al caso.

Se plantea la cuestión de quién puede pedir las medidas de seguridad en caso de conflicto o colisión de reservas, ya que los supuestos de aplicación de ambas pueden coincidir en parte, en el sentido de producirse en la persona de un mismo reservista y respecto de unos mismos bienes, aunque con distinto destinatario. Nos dice Puig Brutau ²³⁸ que basta pensar en la situación de hecho

para determinar qué bienes son reservables, pero no para fijar quienes han de ser reservatarios. A juicio de este autor, resulta mucho más ajustado al espíritu y finalidad del precepto remontarse al ascendiente con quien entraron en la familia.

²³⁶ Ponen estos autores el siguiente ejemplo. En la STS de 12 de marzo de 1966 se planteó el siguiente supuesto. Manuel M. Estaba casado con Micaela M., de cuyo matrimonio tuvieron dos hijos: Justina y Miguel. Justina contrae matrimonio con Demetrio, del que tienen una hija, Micaela A.M. Justina fallece dejando por heredera universal a su hija Micaela, la que fallece al poco tiempo sin testamento, por lo que fue heredero su padre Demetrio. Este contrae nuevo matrimonio con Beatriz, de la que tiene tres hijas. Al fallecimiento de Beatriz contrae matrimonio con Catalina, de la que no tiene descendencia. Demetrio fallece dejando como herederas a las tres hijas de su segundo matrimonio, que son demandadas por Miguel para que se avengan a reconocer que los bienes que heredó Demetrio de su hija Micaela tenían la cualidad de reservables porque los heredó de su madre Justina (que a su vez los heredó de su madre Micaela) y porque era el único pariente dentro del tercer grado de su sobrina Micaela, y pertenecía a la línea de donde los bienes procedían. El Tribunal Supremo así lo estimó, frente al parentesco alegado por las tres herederas con Micaela. Ciertamente eran hermanastras suyas, pero no tenían ningún parentesco con la ascendiente Justina, no estaban en la línea de ésta.

²³⁷ ARECHEDERRA, *op. cit.*, p. 1429.

²³⁸ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.^a, *op. cit.*, p. 207.

más sencilla y que efectivamente se encuentra en la base de los hechos de varios litigios que llegaron al Tribunal Supremo: fallece el padre y le heredan sus hijos, premuriendo uno de éstos a la madre sin haber otorgado testamento, por lo que su madre le hereda abintestato y luego contrae nuevo matrimonio. Se pregunta Puig Brutau si la cualidad de reservista, adquirida al heredar al hijo y en virtud del artículo 811, subsiste cuando contrae matrimonio o si este nuevo hecho cambia la clase de reserva.

El Tribunal Supremo ha afirmado que es preferente o ha de prevalecer la del artículo 968 y en este sentido merecen atención las sentencias de 4 de enero de 1911 y 21 de enero de 1922.

En el caso resuelto por la sentencia de 4 de enero de 1911 concurría un nieto común a ambos ascendientes, sobrino del descendiente, con un tío de éste, o sea, dos parientes en tercer grado de dicho descendiente. El fallo recurrido había declarado que era preferente el nieto común porque la abuela reservista había contraído segundas nupcias provocando la reserva vidual, que consideró preferente a la lineal. Uno de los motivos del recurso alegó infracción de los artículos 968 y 969, por aplicación indebida, pues con el criterio de la sentencia recurrida quedaría al alcance del viudo dejar sin efecto una reserva nacida por ministerio de la ley, la del artículo 811, y atribuirle la facultad de beneficiar a un hijo en perjuicio de terceras personas. El Tribunal Supremo rechazó el recurso.

En el primer considerando se dice: «sólo a la muerte del reservista adquieren los hijos o descendientes, o los parientes, en su caso, el derecho a suceder en los bienes que constituyen la reserva, ya sea ésta la nuevamente establecida en el artículo 811 del código civil, ya la tradicional o histórica regulada en la sección 2.^a, capítulo 5.^o, título y libro 3.^o del mismo cuerpo legal, y con relación a la indicada fecha, y no a otra anterior o posterior, debe resolverse la cuestión de existencia de una de las dos reservas...».

Según el tercer considerando: «si el temor de que salieran de la familia formada por el matrimonio y de su descendencia bienes que venían constituyendo su patrimonio, fue la causa de la obligación impuesta por la ley al cónyuge viudo que contrae segundas nupcias, de reservar los adquiridos a título gratuito en razón de aquella unión matrimonial, a favor de las generaciones que a ella debieron su nacimiento, no es racional presumir que en otro caso la misma ley dispusiera que los bienes pasaran a parientes del tercer grado, con perjuicio de la común posteridad, ni esto lo ha podido ordenar el artículo 811 del Código, como sostienen los recurrentes,

porque implicaría la derogación virtual del sistema de sucesión de los descendientes...»²³⁹.

De acuerdo con esta jurisprudencia, seguida por otra del Tribunal Supremo, que ha tocado el tema de la colisión o concurrencia de reservas en materia de facultad de mejorar por parte del reservista del artículo 811, está resuelta la cuestión en el sentido de que la reserva clásica tiene preferencia sobre la lineal. Ahora bien, respecto al específico tema de las medidas de seguridad, Vallet²⁴⁰ precisa que en vida del ascendiente reservista que haya contraído segundas nupcias, podrán concurrir en la exigencia de medidas de seguridad todos los posibles reservatarios, tanto los protegidos por el artículo 811 como los que lo sean por los artículos 968 y siguientes. Con la diferencia, señalada en la Sentencia de 3 de noviembre de 1931, de que sólo los protegidos por la reserva vidual podrán reclamar que el ascendiente garantice con hipoteca el precio reservable de una finca vendida. Pero, como añade, muerto el ascendiente reservista dejando descendencia común, se extingue la expectativa de los presuntos reservatarios que sólo estaban protegidos por el artículo 811 y consolidan, en cambio, su derecho los beneficiados por los artículo 968 y siguientes.

Hay que señalar también que los reservatarios sólo tienen derecho a exigir las medidas de garantía, porque, hasta la muerte del reservista, no tienen más que una expectativa o esperanza de derecho. Puede ser citadas en este sentido las STS de 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912, que negaron a los reservatarios el derecho a intervenir en las operaciones de la partición de la herencia del descendiente, practicadas por el reservista, y sólo les reconocieron el derecho a exigir las medidas de garantía y aseguramiento de la entrega, en su día, de los bienes o de su verdadero valor. La citada sentencia de 7 de noviembre de 1912, en su segundo considerando, razonó que «hasta la muerte del reservista, no puede afirmarse que asista al reservatario más que una esperanza o expectativa de derecho, sin que, por tanto, pueda atribuírsele para ejercitar otras accio-

²³⁹ La sentencia de 21 de enero de 1922 también afirmó que la reserva clásica prevalece sobre la lineal. Según su primer considerando: «la reserva tradicional e histórica del cónyuge que contrae segundas nupcias a favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio respecto de los bienes adquiridos de otro hijo habido en el mismo no se rige por el artículo 811 del código civil, en que se introduce como novedad, sin reformar ni derogar la legislación antigua, otra reserva aplicable a determinadas adquisiciones y extensiva a más grados de parentesco, sino por los artículos 968 y 969 que, confirmando aquella legislación y jurisprudencia, establecen, en orden a la reserva indicada, una obligación absoluta, sin limitación, por lo que se refiere al momento en que el superviviente haya adquirido los bienes objeto de tal gravamen, puesto que por su sola procedencia están a él sometidos».

²⁴⁰ VALLET DE GOYTISOLO, *Reserva lineal...*, op. cit., p. 345.

nes que aquellas encaminadas a asegurar los bienes de la futura sucesión».

La anterior idea es también la defendida por la STS de 26 de marzo de 1969 en materia de prescripción del derecho a los bienes reservables²⁴¹. Dice: «La prescripción invocada en el primer motivo del recurso, en el que, fundado en el número 1.º del artículo 1692 de la LEC, se dice que ha sido violado el artículo 1963 en relación con el artículo 1969 CC, no puede prevalecer, en primer término, porque un examen de los autos, según el apuntamiento, acredita que esta excepción no fue opuesta en el pleito, pues nada sobre ello se hace constar en los hechos ni fundamentos de derecho de la demanda y menos que fuera procesalmente deducida, y si únicamente resulta de la Sentencia de Primera Instancia, no en la recurrida –sin que se conozca si sus considerandos fueron aceptados por ésta–, que la prescripción fue insinuada, lo que se opone a que pueda estimarse que haya sido objeto de debate y le da el carácter de cuestión nueva que no puede plantearse en casación, y, además, porque la prescripción de un derecho requiere que éste exista, y conforme a la doctrina jurisprudencial –SS de 26 de octubre de 1907, 4 de enero de 1908 y 21 de marzo, 7 de noviembre y 30 de diciembre de 1942, entre otras– los reservatarios sólo adquieren su derecho al tiempo de la muerte del reservista, sin perjuicio de que en vida de éste puedan pedir se adopten las medidas oportunas para garantizar su derecho expectante, pero no cabe confundir este derecho de garantía al que correlativamente tiene el deber de prestar al reservista con el derecho mismo a la reserva en el que no tiene otra influencia que privarle de obtener la efectividad del tan

²⁴¹ Los hechos son: el día 22 de enero de 1906 falleció en la localidad de Torrejoncillo don Saturnino López Díaz, que estaba casado con doña Bonifacia Vergel Andrade. De este matrimonio nació el día 22 de febrero del mismo año, es decir, poco después de la muerte del causante, un niño, llamado Saturnino Pedro López Vergel. El causante había fallecido sin testar, por lo cual fue declarado único y universal heredero su hijo y en escritura de liquidación de la sociedad conyugal y adjudicación de la herencia recibió el menor determinados bienes muebles y veintitrés fincas rústica y urbanas, sitas todas ellas en el término municipal de Torrejoncillo. El niño Saturnino Pedro murió el día 29 de setiembre de 1909 y su madre, que a la sazón estaba casada en segundas nupcias, solicitó del Juzgado que se le declarara heredera abintestato de su hijo, sin hacer ninguna indicación respecto de la naturaleza y procedencia de los bienes dejados por éste. Solicitó después del Registro de la Propiedad que se inscribieran a su nombre las fincas rústicas y urbanas heredadas, y así se hizo, sin que en las inscripciones se hiciera declaración alguna sobre el carácter reservable de los bienes.

Doña Bonifacia murió el día 8 de febrero de 1953. Vivían a la sazón tres hermanos de su primer marido, tíos del menor causante de la reserva, Saturnino Pedro López Vergel, quienes al amparo del artículo 811 CC reclamaron los bienes que doña Bonifacia había heredado del hijo de su primer matrimonio. Como su reclamación formulada frente a los herederos de doña Bonifacia no produjo ningún resultado, presentaron la demanda origen del pleito, en la cual pedían fundamentalmente que se declarara el carácter reservable de los bienes y que se condenara a los demandados a entregarlos.

repetido derecho si los bienes pasasen a poder de tercero, en cuyo supuesto únicamente adquirirían no los bienes mismos, sino su valor»²⁴².

Esta sentencia, por tanto, nos vuelve a recordar que, propiamente, el reservatario sólo tiene derecho a exigir la garantía, que protege una expectativa de gozar respecto a los bienes reservables²⁴³. De ahí que Díez Picazo²⁴⁴ señale que constituye una afirmación incontestable de la sentencia, no sólo que la prescripción no podía ser acogida, al no haber sido alegada en el pleito, sino simplemente «insinuada», sino que el derecho de los reservatarios a la reserva, en rigor, no nace hasta el fallecimiento del reservista, luego no puede decirse que comience a prescribir más que a partir de este momento.

Podemos examinar también si todas las personas que en vida del reservista reúnen las circunstancias previstas en el artículo 811 tienen igual expectativa a los bienes reservables y si indistintamente cualquiera de ellas puede exigir la adopción de la hipoteca a que viene obligado el reservista.

Opina Vallet²⁴⁵ que no ofrece duda que quienes en vida del reservista se hallen en el ámbito familiar marcado en el artículo 811, respecto al fallecido descendiente, tendrán sin excepción la esperanza —con mayores o menores posibilidades o probabilidades— de obtener la reserva. Como también es evidente que la protección jurídica que, a través de las medidas de seguridad, garantiza la reserva, a la vez, defiende su expectativa. Pero cabe preguntar, afirma este autor, si corresponde a todos igualmente el poder exigir al reservista el cumplimiento de sus obligaciones de asegurar la hipo-

²⁴² Los demandados alegaban que en la herencia de Saturnino Pedro López, además del activo constituido por las fincas discutidas, había existido también un pasivo, formado por determinadas obligaciones, entre las cuales se encontraba señaladamente la del pago de un legado a que originariamente había estado obligado don Saturnino López Díaz. De esta suerte, si bien el activo de la herencia de Saturnino Pedro había ascendido a unas 9.000 pts., las obligaciones pagadas por doña Bonifacia y los gastos del pleito que tuvo que seguir habían ascendido a más de 16.000 pts., que absorbían íntegramente los bienes reservables. Doña Bonifacia no se había preocupado de practicar liquidación alguna de la herencia, porque creía que nada había heredado en rigor de su hijo. Sobre este punto, señala Díez Picazo (*Estudios ... op. cit.*, p. 321), que el problema consiste en la repercusión que produce en el derecho de los reservatarios el pago por el reservista de obligaciones pertenecientes a la herencia del causante de la reserva. Aunque en el artículo 811 nada se dice sobre esta cuestión, ni tampoco los artículos 968 ss., relativos a la reserva viudal, señala Díez Picazo, que son plenamente aplicables las reglas generales que determinan la liquidación del haber hereditario. El haber hereditario, y, por consiguiente, también el haber reservable, debe considerarse como un haber líquido, deduciendo del importe de los bienes los créditos que fueron a cargo de los mismos (arg. art. 783, párr. 2.º).

²⁴³ Aunque sin olvidar, como recuerda Díez Picazo, que no es fácil la construcción teórica del concepto expectativa de derecho. Cfr. Díez Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1981, p. 310.

²⁴⁴ Díez Picazo, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 321.

²⁴⁵ Vallet, *Reserva lineal...*, *op. cit.*, p. 400.

teca; o bien, si la existencia de presuntos reservatarios reputados preferentes impedirá que los demás tomen la iniciativa de reclamar la adopción de las medidas de seguridad que la ley obliga al reservista que cumplimente.

Vallet entiende que no es claro que todos los presuntos reservatarios pudiesen concurrir simultáneamente en la expectativa y en el derecho a exigir las garantías²⁴⁶. Parte este ilustre autor de la STS de 3 de noviembre de 1931, que negó a los hijos comunes de ambos descendientes el derecho de exigir a su padre, el reservista, que permanecía viudo, la constitución de las garantías reguladas en los artículos 977 y 978 CC (concretamente se discutía en aquel caso la constitución de hipoteca en garantía del precio de un inmueble vendido). Su tercer considerando atendió a la circunstancia de que el padre reservista se conservaba en estado de viudez, y apoyado en ella argumentó que «estas garantías sólo serán exigibles al viudo o viuda que contraiga segundas o ulteriores nupcias, por la desconfianza de que con la intervención de los nuevos parientes puedan ser perjudicados los hijos del anterior matrimonio, más en modo alguno cabe sean exigidos al que se conserve en estado de viudez, porque la ley no se las impone y porque aquellas imposiciones, como gravosas que son, no pueden interpretarse en sentido amplio ni aplicarse por analogía». Sin embargo, esa limitación, para el caso de conservarse viudo el reservista, sólo parece aplicable en el supuesto de que éste tenga descendencia común al otro ascendiente, pero no —como se deduce del considerando primero de la STS 6 de julio de 1916— cuando carezca de ella.

Pero las cuestiones que, con relación a este punto que estamos viendo, se derivan de la doctrina de esta sentencia consisten en determinar si habiendo hijos comunes a ambos descendientes pueden los demás parientes que se hallen dentro del tercer grado exigir al ascendiente que se conserve viudo la constitución de aquellas garantías y, en caso contrario, si no conservándose éste viudo podrán exigírselas, en especial si los descendientes comunes no las exigen. La STS de 19 de Enero de 1935, respecto de esa exigencia de tales garantías y medidas de seguridad, declaró que si pudieran ser discutidas e impugnadas en el supuesto de que los reservatarios fuesen todos herederos legítimos del ascendiente reservista o trajeren causa de ellos, deben ser admitidas y respetadas, cuando quien las pide... solo mantiene parentesco de afinidad con el ascendiente (en ese caso un hermano uterino del descendiente e hijo de un matrimonio anterior de la madre), sin perjudicar si al consumarse la reserva el reclamante tendrá

²⁴⁶ VALLET, *Reserva lineal...*, *op. cit.*, pp. 400 ss.

derecho o no alguno a la reserva en concurrencia con el descendiente común de ambos ascendientes y hermano del descendiente.

Aún cabe preguntar, dice Vallet²⁴⁷ si ese derecho, reconocido a un afín que era descendiente del otro ascendiente, ¿se hubiera concedido a otros parientes que no tuvieran ese carácter específico de descendiente de aquél? Piensa Vallet que no. Si los hijos comunes no pueden exigir la constitución de esta medida, le parece evidente que existiendo éstos y no solicitándolo, menos podrá admitirse su exigencia a los demás parientes comprendidos en el artículo 811 que no sean descendientes del otro ascendiente o del hermano de quien procedían los bienes. Y siendo así, si por haber contraído el ascendiente reservista nuevas nupcias, los descendientes comunes pueden exigirlos, pero no las exigen, tampoco podrá aceptarse que las reclamen los demás parientes de la línea y grado favorecidos que no sean descendientes del otro ascendiente o del hermano de quien procedieran los bienes.

Como siempre, los argumentos de Vallet son contundentes. Aún así, me cuesta pensar que en esta fase de la reserva –reserva pendiente– no todos los reservatarios, incluso en caso de concurrencia de reserva vidual y lineal, puedan concurrir simultáneamente en la expectativa y en el derecho a exigir las garantías. Cuestión distinta será el momento de la consumación de la reserva, en materia de preferencia o no de reservatarios. También en la reserva lineal hay que hablar de una entidad formada por los presuntos reservatarios.

Es interesante al respecto la STS de 19 de enero de 1935 (ya citada por Vallet) que traemos a colación aquí en relación con el párrafo anterior. Los hechos fueron los siguientes: don Mariano Culebras Ecija y doña Bernarda Francolí tuvieron una hija, llamada Eusebia. Casó en primeras nupcias doña Eusebia Culebra Francolí con don Mariano Navarro Amandi y de este matrimonio nació un hijo, que fue don Luis Navarro Culebras, demandante en este pleito. Después de enviudar, doña Eusebia contrajo segundo matrimonio con don Luis Fernández Navarro y de este segundo matrimonio nacieron tres hijos, que fueron Arsenio, Matilde y Cristina Fernández Culebras.

Murió doña Eusebia sin haber otorgado testamento y fueron declarados herederos abintestato sus cuatro hijos: don Luis Navarro Culebras y Arsenio, Matilde y Cristina Fernández Culebras.

Arsenio Fernández Culebras falleció poco después, siendo aún menor de edad, y por ministerio de la ley le heredó su padre, don

²⁴⁷ VALLET, *Reserva lineal...*, *op. cit.*, p. 402.

Luis Fernández Navarro, quien de este modo adquirió los bienes que el menor había heredado de su madre.

Doña Bernarda Francolí murió más tarde y, aunque en su testamento había instituido herederos a todos sus nietos, hijos de su hija, doña Eusebia, como el menor Arsenio Fernández Navarro había muerto antes que la testadora, sólo llegaron a ser herederos los tres restantes nietos, es decir, don Luis Navarro Culebras y doña Matilde y doña Cristina Fernández Culebras, quienes recibieron cada uno de ellos una cuota en la sucesión de su abuela.

El abuelo materno, don Mariano Culebras Ecija, hizo a sus nietos una donación, y posteriormente, una vez fallecido, le heredaron también los nietos don Luis Navarro Culebras y doña Matilde y doña Cristina Fernández Culebras.

Murió después Matilde, siendo menor de edad, y la heredó su padre, don Luis Fernández Navarro. De esta manera el señor Fernández Navarro había adquirido por ministerio de la ley los bienes que su hijo menor, Arsenio recibió en la herencia de su madre, doña Eusebia, y los bienes que su hija menor, Matilde, recibió en la herencia de su madre y en la de sus dos abuelos maternos, doña Bernarda Francolí y don Mariano Culebras, además de lo que a título gratuito, por donación, había recibido de los mencionados abuelos.

Con estos antecedentes, don Luis Navarro Culebras formuló demanda contra don Luis Fernández Navarro, solicitando que se declarase que los bienes que el demandado había heredado de sus hijos tenían el carácter de bienes reservables, con arreglo al artículo 811 CC, y que se condenase al demandado a inventariar y tasar dichos muebles, a otorgar escritura en la que se hiciese constar su naturaleza, inscribiendo los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad con la expresión de su carácter de bienes reservables y a constituir hipoteca especial en garantía de la restitución de los bienes muebles.

La Audiencia de Sevilla estimó íntegramente la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Dice el TS: «Los hechos básicos en que descansa y se fundamenta la Sentencia recurrida, reconocidos y consentidos por ambas partes litigantes, o sea, el de haber adquirido por ministerio de la ley el demandado, don Luis Fernández Navarro, bienes de sus difuntos hijos Matilde y Arsenio, habidos en matrimonio con doña Eusebia Culebras, difunta, procedentes dichos bienes de herencias y donaciones que aquellos hubieron de su madre y abuelos maternos, viviendo en la actualidad el demandante, don Luis Navarro Culebras, hijo del primer matrimonio de doña Eusebia con Don Mariano Navarro Amandi, y doña Cristina, hija del demandado, y de su difunta esposa, son elementos que constituyen,

indudablemente la hipótesis que determina y fija el artículo 811 CC, a los efectos de declarar reservables aquellos bienes, y facultados, por tanto, los reservatarios para exigir las garantías que previenen los artículos 191 y 199 de la Ley Hipotecaria; garantías y medidas de seguridad que si pudieran ser discutidas e impugnadas en el supuesto de que los reservatarios fuesen todos herederos legítimos del ascendiente reservista, o trajesen causa de ellos, deben ser admitidas y respetadas cuando quien las pide, como ocurre en la presente litis, si bien es pariente en segundo grado de los descendientes, cuya defunción motivó la reserva, y pertenece a la línea de donde los bienes proceden, sólo mantiene parentesco de afinidad con el ascendiente reservista, no infringiéndose en su consecuencia, por el Tribunal *a quo* el expresado artículo 811 ni la doctrina legal aplicable a la reserva consignada en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 4 de enero de 1911, que se cita en el primer motivo del recurso, ni los artículos 807 y 813 CC, que se señalan en el segundo, ya que el fallo o parte dispositiva de la Sentencia, contra el cual únicamente se concede el recurso de casación, se contrae y limita a otorgar al actor las medidas de seguridad que pretende por sus derechos eventuales a los bienes que hoy, a tales fines, merecen el concepto de reservables, sin hacer declaración ni pronunciamiento alguno respecto a si, ocurrida la muerte del ascendiente reservista (momento en que la expectativa de derechos se convierte, en su caso, en derechos definitivos y concretos) el actor y recurrido, hermano uterino de los causantes de la reserva, podría aspirar en concurrencia con su hermana, también uterina, doña Cristina (o descendientes legítimos de ésta) a la propiedad y disfrute de parte de aquellos bienes, o si por el contrario, en tal supuesto se extinguía el derecho expectante, que hoy ostenta el actor recobrando su total imperio los citados artículos 807 y 813 del Código civil, y carecía de eficacia el artículo 811, tantas veces mencionado, que, en la presente situación de autos, aplica rectamente el Tribunal *a quo*, ante la evidente expectativa de derechos que, por eventos y circunstancias imprevistas, pudieron llegar a convertirse en derechos plenos y definitivos a favor del demandante, don Luis Navarro Culebras.

Por lo anteriormente expuesto, se deduce que tampoco es de estimar el tercero y último de los motivos de casación en que se apoya el recurso que se examina, ya que no es incongruente el fallo que otorga lo que explícitamente solicitó el actor en la súplica de su demanda, o sea, la concesión de las medidas de seguridad y garantía consiguientes a la condición de reservables que, en la actualidad, tienen los bienes de mérito, sin que la consignación en el Registro de la Propiedad, de la cualidad de reservables a favor del actor implique, como se establece en anterior considerando, un

derecho puro y determinado a favor de persona determinada, sino la mera circunstancia y condicionada constatación de que, en la actualidad, tienen aquellos bienes el carácter reservables, a favor de los parientes dentro del tercer grado».

Díez Picazo examinó con atención esta sentencia ²⁴⁸. Dice, en primer lugar, en línea con lo que ya he manifestado anteriormente, que la aplicación de los artículos 977 y 978 CC al regular la reserva viudal, a la reserva lineal, no ofrece dudas ²⁴⁹. Por consiguiente existen unas obligaciones del reservista y una protección del interés de los reservatarios durante la fase de pendencia de la reserva, que se concretan en la adopción de una serie de medidas idóneas para ello, como son el inventario de los bienes sujetos a reserva, la anotación en el Registro de la Propiedad de la naturaleza reservable de los bienes inmuebles, la tasación de los muebles y la constitución de hipoteca legal para asegurar los créditos a que se refiere el artículo 978 CC.

Se trata, entonces, manifiesta este autor, de determinar quiénes son las personas legitimadas para exigirle al reservista el cumplimiento de las obligaciones que la ley le impone para asegurar la efectividad de la reserva. Trae a colación el artículo 185 LH y afirma que de este precepto parece desprenderse que los reservatarios son las únicas personas legitimadas para reclamar la adopción de estas medidas. Trasladada esta idea al caso del pleito, ello suponía plantear la cuestión a si el demandante, don Luis Navarro Culebras, era o no un reservatario, teniendo sobre todo en cuenta que, junto a él, aparecía la hija del reservista demandado, medio hermana del actor, doña Cristina Fernández Culebras. A su vez, dice Díez Picazo, la cuestión anterior lleva a esta otra, que en el fondo es la misma que se plantea en la STS de 8 de octubre de 1930: si existe o no la reserva cuando al reservista le sucede, como heredero, uno de los reservatarios. Doña Cristina, hija del demandado y medio hermana del actor, era también reservataria y presumiblemente heredera de su padre, razón por la cual podía entenderse que en ella se concretaría el derecho de reserva. Una respuesta semejante hubiera conducido, dice Díez Picazo, a negar al actor la legitimación activa necesaria para reclamar la adopción de las medidas de seguridad y garantía y, por consiguiente, a desestimar la demanda. El Tribunal Supremo entiende, sin embargo, que debe accederse al otorgamiento de las medidas de seguridad sin necesidad de hacer declaración ni pronunciamiento alguno respecto a si, ocurrida la muerte del ascendiente reservista, podía o no el actor aspirar a la

²⁴⁸ Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, Madrid 1981, pp. 308 ss.

²⁴⁹ Sin olvidar, por otra parte, los límites de los que habla VALLET.

propiedad y disfrute de los bienes reservables. Se preconiza con ello, dice el ilustre autor, en orden a la adopción de medidas de seguridad y garantía, un criterio en cierto modo amplio y sencillo, que le parece razonable ²⁵⁰.

Respecto a la conjunción de los artículos 185 primer párrafo y 187 LH, parece que lo más procedente es entender que este último artículo sólo se refiere al caso de que los reservatarios sean inciertos ²⁵¹, o incluso cuando dichos reservatarios sean menores e incapacitados y las consiguientes garantías no hubiesen sido constituidas en el término de los ciento ochenta días. En este sentido, el artículo 185 excluye la intervención de quienes no sean reservatarios cuando estos sean ciertos y mayores de edad, ya que éstos no deben necesitar que otro vele por sus intereses. Parece que esta interpretación es más procedente que la de entender que los reservatarios ciertos y mayores de edad sólo son los únicos legitimados durante los ciento ochenta días siguientes al nacimiento de la obligación de reservar ²⁵².

Siguiendo con los demás elementos de esta hipoteca, en principio se aplica todo lo dicho respecto a la hipoteca por bienes reservables en la reserva clásica.

Con relación a los bienes reservables, hay que precisar lo siguiente. Ya sabemos que para que la reserva pueda tener lugar es necesario que el ascendiente herede por ministerio de la ley los bienes que el descendiente obtuvo por título gratuito de otro ascendiente o de un hermano. Pero ¿qué ocurre cuando tales bienes no existen al morir el descendiente? Hay que tener en cuenta que para éste no existe ninguna obligación respecto a los bienes, y puede venderlos, permutarlos o consumirlos. Se trata, por tanto, en la mayor parte de los casos de determinar si juega o no el principio de la subrogación real. Con otras palabras, si la reserva sólo se refiere

²⁵⁰ Cuando el artículo 185 habla de «reservatarios» está, obviamente, pensando en la situación de pendencia de la reserva, sin prejuzgar quiénes lo serán definitivamente una vez que la reserva esté consumada. En el caso de la reserva lineal, todos los posibles reservatarios están legitimados para pedir la constitución de la hipoteca, sin preferencias entre unos y otros. Cuando se consuma, entonces se examinarán dos cuestiones: quiénes son efectivamente reservatarios y el orden de preferencia, cuestión estudiada con atención por la doctrina.

²⁵¹ Como dice VALLET, podría ocurrir alguna vez que todos los reservatarios del artículo 811 fuesen ciertos. Esto podría suceder cuando los parientes de primer y segundo grado ya no pueden tener más descendencia, cosa que en la práctica resultará difícil de saber y demostrar. Y, por supuesto, serán ciertos cuando si bien haya parientes de tercer grado de la línea de procedencia de los bienes, ya no viva pariente alguno de primero y segundo grado. En estos casos, señala este autor, parece claro que el apartado primero del artículo 187 LH no será aplicable. *Cfr. Reserva lineal..., op. cit.*, p. 403.

²⁵² VALLET estima que el primer apartado del artículo 187 LH sólo será aplicable cuando exista la posibilidad de que algún *concepturus* llegue a ser reservatario y no existan descendientes comunes de ambos ascendientes; o cuando alguno de los presuntos reservatarios sea menor o se encuentre incapacitado y sus representantes legales no hubiesen reclamado su formalización. *Cfr. Reserva lineal..., op. cit.*, p. 403.

a los mismos bienes que adquirió a título lucrativo el descendiente o si también alcanza a los bienes que le hayan sustituido.

El Tribunal Supremo contestó en sentido afirmativo. Dice Puig Brutau²⁵³ que la ratio de esta reserva impide que en este punto prevalezca una interpretación ciegamente restrictiva. Así, según la STS de 24 de mayo de 1945, «la reserva lineal comprende tanto los bienes específicamente heredados como los que los hayan sustituido, como ya declararon las sentencias de 7 de noviembre de 1911 y 20 de abril de 1917»²⁵⁴.

Naturalmente, como señalan Díez Picazo-Gullón²⁵⁵, en la práctica se presentará la clásica dificultad en materia de subrogación cuando el bien se sustituye por dinero que se confunde en el patrimonio del que lo recibe. Es ardua la prueba de que lo que con posterioridad se adquiere lo fue con aquel dinero, por lo que habrá que atender a la restitución de la suma actualizada en estos casos.

Aquí, según un sector de la doctrina²⁵⁶, se aprecia también una de las diferencias entre la reserva lineal y la reserva clásica, pues al hablar el artículo 968 CC de reservar la propiedad, y el artículo 811 de reservar los bienes, significaría que la reserva viudal sí puede ser una reserva de capital²⁵⁷ mientras que la segunda sería una reserva de bienes²⁵⁸. A mi me parece que la opinión de García-Bernardo Landeta es válida y que para esta reserva sirven las consideraciones que ya se hicieron en el caso de la reserva viudal, siguiendo a Vallet de Goytisolo.

Hay también un punto que puede afectar a la hipoteca, que se refiere a las enajenaciones o gravámenes de bienes reservables efectuadas antes de producirse la reserva. Esta cuestión sólo afecta a la reserva clásica. En cambio, en la reserva lineal, este caso no es posible, ya que ésta sólo nace en el preciso momento en que el reservista adquiere los bienes reservables²⁵⁹.

²⁵³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 261.

²⁵⁴ En el mismo sentido puede ser citada la STS de 9 de enero de 1962

²⁵⁵ Díez PICAZO y GULLÓN-BALLESTEROS, *Sistema...*, IV, *op. cit.*, p. 457.

²⁵⁶ SERRANO, *La reserva troncal...*, *op. cit.*, p. 206, nota 634.

²⁵⁷ En palabras de SERRANO, en la reserva viudal se admitiría la subrogación real de valor, mientras que en la reserva lineal sólo se produciría una admisión estricta de la subrogación real, no de la de valor.

²⁵⁸ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, (*La subrogación real...*, *op. cit.*, p. 209) pasa de puntillas sobre la subrogación real en la reserva lineal. Los artículos que el Código civil dedica a la cuestión de la subrogación real en la reserva clásica, y que ya hemos visto, son aplicables a la reserva lineal, en opinión de este autor. Y, sin embargo, la doctrina no ha pasado tan rápidamente sobre esta cuestión. Cfr. SERRANO, *La reserva troncal...*, *op. cit.*, pp. 208 ss., y bibliografía mencionada

²⁵⁹ Recordemos que respecto a este supuesto en la reserva clásica, estas enajenaciones o gravámenes son firmes, de modo que el adquirente de los bienes o del derecho real impuesto sobre los mismos siempre es mantenido de su adquisición, sin poderle afectar la reserva sobrevenida después. Así lo establecen los artículos 974 y 976 del Código civil.

En cuanto a los procedimientos de constitución de la Hipoteca por bienes reservables en la reserva lineal, tampoco hay nada especial en relación con lo dicho respecto de la reserva clásica. Sí que podríamos señalar que tiene especial interés el procedimiento regulado en los artículos 260, 262, 263 y 264 del Reglamento Hipotecario, que es especialmente interesante para el caso de que el reservista quisiera cumplir su obligación de constituir hipoteca y no conociera a los reservatarios, o, conociéndolos, quisiera asegurarse de cualquier reclamación futura, si éstos no llegaren a ser los que en ese momento tienen el carácter presunto de tales. Este procedimiento implica una aprobación judicial que lo coloca en una posición más segura en el orden jurídico, más que la simple de la aceptación por aquellos presuntos reservatarios o sus representantes legales.

IV. ¿HIPOTECA POR BIENES RESERVABLES EN LA AUSENCIA?

Para un sector importante de la doctrina cabe hablar de «reserva del ausente»²⁶⁰. La cuestión se plantea en torno a los problemas sucesorios que pueden surgir en una herencia a la que esté llamado un ausente, con distinta problemática según la situación legal de ausencia sea anterior o posterior al fallecimiento del causante a cuya herencia esté llamado el ausente²⁶¹.

Fallecido un causante y probado que al tiempo de su fallecimiento existía el heredero, legitimario o legatario constituido posteriormente en la situación de ausencia, su representante podrá reclamar el derecho que a aquel le correspondía (art. 190 CC) en la herencia del causante, e intervenir en nombre de él en la partición de estos bienes.

Pero si al tiempo de aquel fallecimiento estuviese ya alguno de los interesados en la herencia en situación de ausencia legal, el problema es más complejo, y es cuando surge lo que se ha venido a denominar «reserva del ausente».

En primer lugar, el ausente, al no poderse probar que existía en el momento en que era necesario su existencia para adquirir los derechos sucesorios que le correspondan, se le tiene en principio como no existente, pasando los bienes que le pudieran haber correspondido a quien proceda según los casos. Esta situa-

²⁶⁰ En este sentido, es importante el trabajo de I. SERRANO, «La reserva de los artículos 191 y 192 del Código civil», *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1943, pp. 37 ss.

²⁶¹ Seguimos a CAMY, *Garantías...*, *op. cit.*, pp. 666 ss.

ción provocará que se llame: al sustituto vulgar; a los descendientes del ausente por derecho de representación, o a éstos mismos en la cualidad de legitimarios, si el ausente fuera descendiente del causante; a los coherederos por derecho de acrecer, si procediere; o a los sucesores abintestato del causante, si por no darse ninguno de los supuestos anteriores quedase vacante esa porción de herencia.

Las personas a quienes en virtud de lo expuesto pasen los bienes que en otro caso hubiesen correspondido al ausente, los adquieren sujetos a la condición resolutoria de que aparezca el ausente antes de la declaración de su fallecimiento, instante en que la adquisición por aquellas queda liberada de dicha condición (art. 191 CC). Pero sin que incluso esa declaración de fallecimiento implique el que el ausente pierda todos los derechos a esos bienes si se presentase o probase su existencia después de ella, sino sólo el que la recuperación de lo que le pertenezca, lo será entonces sin perjuicio de tercero, y así recobrará los bienes que existan en poder del «reservista», en el estado en que se encuentren, y respecto a los enajenados por él, sólo tendrá derecho al precio que hubiere recibido aquel, o a los bienes que con dicho precio pudiera haber adquirido, pero que sin que en ningún caso pueda reclamar rentas, frutos ni productos de ellos, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto (art. 197 CC).

En estos casos, y para garantizar la recuperación por el ausente de los bienes que le hubieran correspondido, cuando se presentare o se probare su existencia antes de la declaración de su fallecimiento, obliga el Código civil (art. 191) a que se haga inventario de los bienes de la herencia con intervención del Ministerio Fiscal. Y explica Camy²⁶² que, si bien el código civil parece que se refiere a hacer inventario de los bienes que corresponderían al ausente si estuviere presente, esto no es posible, ni puede saberse qué bienes habría de inventariar, si no se hiciese fehacientemente, y en primer lugar, un inventario de todos los bienes de la herencia, a fin de que teniéndose en cuenta la Ley que rija la sucesión, se pueda precisar los que se encuentran en esa situación, los cuales tendrán que ser adjudicados a quienes correspondan con la obligación de «reservarlos» hasta la declaración de fallecimiento del ausente; por lo que si esos bienes correspondieran total o parcialmente a uno o varios de los herederos, la adjudicación que se les haga deberá precisar qué bienes o qué parte precisa de ellos (fincas o cuotas) adquieren en representación, por sustitución o por derecho de acrecer en virtud de la ausencia.

²⁶² CAMY, *Garantías patrimoniales...*, op. cit., p. 667.

Y este requisito legal de inventario con intervención del Ministerio Fiscal y de «reserva» de los bienes, ha de ser objeto de calificación expresa, pues su falta constituiría defecto que impedirá la inscripción de la partición a que se refiera.

Afirma Camy²⁶³ que en esta reserva, y a diferencia de la viudal y la lineal, la postura del Registrador es activa. No puede admitir el documento en el que no haya sido recogido, dejando al representante legal del «reservatario» (del ausente) la función de protección de su derecho. La razón de ello estriba, no sólo en el carácter imperativo y de protección inmediata que la ley concede a esta «reserva»²⁶⁴, como lo revela el que exija la intervención del Ministerio Fiscal en el inventario, lo cual no ocurre en ninguna otra, sino también, en que, de no hacerse así, estaríamos ante una omisión deliberada y expresa de un interesado en la sucesión, lo cual viciaría a ésta de nulidad, pues no podría sostenerse que la omisión era involuntaria, cuando precisamente por no concurrir el heredero constituido en ausencia, se adjudiquen a otra persona los bienes que a él le corresponderían. En evitación de lo cual, no existe otra solución que la de expresar en la partición, que no se tiene en cuenta a un interesado por estar en situación de ausencia legal, y esa declaración por parte de los restantes herederos, les compele necesariamente a adoptar las medidas legales antes expresadas.

Realizada la partición en la que esté llamado el ausente, la inscripción en el Registro será distinta, según el carácter en que se hayan adjudicado los bienes de que se trate. Los bienes adjudicados a los coherederos por su derecho propio, se inscribirán en la forma ordinaria, con la única peculiaridad de reflejar en la inscripción, y entre los requisitos de la partición, los datos de la declaración judicial de ausencia, así como el de que el inventario ha sido realizado con intervención del Ministerio Fiscal. Ahora bien, señala Camy²⁶⁵, en cuanto a la inscripción de los bienes que, correspondiendo al ausente, hayan sido adjudicados a otra persona, la inscripción no sólo reflejará aquellos requisitos, sino también la «reserva», y sus garantías. Lo cual implica, de otra parte, que cuando sea firme la declaración de fallecimiento del ausente, podrá ser cancelada esa condición o reserva, acreditándose aquel extremo (art. 89 RH).

Un sector importante de la doctrina ha sostenido que estamos en presencia de una auténtica reserva²⁶⁶, que tiene la misma finali-

²⁶³ CAMY, *Garantías patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 668

²⁶⁴ Estamos siguiendo la postura de CAMY, que afirma la existencia de una verdadera reserva. El entrecomillado es mío, ya que no termino de ver claro la existencia de la misma.

²⁶⁵ CAMY, *Garantías...*, *op. cit.*, p. 668.

²⁶⁶ SERRANO, «La reserva...», *op. cit.*, p. 39.

dad que la lineal y la viudal. En las tres, lo que se pretende, según Serrano, es que una masa de bienes sea conservada para que cuando se consume la reserva pase a la persona o personas de los reservatarios. Es, por tanto, una idea de conservación de un patrimonio la que late en el fondo de toda reserva²⁶⁷.

Javier Serrano, en diversos momentos de su obra sobre la reserva troncal²⁶⁸, siguiendo los pasos de Ignacio Serrano, afirma que la institución contemplada en los artículos 191 y 192 CC es una auténtica reserva, semejante a la ordinaria y la troncal, porque responde a la misma técnica: se trata de una reserva pura y simplemente con su secuela de conservación de un conjunto patrimonial para su posterior entrega a los reservatarios. Precisamente el olvido que, según este autor, se hace de la reserva regulada en los artículos 191 y 192 CC lleva a contemplar la institución reservataria, en cierto modo, unilateralmente.

Puig Brutau, al señalar las reservas que recoge nuestro Código, incorpora la reserva a favor del ausente²⁶⁹ y la define como la impuesta a las personas que, por título o por acrecimiento, adquieren la parte destinada al ausente cuando se abre una sucesión a la que está llamado, con el fin de que la conserven a favor del mismo. Sin embargo, también señala que esta reserva difiere bastante de la ordinaria y la lineal, sobre todo en un punto. No se trata en la reserva del ausente de imprimir a unos bienes una dirección o trayectoria especial, en contraste con la que seguirían según el Derecho general de sucesiones, sino de conservar un patrimonio o unos bienes para asegurar, en la medida de lo posible, que seguirán este curso normal.

Si se puede hablar, como hacen estos autores, con los matices que se quiera, de semejanza entre la reserva a favor del ausente y la reserva ordinaria, habría entonces que llegar a la conclusión que las normas contenidas en la legislación hipotecaria sobre la Hipoteca por bienes reservables se aplican a aquella. Sin embargo, sobre este punto también hay discusión partiendo de la idea del *numerus clausus* de las hipotecas legales. Así Serrano²⁷⁰ afirma que no es posible esta hipoteca porque se interpone el artículo 157 LH (hoy 158 LH) diciendo que no hay más hipotecas legales que las de la lista del artículo 168, donde no aparece para nada una hipoteca de este estilo.

²⁶⁷ Aunque las diferencias entre la reserva ordinaria y lineal y la reserva del ausente son claras. En aquellas existe una finalidad familiar de evitar que los bienes de una familia pasen a otra. En ésta no se da este fin familiar, sino solamente de protección del patrimonio del ausente. En aquellas hay siempre un único reservista y uno o varios reservatarios. En la del ausente solamente hay un reservatario, que es el ausente, en tanto que los reservistas pueden ser varios, si son varios los coherederos de aquel.

²⁶⁸ SERRANO, *La reserva troncal...*, *op. cit.*, pp. 97 y 237.

²⁶⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, *op. cit.*, p. 204.

²⁷⁰ SERRANO, «La reserva de los artículos 191 y 192 del Código civil», *op. cit.*, p. 51.

Y señala este autor que ello constituye una de las quiebras que se dan en esta reserva, introducida con fines de garantía que no han sido desenvueltos hasta el límite de sus naturales consecuencias²⁷¹.

A mí me parece que aquí no hay ninguna reserva, ni siquiera con peculiaridades frente a las demás reservas hereditarias y, por tanto, no cabe una Hipoteca por bienes reservables. Vamos a ver entonces como situamos al artículo 191 CC.

En las reservas se trata de unos bienes que adquiere una persona –reservista– como consecuencia de una sucesión por causa de muerte, pero que por disposición de la ley han de hacer tránsito a otra persona, mientras que en el artículo 191 CC. no hay tal cosa, sino una puesta en administración de la herencia a la que es llamado el ausente, que según el precepto dura hasta la declaración de fallecimiento o hasta que reaparezca el ausente. Es decir, que este artículo guarda más analogía con el artículo 966 CC que con las disposiciones de las reservas hereditarias.

Tanto en el artículo 191 como en el artículo 966 se crean una serie de relaciones jurídicas derivadas de una sucesión hereditaria en estado de pendencia, por cuanto se ignora de momento quienes serán los definitivos destinatarios de la herencia, o en su caso la participación de estos interesados en la misma. En esta situación, tanto uno como otro precepto establecen una comunidad hereditaria provisional entre los coherederos del ausente o del concebido, que se resuelve después en una serie de relaciones jurídicas definitivas entre los interesados en la herencia una vez aclarada la situación de pendencia que comporta la presencia de un concebido o un ausente. Y si con respecto al concebido la situación se resuelve en una puesta en administración de la herencia, igual solución es la que subyace en este artículo 191 CC, pese a que hable de la reserva a favor del ausente.

Por tanto, abierta una herencia a la que es llamado el ausente, la misma se pone en administración que corre a cargo de sus coherederos con derecho de acrecer, si no hay persona con derecho propio para reclamarle (por ejemplo sustituto vulgar o fideicomisario del ausente); estos administradores deben practicar, con intervención del Ministerio Fiscal, inventario de la herencia, cesando esta administración con la declaración de fallecimiento o con la vuelta del ausente. Por consiguiente, las dudas que presente este artículo 191 CC habrán de colmarse en la práctica con las disposiciones del CC y LEC referentes a la administración de la herencia y no con las que hacen referencia a las reservas hereditarias.

²⁷¹ Claro que si nos ponemos a examinar el artículo 168 LH más bien la pregunta sería hasta que punto este precepto sigue vigente.

RESUMEN

La hipoteca por bienes reservables constituye un punto de conexión entre dos instituciones emblemáticas en el ámbito de los Derechos reales y del Derecho de sucesiones como es la hipoteca y como son las reservas.

No ha sido éste un tema tratado por la doctrina, probablemente por lo poco que se ha aplicado en la práctica. Pero para un civilista es un interesante reto intentar establecer los puntos fundamentales de la misma.

En primer lugar, hay que aclarar si estamos hablando de una única hipoteca o de varias hipotecas, atendiendo a las diferentes reservas que regula el Código civil. También si es una hipoteca ordinaria o no. Si no lo es, donde la podemos situar dentro de las clases de hipotecas. Y, por último, habrá que determinar los diferentes elementos: sujetos, créditos, efectos.

El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario *

ISABEL RAMOS HERRANZ

Profesora Titular de Derecho mercantil
Subdirectora del Departamento de Derecho Privado
Universidad Carlos III

I. INTRODUCCIÓN

1. Para definir la diligencia de los empresarios debemos apartarnos del modelo civil del buen padre de familia consagrado en el artículo 1124 CC. El estándar ¹ de diligencia ² del empresario es el del ordenado empresario, ya que se trata de deudores de carácter cualificado ³.

* Este trabajo se ubica en el Proyecto de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) sobre «El vínculo trasatlántico en el Derecho Concursal (aproximación y armonización del Derecho de insolvencias en Europa y América Latina)», clave SICA: 2634.

¹ Un análisis del término «estándar» es realizado de forma elogiada por MORILLAS JARILLO, María José, *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, La Ley (Biblioteca de Derecho de los Negocios), 2002, pp. 337-339. Así, señala que las cláusulas generales son instrumentos más adecuados a los cambios de una realidad dinámica, evitando la rigidez del sistema legislativo.

² La Profesora MORILLAS JARILLO, M. J., *op. cit.*, *Las normas de conducta...*, sostiene que existen dos posibles significados del término «diligencia»:

- Un significado subjetivo: diligencia sería equivalente a esfuerzo, dedicación, interés y atención.
- Un significado objetivo: se trataría de la diligencia como esquema, guía, propuesta de conducta en relación con una actividad debida.

³ *Vid.* en este sentido, SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas, «La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil: Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, 1994, p. 322, que en el ámbito de la diligencia de las entidades de crédito pone de manifiesto que el carácter empresarial de las entidades de crédito tiene como consecuencia inmediata una unificación en la normativa a aplicar; así, se someterán al mismo régimen en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. *Vid.* RAMOS HERRANZ, Isabel, «El pago de cheques como servicio inherente al depósito de fondos», *DN*, n.ºs 58/59, julio-agosto, 1995, p. 6, donde determinamos que el banquero «*ha de realizar sus actividades con la diligencia de un ordenado comerciante, ya que se trata de un comerciante, su negocio es la empresa bancaria*».

2. Hemos de matizar que en los supuestos particulares de determinados empresarios, como son las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas de servicios de inversión, su diligencia ha de ir más allá, al tratarse de empresarios especiales, sometidos a normas más estrictas. De tal forma que, además de someterse a estas obligaciones superiores, habrán de atender a las normas comunes a todos los empresarios.

II. LA INSUFICIENCIA DEL ESTÁNDAR CIVIL EN RELACIÓN CON LOS EMPRESARIOS

1. EL ESTÁNDAR CIVIL O COMÚN DE DILIGENCIA: EL BUEN PADRE DE FAMILIA

1. El punto de partida ha de ser, necesariamente, dejar claro que la diligencia a prestar por el empresario no será la de un *buen padre de familia*, sino la de un *ordenado empresario*, concretamente, la diligencia de un ordenado empresario dentro del sector concreto en el que realiza su comercio o actividad. Tras esta precisión, es evidente que el análisis del modelo del buen padre de familia habrá de ser más somero, aunque necesario, como elemento básico de distinción y de definición, *a contrario*, del estándar profesional o empresarial.

2. El modelo del buen padre de familia tiene su origen en el *paterfamilias* del Derecho Romano, con algunas diferencias, ya que en esta época no era el equivalente al del buen padre de familia, sino al del hombre *sui iuris*⁴. Es el que se contemplaba también en el artículo 1137 del CC francés⁵ y que se recogía en el artículo 1013 del Proyecto de García Goyena⁶. Es el modelo seguido en el Código Civil italiano (art. 1176)⁷; aunque no es el que se recoge

⁴ *Vid.*, en este sentido, JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, p. 133.

⁵ *Vid.* MAZEUD, Henri, MAZEUD, León, y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, v. II (traducción de la 5.ª ed. realizada por ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Luis), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 423-438.

⁶ El artículo 1013 del Proyecto de 1851 establecía lo siguiente: «*La responsabilidad procedente de negligencia tiene lugar en todos los contratos cuando no se ha puesto la diligencia que se hubiere pactado, y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia*».

⁷ En el artículo 1176 CC italiano se contempla un modelo general, el del buen padre de familia, y otro especial para las prestaciones profesionales. *Vid.* CATTANEO, Giovanni,

en la BGB alemana, § 276⁸, donde se establece el parámetro de *diligencia exigible en el tráfico*, que podría acercarse más al modelo profesional o empresarial, atendiendo a que el buen padre de familia no es un hombre de negocios o del tráfico⁹.

En este punto también hay que destacar el modelo utilizado en el artículo 18 del Código de obligaciones y contratos de la antigua Zona española del Protectorado de Marruecos, ya que se refería a la diligencia de *un celoso administrador* como parámetro general¹⁰. Ello pone de manifiesto el carácter más profesional o técnico de este modelo, frente al modelo no profesional del buen padre de familia, como ocurre en el Derecho alemán.

3. Al tratarse de *un modelo no profesional*, se basará en la inexigencia de especiales conocimientos técnicos, profesionales o empresariales en el desarrollo de la prestación. El buen padre de familia se contraponen al deudor profesional o empresario, que ha de tener una formación superior, que no posee el hombre normal. *Deberá contar con los conocimientos que pueden exigirse a un padre de familia para el desarrollo de sus actividades no profesionales; la diligencia que usan los hombres medios en sus propios asuntos, en los asuntos cotidianos de la vida corriente*. La ausencia de esos mínimos conocimientos o la falta de desarrollo de la activi-

La responsabilità del professionista, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 51-55; FORTINO, Marcela, *La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici*, Milán, Giuffrè, pp. 26-34 y 95-101; CIAN, Giorgio, y TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, 2.^a ed., Padua, Cedam, 1992, pp. 1006-1008.

⁸ EL § 276 de la BGB establece lo siguiente:

«*Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.*

«*Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.*»

⁹ Para un estudio del modelo del buen padre de familia, *vid.* el amplio análisis de BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, pp. 79-120.

JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, pp. 113-135, recoge las críticas al modelo por su abstracción e indeterminación; queriendo mantener que, para adecuarse a las necesidades del tráfico, dicho modelo se transforma en estándares como el de *ordenado comerciante*; interpretación ciertamente inadecuada. En este sentido, apunta los elogios y críticas que ha recibido este modelo; así, establece que la doctrina alemana (MENGER, PUCHTA, GIERKE), criticó su antigüedad e indeterminación, lo que supuso, en última instancia, su desaparición de la BGB y su sustitución por el modelo de la diligencia exigida en el tráfico. No obstante, JORDANO FRAGA estima que tal modelo es adecuado y que puede elogiarse su amplitud y elasticidad, para poder acoger o ser modelo «*del pequeño agricultor y de un profesional técnico altamente cualificado (un ingeniero nuclear, por ejemplo)*»; afirmación errónea, como desarrollaremos más adelante, ya que el modelo de buen padre de familia se caracteriza, esencialmente, por ser un modelo no profesional; no es el mismo parámetro de referencia el de un deudor normal que el del deudor profesional, especializado y experto.

¹⁰ *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español Común y Foral*, t. 3.º Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, 15.^a ed. (revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Gabriel), Reus, Madrid, 1988, pp. 219-220, nota 2 (de la p. 219).

dad que habría de adoptar el hombre medio, determinan la inexcusabilidad, es decir, la culpa del deudor.

Así, el buen padre de familia es aquel que actúa en su ámbito particular, fuera del ámbito profesional y empresarial¹¹. Por lo tanto, no podrá exigirse una diligencia imposible para un hombre normal o medio, es decir, conocimientos profesionales o técnicos¹².

4. Hay que matizar, que se tratará del *hombre medio* y no del *hombre mediocre*; es decir, que el deudor habrá de desplegar la diligencia que habría de desarrollar, normalmente, un hombre cuidadoso medio. En este punto se pone de manifiesto el evidente *carácter deontológico* del concepto de buen padre de familia, que

¹¹ En este sentido, *vid.* MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico...*, p. 423, que ponen de manifiesto que se trata del hombre que gestiona inteligentemente sus asuntos y en el que puede confiarse; BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa...*, pp. 78-120, establecerá que el buen padre de familia es el modelo no especializado, no cualificado profesionalmente; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias, 4.^a ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 589. Así se manifiesta igualmente, FORTINO, M., *op. cit.*, *La responsabilità civile...*, p. 95, al establecer que el modelo de diligencia profesional es distinto del tradicional del buen padre de familia; de esta manera, el diferente tratamiento recogido en el artículo 1176 CC italiano pone de manifiesto la necesaria existencia de dos modelos, uno no profesional y otro profesional, ya que en el párrafo primero se hace referencia a la diligencia de un buen padre de familia, mientras que en el segundo párr. se establece un tipo de diligencia diferente, en función de la naturaleza profesional de la actividad; la autora entiende que la diligencia del buen padre de familia se sustituirá por la del buen profesional.

En contra, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, pp. 133-135, que establece que el modelo del buen padre de familia puede servir, igualmente, para una prestación profesional; estima que es, precisamente, la elasticidad y amplitud del artículo 1104 CC la que permite que como modelo de conducta sirva para relaciones tan diversas (arts. 270, 497, 1555.2, 1719.2, 1889 CC) y admita locuciones tan diferenciadas como son las de «ordenado comerciante» (art. 79 LSA, de 1951) y «buen labrador»; igualmente, JORDANO FRAGA, F., «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *RGLJ*, t. XC, 1985, p. 44. En esta línea parece situarse CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, p. 55, al establecer que el criterio del buen padre de familia presenta un contenido variable según la prestación de que se trate, por lo que puede adaptarse al supuesto de una prestación técnica o profesional.

¹² En este sentido, *vid.* el amplio análisis que realiza BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa...*, pp. 79-120; el autor diferencia dos aspectos dentro del término «buen padre de familia»; de un lado, estaría el término «bueno», que determinaría una de las posibles graduaciones o intensidades en la aplicación del tipo padre de familia, de otro, el término «padre de familia», que se refiere al tipo o clase de modelo de conducta. Por lo que respecta al «padre de familia», como tipo de conducta, el mismo se referiría a la diligencia prestada en los asuntos propios, pero entendidos, no como actividades, sino como intereses que el padre de familia gestiona. Para ver la formación de este modelo, *vid.* pp. 89-97; para su graduabilidad, pp. 97-104; para el ámbito de aplicación del mismo, pp. 104-120.

Se exigirá la prestación diligente de un hombre ideal, aunque ese modelo de referencia no es, sin embargo, el de un «superhombre»; aspecto que podemos aplicar, igualmente, al empresario. Así lo entienden MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico*, pp. 423-438, al establecer que no puede estimarse, de un lado, que es un «“superhombre” [...] ni el “común de los hombres”, de que hablaba con frecuencia Pothier», de otro. En definitiva, «se reconocerá que el Código no podía hacer nada mejor que imponerle como modelo al deudor el buen padre de familia; lo cual le procura plena seguridad al acreedor; sin constituir no obstante un ideal inaccesible para el deudor».

también será de aplicación y con mayor rigor al ordenado empresario, como profesional; o sea, no ha de prestar la diligencia que despliegan los hombres ordinariamente sino la diligencia que deberían prestar los hombres medios en sus propios asuntos; en definitiva, se trata de un deber ser más que de un ser¹³.

5. En el ámbito del *commow law* el modelo abstracto está constituido por *el hombre razonable*, que es igualmente el hombre medio. Es interesante la delimitación del *standar of care*, o sea, de la diligencia necesaria para cumplir la prestación, contemplada en la sentencia dictada en el caso *Blyth v. Birmingham Waterworks Co* (1856), que establece lo siguiente: «*Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do*»¹⁴. No obstante, es preciso matizar que las disquisiciones entre el buen padre de familia y el hombre razonable se centrarían, en realidad, en problemas meramente terminológicos o de seguimiento de tradiciones en los distintos ordenamientos (*commow law* y *civil law*), ya que el hombre razonable no es distinto del buen padre de familia, se trata del hombre medio que presta la diligencia propia de un hombre prudente¹⁵.

2. DILIGENCIA PROFESIONAL Y EMPRESARIAL POR LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN Y DE LA PERSONA DEL DEUDOR

1. Como acabamos de precisar, *la diligencia del deudor normal o del buen padre de familia se define por su contraposición a*

¹³ Vid. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, p. 122, que señala que la doctrina es unánime al exigir la diligencia del hombre medio y no del hombre mediocre; no siendo la normalidad sinónimo de conformismo, atendiendo, precisamente, al carácter deontológico del concepto de buen padre de familia; sin embargo, hay que especificar que en este punto JORDANO se confunde, de nuevo, al referirse al buen profesional o profesional tipo como modelo situado dentro del buen padre de familia. CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista...*, p. 61, al abordar específicamente la prestación profesional, establece que la diligencia profesional no es la que siguen realmente los profesionales, sino la que deberían seguir; no se trata de la práctica mayoritariamente seguida, sino la que ha de desarrollar un profesional medio.

¹⁴ Sentencia citada por GREGOIRE, Pierre, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, Bruselas, CIDC, 1971, p. 83, con la referencia 11 Ex. 781-784; citada, igualmente, por BERLINGIERI, Francesco, «Lo standard del "reasonable man"», en *La vendita Internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 Aprile 1980*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1981, v. 39, p. 334.

¹⁵ En esta línea se pronuncia BERLINGIERI, F., «Lo standard del «reasonable man»», p. 336, donde pone de manifiesto cómo el modelo de «*diligenza ragionevole*» es equivalente a la «*due diligence*» o la diligencia del buen padre de familia en los términos del *civil law*; destacando que la misma habrá de evaluarse de acuerdo con la naturaleza de la actividad ejercitada.

la del profesional, o sea, se caracteriza por ser un estándar no profesional. En este modelo no profesional se exigen conocimientos inferiores a los que ha de poseer el profesional, deudor técnico o especializado¹⁶.

Desde este punto de partida, la diligencia exigible a un profesional nunca se equipararía a la diligencia del buen padre de familia porque el profesional no es un hombre medio que actúa en el ámbito de su familia o en el de los asuntos normales. Desarrolla una actividad o servicio que se aleja de los parámetros generales¹⁷. En consecuencia, se trata de modelos diferentes; por lo que son erróneas las posturas de los autores que mantienen que el modelo profesional, del ordenado empresario, «sustituye» al del buen padre de familia; el ordenado empresario no puede sustituir al buen padre de familia porque son conceptos diferentes; es decir, el empresario tendrá especiales características que no permiten la aplicación del genérico estándar subsidiario del buen padre de familia¹⁸.

¹⁶ Vid. BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa...*, p. XXX.; GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, pp. 73-83.

¹⁷ Sin embargo, autores como JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, pp. 134-135 y CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, p. 55, estiman que el modelo de referencia del profesional no es sino el del hombre medio, atendiendo a la especial prestación que desarrollan. JORDANO FRAGA entiende que la característica principal del modelo del buen padre de familia es, precisamente, su amplitud, su carácter abierto, ya que en él pueden ubicarse modelos tales como el buen profesional o el ordenado comerciante; en definitiva, según el autor, el buen profesional no es sino el buen padre de familia llevando a cabo una prestación de carácter técnico; en sus propias palabras «la elasticidad de la fórmula del buen padre de familia, lejos de ser un inconveniente, se convierte en su mayor valor, pues le permite ser simultáneamente modelo de conducta del pequeño agricultor y de un profesional técnico altamente cualificado».

¹⁸ GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, pp. 79-81, ha analizado este tema de manera elogiada, ya que ha señalado, de forma clara, que el buen profesional ni «sustituye» ni se «transforma» partiendo del modelo del buen padre de familia, como han afirmado ATAZ LÓPEZ (*Los médicos y la responsabilidad*, p. 240, cit. por GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, p. 79, nota 110) y PENNEAU (cit. por GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, p. 79). Es decir, como señala el autor, la pretendida transformación o conversión del modelo del buen padre de familia lleva implícita una cierta diferenciación entre ambos, puesto que «transformar o sustituir el criterio objetivo por otro es ya, de alguna manera, admitir y reconocer abiertamente que se trata de criterios distintos, porque nadie se transforma o sustituye por sí mismo».

JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, pp. 133-135 y 466-471 y JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual...», p. 48, se muestra a favor de la identificación del buen profesional o del ordenado comerciante con el buen padre de familia, en el sentido de que el buen profesional u ordenado comerciante no son más que el buen padre de familia en una concreta prestación profesional o empresarial; en el mismo sentido se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Teoría general, Reus, Madrid, 1988, pp. 276-277, quien estima que el modelo del buen profesional es una particularización del buen padre; aunque, sorprendentemente y a continuación, reconoce que «El criterio de cumplimiento ya no va a ser el hombre medio diligente,

2. Así, *el propio artículo 1104 CC* pone de manifiesto la necesidad de distinguir entre la diligencia del deudor normal y del deudor profesional o empresario, al igual que entre dos tipos de culpa, una de carácter normal y otra de carácter profesional o empresarial¹⁹.

sino un modelo técnico o profesional en consonancia con la propia naturaleza de la prestación debida»; incurriendo en una contradicción evidente. Es más, JORDANO FRAGA destaca las especiales características del modelo del buen padre de familia por servir, precisamente, para prestaciones técnicas y no técnicas, pudiendo ser un buen agricultor o un ordenado comerciante. En este sentido se pronuncia ATAZ LÓPEZ (Los médicos y la responsabilidad..., op. cit., p. 240, cit. por GONZÁLEZ MORÁN, L., op. cit., La responsabilidad civil del médico, p. 80), entendiendo que la medida del buen profesional nunca ha de ser buscada fuera del propio CC; de esta manera, el Juez habría de atender a las especiales circunstancias del profesional pero partiendo del artículo 1104 CC; sin embargo, habría que señalar que la defensa del modelo profesional como modelo distinto del buen padre de familia no supone ignorar el mandato del artículo 1104 CC, ni el propio CC en general; partiremos del CC, pero concretando la prestación de acuerdo con la especialidad profesional o/y empresarial del deudor; buscando en el C. de c. o en las leyes específicas o incluso en las normas del CC aplicables a la específica prestación profesional y/o empresarial de que se trate; vid. GONZÁLEZ MORÁN, L., op. cit., La responsabilidad civil del médico, p. 81, donde señala que las obligaciones profesionales no han de buscarse fuera del CC sino que hay que «observar fielmente el espíritu y letra de aquél».

¹⁹ La razón de esta distinción es clara: existen dos modelos objetivos de referencia (el estándar del buen padre de familia y el estándar del ordenado empresario) o de dos tipos de diligencia específicos (el general y el profesional o empresarial); de tal forma que, atendiendo a que la culpa es la negación de la diligencia, es decir, se incurre en culpa si no atendemos al nivel de diligencia requerido, bien sea el pactado o el abstracto, es evidente, que existen dos tipos de culpa diferentes, una culpa normal o general y una culpa profesional o empresarial. Sin embargo, por ello, la prestación profesional o empresarial no deja de tener que partir y adecuarse a los criterios generales de culpa, en cuanto a su definición, elementos y requisitos para incurrir en responsabilidad.

A favor de la admisibilidad de la diferenciación entre dos tipos de culpa, *vid.*, a la cabeza de la doctrina al respecto, MENGONI, *op. cit.*, «Obligazioni di risultato...», pp. 199 ss. Hay que destacar el análisis que realiza GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, pp. 73-83, donde estudia la viabilidad de la diferenciación entre dos tipos de culpa (todo ello en el marco de análisis de la prestación médica, pero extendiéndolo a las prestaciones profesionales en general); para lo que analiza los postulados de ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, *Los médicos y la responsabilidad civil*, pp. 237 ss. (cit. por GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, p. 78, nota 108). ATAZ LÓPEZ niega la posibilidad de diferenciar dos tipos de culpa, en base a dos argumentos; el primero de ellos consiste en la imposibilidad de exigir una diligencia superior, como ocurriría en el supuesto de la culpa profesional, en la que el grado de diligencia es distinto al que se exige con carácter general en el CC; argumento que cae por su propio peso; el segundo, consiste en entender que la culpa profesional implicará la existencia de Tribunales profesionales, cualificados para evaluar las prestaciones en las que concurra ese carácter profesional. GONZÁLEZ MORÁN, en la línea apuntada por nosotros, se encarga de rebatir los argumentos de este autor, destacando sus reflexiones a la hora de contraargumentar por lo que toca a los Tribunales profesionales; el mismo se centra en la existencia de pruebas periciales de las que pueden disponer los jueces para valorar los supuestos de hecho planteados, cuando se enfrentan a materias que requieren la intervención de un especialista (como puede suceder a la hora de detectar la posible falsedad o falsificación de un cheque); por lo tanto, la existencia de peritos, conllevaría que los Tribunales profesionales especializados fueran innecesarios. *Vid. MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., op. cit., Tratado teórico y práctico...*, núm. 509.

En contra de dicha distinción, *vid.* las reflexiones realizadas por YZQUIERDO TOLSA-DA, M., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del profesional...*, pp. 274-275, que llega a la

En el párrafo 1.º del artículo 1104 CC se contemplan los supuestos en los que las partes han definido previamente la prestación en sus contratos y, en los que, en consecuencia, esa será la diligencia a prestar por el deudor; o los casos en los que no se definía, pero dicha diligencia se derivaba directamente de la naturaleza de la obligación, junto con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Por tanto, al tratarse en el supuesto analizado de una prestación profesional, especializada, es más, una prestación empresarial, y al ser desarrollada por un deudor igualmente especializado, profesional y empresario, la diligencia deberá evaluarse atendiendo a esos criterios otorgados en este párrafo 1.º del artículo 1104 CC, debido a que, tanto la naturaleza de la obligación (empresarial) como la persona del deudor (empresario) así lo demandan²⁰.

3. Debemos señalar que *el parámetro de diligencia será distinto para cada sector del tráfico*. Es decir, no podrá hablarse, sin más, de la responsabilidad del profesional, aunque sí en cierta

conclusión de que no se puede diferenciar entre culpa profesional y culpa común; estableciendo que no existe un concepto autónomo de culpa profesional, que habría que hablar no de «culpa profesional» sino de «culpa del profesional», como una de las manifestaciones de la culpa ordinaria. Como señala, «Las más patentes violaciones de los deberes profesionales más elementales son así simples manifestaciones de culpa en relación con la naturaleza técnica de la actividad desarrollada por un deudor al que se le presupone una normal competencia en la materia». En estas formulaciones YZQUIERDO TOLSADA sigue la postura de BONVICINI (*La responsabilità civile*, II, Milán 1971, p. 747; cit. por YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, *La responsabilidad civil del profesional...*, p. 274, nota 9); criticando, implícitamente, la posición de MENGONI; esta crítica a las aportaciones de MENGONI también se llevan a cabo por JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, pp. 468-471, al hilo del análisis del artículo 1176 CC italiano; JORDANO FRAGA estima que la diligencia profesional es la misma que la diligencia ordinaria, señalando que la diligencia no varía, aunque, en su concreta función de medida del cumplimiento exacto, asumirá un carácter técnico o no; llegando como consecuencia necesaria a afirmar que el buen padre de familia se convertirá en el buen profesional en las prestaciones de naturaleza profesional.

La STS de 14 de septiembre de 1990 (R. Ar. 7320) recoge la diferenciación entre «culpa del profesional» y «culpa profesional», que ha surgido en la doctrina y la jurisprudencia, principalmente en el ámbito médico; precisando que la «culpa del profesional» se comete por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio, mientras que la «culpa profesional» descansa en la impericia; sin embargo, viene a reconocer que el TS ha establecido en varias sentencias [de 27 de octubre de 1987 (R. Ar. 7611) y de 28 de noviembre de 1987 (R. Ar. 8623)] que los límites entre ambas son «*indecisos y muy confusos*».

²⁰ En este sentido se pronuncia, de forma sorprendentemente clara en nuestra doctrina, GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, p. 80, que llega a unas conclusiones adecuadas e interesantes. Así, señala que en el CC se diferencian explícitamente dos criterios, uno en el párrafo 1.º y otro en el párrafo 2.º del artículo 1104 CC; atendiendo al párrafo 1.º del artículo 1104 CC y a la naturaleza especial de la prestación profesional, la conducta del deudor habría de evaluarse, precisamente, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, es decir, atendiendo al carácter profesional de la misma, además, junto a la naturaleza de la prestación habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, enunciadas también en el artículo 1104.1 CC; en concreto, de acuerdo con la circunstancia de las «*personas*», ha de destacarse, de forma diferenciada del deudor normal, el carácter profesional del deudor y, es más, es ese carácter profesional el que determina la diligencia exigible. En definitiva, en virtud de la naturaleza de la prestación y de las características de la persona del deudor (prestación empresarial, deudor empresario), la diligencia a prestar será de carácter empresarial.

medida del empresario, puesto que hay criterios generales comunes, a respetar por todos los empresarios; sin embargo, es preciso que la diligencia se defina de acuerdo con las características específicas de cada sector concreto²¹.

4. *La jurisprudencia* no ha sido del todo clara a la hora de diferenciar entre ambos estándares. Aunque sí ha sido más explícita al abordar, en concreto, la diligencia de las entidades de crédito; de forma relevante y destacable, en el tratamiento de la diligencia de las mismas en el cumplimiento de órdenes de pago *in genere* y, en especial, en el cumplimiento del mandato de pago contenido en el cheque.

4.1 Por lo que toca a la delimitación general entre ambos modelos de diligencia, el TS es claro y explícito en algunos de sus pronunciamientos, al diferenciar entre la responsabilidad de un deudor ordinario y la de un deudor profesional, pero no establece, de forma transparente y concisa, en todas las ocasiones, los elementos diferenciadores. Hay que señalar, no obstante, que en algunas de sus sentencias sí ha establecido que el deudor profesional no ha de prestar la diligencia exigible a un hombre normal, basándose en su especialidad, su técnica y su carácter profesional. En definitiva, el TS ha matizado, a lo largo de su jurisprudencia, que el nivel de diligencia exigible a un profesional es siempre superior al de un deudor normal, habiendo de adecuarse, dicha diligencia, a su especialidad, pero no con la claridad, precisión y coherencia deseables²².

²¹ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico...*, núm. 705-2, lo señalan, de forma clara: «El rasgo más peculiar del profesional es ciertamente su especialización. Cabe pedirle a un deudor que se conduzca “como buen padre de familia”; pedirle que se porte “como buen profesional”, nada significaría: hay que proponerle como modelo el buen notario, el buen zapatero o el buen agente de cambio».

Vid. JACKSON, Rupert M., y POWELL, John L., *Professional Negligence*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, p. 15, que establecen que el modelo de referencia del profesional está constituido por el actuar de los miembros de su concreta profesión; aclarando que el estándar de actuación es el de los miembros de su profesión que actúan correctamente.

Sobre las concretas profesiones, vid. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», pp. 29-104, donde estudia la responsabilidad del médico; PASCUAL ESTEVILL, Luis, «La responsabilidad profesional», en *RCDI*, enero-febrero, 1991, pp. 43-72, que aborda la responsabilidad de los abogados, notarios y médicos; MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico*, núms. 508-515, que recogen la responsabilidad de médicos, banqueros, abogados, etcétera; CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, p. 115-407, estudia, por su parte, la responsabilidad de los notarios, abogados, médicos, farmacéuticos, periodistas, etc; JACKSON, R. M y POWELL, J. L., *op. cit.*, *Professional Negligence*, núms. 2-8, se refieren a la responsabilidad del *barrister*, de los arquitectos, ingenieros, agentes de seguros, contables, etc.

²² Se pronuncia de forma clara y explícita en la STS de 22 de noviembre de 1971 (R. Ar. 4974), al analizar la prestación profesional del arquitecto, señalando, así, que la diligencia debida de un profesional «no cabe confundirla con la simple negligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella diligencia obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional»; de igual manera, en las SSTs de 29 de abril de 1988 (R. Ar. 3302) y de 2 de febrero de 1989 (R. Ar. 657), donde el TS señala que la dili-

El Alto Tribunal también se ha referido, en numerosas ocasiones, a la necesidad de conjugar, en la apreciación de la posible negligencia, la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar con el *sector del tráfico o de la vida social* en la que el deudor desarrolla su actividad²³. Por lo que, no de manera explícita en estos supuestos, sí de forma implícita, reconoce la necesidad de observar las especiales características derivadas del sector de actividad, es decir, si la actividad se desarrolla a título profesional o no y, dentro de cada profesión o empresa, los elementos que delimitan las obligaciones específicas.

4.2 De otro lado, la señalada diferenciación clara entre el deudor normal y el empresario bancario, se comenzó a destacar, de manera elogiada, en la STS de 18 de julio de 1988 (R. Ar. 5717), en la que se establece que la diligencia exigible al profesional bancario

gencia exigible al profesional, en este caso al arquitecto, no es la propia del hombre cuidadoso, sino la propia de su especialidad y de sus conocimientos y que la misma ha de ser acorde con la garantía técnica y profesional del mismo; en la STS de 7 de febrero de 1990 (R. Ar. 668), donde el Tribunal, al analizar la prestación médica, establece que la misma ha de adecuarse al «*buen actuar profesional*» o al «*normal actuar profesional*», añadiendo que deberá actuar con la diligencia exigible en su actividad profesional, «*con acomodo a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1104 del Código Civil, si bien con la significación de que, en todo caso, dada la contemplación de la preparación técnica exigible (...), su actuación ha de venir presidida exclusivamente por la diligencia derivada de su especialización de conocimientos, de modo que la diligencia exigible [...] no será la del común individuo lego en la materia, sino la profesional que las circunstancias exijan*». En la misma línea las SSTS de 14 de noviembre de 1990 (R. Ar. 7320), de 26 de noviembre de 1990 (R. Ar. 9047), de 4 de mayo de 1993 (R. Ar. 2001), de 23 de marzo de 1993 (R. Ar. 2545), en la que el TS señala que el profesional ha de atenerse a «*las normas mínimas de cuidado exigibles en su actuación profesional*», a «*la técnica normalizada y estandarizada*» y a «*la técnica normal requerida*» y cumplir con la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales «*atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y particulares circunstancias del caso*», de 29 de octubre de 1993 (R. Ar. 8168), de 16 de febrero de 1995 (R. Ar. 844), de 20 de febrero de 1995 (R. Ar. 886), en la que se recogen las conclusiones de la sentencia de apelación [Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 2.^a, de 20 de septiembre de 1991), que establecía que la «*diligencia vendrá derivada de su preparación técnica y profesional, no pudiendo por ello exigirles la de un "buen padre de familia"*», citando en apoyo de su postura las SSTS de 13 de julio 1987 (R. Ar. 5488), de 12 de febrero de 1988 (R. Ar. 943), de 12 de julio de 1988 (R. Ar. 5991), de 7 de febrero de 1990 (R. Ar. 668), de 12 de febrero de 1990 (R. Ar. 677) y de 6 de noviembre de 1990 (R. Ar. 8528).

Sin embargo, no es tanto claro el TS en las sentencias de 25 de enero de 1985 (R. Ar. 199), de 20 de febrero de 1992 (R. Ar. 1326), de 13 de octubre de 1992 (R. Ar. 7547), de 15 de marzo de 1993 (R. Ar. 2276), de 22 de julio de 1994 (R. Ar. 6581), de 5 de diciembre de 1994 (R. Ar. 9409), de 15 de febrero de 1995 (R. Ar. 840) y de 28 de febrero de 1995 (R. Ar. 1140).

²³ Vid. SSTS de 13 de diciembre de 1971 (R. Ar. 5232), de 27 de mayo de 1978 (R. Ar. 1918), de 4 de julio de 1983 (R. Ar. 4067), de 22 de marzo de 1983 (R. Ar. 1573), de 25 de enero de 1985 (R. Ar. 199), de 12 de julio de 1988 (R. Ar. 5991), de 9 de junio de 1989 (R. Ar. 4415), de 16 de octubre de 1989 (R. Ar. 6923), de 20 de enero de 1992 (R. Ar. 192), de 19 de diciembre de 1992 (R. Ar. 10703), de 20 de mayo de 1993 (R. Ar. 3718), de 7 de marzo de 1994 (R. Ar. 2197), de 27 de septiembre de 1994 (R. Ar. 7307), de 5 de octubre de 1994 (R. Ar. 7453) y voto particular de la de 15 de febrero de 1995 (R. Ar. 851). Señalar que la alusión al sector de la vida social hace clara referencia a la «culpa social», sistema paliativo del clásico de culpa.

es superior a la del buen padre de familia. Esta línea es la seguida en la jurisprudencia menor —que en ocasiones es la única al no llegar al TS por la cuatía litis—; vid. SAP de Valencia de 10 de noviembre de 1995 (RGD, núm. 618, marzo 1995, pp. 2.709-2.712) y SAP de Vizcaya de 11 de octubre de 1996 (R. Ar. Civil 2033).

III. EL TÉRMINO «ORDENADO»: LA SUPERIOR DILIGENCIA IMPLÍCITA EN EL MISMO

1. El calificativo que pone de manifiesto el nivel medio de diligencia a prestar por el empresario es «ordenado» y no «buen» (utilizado para referirse al buen padre de familia o al buen profesional²⁴). En consecuencia, *esa diferencia terminológica es una llamada establecida por el legislador* para, en primer lugar, reforzar la diligencia a prestar por el empresario y, en segundo lugar, diferenciar dicha diligencia de la del deudor normal.

El legislador pretende matizar que el empresario no sólo ha de ser bueno en su actuación, o sea, comportarse como un deudor común medio, sino que tendrá que ser ordenado. Es decir, que habrá de poner al servicio de la prestación el cuidado, dedicación y atención adecuados para que tenga lugar el orden requerido, el orden propio de un empresario: el empresario realizará sus actividades con mayor previsión y evaluando las incidencias de su actividad, analizando los riesgos y asumiendo sólo aquellos que no pongan en peligro la solvencia de su empresa²⁵. Esta necesi-

²⁴ Vid. sobre el alcance del calificativo «bueno» o «buen», BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa del deudor...*, pp. 96-97, que pone de manifiesto como el calificativo «buen» pretende eliminar el grado superior e inferior, en el sentido de que, «*se uniformiza la prestación de la culpa en el grado medio de diligencia*»; hemos de precisar, de otro lado, que de acuerdo con dicho argumento defiende la posibilidad de variar dicho modelo de conducta en virtud de la autonomía de la voluntad, o sea, pactando un nivel superior o inferior.

²⁵ En este sentido se manifiesta GARRIGUES, J., y URÍA, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.^a ed., t. 2.º, Madrid, 1976 pp. 159 y 161, al establecer que administrar una empresa conlleva la necesidad de tener que resolver en un sentido u otro ante situaciones concretas y, en muchos aspectos, tomar las iniciativas adecuadas; estableciendo, de otro lado, que un ordenado comerciante ha de guiarse como un comerciante prudente que normalmente no arriesga el capital de la empresa en asuntos aventurados; sin embargo, reconocen que la actividad empresarial se caracteriza por ser aleatoria; determinando que ese carácter aleatorio es el que impide elaborar reglas concretas de diligencia. Es más, precisan que, para calificar una actividad como arriesgada o normal, habrá que atender al resultado; no obstante, hemos de precisar que, aunque el éxito del negocio emprendido dependa del *alea*, existe un nivel mínimo de normal previsión exigible al empresario que debe respetar. Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca, 1985, p. 199, nota 13, que precisa que los empresarios han de llevar a cabo «*una planificación adecuada de una actividad económica, con criterios de previsión y rentabili-*

dad de un examen más experto de los riesgos, obedecerá, de manera principal, a que toda la actividad del empresario tiene su plasmación en la contabilidad obligatoria que ha de llevar a cabo y a que pesaba sobre él la posibilidad de quebrar o suspender pagos (actualmente, de entrar en concurso de acreedores); por lo tanto, su actuación ha de ser leal, para proteger el interés de sus acreedores.

En definitiva, con el calificativo «ordenado» se está imponiendo un superior grado, por encima del grado «buen» o «bueno»; pero dicho grado es superior respecto del deudor común, puesto que, dentro del ámbito de los empresarios, es el grado medio de diligencia y no un grado superior²⁶. Se trata del estándar medio de diligencia en dicho marco.

Así, a la hora de referirse a los modelos de conducta, la utilización de los términos «buen» u «ordenado» no responde un mero capricho terminológico, de tal manera que el calificativo «*buen*» sería más acorde con la aplicación del criterio del buen profesional o buen padre de familia que el calificativo «*ordenado*», que obedecería al término empleado en las leyes especiales mercantiles para referirse al deudor comerciante o empresario.

dad, y asumir el riesgo que de ello deriva»; con cita de GALGANO, L'imprenditore, Bolo-
nia, 1970. Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino, «El empresario, sujeto activo de la econo-
mía», en Propiedad, Desarrollo y Persona, Sigueme, Salamanca, 1968, p. 275-281, donde
analiza las condiciones en las que el empresario lleva a cabo su actividad.

GARRETA SUCH, José María, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administra-*
dores de las sociedades, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 77, establece la exigencia de un
 nivel de previsión más elevado en el ordenado comerciante; a tal efecto señala que un orde-
 nado empresario no arriesgará en operaciones difíciles su patrimonio sino que realizará un
 cálculo adecuado de la posibilidades. Sin embargo, matiza que esa mayor previsión que ha
 de presidir la actuación empresarial, no significa que no incurra en riesgo alguno, sino que
 «no debe hacerlo con desprecio del cálculo de probabilidades y del razonable riesgo».

MORILLAS JARILLO, M. J., *op. cit.*, *Las normas de conducta...*, p. 367, analizando la dili-
 gencia exigible al órgano de administración en las sociedades de capital, precisa que el grado
 de diligencia que corresponde a un ordenado empresario abarca cualidades como la prudencia,
 preparación, capacidad de iniciativa, de previsión y de análisis de riesgos de las operaciones, al
 igual que planificación de la actividad con criterios de previsión y rentabilidad.

²⁶ En este sentido, *vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., op. cit., La responsabilidad civil de*
los administradores..., pp. 198-199, que establece que el término «ordenado» alude al
 mantenimiento de un grado de dedicación y atención que el negocio requiera, al igual que
 la realización de todas aquellas actividades que «una adecuada actividad comercial
 exige»; POLO, EDUARDO, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración de la
 Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en URÍA, R.,
 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M., *Comentario al Régimen legal de las Socie-*
dades Mercantiles, Civitas, Madrid, 1992, p. 132, establece que el parámetro de referencia
 será el del nivel de atención, prudencia, dedicación y competencia que se predicán del
 empresario ordenado. Como se ha puesto de manifiesto en la STS de 13 de febrero de 1990
 (R. Ar. 681), el modelo de diligencia del ordenado comerciante es el modelo de diligencia
 media; la sentencia, en concreto, establece que es el modelo de diligencia «normal»;
 hubiera sido más correcto que estableciera que es el modelo de diligencia media, ya que la
 alusión al término «normal» puede dar lugar a confusiones respecto del modelo del deudor
 normal, el del buen padre de familia.

2. En los países del *common law* no se produce una diferenciación entre la terminología utilizada para referirse al deudor general y la usada para aludir al deudor empresario, atendiendo a que, en ambos casos, se alude al término «razonable».

2.1 La sección 1-102(3) del Uniform Commercial Code estadounidense (UCC)²⁷ establece que la regulación de la norma puede ser alterada por acuerdo, excepto respecto de la buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado establecidas en dicha norma. El término buena fe se define como «*honesty in fact in the conduct or transaction concerned*».

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la buena fe (en sentido objetivo) integra y complementa la diligencia, puesto que se trata de un parámetro objetivo que va implícito en la misma como prestación accesoria²⁸, la diligencia del ordenado empresario o del razonable empresario se medirá en el Derecho norteamericano con referencia al operador del mercado, al estándar específico seguido en el sector comercial en el que el deudor desarrolla su actividad. El parámetro es la correcta actuación en el mercado²⁹.

2.2 De otro lado, respecto del modelo de la persona razonable, hemos de apuntar que se ha venido utilizando el término «razonable» también en nuestro ordenamiento, tanto a nivel jurisprudencial como incluso legislativo. Por ello, hemos de analizar la inclusión en nuestro ordenamiento de la denominada *regla de la razón*. Sin perjuicio de que se trata de una regla propia de países del *common law*, se ha producido una cierta recepción en nuestro sistema jurídico, propiciada por la necesidad de adaptar el Derecho español al Derecho Comunitario, pero con claras influencias del Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Así se ha puesto de manifiesto en la Ley 12/1992, de 27 de mayo de 1992, sobre Con-

²⁷ Official Text with comments, The American Law Institute National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, West Publishing, enero de 2003.

²⁸ Podríamos decir que la buena fe amplía el ámbito de las obligaciones (prestación en general) que pesan sobre las partes del contrato; entenderemos por «prestación en general» la que está compuesta por deberes propiamente prestacionales (deberes de prestación) y deberes de protección o prestaciones accesorias, entre las que se ubica la buena fe; *vid. JORDANO FRAGA, F., op. cit., La responsabilidad contractual*, pp. 141-145, donde pone de manifiesto claramente que la entrada de la buena fe ensancha la responsabilidad contractual, al instaurar una prestación más compleja, integrada por un número de obligaciones mayor; así, junto al deber de prestación primario, aparecerían otros deberes accesorios que dificultarían el cumplimiento; VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás, *La obligación de conservación en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. (Un estudio transversal de la Convención de Viena)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 174-178, analiza de forma combinada la buena fe y la razonabilidad, entendiendo que la buena fe ha de ser dotada de contenido a través de la razonabilidad, es decir, de la medida media de conducta.

²⁹ *Vid. VÁZQUEZ LEPINETTE, T., op. cit., La obligación de conservación en la Convención de Viena...*, p. 175.

trato de Agencia (en adelante, Ley de Agencia)³⁰, donde se recogen varias referencias a esta regla de la razón: en el artículo 9.2.c) de la Ley de Agencia se acude a la misma, al regular las obligaciones del agente, así se establece que el mismo habrá de desempeñar su cargo atendiendo a la *razonabilidad* de la instrucciones recibidas del principal³¹; el artículo 11.1 recoge la razonabilidad para determinar la retribución del agente y el artículo 30.b) *in fine*, al regular una de las excepciones a la inexistencia del derecho a indemnización del agente cuando ha habido una denuncia unilateral del contrato, utiliza el criterio de «*que no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades*»³².

Al hilo de la relativa introducción en nuestro ordenamiento de dicha regla, se plantea la posible sustitución, solapamiento o complementación de la misma respecto del clásico modelo del ordenado empresario, que rige en nuestro sistema; incluso podríamos plantear dichos aspectos más allá, es decir, cuestionarnos si tal regla sustituye, se solapa o complementa con la terminología vigente, en general, en nuestro ordenamiento («ordenado» o «buen») ³³. A este respecto hay que establecer que, sin perjuicio de

³⁰ «BOE» núm. 129, de 29 de mayo de 1992.

³¹ *Vid.* sobre esta exigencia del seguimiento de las instrucciones razonables por parte del agente, RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, Daniel, «Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia», en *ADC*, abril-junio, 1993, p. 785.

³² En este punto son muy interesantes y reveladoras las conclusiones a las que llega ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «La adaptación del Derecho español al Derecho Comunitario europeo», en *L'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la CEE. Bilan et perspectives*, Actes du Colloque international de Talence, 29-30 de enero de 1993 (Textos reunidos por GUICHARD, FRANÇOIS Y LAVALLÉ, Bernard), Maison des Pays Ibériques, París, 1993, pp. 165-176, en concreto pp. 174-176, donde se refiere a las modificaciones de nuestro sistema jurídico y de nuestros decimonónicos C. de c. y CC, para adaptarse a las nuevas necesidades y, en definitiva, al Derecho Comunitario. Así, pone de manifiesto que *la regla de razón*, propia de países del *common law* (especialmente norteamericanos), se ha introducido en nuestro Derecho por imperativo de las normas comunitarias, llegando incluso a nuestra jurisprudencia. Como señala, esta acepción de la regla de la razón debe diferenciarse de la *rule of reason* utilizada en el Derecho de la Competencia, ya que, en ese ámbito, implica la entrada de las prescripciones de la Escuela de Chicago, como un medio de suavizar la estricta y encorsetada prohibición, sin más, de los actos empresariales de restricción de la competencia. La regla de la razón en el ámbito del Derecho de obligaciones sirve para disciplinar la conducta del deudor y del acreedor; de tal forma que, de un lado, delimitará la diligencia a prestar y, de otro, proporcionará un modelo abstracto de referencia, *el hombre razonable, el profesional razonable, el médico razonable*, etc. Para las distintas utilidades de la regla de la razón en el Derecho de obligaciones, *vid.* ILLESCAS ORTIZ, R., *op. cit.*, «La adaptación del Derecho español...», p. 174. *Vid.* también VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *op. cit.*, *La conservación de las mercaderías en la Convención de Viena...*, p. 170.

³³ El artículo 9.2.b) de la Ley de Agencia señala que el agente habrá de «*Ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado*». La Ley de Agencia también ha utilizado este término, como señalabamos; así, tal y como precisa RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D., *op. cit.* «Notas sobre la nueva Ley...», p. 784, la diligencia de un ordenado comerciante da entrada a un plus de diligencia respecto de la diligencia a exigir a una persona no profesional, «*respecto de la normal del buen padre*

que se ha producido la recepción en una ley concreta y de las influencias en las conclusiones de nuestros Tribunales (en las que se ha hecho referencia a la «*diligencia razonable*»³⁴), estos aspectos no determinan la sustitución de los básicos modelos abstractos de referencia; en todo caso, la regla de la razón serviría para complementar estos estándares de conducta y siempre sería compatible con los mismos. Esta conclusión es apoyada por la propia Ley de Agencia, ya que, al regular las obligaciones del agente en el artículo 9.2, establece en el apartado *a*), es decir, en primer lugar, que el agente deberá actuar «*con la diligencia de un ordenado comerciante*», por lo que, en la propia Ley en la que se introduce la novedad de la regla de la razón se determina la compatibilidad con los modelos abstractos clásicos, en este caso con el estándar empresarial³⁵.

Ciertamente, este estándar del *reasonable man* o del *reasonable merchant* se puede entender en cierta medida incorporado en el Derecho español a través del Derecho Uniforme del Comercio Internacional³⁶; en concreto, a través de la Convención de Viena

de familia». Sin embargo, en el Derecho italiano la exigencia de la diligencia comercial no ha sido seguida de manera unánime; al respecto, como precisa BALDASSARI, AUGUSTO, *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, Milán, 1992, 49-58, en principio, la diligencia requerida al agente será la propia de un buen padre de familia, especificada atendiendo a la naturaleza especial de la obligación asumida; aplicando, al efecto, el artículo 1176 CC italiano, en sus párrs. 1.º y 2.º; pero pone de manifiesto como hay un sector de la doctrina que entiende que la diligencia exigible ha de ser la propia del comercio, la del buen comerciante en general, por aplicación del artículo 1176.2 CC italiano que prescribe la necesidad de observar la naturaleza de la obligación para evaluar la diligencia.

³⁴ Vid., entre otras, STS de 5 de diciembre de 1992 (R. Ar. 10396).

³⁵ Así, la Ley de Agencia no ha optado por introducir como modelo de referencia el del razonable empresario, sustituyendo el modelo abstracto mercantil clásico. Este problema de determinar si la razonabilidad excluye las reglas vigentes en nuestro ordenamiento, ha sido apuntado hábilmente por ILLESCAS ORTIZ, R., *op. cit.*, «La adaptación del Derecho español...», p. 176, donde establece que se plantea una duda esencial, que consiste en determinar si la razón es equivalente a la diligencia o, *a contrario sensu*, si la negligencia y la irracionalidad son lo mismo; estableciendo, igualmente, que se trata de un problema que demanda solución rápida y adecuada. En este punto hemos de decir que la razón equivale más bien al apelativo «ordenado» o «buen» que adjetiva al padre de familia o al buen profesional; es decir, en los países del *common law* el estándar de referencia es el del *reasonable man* o el del *reasonable professional*, en los países del *civil law* tal término se sustituye por el del buen padre de familia, el del buen profesional o el ordenado comerciante.

³⁶ Vid. el amplio y completo análisis de ILLESCAS ORTIZ, R., «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», en *RDM*, núm. 207, enero-marzo, 1993, pp. 37-91. Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., y PERALES VISCASILLAS, María Pilar, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces-Universidad Carlos III, 2003.

Para un análisis de la aportación de los Principios de UNIDROIT a la *lex mercatoria* y a las reglas transnacionales, vid. GAILLARD, Emmanuel, «Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de le méthode des principes généraux du droit», *Journal du Droit International*, enero-febrero, 1995, pp. 5-30.

sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (CNUCCIM)³⁷, que ya es Derecho interno³⁸, y que destaca por la utilización continuada del término razonable a lo largo de su articulado. El término «razonable» se viene utilizando en el ámbito del Derecho Uniforme del Comercio Internacional para conciliar los términos de los distintos ordenamientos internacionales; hay que destacar la utilización de dicho criterio en el artículo 79 CNUCCIM, donde se regula el caso fortuito, es decir, la posibilidad de excluir la responsabilidad por incumplimiento³⁹. También ha sido seguido en los Principios de UNIDROIT (Inter-

³⁷ Vid. el amplio estudio realizado por PERALES VISCASILLAS, M. P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

³⁸ A la CNUCCIM se adhiere España mediante instrumento de 17 de julio de 1990 («BOE» núm. 26, de 30 de enero de 1991)

³⁹ En concreto, en el párrafo 1.º del artículo 79 se establece «Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y *si no cabía razonablemente esperar* que tuviese en cuenta el impedimento...»; vid., sobre este artículo, HONNOLD, John O., *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales* (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, pp. 467-485; TALLON, «Exemptions. Section IV», en BIANCA, C. M., y BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 572-595.

En este sentido, ya GARRIGUES, Joaquín («Observaciones sobre el Convenio de Compraventa Internacional de Mercaderías», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1980, 2.º trimestre, pp. 17-18) destacó la influencia decisiva del término «razonable» a lo largo de la CNUCCIM; así, estableció que «*toda la ley gira sobre el calificativo “racional” o el adverbio “racionalmente”, que se repiten constantemente*»; en el mismo sentido, vid. BERLINGIERI, F., «Lo standard del “reasonable man”», pp. 329-340, que analiza la influencia del término «razonable» en dicha Convención desde dos puntos de vista: como estándar de comportamiento y como regla temporal, planteando la aplicación del modelo del «*reasonable man*» para definir el término razonable contemplado a lo largo de la CNUCCIM; igualmente, VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *op. cit.*, *La obligación de conservación en la Convención...*, pp. 163-178, donde lleva a cabo un estudio, primeramente separado, de la buena fe y de la razonabilidad y, posteriormente, conjunto, especificando ambos criterios en el marco de la CNUCCIM; recogiendo, igualmente, el número de veces que se recoge el criterio de razonabilidad [*vid.* nota 6, p. 163, donde se hace referencia a que dicho término aparece en los arts. 8.2, 8.3, 16.1.b), 25, 33.c), 35.2.b), 38.3, 39.1, 43.1, 46.2, 46.3, 47.1, 49.2.a), 49.2.b), 60.a), 63.1, 64.2.b), 65.1, 72.2, 73.2, 75, 76.2, 79.4, 85, 86.1, 88.1 y 88.3].

DÍAZ BRAVO, ARTURO, «En torno al concepto de lo “razonable” en la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», en *Coloquio Internacional de Derecho Mercantil: La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, Anuario Jurídico de Mejico*, 1983, v. X, pp. 103-110, tras realizar el recuento, igualmente, de las numerosas veces en las que aparece la palabra «razonable» en la CNUCCIM, establece que el concepto «razonable» es equivalente a los utilizados en los países del *civil law*; de tal forma que sería el equivalente al buen padre de familia, tal y como se recoge en el artículo 356 de la Ley de títulos y operaciones de crédito mejicana; destacando la necesaria variabilidad de tal concepto y de su adaptación a las circunstancias, como ejemplo también se refiere al artículo 287 C. de c. mejicano, que como el nuestro, recoge la diligencia específica exigida al comisionista, cuando no pudiera consultar o estuviese autorizado a obrar a su arbitrio, en cuyo caso ha de actuar de acuerdo con los dictados de «*la prudencia [...] cuidando del negocio como propio*».

national Institute for the Unification of Private Law, en lengua anglosajona) sobre los Contratos Comerciales Internacionales, cuya versión actual es de 2004 (en adelante, Principios de UNIDROIT)⁴⁰; el artículo 7.1.7 establece que el incumplimiento de una obligación por una de las partes quedará excusada cuando exista fuerza mayor, considerándose como tal un impedimento fuera del control y que no podía ser esperado razonablemente en el momento de conclusión del contrato⁴¹.

3. Debemos terminar precisando que es más correcta la distinción realizada en nuestro sistema jurídico, atendiendo a que el empleo de dos términos diferentes manifiesta la necesidad de distinguir entre dos modelos de diligencia. El término ordenado implica una superior diligencia, exigible a los empresarios, como deudores que se dedican de forma típica y habitual a una actividad.

IV. EL ORDENADO EMPRESARIO-ADMINISTRADOR COMO BASE DE TRATAMIENTO

1. Una vez llevadas a cabo las precisiones terminológicas señaladas, hemos de matizar que «ordenado empresario» es el término que ha sido utilizado para referirse al modelo de diligencia del administrador de una sociedad anónima. A tal efecto, se recoge en el artículo 127.1 del RD legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA)⁴²; siguiendo

⁴⁰ Uno de los antecedentes de los Principios de UNIDROIT es el Proyecto, 12.^a ed., Roma, julio de 1992 (Study L-Doc. 40 Rev. 10); el artículo 7.1.7 de dicho proyecto en su párr. 1.º, en la línea del artículo 79 CNUCCIM, precisaba que «El incumplimiento de una parte es excusable cuando se debió a un impedimento ajeno a su control y *que no había esperar razonablemente*» (la cursiva es nuestra).

La anterior versión es de 2001, que recoge la originaria de 1995, corregida y editada. No ha sido modificado el artículo reseñado anteriormente en el texto en la actual versión.

⁴¹ Vid. el estudio realizado por ILLESCAS ORTIZ, R., «Los Principios de UNIDROIT: ¿una nueva *lingua franca* para la redacción de los contratos comerciales internacionales?, en *Congreso Interamericano, Los Principios de UNIDROIT: ¿un Derecho Común de los contratos para las Américas?*, Valencia, Venezuela, 6-9 de noviembre de 1996, pp. 201-209. Vid. PERALES VISCASILLAS, M. P., «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los Principios de UNIDROIT. Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales», *RDM*, núm. 223, enero-marzo, 1997, pp. 221-297.

Vid. el comentario realizado por BONELL, Michael Joachim, «UNIDROIT Principles 2004-The new edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law», *Uniform Law Review*, 2004, pp. 5-40, que realiza un estudio del seguimiento de los Principios de UNIDROIT en su versión anterior y los cambios introducidos en la nueva versión.

⁴² «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 1989; corrección de errores, «BOE» núm. 28, de 1 de febrero de 1990.

la línea iniciada por la LSA de 1951, artículo 79. Así, en el artículo 127.1 LSA se señala que los administradores habrán de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario⁴³ (además de hacerlo con la diligencia de un representante leal); la variación respecto de la LSA de 1951 consiste en la sustitución del término comerciante (la Ley de 1951, art. 79, aludía al ordenado comerciante) por la actual terminología: empresario⁴⁴. Este mismo modelo de referencia se ha recogido en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL)⁴⁵, en su artículo 61.1. Hay que matizar que la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22

⁴³ Establece POLO, E., *op. cit.*, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración...», p. 130, cómo en el Anteproyecto de LSA del Ministerio de Justicia y en el Proyecto del Gobierno se pretendió la eliminación de esta referencia al modelo abstracto del ordenado comerciante o empresario; para sustituirlo por la genérica referencia a la actuación acorde con «la diligencia con la que deben desempeñar el cargo», línea que no prosperó, al mantenerse el mismo modelo que se había fijado de manera tradicional en el artículo 79 LSA, es decir, abandonando el genérico del buen padre de familia. En este sentido, *vid.* también BELTRÁN, Emilio, «Hacia un nuevo Derecho de Sociedades Anónimas», en *RDBB*, abril-junio, 1988, p. 356.

⁴⁴ Respecto a este punto, es decir, por lo que toca a la sustitución del término comerciante por el de empresario, *vid.* GARRETA SUCH, J. M., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, pp. 75-76; el autor analiza la modificación producida con la LSA de 1989, en orden a sustituir el término comerciante por el de empresario; a tal efecto, establece que comerciante y empresario no son lo mismo, ni desde el punto de vista económico ni en el lenguaje coloquial; así, «comerciante es el que hace comercio, aislada o profesionalmente, singularmente compra-venta; empresario es el que se dedica profesionalmente al comercio al frente de una empresa, comprando y vendiendo en masa o fabricando y distribuyendo, también en masa»; añade que la elección del legislador del término empresario se encuentra en la línea de influencia del Derecho alemán, en el que el modelo de referencia de la diligencia del administrador es el ordenado y minucioso o concienzudo director del negocio; es decir, un modelo más profesional; POLO, E., *op. cit.*, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración...», p. 132, destaca, igualmente, el seguimiento del modelo alemán, al exigir la diligencia de un ordenado empresario.

Vid. también FARRÁN FARRIOL, Josep, *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 33-34, que establece que dentro del concepto «ordenado empresario» se encuentra la previsión, que consiste en la reserva constituida para cubrir una necesidad predeterminada. Sostiene, además, que debe haber prudencia y eficacia.

Vid. ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, «La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad», *RDM*, núm. 248, abril-junio, 2003, pp. 683-718, donde realiza un interesante estudio sobre la posibilidad de romper con el Derecho imperativo en la materia y pactar estatutariamente; llega a la conclusión de que la imperatividad no está justificada y únicamente lo estaría en las sociedades cotizadas.

Vid. GARCÍA MARTÍNEZ, ROBERTO, «La responsabilidad de los administradores en la jurisprudencia del mercado de valores», *Poder Judicial*, núm. 67, 2002, pp. 13-59, que analiza la responsabilidad de los administradores en las denominadas «sociedades especiales», estudiando las resoluciones del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

⁴⁵ «BOE» núm. 71, de 24 de marzo de 1995.

de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas⁴⁶ realiza una aclaración, estableciendo en el artículo 127.2 LSA que cada uno de los administradores de la sociedad han de informarse diligentemente sobre la marcha de la misma, lo que indica que así será independientemente de la forma de organizar la administración.

En definitiva, la diligencia exigible a un administrador como encargado de la gestión de la empresa (y también de la representación) coincidirá con la que ha de exigirse a un empresario, atendiendo a que la diligencia de un ordenado empresario consistirá, en última instancia, en ser un adecuado administrador mercantil.

En este ámbito sí ha sido delimitada la diligencia del ordenado empresario⁴⁷. A tal efecto, la descripción de dicha diligencia tomará como base el carácter profesional de la actuación, o sea, el desarrollo de la actividad atendiendo a la pericia y técnica propias del carácter empresarial que concurre en la persona que representa. El administrador ha de operar como un ordenador empresario, aunque no sea un empresario, pero es él quien desarrolla la/s actividad/es empresarial/es⁴⁸.

⁴⁶ «BOE» núm. 171, de 18 de julio de 2003.

⁴⁷ El modelo de referencia acogido por el legislador español y recogido, de nuevo, en la LSRL y en la Ley de Agencia, se aleja del sistema del Derecho comparado, por exceso y por defecto: de un lado, en el Derecho italiano (art. 2392, párr. 1.º, CC italiano) se exige que el administrador desempeñe su cargo con referencia a la diligencia de un mandatario, siendo, así, el modelo de diligencia el del buen padre de familia; dicho artículo señala lo siguiente: «*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società del danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori*»; al igual ocurre en el Derecho francés; de otro lado, en el Derecho alemán (en concreto, en el § 93 AktG de 1965) se utiliza el estándar del «ordenado y minucioso director del negocio», por lo que el modelo de referencia sería más profesional, como señala ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad...», p. 669, pero ello no quiere decir que el nivel de obligaciones asumidas o las consecuencias de la instauración de esta diligencia más profesional supongan un nivel pernicioso para el deudor, ya que un empresario, como tal, ha de desempeñar su cargo con mayor diligencia y asumir un número mayor de cargas, debido a que además de ser profesional es empresario; *vid.* BORGIOI, A., «La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni», en *Rivista de la società*, 1978, pp. 1056-1092.

Vid. también sobre el tratamiento en este ámbito de la diligencia del ordenado empresario, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 195-200; GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, pp. 158-166; GIRÓN TENA, J., «La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español», en *ADC*, abril-junio, 1959, p. 446, donde pone de manifiesto esta elección de un modelo profesional en los diversos frentes planteados en el Derecho comparado; POLO, E., *op. cit.*, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración...», pp. 131-141; CABANAS TREJO, Ricardo, y CALAVIA MOLINERO, J. M. (Coordinación), *Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada* (Comentarios de urgencia a la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Praxis, Barcelona, 1995, p. 342.

⁴⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, 1985, pp. 195-251, analiza la diligencia exigible a los administradores, señalando

De acuerdo con ese carácter empresarial y profesional, se habrá abandonando el modelo de referencia del buen padre de familia, por no adaptarse a las necesidades del tráfico mercantil. Por lo tanto, el modelo será diferente, atendiendo a la profesionalidad exigida en dicho ámbito; profesionalidad que consistirá en una mayor previsión y prudencia en las actuaciones, al igual que una actitud distinta ante las situaciones planteadas, una actitud que manifiesta una superior iniciativa y capacidad técnica⁴⁹. El abandono del modelo del buen padre de familia en el

que, a pesar de que los administradores no son comerciantes, habrán de actuar como tales en su actividad, sometiéndose a un nivel de diligencia superior. Así, es claro que los administradores de las SS.AA o SS.RR.LL no son comerciantes sino que actúan como tales y se someten al nivel específico de los mismos; GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, p. 158; *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, p. 198, que señala que los administradores no son comerciantes en el sentido técnico-jurídico, porque no ejercen el comercio en nombre propio sino por cuenta ajena; en definitiva, deberán actuar como un comerciante, pues se trata de un órgano de una entidad que sí es un comerciante; en este mismo sentido se pronuncia ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *RDM*, núm. 198, octubre-diciembre, 1990, p. 669.

GARRETA SUCH, J. M., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, p. 77, pone de manifiesto cómo el administrador no es empresario desde el punto de vista técnico-jurídico sino que lo es desde el punto de vista económico.

⁴⁹ En este sentido se pronuncia QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 196-197, al precisar que con el término ordenado comerciante se deja de lado el modelo de diligencia clásico del buen padre de familia; se adopta otro modelo distinto, atendiendo a que el modelo del buen padre de familia no responde a las necesidades del comercio; se trataba de un modelo creado en el Derecho Romano para una realidad social concreta, ajena al comercio, así como –continúa precisando QUIJANO– la característica principal del modelo del ordenado comerciante es, precisamente, su profesionalidad, rompiendo con la neutralidad propia del modelo del buen padre de familia; de tal forma que «la profesionalidad podrá funcionar como un elemento de valoración objetiva de la conducta exigible al administrador que posibilite apreciar su falta de diligencia»; *vid.* ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milán, 1979, pp. 163 ss. (*cit.* por QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, p. 197, nota 6) que analiza la profesionalidad. En el mismo sentido GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.* *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, p. 158 y GIRÓN TENA, J., *op. cit.*, «La responsabilidad civil de los administradores...», en *ADC*, 1959, p. 446. *Vid.* también ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», pp. 667 y 669, donde pone de manifiesto cómo nuestro ordenamiento no sigue el modelo del buen padre de familia, como sí se hace en el Derecho italiano; así, se pasa de la diligencia común a una más rigurosa, en la línea del Derecho alemán, diligencia en la que va implícita la profesionalidad; precisando que la diligencia de un ordenado comerciante consiste en el desempeño de las funciones «con el orden y prudencia propia de la profesionalidad media que cabe esperar de un empresario»; *vid.* también GIRÓN TENA, J., *op. cit.*, «La responsabilidad de los administradores...», p. 446, que precisa como se abandona el modelo «aprofesional» del buen padre de familia. En el mismo sentido, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, «Notas sobre la nueva Ley...», pp. 784-785, donde establece que el modelo del ordenado empresario o comerciante exige un plus, que determinaría la superioridad con respecto al del buen padre de familia; a tal efecto alude a que en la LSA se varía la terminología, sustituyendo comerciante por empresario al lado del término «ordenado».

Como ha precisado POLO, E., *op. cit.*, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración...», pp. 132 y 134-135, las circunstancias de la naturaleza de la obligación y

ámbito de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es consecuencia directa del paralelo abandono de la teoría del mandato, al no justificar la posición de los administradores aplicando las normas sobre el mandato, no serán de aplicación los preceptos de dicho contrato, en concreto, el artículo 1719.2 CC, que se remite a la diligencia del buen padre de familia como parámetro de referencia del mandatario, modelo que se conserva en el Derecho italiano⁵⁰.

2. Cuando se hace referencia a que se trata de la diligencia media, hemos de precisar que no será sinónimo de mediocridad; se trata del empresario medio, no del empresario mediocre⁵¹.

de la persona implicarían que ha de aplicarse un modelo distinto al del buen padre de familia, a tenor del artículo 1104.1 CC; de tal manera que por estas dos circunstancias no sería preciso ni siquiera acudir al modelo subsidiario, en concreto, al del buen padre de familia contemplado en el párrafo 2 del artículo 1104 CC. Así, como establece el autor, si no se hubiera hecho referencia expresa en la LSA al parámetro del ordenado empresario, tampoco podría entenderse, por las precisiones señaladas con anterioridad respecto del 1104 CC, que sería aplicable el modelo del buen padre de familia. De otro lado, precisar como el autor hace referencia a la profesionalidad inherente en el concepto de ordenado empresario; a tal efecto, alude a que irá implícita su competencia profesional, destacando que tal competencia conlleva una capacitación técnica superior; pero que, no obstante, ni para ser administrador ni empresario, en general, se exige ninguna capacitación especial, lo que, en palabras del autor, impediría la aplicación de parámetros adecuados; señalar, sin embargo, que en el caso de las entidades de crédito tal capacitación especial sí es exigida para acceder a la empresa bancaria, tanto de sus administradores como, en algunos casos, de sus accionistas.

Es claro GARRETA SUCH, J. M., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, pp. 78-79, en sus pronunciamientos, al precisar que la diligencia del ordenado empresario es profesional, no pudiendo ser nunca la del buen padre de familia, que será «*más conservadora del patrimonio familiar que inversora, para cuyo desempeño se precisa simplemente la prudencia en el actuar pero no la información, toma de decisión y margen de riesgo previsible; la gestión del buen padre de familia es contraria a la gestión económica profesional, impide tratar el patrimonio con la finalidad empresarial y podía haber sido adecuada para gestionar una propiedad de carácter esencialmente inmobiliaria y agraria, pero no cuando ésta ha quedado transformada por su vinculación a la empresa*».

En el Derecho italiano, sin embargo, se continúa con un modelo más próximo al del buen padre de familia, al exigir que el administrador se comporte de acuerdo con la diligencia del mandatario; en este sentido *vid.* BORGIOI, A., *op. cit.*, «La responsabilità solidale degli amministratori...», pp. 1056-1057, *vid.* nota 3; ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad...», p. 669.

⁵⁰ *Vid.* en este sentido, GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, p. 158; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 667-668, donde pone de manifiesto cómo se renuncia a acudir al artículo 1719.2 CC por la no aplicación de la teoría del mandato en relación al carácter del administrador. *Vid.* BORGIOI, A., *op. cit.*, «La responsabilità solidale degli amministratori...», p. 1957, nota 3; ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad...», p. 669.

⁵¹ *Vid.* GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L., *op. cit.*, «Los depósitos bancarios de dinero y su documentación», *RDBB*, núm. 52, octubre-diciembre, 1993, pp. 919-1008; RAMOS HERRANZ, I., «Verificaciones que ha de realizar el Banco librado con ocasión de pago de cheques», *RDBB*, núm. 60, octubre-diciembre, 1995, p. 1038.

3. Este modelo es *abstracto u objetivo*⁵², es decir, se trata de un estándar previamente establecido⁵³ y que ha de cumplir el de-

⁵² En este mismo sentido se pronuncia el Derecho francés e italiano y el Derecho inglés y norteamericano; *vid.* GREGOIRE, P., *op. cit.*, *Le droit angloaméricain...*, p. 84; JACKSON, R. M., y POWELL, J. L., *op. cit.*, *Professional Negligence*, núm. 1.27, donde establecen que la evaluación de la conducta del deudor no ha de medirse basándose en un test subjetivo sino objetivo.

En esta línea CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, pp. 342-343 y MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil...*, pp. 423-438.

En nuestro ordenamiento, SANTOS BRIZ, S., *op. cit.*, «La culpa en Derecho civil...», pp. 615-618; DE COSSIO, A., *op. cit.*, «La causalidad en la responsabilidad civil», pp. 538-539, establecen, igualmente, la referencia a un modelo abstracto u objetivo; GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico...*, p. 73, sostiene que el buen padre de familia es un criterio objetivo y, además, abstracto. En este punto hay que referirse a la especial posición de MONTÉS PENADÉS, V., *op. cit.*, «Sobre la responsabilidad del deudor...», pp. 2442-2443, que estima que es necesario diferenciar entre abstracción y objetivación.

Son interesantes las reflexiones de JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, p. 120, que fundamenta o describe el nuevo fin que pretende el modelo objetivo de diligencia; estableciendo que «El carácter objetivo de la diligencia no es sino una afirmación del cambio de perspectivas producido en el Derecho de obligaciones, desde la sanción (que propende por una valoración subjetiva de las aptitudes e intenciones del sujeto), hacia la tutela del crédito que, por el contrario, propende por asegurar la realización del interés del acreedor en fuerza de establecer la medida de lo debido al margen de aquellas intenciones y aptitudes».

La jurisprudencia de nuestro TS ha entendido, igualmente, que el modelo de referencia para evaluar el correcto cumplimiento de la prestación es abstracto u objetivo. *Vid.*, entre otras, las SSTs de 14 de marzo de 1978 (R. Ar. 815), de 18 de noviembre de 1980 (R. Ar. 4143), de 28 de febrero de 1983 (R. Ar. 1077), de 24 de enero de 1995 (R. Ar. 165). En la STS de 16 de marzo de 1983 (R. Ar. 1480) se hace referencia al «principio general de la culpa objetiva»; sin embargo, en la STS de 8 de febrero de 1991 (R. Ar. 1157) se apunta que no debe llevarse a cabo una abstracción absoluta del factor moral o psicológico presente en el sistema culpabilístico clásico, aunque esta sentencia sería más bien una excepción en la progresiva moderación del sistema subjetivista clásico, hacia una mayor objetivación de la diligencia, que ha llevado a cabo la jurisprudencia del Alto Tribunal.

De otro lado, la referencia a un modelo objetivo ha sido vista, como ya hemos señalado, como una vía de moderación del criterio clásico de culpa; en este sentido *vid.*, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, p. 59, que establece que el criterio objetivo de culpa es, en realidad, una vía indirecta de instauración de la responsabilidad objetiva. CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, *La transformación de la responsabilidad civil...*, pp. 59-64, por su parte, diferencia diversas formas de objetivación como medios paliativos del sistema subjetivista: de un lado, el hecho de que los medios probatorios en manos del deudor para demostrar su falta de culpabilidad (documentos, confesión, presunción, etc.) son de carácter objetivo; en segundo lugar, una segunda forma de entendimiento se encontraría en la defensa de la denominada «teoría normativa de la culpabilidad»; finalmente, la tercera forma estaría constituida por la apreciación en abstracto de la culpa.

⁵³ Así, la diligencia exigible, en defecto de pacto expreso que describa la diligencia que ha de prestarse en el cumplimiento de las obligaciones, deberá estar previamente determinada; como una vía de aseguramiento de la confianza de los acreedores en las actuaciones de sus deudores, como una medida que incentive la seguridad jurídica en las operaciones del tráfico. Es decir, la evaluación de la diligencia del deudor atendiendo únicamente a sus propias facultades, o sea, la diligencia *quam in suis*, no permite que el acreedor pueda conocer, *a priori*, qué puede esperar del deudor cuando contrata; todo ello sin olvidar que habrán de evaluarse las concretas circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, sin que estas circunstancias desvirtuen el carácter abstracto de la diligencia. Esta es la línea seguida por la STS de 9 de abril de 1963 (R. Ar. 1964), que diferencia entre dos aspectos en la previsibilidad de daños, es decir, en la diligencia que ha de desarrollar el deudor; haciendo así referencia a que el «aspecto objetivo radica en la diligencia que pueda esperarse de toda persona en atención a los efectos de sus actos u omisiones, y el

dor en defecto de pacto expreso sobre la diligencia debida o cuando la misma no pueda derivarse de la naturaleza de la obligación. Este modelo abstracto es el del empresario medio. Por ello, va a exigirse la diligencia que despliegan todos los empresarios en sus empresas, excluyendo, por tanto, la diligencia que prestarían los empresarios más cuidadosos (muy diligentes, aspecto que determinaría la concurrencia de culpa levísima) o la que desarrollarían incluso los empresarios menos cuidadosos (poco diligentes, que, por su parte, supondría la existencia de culpa grave).

De la anterior reflexión se infiere que el legislador no ha querido introducir una graduación de culpas; tal sistema está, en efecto, excluido de nuestro sistema jurídico. Como sustitutivo, en el artículo 1103 CC se otorga a los Tribunales la facultad de moderar la culpa o negligencia⁵⁴. Pero los Tribunales habrán de basarse

subjetivo en la posibilidad dada a un sujeto determinado de prever las circunstancias en la situación del caso concreto, habiendo de determinarse en principio la diligencia exigible, según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso».

En este sentido se pronuncian los autores también al analizar, en concreto, el estándar de diligencia del ordenado comerciante. *Vid.*, ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», pp. 667-668, que establece que dicho modelo es objetivo aunque haya de concretarse atendiendo a las características concretas de la empresa; sin embargo, han de excluirse todo tipo de interpretaciones subjetivistas, que atiendan a la capacidad y pericia personal de cada administrador; sin embargo, sí admitirá que habrá de evaluarse la posición que ostentan los administradores dentro del órgano de administración, a los efectos de evaluar el cumplimiento de sus obligaciones, así, por ejemplo diferencia si se trata del Presidente o del Secretario del Consejo de Administración, ya que, cada uno de ellos tendrán un estatuto o posición orgánica especial; es más, esa diligencia general abstracta del ordenado comerciante, se modulará, de igual manera, cuando concurran especiales circunstancias, así, cuando la sociedad se encuentra afectada por una OPA, la actuación de los administradores será diferente, atendiendo a que sobre ellos pesarán obligaciones especiales; en definitiva, habrá que atender a las circunstancias que rodean la prestación. *Vid.* también QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 199-200, que podría parecer que se sitúa en un terreno más subjetivista, a primera vista; sin embargo, no es así, de un lado, admite que la diligencia a prestar es la diligencia media exigible a un comerciante ordenado, precisando, de otro lado, que «la referencia al ordenado comerciante no supone de forma automática la valoración de la conducta del administrador desde un criterio homogéneo en todos los casos, sino que, por tratarse de un concepto abierto, la determinación de su contenido sólo puede hacerse a la luz del caso concreto, estableciendo qué es lo exigible en cada situación, sin perjuicio de admitir la existencia de un elemento abstracto de medida coincidente con el tipo profesional medio de empresario»; en conclusión, establece, en primer término que el modelo de referencia es abstracto u objetivo y, en segundo término, que, manteniéndose ese elemento objetivo, el mismo habrá de concretarse en cada supuesto analizado; en el mismo sentido, POLO, E., *op. cit.*, t. VI. Los administradores y el Consejo de Administración..., p. 133.

⁵⁴ Para un análisis detallado de la facultad moderadora del artículo 1103 CC, *vid.* DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, «La facultad moderadora...», pp. 1133-1224; DÍEZ PICAZO, L., *op. cit.*, *Fundamentos del Derecho Civil...*, 2.ª ed., pp. 723-724; CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, *Derecho Civil...*, pp. 219-220; PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, *Compendio de Derecho Civil...*, p. 138; BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa...*, pp. 74-75; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, julio-septiembre, 1991, pp. 1025-1043, del mismo autor, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, octubre-diciembre, 1993, p. 1742.

ALBALADEJO, M., *op. cit.*, *Derecho Civil...*, matiza, acertadamente, que no se otorga una total facultad moderadora sino que los Tribunales, basándose en el modelo del artícu-

en la diligencia tal y como ha sido descrita en el artículo 1104 CC; así, respetar, en la medida de lo posible, el pacto de las partes, de un lado, y, de otro, el modelo del ordenado empresario. Esta facultad moderadora determinará la cuantía indemnizatoria. La facultad otorgada en el artículo 1103 CC permitirá, igualmente, que, apreciada la culpa del deudor y la del acreedor, se produzca la compensación de culpas o la primacía de una de ellas. En esta apreciación *será requisito esencial la buena fe*⁵⁵ del deudor a la hora de señalar los daños indemnizables (arts. 1107, 7.1 CC y 57 C. de c.).

Por tanto, el modelo del ordenado empresario y todos los modelos generales *serán abstractos pero no estáticos*, ya que, además de someterse al arbitrio judicial, deberán especificarse con las circunstancias del caso. En conclusión, *todos los empresarios, para no ser*

lo 1104 CC, habrán de adaptarlo al caso concreto; JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, pp. 127-133, entiende, adecuadamente también, que la facultad moderadora de los Tribunales no podrá modificar el nivel de diligencia del buen padre de familia y sólo servirá para determinar la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, *Derecho Civil español*, pp. 219-220, en contra, establece que el arbitrio judicial, atendiendo al artículo 1104.1 CC, irá más allá, puesto que su labor alcanzará incluso a la facultad de fijar cuál es la diligencia exigible; al respecto hay que señalar que la facultad moderadora de los Tribunales debe basarse en las prescripciones del artículo 1104 CC y, por ende, en la especial naturaleza de la obligación y las circunstancias, no existiendo, en definitiva, un libre arbitrio judicial; de tal manera que, dicha facultad deberá centrarse en la fijación de la cuantía indemnizatoria y, en su caso, en la compensación de culpas, todo ello en aras de una mayor seguridad en las relaciones del tráfico, es decir, para permitir el conocimiento previo del nivel de diligencia exigible, sin que sea preciso esperar a que sea fijada por los Tribunales en cada caso.

Vid. SSTs de 14 de octubre de 1952 (R. Ar. 1855), de 20 de diciembre de 1960 (R. Ar. 4752), de 11 de diciembre de 1981 (R. Ar. 5154), de 24 de septiembre de 1983 (R. Ar. 4677), de 25 de enero de 1989 (R. Ar. 126), de 19 de febrero de 1990 (R. Ar. 700), de 31 de diciembre de 1990 (R. Ar. 9539), de 5 de febrero de 1991 (R. Ar. 992), de 18 de febrero de 1991 (R. Ar. 1446), de 11 de julio de 1992 (R. Ar. 6281), de 22 de diciembre de 1993 (R. Ar. 10105), de 7 de mayo de 1994 (R. Ar. 3890), de 26 de septiembre de 1994 (R. Ar. 8989) y de 24 de febrero de 1995 (R. Ar. 1111).

⁵⁵ Para un estudio conjunto de la buena fe y la diligencia del artículo 1104 CC, *vid.* JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, pp. 135-150. *Vid.* el amplio análisis de MONTÉS PENADÉS, Vicente, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el artículo 1107 C.c.», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 2423-2462, sobre el deudor de buena fe en el artículo 1107.1 CC; este autor llega a la conclusión de que la jurisprudencia del TS, al estar anclada en el sistema culpabilístico, no posibilita aplicar de forma correcta el artículo 1107.1 CC a la hora de evaluar los daños por los que ha de responder un deudor de buena fe; así, la rigidez del TS en la prueba del daño por el acreedor (exigiendo que se pruebe de forma clara la realidad del daño, extendiéndose en algunos supuestos hasta la cantidad, para que exista indemnización de daños y perjuicios) impide, igualmente, la correcta aplicación del artículo 1107.1 CC; por todo ello, propone distinguir entre los daños íntrosos o el *id quod interest* (como valor de la prestación en sí misma) y los daños extrínsecos o ulteriores; en los primeros (daños intrínsecos) bastaría con que el acreedor probara el incumplimiento y el valor de la prestación (si no estuviera determinado), mientras que en los segundos (daños extrínsecos) sí debería exigirse una prueba suficientemente acreditativa por parte del acreedor. *Vid.* DÍEZ PICAZO, L., *op. cit.*, *Fundamentos del Derecho civil...*, 4.ª ed., pp. 587-588; PANTALEÓN PRIETO, F., *op. cit.*, «El sistema de responsabilidad contractual...», pp. 1025-1043.

*negligentes, y a falta de definición de la diligencia, deberán prestar la diligencia de un ordenado empresario, atendiendo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*⁵⁶. Sin perjuicio de que el modelo del ordenado empresario

⁵⁶ Vid. en este sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 199-200, que precisa que el contenido del «orden en el ejercicio del comercio» tendrá un aspecto que es determinable desde el principio, atendiendo a que las normas ofrecen un conjunto de obligaciones y deberes que constituyen los elementos mínimos en ese orden exigido; pero, de otro lado, existen aspectos que no pueden determinarse de antemano, a tal efecto, esos elementos que no pueden ser objeto de previa determinación van a depender del caso concreto, debido a que el juicio de valor sobre el cumplimiento con la diligencia de un ordenado comerciante, en el caso del administrador, pero extensible a todos los ámbitos en los que el deudor ha de comportarse como un ordenado comerciante, deberá llevarse a cabo de acuerdo «con el interés de la sociedad en cada momento, ya que dicho juicio es sobre la oportunidad de un acto de gestión, para valorar su adecuación al tipo de diligencia exigida»; en esta línea, las circunstancias del tiempo, lugar y de la persona serán esenciales, ya que como precisa el autor (vid. nota 14, pp. 199-200) dicho juicio sobre el cumplimiento diligente habrá de realizarse considerando el momento de adopción de las medidas de gestión por el administrador o la época en que se llevaron a cabo; por tanto, «valorando las circunstancias concurrentes, sin perjuicio del grado de previsión exigible a un ordenado comerciante». En la misma línea vid. ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», pp. 667-669; vid. GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, p. 161, que establece que tal diligencia tiene un carácter rígido pero no estático, por lo que ha de adaptarse a las circunstancias.

POLO, E., *op. cit.*, «T. VI. Los administradores y el Consejo de Administración...», pp. 133-134, determina que el modelo del ordenado empresario es difícil de predeterminar, atendiendo a que habrán de evaluarse las circunstancias concurrentes, pero manteniendo el tipo abstracto; de tal manera que la prestación acorde a la diligencia debida podrá apreciarse comparando la actuación, no con la diligencia requerida en general a los empresarios, sino con la exigida en el sector de actividad de la empresa. En esta línea, VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, «Pago de cheque falso o falsificado y concurrencia de culpas (dos sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife)», *RDBB*, núm. 50, abril-junio, 1992, p. 263, que ha establecido, respecto del empresario bancario, y para destacar estas mayores cautelas y mayor nivel de diligencia que ha de desplegar, que «por su actuación profesional, debe requerirsele la más rigurosa de un empresario ordenado de ese sector del tráfico». GARRETA SUCH, J. M., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, p. 78, matiza que la diligencia del ordenado empresario, en todo caso, ha de adecuarse al tiempo y al lugar, precisamente, porque no es equivalente la diligencia debida en una actividad de servicio, como la Banca, o en una de producción, como la fabricación, ni en un período expansivo, que en un período de restricción.

En este sentido se pronuncia FORTINO, M., *op. cit.*, *La responsabilità civile...*, p. 23, al establecer que la diligencia se evaluará conforme a un modelo abstracto y relativo a la vez, ya que varía según las situaciones. Igualmente, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, pp. 120-121, que señala que «El carácter objetivo de la diligencia (determinación del comportamiento debido al margen de las aptitudes del deudor) no es incompatible con su carácter elástico, en el sentido de dar cabida en la valoración de la conducta debida a las diversas circunstancias en que ésta se produce»; ALBALADEJO, M., *op. cit.*, *Derecho Civil...*, p. 1688; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, pp. 292-296. Igualmente, MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico...*, pp. 424-431; DE COSSIO, A. L., «La causalidad en la responsabilidad civil...», pp. 539-540; SANTOS BRIZ, J., *op. cit.*, «La culpa en Derecho Civil...», pp. 616-618; CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, pp. 53-55; SAVATIER, R., *op. cit.*, *Traité de la responsabilité civile...*, t. I, núms. 99-101; GREGOIRE, P., *op. cit.*, *Le droit anglo-américain...*, p. 84; JACKSON, R. M., y POWELL, J. L., *Professional Negligence...*, núm. 1.27. GREGOIRE, P., *op. cit.*, *Le droit anglo-américain...*, pp. 86 y ss., alude a un cierto subjetivismo, al entender que la edad y características físicas serán esenciales para determinar el *standard of care*; aludiendo, con ello, al problema planteado con los inimputables a la hora de fijar cuál es la diligencia de la persona razonable; señala

será un parámetro de referencia que ha de guiar la actuación de cualquier empresario, dicho modelo del ordenado empresario se matiza, puesto que corresponderá al concreto sector de actividad analizado, debido a que la diligencia requerida *in genere* a todo empresario por el hecho de ser tal habrá de complementarse con las específicas exigencias de la actividad evaluada⁵⁷ (transporte, banca, seguros, inversión, telecomunicaciones, etc.).

Es claro, entonces, que, además, y con el fin de completar el nivel general de diligencia del ordenado empresario, habremos de acudir a la concreta empresa, o sea, a la actividad específica que lleva a cabo el empresario; tendremos presentes las características propias de la empresa analizada.

V. EL ESTÁNDAR DEL EMPRESARIO CULPABLE EN LA CALIFICACIÓN DE LAS SITUACIONES CONCURSALES

1. Los empresarios, como tales, habrán de tener mayor previsión y cautela en los negocios que emprenden; los riesgos asumidos deberán garantizar la continuidad y solvencia de la empresa,

que la mayoría de las decisiones judiciales en el ámbito del *commow law* no tendrán en cuenta este carácter especial, todo ello debido a que el carácter objetivo se acentúa en este punto, puesto que sería injusto para el dañado que no fuera indemnizado, atendiendo a que el autor no debe responder por ser demente, un deficiente mental, etc., aportando a este respecto la solución a la que se llega en el Derecho belga, con el artículo 1386 bis del CC belga, que señala que «*lorsqu'une personne se trouvant en état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale la rendant incapable du contrôle de ses actions, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à toute ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes. Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties*»; estableciendo, igualmente, que esta es la solución adoptada en el Derecho alemán y suizo. Vid. STS de 6 de mayo de 1994 (R. Ar. 3888).

⁵⁷ En este sentido se pronunciaban GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, pp. 159-160, que establecieron que la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, exigida a los administradores de las sociedades anónimas (y, añadimos, de las sociedades de responsabilidad limitada), no se referirá a cualquier tipo de sociedad, sino que hará referencia a la singular empresa en la que el administrador ostenta su cargo; en concreto, establecen que no puede ser la misma diligencia la de un administrador de un Banco que la del administrador de una compañía de transportes y así es, atendiendo a que la posición de la empresa que gestiona y representa es distinta. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 197-198, nota 6, establece que la pericia o capacidad técnica del administrador, en definitiva, del ordenado comerciante, deberá evaluarse en función de la concreta actividad ejercitada; debiendo analizar las dimensiones de la empresa, el sector económico en que opera la sociedad y el interés de ésta y, es más, estima que estas conclusiones vienen impuestas por el artículo 1104 CC, al vincular «*la diligencia exigible a la propia obligación*». En el mismo sentido ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», pp. 667-668, que precisa que la diligencia del ordenado comerciante deberá evaluarse atendiendo a una interpretación objetiva del deber de diligencia, de acuerdo con el tipo y la magnitud de la empresa.

atendiendo a que sobre los empresarios pesan estrictos deberes de control de su actividad económica (deber de llevanza de contabilidad y registro, entre otras). Estrictos deberes que se refuerzan, por ejemplo, con las entidades de crédito. Por lo tanto, deberán evitar las situaciones de insolvencia, en particular, que den lugar al concurso, en aras de la protección de los acreedores y de la continuidad y desarrollo del sistema económico.

En este sentido, el C. de c., al regular las normas de la quiebra, en concreto, de la quiebra culpable (arts. 888 y 889 C. de c.), delimitaba, *a contrario*, qué era un empresario ordenado y diligente, ya que, no desarrollando su empresa de la manera enunciada, se comportará como un empresario ordenado y prudente y, evitaba, en mayor medida, la posibilidad de no poder satisfacer las necesidades de sus acreedores; sin perjuicio de que pudiera tener lugar igualmente la quiebra cuando no estuviésemos ante una quiebra culpable o fraudulenta. Dichas normas precisaban lo siguiente:

1) En el artículo 888 C. de c. se recogían varios elementos de delimitación de la quiebra culpable, destacando el que sigue: el empresario era culpable si las pérdidas hubieren sobrevenido a consecuencia de apuestas imprudentes y cuantiosas, o de compras y ventas u otras operaciones que tuvieren por objeto dilatar la quiebra⁵⁸.

La referencia que se hacía en el artículo 888 C. de c. a la existencia de culpabilidad cuando los gastos domésticos y personales hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia, sólo debía ser de aplicación a los empresarios individuales pero no a los empresarios sociales. De otro lado, se aludía, como elemento de estimación de la actuación negligente del comerciante, a la existencia de pérdidas, originadas por cualquier especie de juego, que excedieran de lo que por vía de recreo suele aventurar en esta clase de entretenimientos un cuidadoso padre de familia; hemos de precisar que tal referencia no sería adecuada en general para ningún empresario, atendiendo a que estamos siempre ante una persona que desarrolla una actividad comercial o empresarial, no ante un deudor normal, así, la previsión que ha tener un empresario en este tipo de actividades será superior.

⁵⁸ Sobre los supuestos contemplados en el artículo 888 C. de c., destacar las reflexiones de CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra*. Una visión jurisprudencial, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 273, que determinaba que en tales casos se aludía a supuestos en los que se pone de manifiesto una absoluta imprudencia en el manejo y dirección de los negocios, con falta de celo y despreocupación.

Respecto de estos dos parámetros para la calificación de la quiebra como culpable, hemos de señalar que es claro que el legislador decimonónico, al regular la quiebra, tenía presente al comerciante individual, de pequeña envergadura; así es por las referencias a las actuaciones domésticas o personales, al rango y familia del comerciante o incluso por lo que respecta a las alusiones a las actividades de juego; circunstancias ajenas, todas ellas, al marco de los empresarios sociales⁵⁹.

2) El artículo 889 C. de c. establecía, igualmente, varios criterios, destacando el siguiente: será culpable el comerciante cuando no hubiere llevado los libros de contabilidad en la forma y con los requisitos esenciales e indispensables, recogidos en el Título III del Libro primero, o cuando los hubieren llevado pero hubiera incurrido en falta que perjudicase a tercero; es decir, habrán de respetarse las normas de contabilidad en sentido formal y material. Dicha presunción de actuación culpable por parte del empresario era destruable mediante prueba en contrario, al tratarse de una presunción *iuris tantum*. Como precisamos, la llevanza de libros de contabilidad entrará dentro de la diligencia a seguir por un ordenado empresario en su actuación; la continuidad de un negocio de forma ordenada tiene una clara plasmación en este punto, se trata de un elemento donde se refleja de forma transparente la actividad

⁵⁹ En este sentido se manifiesta SÁNCHEZ CALERO, F., «Las crisis bancarias y la crisis del Derecho Concursal. Orientaciones de política legislativa en el momento presente», en *RDBB*, núm. 11, julio-septiembre, 1983, pp. 535-536, donde establece que las situaciones contempladas en el C. de c. para la calificación de la quiebra se muestran absolutamente inadecuadas para las situaciones de crisis de las empresas bancarias; el legislador tenía en mente a un modesto comerciante, a un «*tendero*»; esta tendencia del legislador no sólo se manifiesta en los indicios de actuación culpable recogidos en el artículo 888 C. de c., a los que hemos aludido en el texto, sino que, como precisa SÁNCHEZ CALERO, también se ponen de relieve en el artículo 913 C. de c., al contemplar la prelación de acreedores, primando los gastos de entierro, funeral o testamentaria; finalmente, hemos de precisar que el autor alude a otro aspecto inadecuado, en general, del proceso de quiebra y, en particular, por su aplicación a las empresas bancarias, se trata de la contemplación de un procedimiento de mera liquidación de bienes, para satisfacer a los acreedores, sin pretender la continuidad del negocio, esta línea es abandonada con la actual legislación concursal. *Vid.* también sobre las crisis de las empresas bancarias, IGLESIAS PRADA, Juan y SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, «Perfiles generales de la crisis en la Banca contemporánea», en *RDM*, núm. 171, enero-marzo, 1984, pp. 47-77; PIÑEL LÓPEZ, Enrique, «El Anteproyecto de Ley concursal desde la perspectiva bancaria», en *RDBB*, núm. 15, julio-septiembre, 1984, pp. 575-586.

Contamos con una ley especial para las situaciones concursales de las entidades de crédito, se trata de la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito («BOE» núm. 97, de 23 de abril de 2005). Pretende la armonización comunitaria europea para el buen funcionamiento de los procesos concursales transfronterizos, es decir, afecta a las entidades de crédito que realicen una actividad transfronteriza. Se siguen las disposiciones de la Directiva 2001/24/CE del Parlamento y el Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, introduciendo una serie de especialidades. La Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, es modificada en parte; también se modifica la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

desarrollada y un instrumento de protección de los acreedores que contratan con los empresarios⁶⁰.

2. La actual Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio⁶¹), pese a establecer un procedimiento conjunto para deudores empresarios y no empresarios⁶², especifica a la hora de la calificación del concurso como culpable. El artículo 164.2 señala que el concurso se considerará culpable en todo caso cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente tal obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara. Además, se presume que hay dolo o culpa grave, salvo que se aporte prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, los representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso (concurso obligatorio) o si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría (cuando deba hacerlo) o si, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el

⁶⁰ Vid. CORDÓN MORENO, F., *op. cit.*, *Suspensión de pagos y quiebra...*, p. 273, que destaca que la llevanza de la contabilidad en forma defectuosa y sin cumplir los requisitos adecuados determinaba la culpabilidad del quebrado pero no el carácter fraudulento de su actuación; carácter fraudulento que concurría cuando se producía la total ausencia de contabilidad.

En este sentido se pronuncia la STS de 18 de noviembre de 1970 (R. Ar. 4806), al establecer que la falta de cumplimiento de requisitos en la llevanza de la contabilidad no constituye una actuación de carácter fraudulento; así, en el supuesto analizado se habían producido tachaduras, emiendas, raspaduras y espacios en blanco; tales aspectos, en consecuencia, conllevan la aplicación de la presunción de culpabilidad del empresario. En la misma línea, la STS de 24 de abril de 1984 (R. Ar. 1968). La STS de 2 de marzo de 1990 (R. Ar. 1661) aborda un supuesto en el que se dejó de llevar el Libro Mayor durante el período en que era exigible, es decir, antes de la reforma llevada a cabo en el año 1989 en este punto; en tal caso, sin embargo, no se estimó que concurría una actuación fraudulenta por parte del empresario, atendiendo a que, cuando el artículo 890 C. de c. aludía a la inexistencia de libros de contabilidad, como elemento determinante de la existencia del carácter fraudulento en la quiebra, se hacía referencia a supuestos de total ausencia de libros al respecto; en el caso, además de tratarse de un solo libro, la falta de llevanza de éste se sustituyó por otros medios más modernos de contabilidad, en concreto, por máquinas contables y fichas; en definitiva, la apreciación de la actuación culpable del empresario había de llevarse a cabo con cierto margen, sin atender a una interpretación estricta. Vid. sentencias recogidas por GARCÍA GIL, F. Javier, *La suspensión de pagos y la quiebra en la jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 1984, pp. 358-360.

Vid. sobre la quiebra fraudulenta STS de 16 de julio de 1991 (R. Ar. 5390) y reflexiones de CORDÓN MORENO, F., *op. cit.*, «Suspensión de pagos y quiebra...», pp. 273-278, donde recoge la interpretación jurisprudencial al respecto.

Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, «Concordancias y discordancias entre quiebras penales y mercantiles», en *RDM*, octubre-diciembre, 1958, pp. 255-263, en particular sobre la quiebra culpable, pp. 255-258.

⁶¹ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

⁶² Vid. 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?», *DN*, núm. 166-167, julio-agosto, 2004, p. 17.

Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso. Por lo que, para apreciar la existencia de culpa del deudor empresario se seguirá el parámetro de la diligencia debida de un ordenado empresario⁶³.

Para concluir, hemos de precisar que la necesidad de observar estos requisitos con el fin de evitar la calificación como culpable del concurso son parámetros de diligencia que habrá de seguir, en general, el empresario en su actuación. Entendemos que actualmente, pese a la Ley Concursal, que iguala a los deudores no empresarios y los empresarios, dichos parámetros habrán de guiar su actividad para evitar la existencia de situaciones de insolvencia.

VI. CONCLUSIONES

Analizados los aspectos que delimitan la diligencia debida de los empresarios, las conclusiones son las que siguen:

1. La actuación de los empresarios ha de ser cautelosa y emprendedora a la vez, con el fin de respetar el parámetro del ordenado empresario. Es decir, al empresario le es exigible un nivel de previsión superior a la del común ciudadano, ya que ha de evaluar la incidencia de su actuación en la solvencia de la empresa, para proteger sus propios intereses y los de sus acreedores; pero, junto a estos elementos de prudencia, han de concurrir elementos de iniciativa, iniciativa empresarial, de tal forma que, si bien es cierto que no habrá de arriesgar más allá de lo debido en sus inversiones y actividades, en general, no ha de dejar de realizar dichas inversiones, contratos, etc., por miedo a incurrir en responsabilidad. Por lo tanto, al igual que es inherente al carácter empresarial la mayor capacidad de previsión y análisis de los riesgos de las operaciones, lo es la capacidad de iniciativa, propia de su carácter empresarial, puesto que sin la capacidad de iniciativa dejaría de ser un empresario.

2. *Un ordenado empresario* es el empresario que desarrolla su concreta actividad empresarial con la diligencia media exigible. Un ordenado empresario es la persona que tiene conocimientos, al menos, de la práctica comercial nacional, pudiendo contar, *inclusive*, con conocimientos de la práctica comunitaria e internacional,

⁶³ En esta línea, JIMÉNEZ SAVURIDO, Cristina (Dirección) y HERMIDA, Carmen y GARCÍA, Eduardo (Coordinación), *La nueva regulación concursal*, Madrid, Colex e Instituto de Empresa –Business School–, 2004, p. 421, donde indican que debe abandonarse la referencia al buen padre de familia.

atendiendo a que es un profesional y a que se dedica habitualmente a estas tareas. Así, un ordenado empresario, además de ser un profesional, por ser característica inherente al propio concepto de comerciante, es un empresario, en consecuencia, su diligencia habrá de ser superior, ya que sobre él pesan mayores obligaciones (deber de llevanza de contabilidad, sometimiento a los deberes de inscripción en el RM y a las consecuencias de dicha inscripción), es decir, estará sometido al estatuto del empresario (actualmente disminuido parcialmente por la equiparación entre deudores empresarios y no empresarios en las situaciones concursales).

En definitiva, *la calificación de un deudor como empresario no será relevante únicamente a efectos terminológicos sino que conllevará consecuencias importantes, al someter al empresario al estatuto del empresario y elevar su nivel de diligencia, instaurando mayores cuidados y cautelas.*

3. Además, no hemos de olvidar que la diligencia media exigible a un empresario deberá adecuarse al concreto sector de actividad en el que desarrolla sus operaciones (Banca, seguros, inversión, transporte, telecomunicaciones, etc.).

Este trabajo analiza la debida diligencia de los empresarios en sus actuaciones: el estándar mercantil de diligencia. Es preciso para ello descartar que se trata de la propia de un buen padre de familia para abrazar el modelo o parámetro de diligencia del ordenado empresario. El ordenamiento jurídico suministra elementos para la descripción del mismo; así se plasma en el art. 1124 C.c, la LSA, la LSRL y la Ley Concursal, entre otras normas, junto con la doctrina y la jurisprudencia. Siendo de gran ayuda el estudio de instrumentos de Derecho Comparado e internacionales.

RESUMEN

Este trabajo analiza la debida diligencia de los empresarios en sus actuaciones: el estándar mercantil de diligencia. Es preciso para ello descartar que se trata de la propia de un buen padre de familia para abrazar el modelo o parámetro de diligencia del ordenado empresario. El ordenamiento jurídico suministra elementos para la descripción del mismo; así se plasma en el art. 1124 C.c, la LSA, la LSRL y la Ley Concursal, entre otras normas, junto con la doctrina y la jurisprudencia. Siendo de gran ayuda el estudio de instrumentos de Derecho Comparado e internacionales.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Presentación

Esta segunda crónica se cierra el 30 de noviembre de 2005. Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJCE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el *Diario Oficial de la Unión Europea*, el *Boletín Oficial del Estado*, el Instituto suizo de Derecho comparado, el Boletín que elabora el Centro de Documentación Europea del Instituto suizo de Derecho comparado, el de la Universidad 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.

La crónica está coordinada por los Profesores Antonio Manuel Morales Moreno (U. Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (U. Barcelona), que es también quien ha traducido (del francés, italiano y alemán, aunque, en este último caso, en colaboración con Jordi Nieva en las materias de Derecho procesal) las contribuciones no originariamente escritas en castellano, salvo la reseña al *Common Core* de Trento, realizada por la Profesora Elena Ioratti, que ha sido traducida del inglés al castellano por la Profesora Miriam Anderson (U. Barcelona).

¿Quién es consumidor?*

MARTIN EBERS**

I. INTRODUCCIÓN

Consumidor es, según la definición más o menos idéntica que proporcionan numerosas normas comunitarias, la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional¹. Tales normas no son únicamente de las

* El artículo es un comentario de la decisión del Tribunal Supremo Federal (en adelante, BGH) de 22 de diciembre de 2004, Referencia VIII ZR 91/04, publicada en (2005) *Neue Juristische Wochenschrift* 1045-1047, así como de la del TJCE de 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01, Johann Gruber, publicada en (2005) NJW 653-656. El texto que ahora se da a la imprenta española ha sido editado antes en alemán en AJANI, Gianmaria – EBERS, Martin (eds.), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, 115-126. Agradezco a la Prof. Dra. Esther Arroyo la traducción.

** Doctor en Derecho y «*wissenschaftlicher Assistent*» en el *Institut für Internationales Wirtschaftsrecht* en la *Westfälische Wilhelms-Universität* de Münster. El autor es, además, titular de una beca de investigación a cargo 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). Son miembros del Proyecto las Universidades de Barcelona, Lyon, Münster, Nijmegen, Oxford, Turín y Varsovia.

¹ Art. 2, guión 1 Dir. 85/577/CEE, sobre ventas fuera de establecimientos comerciales («para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional»); art. 1.2, letra *a* Dir. 87/102/CEE, sobre crédito al consumo («con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión»); art. 2 letra *b* Dir. 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas («con un propósito ajeno a su actividad profesional»); art. 2.2 Dir. 97/7/CE, sobre negocios celebrados a distancia («con un propósito ajeno a su actividad profesional»); art. 1.2 letra *a* Dir. 99/44/CE, sobre garantías en las ventas de consumo («con fines que no entran en el marco de su actividad profesional»); art. 2 letra *d* Dir. 2002/65/CE, sobre servicios financieros a distancia («con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional»). *Vid.* todavía art. 2 letra *e* Dir. 2000/35, sobre comercio electrónico (con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión). Diferente en la Dir. 90/314/CEE, sobre viajes combinados, que protege como «consumidor» al «contratante principal», a los «demás beneficiarios» o al «cesionario» (*vid.* art. 2, núm. 4). Debe hacerse notar, además, que, por el contrario, en el ámbito de los servicios financieros a distancia, domina la idea de protección a los «inversores». Sobre el tema, VOGEL, Christian, «“Anleger” und “Verbraucher”: Konturen des gemeinschaftsrechtlichen Anlegerbegriffs», en AJANI, Gianmaria – EBERS, Martin (eds.), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, pp. 127-143.

Directivas comunitarias que tienen por objeto la protección del consumidor, sino también las relativas al ámbito del Derecho procesal civil europeo (art. 13 Convenio Bruselas I; ahora art. 15 Reglamento Bruselas I)² y el Derecho europeo que regula las normas de conflicto (art. 5 Convenio Roma)³.

El Derecho alemán parte, en principio, de esos mismos planteamientos. Así, según el § 13 BGB, consumidor es toda persona natural que celebra un negocio con fines ajenos a su actividad profesional empresarial o autónoma⁴. Ahora bien ¿cómo se puede evaluar cuándo una persona actúa con fines personales o profesional-empresariales? ¿Debe ello simplemente depender de que el negocio, objetivamente considerado, se haya llevado a cabo con una finalidad estrictamente privada? ¿O quizás (también) debe tenerse en cuenta la representación que a este propósito se haga el empresario? ¿Puede un comprador solicitar el amparo de las normas que protegen al consumidor si, faltando a la verdad, se ha comportado frente al vendedor como si fuera un empresario? – El Tribunal Supremo Federal alemán (en adelante BGH) ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones por primera vez en el año 2004. A ello debe añadirse que se cuenta con una sentencia reciente del TJCE que se ocupa con todo detalle de la delimitación del concepto de consumidor en el Convenio Bruselas I.

II. LA SENTENCIA DEL BGH DE 22 DE DICIEMBRE DE 2004

1. Hechos

En octubre de 2002, el demandante adquirió del demandado –un concesionario de coches–, un automóvil usado de la marca *Fiat Barchetta* por el precio de 6.500 €. Aquél pretendía utilizar el vehículo sólo con fines personales, privados. Pero como sabía que el concesionario sólo quería vender a un empresario, excluyendo toda garantía, no vaciló en declarar que la compra era una compraventa mercantil, o sea, entre comerciantes, y firmó una cláusula, escrita a mano y especialmente acordada por ambos contratantes, del siguiente tenor:

«[S]in garantía. Compraventa mercantil. Año de fabricación, 1995. Primera Matriculación 03.00 en Alemania».

² Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada), *DO C 27*, 26 de enero de 1998, 1 ss. Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional» (*DO L 12*, 16 de enero de 2001, 1-23).

³ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) (Rom I): «para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional». El Convenio se puede consultar en internet en la siguiente dirección: http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_es.htm.

⁴ Así también la definición contenida, en el marco de las normas conflictuales del Derecho alemán, en el art. 29 de la Ley de introducción al Código civil alemán (EGBGB): «zu einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Berechtigten [Verbrauchers] zugerechnet werden kann» [«para un uso que puede ser considerado como ajeno a la actividad comercial o profesional del adquirente (consumidor)»]. Traducción que corresponde a Carlos Nieto en LAMARCA MARQUÈS, Albert (coord.), *Traducción del BGB* (en prensa).

El demandante solicita ahora la resolución del contrato, alegando que el automóvil presenta defectos técnicos y que, a diferencia de lo declarado en el contrato, el coche ya había sido utilizado en Italia antes de ser matriculado en Alemania. La demanda es rechazada en todas las instancias.

2. Fundamentos jurídicos

En el caso que se analiza es decisivo saber si el acuerdo de exclusión de la garantía era válido. Para ello, lo primero que el Derecho alemán considera imprescindible es determinar si debe entenderse o no concluido un contrato de compraventa de bienes de consumo, tal y como lo define el § 474 BGB, es decir, un contrato de compraventa de un bien mueble, celebrado entre un consumidor (§ 13 BGB) y un empresario (§ 14 BGB). Si es así, entonces el pacto de exclusión de la garantía es inválido (art. 7.1,I Dir. 99/44; § 475.1 BGB). En los otros contratos de compraventa, por el contrario, un acuerdo con ese mismo contenido excluyente de la garantía sería válido y plenamente eficaz⁵. Por eso, en la práctica, muchos empresarios prefieren no contratar con consumidores, sino sólo con clientes que sean profesionales⁶.

La sentencia del BGH estimó válido el acuerdo de exclusión de la garantía. Según el BGH, el demandante no habría querido adquirir el automóvil para el ejercicio de su actividad empresarial, sino con fines personales, es decir, en tanto que «consumidor» (§ 13 BGB). Ahora bien, no podría aplicarse la normativa que protege al consumidor (§§ 474 ss. BGB) porque, faltando a la verdad, el comprador aparenta y se considera a sí mismo como empresario, con el deseo de simular una finalidad mercantil en la compra. El BGH basa su razonamiento en el principio de prohibición de contravención de los actos propios (*venire contra factum proprium*), que sería concreción de ese otro principio que preconiza la necesidad de actuar de buena fe (§ 242 BGB, *Treu und Glauben*). La solución que proporciona el Tribunal se deduciría igualmente de los precedentes legislativos del § 13 BGB.

Según el BGH, el resultado no sería diferente si se siguiera el principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el comunitario. En opinión del tribunal federal, ciertamente, el art. 1.2, letra a, de la Dir. 99/44, sobre garantía en la venta de los bienes de consumo, no establece expresamente qué parámetros son decisivos para determinar las características de un contrato de consumo, esto es, el que se celebra con fines distintos a los profesional-empresariales. Con todo, y desde luego, siempre según el BGH, no existe duda razonable alguna de que la Directiva no estaría amparando el recurso a las disposiciones protectoras del consumidor a aquél que engaña a su contratante sobre la cualidad con la que contrata, precisamente con la finalidad de poder acabar celebrando un contrato «entre comerciantes» que, de

⁵ Según el § 444 BGB, la exclusión de la garantía es ineficaz «en la medida en que el vendedor haya ocultado maliciosamente el defecto, o bien haya garantizado el estado de la cosa». Según manifiestan los Tribunales de Apelación, no podría comprobarse la presencia de un comportamiento doloso en el vendedor. *Vid.* OLG Koblenz, sentencia de 4 de marzo de 2004, referencia 7 U 873/03, OLG Report Frankfurt Koblenz Zweibrücken Saarbrücken (OLGR-West) 2005, 193-195. Sobre la cuestión de cuándo y bajo qué circunstancias es posible excluir la responsabilidad en el nuevo derecho de la compraventa, *vid.* en general SCHULZE, Reiner – EBERS, Martin, «Streitfragen im neuen Schuldrecht, Teil 3» (2004) *Juristische Schulung* (JuS) 462-468, 466 ss.

⁶ MÜLLER, Markus, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtgüterhandel» (2003) *NJW* 1975, 1979.

otro modo, no podría. El razonamiento se basa en que el Derecho comunitario también reconoce el principio de buena fe⁷; además, la misma solución se desprende de los trabajos legislativos. Para el BGH, el concepto de consumidor del que se sirve la Dir. 99/44, sobre garantías de las ventas de bienes de consumo, se encuentra también en otras tantas directivas comunitarias, en el Convenio Bruselas I (art. 13.1) y en el Convenio Roma I (art. 5). Y, según su argumentación, son, precisamente, los trabajos preparatorios de ambas normas y, especialmente, el Informe Giuliano-Lagarde sobre el Convenio de Roma I⁸, los que ayudan no sólo a mejor comprender el concepto de consumidor en el Derecho alemán, sino también –y esto es lo que ahora interesa– a dar con la interpretación más adecuada del concepto autónomo de consumidor previsto por las directivas, incluida la 99/44. Pues bien, del informe Giuliano-Lagarde resulta que no sería consumidor quien se hiciera pasar por profesional frente a otro contratante de buena fe⁹.

III. COMENTARIO CRÍTICO

1. Interpretación del Derecho nacional de conformidad con la Directiva 99/44, sobre garantía de los bienes de consumo

La decisión del BGH es sumamente instructiva y reveladora tanto desde el punto de vista del contenido como metodológico. Debe hacerse notar que el Tribunal da prioridad al principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario. Naturalmente, este es un principio que tiene aplicación en la interpretación del concepto de consumidor que proporciona el Derecho alemán, puesto que el § 13 BGB, que da una definición unitaria del mismo¹⁰ y que es el precepto al que deben reconducirse todos los preceptos del Derecho alemán que tienen que ver con su protección¹¹, es el resultado de la transposición de un buen número de Directivas. Siendo ello así, es obvio que la norma debe ser interpretada por los tribunales alemanes de conformidad con el derecho comunitario.

2. Interpretación conforme con otras directivas, recurso a los principios generales del *acquis communautaire*

Por el contrario, no está clara la evidencia del método que supone la toma en consideración –por lo que parece, por primera vez– de los principios generales del Derecho comunitario. Por un lado, el BGH recurre al principio comunitario de buena fe y a la jurisprudencia del TJCE relacionada con éste.

⁷ El BGH remite expresamente en su sentencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en lo que concierne a los pactos sobre competencia de jurisdicción, STJCE 14 de diciembre de 1976, Asunto 25/76, *Galeries Segoura*, Rec. 1976, 609, núm. 11 y TJCE 19 de junio de 1984, Asunto 71/83, *Russ*, Rec. 1984, 577, núm. 18.

⁸ Informe GUILIANO/LAGARDE, puede consultarse en Internet en la dirección siguiente: http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_es.htm.

⁹ BGH (2005) *NJW* 1045, 1046, refiriéndose al Informe Giuliano/Lagarde.

¹⁰ Así, MICKLITZ, Hans-W., en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, München, 2001⁴, § 13 Rn. 1.

¹¹ Perspectiva tabular en EBERS, Martin, *report de legislación y bibliografía alemanas*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coord.), «Crónica de Derecho privado europeo» 1 (2005) *ADC* 219 ss.

Por otro, el mismo tribunal declara que el ámbito de aplicación personal de la Dir. 99/44 no debe deducirse de sus previsiones normativas únicamente sino poniendo en relación la norma con otras directivas comunitarias que también definen lo que deba entenderse por consumidor ¹².

En general, esta argumentación es compatible con la jurisprudencia consolidada del TJCE de la que se desprende que los conceptos del Derecho comunitario deben ser interpretados autónomamente. Según el propio TJCE, aquél «utilise une terminologie qui lui est propre» ¹³; en el Derecho comunitario, los conceptos pueden tener un contenido distinto del que es propio de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Por eso, cada disposición del Derecho comunitario –de nuevo en palabras del TJCE– «doit être replacée dans son contexte et interprétée a la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités, et de l'état de son évolution a la date a laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite» ¹⁴.

Ahora bien, a pesar de todo lo dicho, es difícil obtener un concepto unitario de «consumidor» en el Derecho comunitario. Las definiciones que éste proporciona discrepan considerablemente unas de otras ¹⁵ y, de acuerdo con esta idea, en la doctrina hay quien considera que el concepto de consumidor no puede entenderse de manera absoluta, sino en función de la finalidad que en cada caso tenga la norma comunitaria de que se trate y el tipo de integración que se persiga (sobre lo cual, *vid. infra* IV.2) ¹⁶. Por tanto, el BGH debería haber explicado si en este caso era posible y por qué una interpretación conforme con el Derecho comunitario.

De dudoso acierto aparece también la referencia al Informe Giuliano-Lagarde. No porque no sea posible la interpretación histórica de la norma de acuerdo con los materiales prelegislativos, sino porque no parece que todos ellos deban tomarse en consideración indiscriminadamente. Los únicos que de veras importan son los que luego se revelan determinantes para que el legislador se forme una opinión ¹⁷. Y este no es el caso del Informe Giuliano-Lagarde puesto que el mismo es, simplemente, un dictamen de carácter privado.

¹² BGH (2005) NJW 1045, 1046.

¹³ TJCE 6.10.1982, Asunto C-283/81, C.I.L.F.I.T., Rec. 1982, 3415, núm 19.

¹⁴ TJCE 6.10.1982, Asunto C-283/81, núm 20. *Vid. además*, TJCE, 4 de diciembre de 1997, Asunto C-97/96, Daihatsu, Rec. 1997, I-6843, núm 18-21; TJCE 15 de junio de 1978, Asunto 149/77, Defrenne III, Rec. 1978, 1375 núm 15; TJCE 4 de abril de 1974, Asunto 167/73, Comisión/Francia, Rec. 1974, 359 núm. 17, 23-29, 33; TJCE 31 de marzo de 1971, núm. 22/70, Comisión/Consejo, Rec. 1971, 263, núm. 15, 19; TJCE 22 de abril de 1999, Asunto C-423/97, Travel Vac, Rec. 1999, I-2216, núm. 22 ss.

¹⁵ *Vid.* la prueba de tal aserto en nota 1, así como FABER, Wolfgang, «Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht» (1998) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 854-892. A veces pueden encontrarse en la doctrina opiniones que consideran que el Derecho comunitario no conoce en absoluto un concepto único o unitario de consumidor; así, especialmente, REICH, Norbert, en: REICH, Norbert – Micklitz, Hans W., *Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden Nomos Verlag, 2003⁴, 1.38, y KIENINGER, Eva-María; LEIBL, Stefan, «Plädoyer für einen «Europäischen wissenschaftlichen Ausschuss für Privatrecht»» (1999) *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 37, 38.

¹⁶ REICH, *ibid.*

¹⁷ GRUNDMANN, Stefan - RIESENHUBER, Karl, «Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts» (2001) *JuS* 529-536, 530. En relación con los otros métodos, la interpretación histórica tiene un papel secundario, como consecuencia del carácter dinámico del Derecho comunitario, que sirve específicamente a la finalidad de progresiva integración, *vid.* OPPERMANN, Thomas, *Europarecht. Ein Studienbuch*, München, C.H. Beck Verlag, 1999², Rn. 687.

3. Deber del BGH de plantear una cuestión prejudicial

En su sentencia, el BGH no hace ni una sola alusión a la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE. Según el art. 234.3 TCE ésta es obligatoria cuando quien decide es un tribunal de última instancia frente al cual no cabe recurso alguno, cuando a éste se le plantean dudas acerca de cómo debería interpretarse el Derecho comunitario. Las únicas excepciones que se admiten a este principio se dan cuando el tribunal ya se ha pronunciado anteriormente sobre la misma cuestión en otro proceso¹⁸, cuando sobre la cuestión controvertida exista ya jurisprudencia consolidada del TJCE¹⁹, o bien cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario sea tan evidente que no deje lugar a dudas sobre la respuesta que debería darse a la pregunta formulada (doctrina del «*acte claire*»)²⁰.

Ninguna de estas excepciones concurría en el supuesto que ahora se trata. En el mejor de los casos, quizás podría haberse justificado la omisión en base a la idea de que el principio de buena fe es inequívoco. Con todo, el simple dato de que éste aparezca en diversas directivas²¹ y de que haya sido tenido en cuenta en diferentes decisiones del TJCE²² no es desde luego por sí sólo argumento suficiente para considerar prescindible la cuestión prejudicial. Todo lo contrario, sigue siendo poco clara cuál sea la concreta aplicación del principio en el Derecho comunitario²³. Más bien cabe concluir que existía el deber de plantear la cuestión prejudicial, porque era al TJCE y no a un tribunal nacional a quien correspondía pronunciarse sobre la cuestión que se discutía, esto es, sobre si recibían aplicación o no los preceptos imperativos de la Directiva relativa a la garantía en la venta de bienes de consumo.

4. Rasgos tipificadores de la cualidad de consumidor. Criterios para su determinación

La doctrina alemana viene discutiendo desde hace tiempo acerca de si para tipificar un negocio como de «consumo», es decir, celebrado sin propó-

¹⁸ TJCE, C.I.L.F.I.T., núm. 13.

¹⁹ TJCE, C.I.L.F.I.T., núm. 14.

²⁰ TJCE, C.I.L.F.I.T., núm. 16.

²¹ Vid. especialmente el art. 3 Dir. 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas; art. 3.1 y 4.1 de la Dir. 86/653/CE, sobre agentes comerciales; art. 4.2 Dir. 97/7/CE, sobre ventas a distancia; art. 3.2 Dir. 2002/65/CE, sobre servicios financieros a distancia; art. 2(h) Dir. 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales. En general, sobre el papel de la buena fe en el Derecho comunitario, vid. RIESENHUBER, Karl, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, ed. Gruyter, 2003, 398-414; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, «Buena Fe», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex (ed.), 2003, 481-500. Desde un punto de vista de Derecho comparado, vid. HESSELINK, Martijn, «Good faith» en HARTKAMP/HESSELINK/HONDIUS *et alii* (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Aspen Publishers 2004³, 471-498; ZIMMERMANN, Reinhard – Whittaker, Simon (coords.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

²² Además de las sentencias mencionadas por el Tribunal Supremo Federal alemán, el principio *venire contra factum proprium* es aplicado en estas otras: TJCE 22 de marzo de 1990, Asunto C-347/87, Rec. 1990, I-1083, Triveneta Zuccheri, núm. 14 s.; TJCE 20 de marzo de 1997, Asunto C-24/95, Rec. 1997, I-1591, Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH, núm. 40-42.

²³ Es más, según HEIDERHOFF, Bettina, *Gemeinschaftsprivatrecht*, München, Sellier European Law Publishers, 2005, 123 ss., no existe en el Derecho comunitario actual una medida o modelo autónomos a partir del cual pueda definirse la buena fe.

sito empresarial, debe recurrirse a criterios puramente objetivos o si (también) valen otros subjetivos²⁴. En lo que sí existe unanimidad es en la consideración de que los rasgos tipificadores de la cualidad de consumidor no son en absoluto disponibles; es decir, los contratantes no pueden excluir las disposiciones imperativas y protectoras que en la regulación de la venta de bienes de consumo protegen al consumidor, de tal manera que, a voluntad, puedan pactar la posibilidad de celebrar un negocio «entre comerciantes»²⁵. Por eso, no son válidas las cláusulas predisuestas en las que el consumidor declara que actúa como empresario.

Otra opinión merecen, por el contrario, aquellos casos en los que el empresario ni sabía ni podía haber sabido que su cocontratante perseguía un propósito ajeno a su actividad profesional. Según algunas opiniones, siempre debe tomarse en consideración la percepción subjetiva del empresario; eso quiere decir que únicamente existirá un contrato de consumo cuando el empresario pueda reconocer que su cocontratante actúa con fines privados²⁶. Por el contrario, desde un punto de vista objetivo, otros ponen el acento en la finalidad perseguida con el negocio. Según esto, debe prescindirse de la intención que tuvieran las partes al celebrar el contrato²⁷: la protección que dispensan las normas de consumo sólo podría verse impedida en el caso de que el «consumidor», faltando a la verdad, se comportara dolosamente como un profesional.

Puesto que ambas concepciones llevan al mismo resultado, al menos en la medida en que exista un comportamiento doloso, el Tribunal Supremo alemán evita tomar partido y, desde un punto de vista formal, debe decirse que con razón²⁸. A pesar de todo, es de lamentar tal moderación porque de esta manera queda sin resolver en el Derecho alemán la cuestión de si los preceptos protectores del consumidor deben poder ser aplicados cuando el consumidor omite manifestar al empresario la finalidad privada con la que contrata.

²⁴ Sobre el estado de la cuestión, *vid.* PALAO MORENO, Guillermo, en REYES LÓPEZ, M.^a José (coord.), *Derecho de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 86-88; MÉNDEZ PINEDO, E., *La protección jurídica de los consumidores en la unión europea*, Madrid, ed. Marcial Pons, 1999, pp. 47-48; BOTANA GARCÍA, Gema, «número de consumidor en el Derecho comparado» 18 (1990) *Estudios sobre Consumo*, 51-62.

²⁵ MÜLLER, Markus, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel» (2003) *NJW* 1975, 1979; WERTENBRUCH, Johannes, «Kein Verbrauchsgüterkauf bei Vorspiegeln der Unternehmereigenschaft durch den Käufer» (2005) *Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung (LMK)* 49.

²⁶ HEINRICHS, en *Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck Verlag, 2005⁶⁴, § 13 Rn. 4; LORENZ, Stephan, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck Verlag, 2004⁴, § 474 Rn. 23; DÖRNER, Heinrich, en SCHULZE, Reiner et alii (Hrsg.), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hk-BGB)*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005⁴, § 13 Rn. 2; WERTENBRUCH, *ibid.*

²⁷ MICKLITZ, Hans-W., en *Münchener Kommentar*, 2001⁴, § 13 Rn. 30; BASEDOW, Jürgen, en *Münchener Kommentar*, 2003⁴, § 310 Rn. 48 (sobre la directiva sobre cláusulas abusivas); SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen, en: BAMBERGER, Heinz Georg; ROTH, Herbert, *Kommentar zum BGB*, München, C.H. Beck, 2004 § 13 Rn. 9-10. Poco claro, PFEIFFER, Thomas, (*vid.* por un lado el comentario en SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III. Band, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2002¹³, § 13 Rn. 28, y, por otro lado, las afirmaciones contenidas en *Anwaltskommentar zum neuen Schuldrecht*, Bonn, Deutscher Anwalt Verlag, 2002, art. 1, Rn. 19 Kauf-RL).

²⁸ Por el contrario, el Tribunal de Apelación fue de la opinión que sólo podía aplicarse la normativa sobre protección al consumidor, cuando el contratante conocía o al menos hubiera podido conocer el carácter de consumidor con el que el otro cocontratante actuaba. Así, OLG Koblenz (*vid.* nota), en el número II.1.

IV. STJCE DE 20 DE ENERO DE 2005

Un mes después de que el BGH hubiese pronunciado su sentencia, el TJCE tuvo la ocasión de pronunciarse por primera vez, en el caso Johann Gruber c. Bay Wa AG²⁹, sobre si y en qué medida queda establecida la jurisdicción especial para las cuestiones relacionadas con los consumidores (art. 13 ss. Convenio Bruselas I; ahora, art.15 ss. Reglamento Bruselas I) cuando un contrato sirve a la vez tanto a los intereses profesionales como a los personales (los llamados contratos mixtos; la problemática del «Dual use»).

1. Asunto y razonamientos jurídicos

El demandante, el agricultor Johann Gruber, es propietario de una granja en la Alta Austria. Ocupa allí, junto a su familia, diez habitaciones aproximadamente. La granja se compone asimismo de una pocilga para 220 cerdos, una gran nave para maquinaria y silos para piensos. La granja es destinada al uso como vivienda familiar en un 60 por 100 aproximadamente.

El demandado Bay Wa AG regenta un mercado de materiales para la construcción en Pocking (Baviera) y también hace publicidad de su empresa en Austria.

Gruber encarga tejas a Bay Wa Pocking. En los tratos preliminares, menciona que tiene una empresa agrícola, pero no aclara a qué parte del patio van destinadas las tejas. Tras la conclusión del contrato de compraventa, Gruber formula una demanda ante los tribunales austríacos alegando que Bay Wa AG le ha suministrado mercancía defectuosa. Cuando el asunto llega al Tribunal Supremo austríaco, éste eleva una cuestión prejudicial, preguntando al TJCE si serían aplicables al caso las disposiciones protectoras del consumidor previstas en el Derecho procesal internacional (arts. 13-15 Convenio Bruselas I).

En su sentencia, el TJCE rechaza la aplicación de los preceptos relativos al derecho procesal del consumo. Señala que los preceptos del Convenio de Bruselas relativos a la determinación de la jurisdicción competente cuando intervienen consumidores deben ser interpretados restrictivamente³⁰, puesto que se trata de normas que se apartan del principio general «*actor sequitur forum rei*» y porque en lo posible deben restringirse las jurisdicciones especiales, en interés de la seguridad jurídica. Cuando se está ante un contrato mixto, la jurisdicción de consumo sólo es posible cuando la finalidad profesional-empresarial sea tan tenue que bien pudiera considerarse marginal y, por tanto, tenga simplemente un papel insignificante en el contexto de la operación³¹. La carga de la prueba de que ello es así correspondería esencialmente al demandante. Con los medios de prueba que se le presentan, el tribunal apelado debería tomar en consideración no sólo el contenido, el tipo y la finalidad del contrato, sino también las circunstancias objetivas que concurren en el momento de celebrarlo³². Esencialmente, en un supuesto de «*non*

²⁹ TJCE 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01, Johann Gruber contra Bay Wa AG, en (2005) *NJW* 653-656. Al respecto, *vid.* las observaciones de REICH, Norbert (2005) *EuZW* 244-245 y MANKOWSKI, Peter, «Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht» (2005) *EWiR* 305-306.

³⁰ TJCE, *ibid.*, núm. 32, 36, 43.

³¹ *Ibid.*, núm. 39, 41, 46.

³² *Ibid.*, núm. 47.

liquet» se apreciaría un contrato de consumo. En relación con el carácter excepcional de las normas protectoras de los artículos 13-15 del Convenio de Bruselas I, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto todavía debería comprobar «si la otra parte contratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación debido a que, por su propio comportamiento respecto de su futuro contratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales»³³. En un caso como éste, no resultarían aplicables las disposiciones especiales sobre competencia de jurisdicción contenidas en los artículos 13-15 del Convenio aun cuando el contrato no persiguiera por sí mismo un fin en gran medida profesional, puesto que debe considerarse que el particular renunció a la protección prevista por dichos artículos, habida cuenta de la impresión que dio a su cocontratante de buena fe³⁴.

Por consiguiente, el TJCE deduce que el concepto de consumidor empleado en los artículos 13-15 del Convenio de Bruselas I depende esencialmente de la percepción que de las declaraciones y el comportamiento del «consumidor» tenga quien sea su destinatario. Si aquél causa en el otro contratante la impresión de que actúa con finalidad profesional, entonces debe permitir ser tratado como empresario.

2. Significado de la sentencia del TJCE para el Derecho sustantivo europeo de consumo

Es cuestionable que el concepto de consumidor que el TJCE toma en consideración en el ámbito procesal deba también ser tenido en cuenta en el Derecho sustantivo o material de consumo y, sobre todo, lo es que sirva para interpretar la Directiva 99/44, sobre garantías en la venta de bienes de consumo³⁵. Y ello por diversas razones.

El Derecho procesal europeo se rige por el principio de seguridad jurídica. Una de las principales finalidades del Convenio de Bruselas, tal y como ha puesto de manifiesto el TJCE, es tratar de limitar la pluralidad de tribunales competentes en relación con una misma relación jurídica³⁶. Las reglas especiales para la jurisdicción de consumo son, pues, excepciones que, además, deben ser interpretadas restrictivamente. Son sólo aplicables, según la concepción del TJCE, cuando el empresario puede reconocer que está contratando con un consumidor. Tal interpretación, según el Tribunal, es «la que mejor se ajusta a las exigencias de seguridad jurídica y previsibilidad de los tribunales competentes por lo que se refiere al futuro demandado»³⁷.

Por el contrario, en el Derecho material prima el carácter imperativo de las normas protectoras del consumidor. En cuanto un contratante actúe con una finalidad privada, debe ser tratado como un consumidor y, según el deseo expreso del legislador, ser considerado –al menos desde el punto de vista estructural– «perjudicado». Por tanto, debe beneficiarse de la protección que le dispensan las normas de consumo. En este sentido, que el contratante reciba o no la consideración de «consumidor», no depende de la percepción que

³³ *Ibid.*, núm. 51.

³⁴ *Ibid.*, núm. 53.

³⁵ Sobre el tema, MANKOWSKI, *ibid.*, 306.

³⁶ TJCE 19 de febrero de 2002, Asunto C-256/00, Besix, Rec. 2002, I-1699 núm. 27; TJCE 11 de julio de 2002, Asunto C-96/00, Gabriel, núm. 57; TJCE 5 de febrero de 2004, Asunto C-18/02, DFDS Torline, (aún no publicado), núm. 26.

³⁷ TJCE 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01, Johann Gruber, núm. 45.

tenga el empresario o del juicio que al respecto pueda éste formarse. Lo contrario sería tanto como afirmar que el consumidor tiene la obligación de manifestar la cualidad con la que actúa, lo cual no estaría en consonancia ni con el sentido ni con la finalidad de la Directiva. Quien actúa con una finalidad personal o privada, aun cuando tal finalidad no se manifieste claramente, debe ser protegido por las normas imperativas de consumo. Límites o excepciones sólo serían posibles cuando se actuara dolosamente, en contravención del principio de buena fe.

V. CONCLUSIONES

En líneas generales, es de celebrar la decisión del BGH. Es preocupante, sin embargo, que este mismo tribunal haya omitido la cuestión prejudicial. De lo que se ha dicho hasta ahora resulta que el BGH deduce con razón que los preceptos relativos a la compraventa de bienes de consumo (§§ 474 ss. BGB) no se aplican cuando el comprador («consumidor») si bien adquiere con finalidad privada, sin embargo en el momento de concluir el contrato se presenta al vendedor (empresario) dolosamente en calidad de empresario. La protección del consumidor, como bien jurídico protegible, no tiene una importancia superior de la que merece la protección del tráfico jurídico frente a comportamientos dolosos. Otra cosa es el lugar que debiera ocupar cuando resulte que el consumidor no ha actuado dolosamente sino que, por pura negligencia, se presenta ante el vendedor como si fuera un empresario. Pero esta es una cuestión sobre la que el BGH no se pronuncia.

La sentencia del TJCE, en el asunto *Johann Gruber*, tampoco aporta claridad alguna puesto que la misma sólo guarda relación con el Derecho procesal. Las diferencias entre el carácter procesal y el material de los preceptos sobre protección al consumidor son claras: mientras que en el ámbito del Derecho procesal –y por razones de seguridad–, el concepto de consumidor debe ser enjuiciado según la percepción del destinatario, en el Derecho sustantivo prima el carácter imperativo de las normas. El concepto de consumidor encañado por el TJCE no puede ser, sin más, trasladado a otros actos normativos del Derecho comunitario y, en lo que ahora nos ocupa, no a la Dir. 99/44, sobre compraventa de bienes de consumo.

Rapports nacionales de Derecho privado europeo,
comparado y comunitario (2004-2005)

ALEMANIA

MARTIN EBERS*

Bibliografía (2004-2005)

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO NACIONAL
COMUNITARIZADO

AJANI, Gianmaria; EBERS, Martin (eds.): *Uniform Terminology for European Contract Law*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

ALSINA NAUDI, Anna: *Die Umsetzung des europäischen Zivilprozessrechts in Spanien: Zuständigkeit, einstweiliger Rechtsschutz, Anerkennung und Vollstreckung*, Hamburg, Kovac, 2005.

BAIER, Kirsten: *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln. Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien und Frankreich*, Hamburg, Kovac, 2004.

CONRAD, Stefanie: *Das Konzept der Mindestharmonisierung: Eine Analyse anhand der Verbrauchervertragsrichtlinie*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

FINKE, Tilman: *Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher. Zur Umsetzung der Richtlinie 2002/65/EG in das deutsche Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

FROTSCHER, Pierre: *Verbraucherschutz beim Kauf beweglicher Sachen*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2004.

MÜHLHANS, Christina: *Die Umsetzung der Klausel-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Eine Untersuchung anhand der Umsetzungsgesetze zur Richtlinie 93/13 EWG in Deutschland, Frankreich und im Vereinigten Königreich*, Band 12, Studien zum Völker- und Europarecht, Hamburg, 2005.

* 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).

SCHIRMBACHER, Martin: *Verbrauchervertriebsrecht. Die Vereinheitlichung der Vorschriften über Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge und Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

PAULMANN, Steffen: *Wirksamkeit von Haftungsausschlüssen und –begrenzungen im deutsch-französischen Warengeschäftsverkehr. Unter besonderer Berücksichtigung der UNIDROIT-Principles und der Principles of European Contract Law*, Frankfurt a.M, Peter Lang, 2005.

WELLBROCK, Urte: *Ein kohärenter Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr in Europa. Eine Untersuchung des Regelungserfolges der Richtlinie 2000/31/EG zum elektronischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung der Umsetzungsmaßnahmen in Deutschland, Großbritannien und Frankreich*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

II. DERECHO UNIFORME Y DERECHO COMPARADO

AYE, Lutz: *Verbraucherschutz im Internet nach französischem und deutschem Recht*, Frankfurt a.M, Peter Lang, 2005.

SCHNITZER, Isabel: *Ehrverletzende Presseäußerungen aus deutscher und französischer Sicht. Eine rechtsvergleichende Darstellung der zivilrechtlichen Ansprüche*, Frankfurt a.M, Peter Lang, 2004.

SCHULTHEISS, Jörg: *Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht. Eine vergleichende Analyse des Einheitsrechts mit dem Recht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs und der USA*, Frankfurt a.M, Peter Lang, 2004.

Legislación

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA 15.^a LEGISLATURA: LEGISLACIÓN EN ALEMANIA Y EN EUROPA

Tras las elecciones del otoño de 2005, ha finalizado, en Alemania, la 15.^a Legislatura. Es muy significativa la cantidad de leyes que han sido promulgadas y/o proyectos aprobados a lo largo de la misma es significativa: 736 proyectos de ley, 406 leyes. Además, se han promulgados 1262 nuevos decretos [vid. KARPEN, Ulrich, «Die 15. Legislaturperiode: Fortgesetzter Versuch notwendiger Reformen» (2005) *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 199, 202)]. Desde 1998, han sido aprobadas en total 1000 leyes.

Sólo en el ámbito federal, en el año 2003 existía un total de 2.197 leyes con 46.779 artículos o párrafos y 3.131 Decretos y ordenanzas con 39.197 artículos o párrafos (vid. *Bundestagsdrucksache* 15/1233 de 25 de junio de 2003). A ello deberían añadirse las disposiciones promulgadas por los *Länder* y los municipios. Sólo en el *Land* de Hamburgo – por citar al azar uno de los 16 *Länder* que integran la nación – están actualmente en vigor 323

Leyes y 681 Decretos y otras disposiciones administrativas. En un cálculo aproximativo, eso se traduce en 6.000 artículos en el total de leyes aprobadas y unos 7.500 en lo que se refiere al resto de disposiciones. Se ha malogrado, de momento, el propósito del legislador, que consistía en reducir el volumen de legislación. Por lo menos, en fecha de 21 de junio de 2005 (Bundesgesetzblatt 2005 I, 1666) ha sido promulgada la ley procedente del Ministerio de Industria referida a la reducción de burocracia y la desregulación (*zum Bürokratieabbau und zur Deregulierung*).

Tal medida, sin embargo, no es más que una gota de agua en el desierto, sobre todo si se tiene en cuenta que una parte importantísima de las leyes tiene su origen en las normas que provienen de Bruselas. Efectivamente, la abundancia de legislación es notable también a nivel comunitario: desde 1957, la Comunidad europea ha promulgado 997 Directivas y 2605 Reglamentos; el *acquis communautaire* ocupa, aproximadamente, 90.000 páginas. Con la Comisión Prodi se abrió el debate sobre cómo legislar mejor (v. gr. sobre todo el Plan de acción «Simplificar y mejorar el marco regulador», COM 2002, 278), pero sin embargo no se llegó a ningún resultado preciso. Al comienzo de su mandato, la Comisión Barroso anunció la necesidad de uniformizar la legislación. La mejora debe contribuir a la consecución del objetivo de Lisboa para el crecimiento económico y la ocupación. En este sentido, el pasado mes de marzo de 2005, la Comisión publicó la comunicación «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea» (COM 2005, 97).

II. LEY DE SENTENCIAS-MODELO. LEY SOBRE INVERSIÓN DE CAPITALES.

Con fecha de 1 de noviembre de 2005 han entrado en vigor en Alemania dos nuevas leyes cuyo objetivo es fortalecer la integridad de las empresas y la protección de los inversionistas. Se trata de la *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG) de 16 de agosto de 2005 [Ley sobre inversión de capitales – Ley de sentencias modelo, Bundesgesetzblatt I, 2437] y de la ley *zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts* (UMAG) de 22 de septiembre de 2005 [Ley referente a la integridad de las empresas y sobre la modernización del Derecho de impugnación; Bundesgesetzblatt I 2005, 2802].

1. La KapMuG posibilita a los inversores perjudicados mejorar sus pretensiones indemnizatorias. Así, en un litigio que tenga por objeto una demanda de reclamación de daños y perjuicios como consecuencia del suministro de información falsa o engañosa, en el contexto del mercado de capitales (v. gr. en un folleto), tanto los demandantes como los demandados pueden incoar este proceso para la obtención de una sentencia modelo.

El tribunal que esté conociendo del asunto instará al *Oberlandesgericht* que sea su superior jerárquico para que dicte una sentencia-modelo (§ 4 I 1 KapMuG-E). Para ello se requieren dos presupuestos: En primer lugar, la instancia de sentencia modelo debe realizarse por el tribunal del primer proceso en el que las partes hayan formulado una solicitud a este respecto. En segundo lugar, deben haberse formulado al menos otras nueve solicitudes con el mismo objeto, derivadas de diferentes procesos que se hallen pendientes, bien ante el mismo tribunal, bien ante tribunales diferentes, en el plazo de cuatro meses desde la publicación de la primera solicitud.

Si se cumplen esos dos presupuestos, el *Oberlandesgericht* seleccionará a uno solo de entre los distintos solicitantes, para entender con él las actuaciones. El resto de partes en los procesos pendientes serán llamados a intervenir en el proceso como terceros.

Tan pronto como se dicte la sentencia del *Oberlandesgericht*, se reanudarán los procesos que quedaron suspendidos. La sentencia del *Oberlandesgericht* vincula a todas las partes en dichos procesos, tanto en lo que se refiere a la cuestión de hecho como a la de derecho.

De este modo, se pueden reducir drásticamente las costas procesales de cada uno de los litigantes. La ley se aplica también a los procesos actualmente en tramitación. Los inversores pueden informarse en el registro electrónico de demandas (www.ebundesanzeiger.de) si ya se ha instado el inicio de un proceso para la emisión de una sentencia modelo o si éste ya ha comenzado. De esta manera es más fácil tomar la decisión sobre la conveniencia de entablar la demanda o intervenir en el proceso.

Sobre la KapMuG, *vid.* con detalle Nieva Fenoll, Jordi - Ebers, Martin: «El “auto-modelo”»: Un nuevo concepto para el desecho procesal y un nuevo instrumento para la protección del consumidor», en *La Ley*, 21 de marzo de 2006.

2. La UMAG introduce cambios importantes en la sociedad de acciones que cotizan en bolsa en Alemania. La norma tiene por objeto devolver y potenciar la confianza de los inversores en la integridad, estabilidad y transparencia de mercado accionarial. Pueden destacarse dos notas básicas:

Se mejora el procedimiento de reclamación de responsabilidad por daños y perjuicios que tiene la Sociedad frente a los miembros de la Junta directiva y el Consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*) en el caso de abuso y comportamiento desleal.

Se actualiza el sistema de solicitud y de legitimación de los accionistas para tomar parte en la Asamblea General y para ejercer el derecho de voto, de acuerdo con lo que es la práctica internacional.

La UMAG puede obtenerse en la siguiente dirección: www.ebundesanzeiger.de, un foro para pequeños accionistas. Éstos pueden encontrar otros con quienes sumarse para alcanzar las cuotas legalmente exigidas para poder impugnar algún acuerdo.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS *

Bibliografía (2004-2005)

I. CONSTITUCIÓN EUROPEA

ALCOCEBA, M.A.: *Fragmentación y diversidad en la construcción europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

* Profesora Titular de Derecho Civil, U. Barcelona. El trabajo es parte de la investigación neveda a cabo en el seno del Grupo de Investigación Consolidado SGR 2005 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa.

- CHÁVARRI ARICHA, A. E. : *Respuestas a la constitución europea*, Foca, Madrid, 2005.
- GARCÍA, R. A.; SARMENTO, D.: *La Constitución europea. Texto, antecedentes, explicaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.
- GARRIDO, D. L.: *La Constitución Europea. Estudio, texto completo, protocolos y declaraciones más relevantes*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2005.
- MANGAS MARTÍN, Araceli: *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005
- MONEDERO, J.C. (ed.): *La Constitución destituyente de Europa: razones para otro debate constitucional*, Madrid, Catarata, 2005.
- MORATA, F.; RICARD, R.: *Regiones y Constitución Europea*, Universitat Autònoma de Barcelona, Institut Universitari d'Estudis Europeus, Barcelona, 2005
- PETSCHEN VERDAGUER, S.: *La Constitución Europea: una visión desde la perspectiva del poder*, Plaza y Valdés, México, 2005.
- VIDAL BENEYTO, J. M. (coord.): *El reto constitucional de Europa*, Dykinson, Madrid, 2005.

II. DERECHOS HUMANOS

- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos; JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho Internacional*, Fundación Víctimas del Terrorismo-Dyckinson, Madrid, 2005
- TEROL BECERRA, Manuel José; ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando; BARRERO ORTEGA, Abraham, *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

III. DERECHO CIVIL

a) Nuevas tecnologías

- GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos: *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación, Madrid, 2004.

b) Derecho de consumo

- BUSTO LAGO, José Manuel; ÁLVAREZ LATA, Natalia; PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Reclamaciones de consumo: derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi. 2005

IV. DERECHO PROCESAL

GARCÍA LUENGO, Javier: *El Recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad. Un estudio sobre el contencioso comunitario*, Cívitas, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a Ángeles: *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005.

V. MERCADO INTERIOR

VIÑUELAS ZAHÍNOS, M.^a Teresa: *La Libre circulación del abogado en la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004.

Legislación (2005)

Además de la reseñada en este apartado, *vid.* igualmente la legislación aportada en la sección temática, en los apartados VI *Derecho de autor* (a cargo de Susana Navas Navarro) y VII *Derecho de daños* (a cargo de Belén Trigo García).

L. 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la L. 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea (BOE núm. 171, de 19 de julio de 2005, 25558).

La ley se dicta con base en la competencia que proporciona el art. 149.1, reglas 3.^a, 5.^a y 6.^a (DF 1.^a) y modifica la L. 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, cuyo objeto principal fue la desjudicialización del procedimiento de reconocimiento de este derecho a la gratuidad de la justicia. Tal norma se modifica ahora para incorporar la Directiva 2003/8/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos y, a estos efectos, se introduce en ella un nuevo Cap. VIII (algo que precisa la DF 2.^a de la L. 16/2005 y no su rúbrica, como sería más aconsejable). La norma entró en vigor al día siguiente al de su publicación en el *BOE*. Debe ser precisado que el título original de la Directiva contiene una errata en el *Diario Oficial* L 26 de 31 de marzo de 2003 al presentarla con fecha de 2002. El dictamen rectificativo publicado en el *Diario Oficial* L 32 de 7 de febrero de 2003 [*Diario Oficial* L 32 de 7 de febrero de 2003] corrigió el error, dándole el número correcto que aquí se muestra.

Son litigios transfronterizos aquellos en los que la parte que solicita la justicia gratuita está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel otro Estado miembro –y Estados miembros lo son todos, excepto Dinamarca (art. 46.1 adicionado por la L. 16/2005)– donde se halla el Tribunal competente para su conocimiento o en el que deba ejecutarse la resolución (art. 47.1 adicionado por la L. 16/2005), en las materias que especifica el artículo 46.2 (esencialmente, litigios civiles y mercantiles y derivados de un contrato de trabajo), mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. No es

que no se reconociera hasta ahora el beneficio a los nacionales de otros Estados miembros no residentes en nuestro país que acreditasen insuficiencia de recursos para litigar, sino que la norma española no reconocía el beneficio con toda la amplitud de la Directiva. Ahora se incorpora un nuevo colectivo de beneficiarios, esto es, los nacionales de terceros países que residan legalmente en otro Estado miembro (*ex* STC 95/2003) (art. 46.1 adicionado por L. 16/2005).

El derecho a la asistencia gratuita comprende, según el art. 50 L.16/2005, en la redacción que incorpora la L. 16/2005, además de las prestaciones del artículo 6 (con las excepciones previstas), las siguientes: servicios de interpretación, la traducción de los documentos necesarios, los gastos de desplazamiento cuando el juzgado requiera la presencia del solicitante para la defensa de su pretensión, la defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador cuando ello sea requerido por el juzgado.

La tramitación de las solicitudes de asistencia gratuita se harán a través del Colegio de Abogados del lugar donde se halle el juzgado o tribunal que haya de conocer del proceso principal (art. 51 redactado *ex novo* por la L. 16/2005).

La norma regula también los derechos de las personas físicas que tengan su domicilio o residencia habitual en España y que pretendan beneficiarse de la asistencia gratuita en otro Estado miembro de la Unión Europea para un litigio transfronterizo (arts. 52-54, según redacción dada por L. 16/2005).

Finalmente, una DA 6.^a prevé, a efectos estadísticos, la remisión de los Colegios de Abogados al Ministerio de la lista de reconocimientos de asistencia jurídica gratuita. Una nueva Disposición Adicional 7.^a señala la necesidad de impulsar los medios telemáticos y electrónicos en los trámites ligados al reconocimiento del beneficio de justicia gratuita (especialmente en relación con los litigios transfronterizos)

Pero la L. 16/2005 también tiene por objeto actualizar las disposiciones de la L. 1/1996. Así, se modifica el texto del artículo 2 para ajustarlo a lo dispuesto en la STC 95/2003, de 22 de mayo. Se modifica también el régimen aplicable a las asociaciones de utilidad pública (nuevo art. 2 *c* 1.^o L. 1/1996 y DA 2.^a, 3), en el sentido de que a éstas no les hace falta acreditar la insuficiencia de recursos para obtener el beneficio, si tienen por objeto la protección de personas discapacitadas. Individualmente consideradas, éstas son también objeto de especial atención –ellas y las personas que las tienen a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés (nuevo art. 5.2 L. 1/1996)–, de manera que, en determinados casos, no será necesario que acrediten previamente carecer de recursos (sin perjuicio de que si el derecho acaba no siendo reconocido, deba luego abonar al Abogado los honorarios devengados por su intervención). Este régimen se hace extensivo a las víctimas de violencia de género o de terrorismo (de nuevo recordado en una nueva DA 8.^a) y a los supuestos previstos en el artículo 6.2 L. 1/1996 (detenido o preso que no hubiera designado abogado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado Letrado en el lugar donde se preste).

Finalmente, se aprovecha para introducir la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones con anterioridad al inicio del proceso, y también para ampliar los plazos con que cuentan los Abogados en los supuestos de insostenibilidad de las pretensiones (nuevo art. 16.3 L. 1/1996).

FRANCIA

ELISE POILLOT * Y CYRIL NOURISSAT **

Bibliografía (2004-2005)

ELISE POILLOT

I. LIBROS

1. **Derecho internacional privado**

BÉGUIN, J.; MENJUCO, M. (sous la dir. de), *Droit du commerce international*, Lexis-Nexis-Litec, 2005.

FRANCQ, S.: *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, 2005.

2. **Derecho substantivo de la Unión Europea**

NÚM.URISSAT, C.: *Droit communautaire des affaires*, collection Hypercours, Dalloz, 2005.

PERTEK, J.: *Droit matériel de l'Union européenne*, collection Thémis droit, PUF, 2005.

3. **Derecho de contratos**a) *Tratados y manuales*

BÉNAVENT, A.: *Les obligations*, Montchrestien, 2005.

GRYNBAUM, L.: *Les obligations*, Collection U-Droit, Hachette, 2005.

MALAUURIE, Ph.; AYNÈS, L.; STOFFEL-MUNCK, Ph.: *Les obligations*, Defrénois, 2005².

MALAUURIE, Ph.; AYNÈS, L.; GAUTHIER, P.-Y.: *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2005².

PUIG, P.: *Contrats spéciaux*, Collection Hypercours, Dalloz, 2005.

TERRÉ, F.; SIMLER, Ph.; LEQUETTE, Y.: *Les obligations*, Dalloz, 2005⁹.

* Maître de Conférences à l'U. Jean Moulin-Lyon 3. Directrice adjointe de l'Institut de Droit Comparé Édouard Lambert.

** Prof. agrégé des Facultés de Droit, U. Jean Moulin-Lyon 3.

b) *Tesis y obras colectivas*

LAVEFVE-LABORDERIE, A.-S.: *La pérennité contractuelle*, Préface de C. Thibierge, LGDJ 2005, Collection thèses, Bibliothèque de droit privé, t. 447.

PIGNARRE, G. (sous la dir. de): *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Collection Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005.

IV. DERECHO PROCESAL

FABRI, M. *et alii* (sous la dir. de): *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, collection Grands colloques, Mission Droit et Justice, Monchrestien, 2005.

MAIL-FOUILLEUL, S.: *Les dépens dans le contentieux communautaire*, Bruylant, Collection pratique du droit communautaire, 2005.

ROCHFELD, J.; JEULAND, E. (dir.), *Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe*, Droit et Procédures, 2005.

V. CONSTITUCIÓN EUROPEA-TRIBUNAL DE JUSTICIA

LOUIS, J.V.; RONSE, T.: *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Genève, Helbing & Lichtenhahn ; Bruxelles, Bruylant; Paris, LGDJ, 2005 (Dossier de droit européen. 13)

MANIN, F.: *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Editions A. Pedone, 2004. (Etudes internationales. 6).

POELEMANS, M.: *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant; Paris, LGDJ, 2004.

VI. DERECHO DE FAMILIA

FULCHIRON, H. (sous la direction de): *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières. Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille Lyon, 20 et 21 novembre 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

GADBIN, D.; KERNALEGUEN, F. (sous la direction de): *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen. Journées nationales d'études de la CEDECE, Rennes, 22 et 23 mai 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

II. ARTÍCULOS

1. Derecho del consumo

GRYNBAUM, L.: «Ordonnance relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs», *J. C. P.*, 2005, Aperçu rapide 398.

LABARTHE, F.; NOBLOT, C.: «Le contrat d'entreprise à l'épreuve des articles L. 211-1 et s. du Code de la consommation. A propos de l'ordonnance du 7 février 2005», *J. C. P.*, 2005, I 168.

Varij auctores, «Défauts, qualités et vices du nouveau régime dans la vente de biens de consommation: de l'uniformisation européenne à la diversification nationale», *Débat in Revue des Contrats*, Juillet, 2005, núm. 3, p. 921 et s.

2. Derecho internacional privado y europeo

CHALTIEL, F.: «Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire», *Les Petites Affiches*, 28 octobre 2005, p. 6 et s.

CENTRE D'ÉTUDES JURIDIQUES EUROPÉENNES ET COMPARÉES DE L'UNIVERSITÉ PARIS X NANTERRE: «Chronique de droit européen» par le, *Les Petites Affiches*, 4 novembre 2005, p. 3 et s.

PATAUT, E.: «Compétence internationale et contentieux des marques: entre droit international privé et droit communautaire», *Les Petites Affiches*, 20 octobre 2005, p. 5 et s.

POILLOT-PERUZZETTO, S.; LUBY, M. (sous la dir. de): «Chronique de droit international et européen», *J. C. P.*, 2005, I 169.

3. Derecho de obligaciones

Entretien avec P. Catala, «Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats», *J. C. P.*, 2005, I 170.

ANCEL, P.; FAUVARQUE-COSSON, B.: «Droit comparé des contrats», *in Revue des Contrats*, Juillet 2005, núm. 3, p. 879 et s.

4. Derecho privado general

JESTAZ, Ph. (sous la dir. de), *Autour du droit civil, écrits dispersés, idées convergentes*, Hors collection, Dalloz, 2005.

5. Derecho de sociedades

FAGES, F.; MENJUCO, M.: «L'introduction de la société européenne en droit français», *J. C. P.*, 2005, Aperçu rapide 485

Legislación (2005)

CYRIL NOURISSAT

El pasado 18 de julio de 2005, la Comisión Europea publicó el acostumbrado cuadro semestral sobre el estado de las transposiciones de las directivas europeas. Francia ocupa de nuevo una posición decepcionante (15.^a sobre 25). Con todo, es necesario reconocer que los niveles de déficit en la transposición van mejorando si tenemos en cuenta datos anteriores y que el «stock» de directivas pendientes de transposición con más de dos años de retraso se ha visto reducido a más de la mitad. El Gobierno francés, cuestionado por ciertos diputados inquietos por tal incapacidad francesa para asumir las obligaciones comunitarias contraídas, ha subrayando los progresos alcanzados mediante las adaptaciones constitucionales llevadas a cabo y, especialmente, el recurso sistemático a lo que ha venido en llamarse las «DDAC», es decir, leyes o decretos cuyo contenido se nutre de específicas disposiciones de adaptación al derecho comunitario (Rép. Min. JO AN Q, 12 juill. 2005, p. 6830; JO AN Q, 13 sept. 2005, p. 8523).

En ocasiones anteriores y en estas mismas páginas ya se ha tenido ocasión de subrayar las razones estructurales y coyunturales que explican el porqué de las dificultades con las que se encuentra Francia para proceder a la transposición. Con todo, la actualidad más reciente demuestra que el país ha tomado conciencia de la necesidad de mejorar esta situación. Así se explica que recientemente textos comunitarios importantes hayan encontrado su lugar dentro del arsenal legislativo y reglamentario francés. Por ejemplo, gracias a la L. núm. 2005-842 de 26 de julio de 2005, la sociedad europea ha pasado a formar parte del Código de Comercio francés (arts. L. 229-1 a L. 229-15). Otro ejemplo, mediante la L. núm. 2005-1319 de 26 de octubre de 2005, se intentó hacer desaparecer el retraso y las lagunas en la transposición de ciertas directivas comunitarias, especialmente en relación con la evaluación de la repercusión sobre el medio ambiente de ciertos proyectos públicos y privados y el acceso al público a la información en esos mismos temas.

L. núm. 2005-750 de 4 de julio de 2005, conteniendo diversas disposiciones de adaptación al Derecho comunitario en el ámbito de la justicia.

Con esta misma finalidad, merece ser destacada otra ley muy importante que, por el contrario, no ha merecido todavía demasiada atención por parte de los comentaristas franceses. Se trata de la L. núm. 2005-750 de 4 de julio de 2005 (*JORF* de 6 de julio de 2005, p. 11136) que contiene numerosas disposiciones de adaptación al derecho comunitario en el ámbito de la justicia. Con todo, objeto principal de la ley es la transposición de la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios [*Diario Oficial* L. 26 de 31 de enero de 2003; un comentario de la Directiva, en Nourissat, C.: «La Directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières en matière civile et commerciale, *Procédures* septembre 2003, chron. 11). Debe señalarse que si bien existe retraso en la transposición, éste

no es de los más graves puesto que sólo es algo inferior a ocho meses (la fecha límite de transposición venía fijada por la Directiva en el 30 de noviembre de 2004).

La ley es de una gran importancia porque supone una posible respuesta a las dificultades encontradas por los consumidores a la hora de hacer valer sus derechos judicialmente [sobre el tema, especialmente, J. Rochfeld, E. Jeuland (dir.): *Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe*, Droit et Procédures, 2005, 151 p.]. Y ya se sabe cuánto aprecia la Comunidad europea la necesidad de que las partes en situación de inferioridad económica puedan reclamar en condiciones adecuadas ante los tribunales. Algo que, por lo demás, confirma tanto la reciente proposición de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo mediante la cual se instituye un procedimiento europeo para las reclamaciones de escasa cuantía [COM(2005) 87 final, 15 de marzo de 2005], como la indulgente interpretación de los arts. 15 y siguientes del Reglamento CE núm. 44/2001 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Bruselas I) que, como se sabe, es un precepto que establece reglas de competencia particular cuando se está ante contratos celebrados con consumidores (aplicaciones recientes, en STJCE, 20 de enero de 2005, Petra Engler, C-27/02, *Procédures* août-septembre 2005, núm. 210, obs. CN y STJCE, 20 de enero de 2005, Johann Gruber, C-464/01, *Procédures* août-septembre 2005, núm. 209, obs. CN. Cf. además, Cass. civ. I, 12 de julio de 2005, núm. 1262 F-P+B, de próxima aparición en el *Bull.*).

El beneficio de la justicia gratuita facilita el acceso a la justicia. Recordemos que en Francia esta cuestión venía regulada en la L. núm. 91-647 de 10 de julio de 1991, *relative à l'aide juridique*. En consecuencia, la ley de 4 de julio de 2005 modifica la norma precedente y prevé que, en los litigios transfronterizos civiles o mercantiles, la justicia gratuita se otorgue a todas las personas que, sea cual sea su nacionalidad, estén domiciliadas o residan habitualmente en un Estado miembro, con la única excepción de Dinamarca.

La directiva utiliza una fórmula un tanto ambigua para indicar que se aplica a «todo litigio transfronterizo en el que la parte que solicita la justicia gratuita en el contexto de la presente Directiva está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se halle el tribunal o en el que deba ejecutarse la resolución» (art. 2.1) y esto a propósito de «todo litigio transfronterizo en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional», aunque no se incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa (art. 1.2).

La L. de 4 de julio no tiene un planteamiento muy distinto. En efecto, tal y como dispone su artículo único, la ley se refiere al litigio transfronterizo, definido como «celui dans lequel la partie qui sollicite l'aide a sa résidence habituelle ou son domicile dans un État membre autre que celui où siège la juridiction compétente sur le fond du litige ou que celui dans lequel la décision doit être exécutée. Cette situation s'apprécie au moment où la demande d'aide». Sin embargo, la referencia al «fond du litige» es algo intrigante: ¿Se debe entender que quedan excluidos los procedimientos en que no se entra a conocer sobre el fondo? ¿O más bien que un procedimiento de *référé* no se beneficiará de la justicia gratuita, a pesar de que el Reglamento Bruselas I al que la Directiva reenvía sí que contiene reglas específicas sobre medidas cautelares que resultan de procedimientos de *référé*? La duda es legítima, aunque no cabe duda de que el *référé* precede frecuentemente al examen del fondo.

El artículo único precisa en seguida que «l'aide juridictionnelle couvre les frais de traduction de sa demande et des documents exigés pour son instruction avant transmission de cette demande à l'Etat de la juridiction compétente sur le fond. En cas de rejet de cette demande, les frais de traduction peuvent être recouvrés par l'Etat» y que «l'aide juridictionnelle couvre pour les mêmes litiges, lorsque l'instance se déroule en France, les frais d'interprète, les frais de traduction des documents que le juge a estimé indispensable d'examiner pour apprécier les moyens soulevés par le bénéficiaire de l'aide, ainsi que les frais de déplacement des personnes dont la présence à l'audience est requise par le juge». Se trata de aspectos que no llaman particularmente la atención y que simplemente reproducen prácticamente de manera idéntica el texto comunitario.

Es importante destacar que, por el contrario, el aspecto más innovador de la Directiva, contenida en la letra a) del apartado 2 del artículo 3, no ha sido tenido en cuenta por la ley de que ahora se trata. Es cierto que puede que ello sea así porque los Estados miembros gozan de un plazo suplementario que permite la incorporación de tal disposición a lo más tardar el 30 de mayo de 2006. El mencionado precepto establece que la justicia gratuita se considerará adecuada cuando garantice el asesoramiento previo a la demanda con vistas a llegar a un acuerdo antes de su presentación, que es algo que el dispositivo francés actual, regulado por la L. de 10 de julio de 1991, en absoluto contempla.

La directiva, en efecto, prevé el beneficio del auxilio jurisdiccional para los asesoramientos previos a la demanda, realizados con la pretensión de llegar a un acuerdo que impida incoar un procedimiento judicial. En otras palabras, la ayuda no se subordina a la incoación de un procedimiento, sea del tipo que sea. La afirmación queda confirmada, por otra parte de manera bastante imprecisa, por el artículo 10 de la Directiva al reconocer la extensión del auxilio «también cubrirá los procedimientos extrajudiciales [...], cuando la ley lo imponga a las partes, o cuando el juez remita a las partes en el litigio a dichos procedimientos». De manera sintética, la filosofía de los autores de la Directiva es prever la asunción de todos los costes, es decir, tanto los derivados del asesoramiento previo a la demanda como la asistencia jurídica y la representación ante los tribunales, las costas procesales y los honorarios de personas que actúen en el juicio a requerimiento del tribunal, o los gastos de ejecución de la decisión judicial. La directiva proporciona disposiciones particulares en lo que concierne a los gastos especialmente relacionados con el carácter transfronterizo del litigio (art. 7), especialmente los gastos de interpretación, traducción y desplazamiento. Los prácticos están de enhorabuena puesto que ahora se dispone de una regla clara e incontestable. Desde este punto de vista, está claro que el adjetivo de «mínima» utilizado para calificar a la armonización llevada a cabo por la directiva no es el más adecuado y que quizás debería hablarse de armonización total cuando no de unificación.

Por otra parte, no deja de ser bastante sintomático que, precisamente en relación con uno de los aspectos que a partir de ahora necesariamente deberán ser tenidos en cuenta en relación con la justicia gratuita –el asesoramiento previo a la demanda con vistas a llegar a un acuerdo– la Directiva deje a los Estados miembros un plazo de transposición añadido, a la que éstos no se han resistido. Entre ellos, Francia. Con todo, una última precisión aportada por el artículo único es bastante misteriosa: «dans les litiges transfrontaliers [...] la consultation d'un avocat, préalablement à la réception de la demande d'aide

juridictionnelle par l'Etat de la juridiction compétente sur le fond, a lieu au titre de l'aide à l'accès au droit [...]»... ¿Es necesaria una lectura que tenga en cuenta una «interpretación conforme» y en base a ella quepa entender que la necesaria consulta previa a un abogado se refiere a la hipótesis del asesoramiento previo a la demanda? La cuestión dista mucho de estar clara. Por eso no debería descartarse que en los próximos meses todavía debamos consagrar algunas líneas, en esta misma crónica de Derecho privado europeo, a una nueva ley de adaptación al Derecho comunitario en el ámbito de la justicia.

GRAN BRETAÑA

ALEXANDRA BRAUN*

Bibliografía (2005)

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

BURRELL, Robert; COLEMAN, Allison: *Copyright Exceptions. The Digital Impact*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

El libro se ocupa, en casi quinientas páginas, de los principios que subyacen en la reciente directiva sobre la armonización de algunos aspectos del derecho de autor y de otros derechos conexos a la sociedad de la información. Tal y como se deduce del título de la obra, los autores se proponen estudiar en particular cuáles son las excepciones del *copyright*. Con este fin, el argumento principal del libro se desarrolla sobre la base de considerar que el sistema de los llamados *permitted acts*, vigente en el Reino Unido, es demasiado restrictivo. Según la opinión de los autores, sería necesaria una reforma y la Directiva 2001/29 estaría indicando cómo poder obtener resultados más satisfactorios.

DICKIE, John: *Producers and Consumers in EU E-Commerce Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

Productores y consumidores del comercio electrónico comunitario sostienen que la Unión Europea no ofrece una protección adecuada a los intereses críticos del consumidor del comercio electrónico. El libro trata, en primer lugar, de comparar la protección que ofrece la Unión Europea a los intereses críticos de los productores, con las acciones, más bien inciertas, que aquella adopta para procurar la protección de los correspondientes intereses de los consumidores. En segundo lugar, el texto trata de individualizar las amenazas que pesan sobre tales intereses, la medida en que la autotutela puede neutralizar, y de hecho neutraliza, tales amenazas, y, en relación con los vacíos acaecidos, la medida en que la Unión europea ha venido a poner remedio.

* Junior Research Fellow in Law, St. John's College, Oxford.

EDWARDS, Lilian: *The New Legal Framework for E-Commerce in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

Se trata de una colección de artículos que analizan la reciente legislación europea dirigida a crear un régimen jurídico unitario para el comercio electrónico. Se pone el acento en las disposiciones claves de la directiva europea en materia de comercio internacional, implementada en Gran Bretaña el pasado mes de agosto del 2002. Además de ofrecer una panorámica general de la regulación comunitaria del comercio electrónico, el libro se enfrenta a otras áreas como la contratación electrónica o el *spam* y discute la legislación más reciente sobre esta materia. Piénsese, por ejemplo, en la nueva directiva sobre *privacy* y en las directivas sobre la venta a distancia. La autora ofrece un examen crítico, tanto de la normativa europea como de las normas de transposición en Gran Bretaña.

GOEYDER, Joanna: *EU Distribution Law*, Oxford, Hart Publishing, 4.^a ed., 2005.

Se trata de la cuarta edición de un volumen que se centra en el análisis de las normas en materia de *anti-trust*, que prohíben acuerdos contrarios a la libre competencia y los comportamientos que incidan en el comercio entre Estados miembros, así como sobre disposiciones específicas que protegen a los agentes comerciales.

MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Jörg: *Patterns of Regionalism and Federalism: Lessons for the UK*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

El libro reproduce las actas de un congreso organizado conjuntamente por el *Institute of Global Law (University College London)* y el *Institute of Transnational Law (The University of Texas at Austin)*, que tuvo lugar en Londres el 7 de noviembre de 2003. Entre los temas abordados se encuentran la división de poderes, el *judicial review* y la protección de derechos humanos en Estados federales y regionales.

NOUWT, Sjaak; DE VRIES, Berend R.; PRINS, Corien (a cura di): *Reasonable Expectations of Privacy?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Las recientes medidas dirigidas a combatir el terrorismo y a incrementar el nivel de seguridad, así como la creciente aceptación social de una tecnología, pueden reputarse serias amenazas al Derecho fundamental a la *privacy*. El libro muestra los resultados obtenidos al amparo de un proyecto de investigación realizado en el *Tilburg Institute for Law, Technology, and Society*, en el que se examina lo que se consideran expectativas razonables a la *privacy* y la efectividad de la protección de informaciones registradas en bases de datos. Contiene *rappports* de once Estados que contiene el análisis jurisprudencial en relación con el control a través de video y la *privacy* en el lugar de trabajo.

WHITTAKER, Simon: *Liability for Products. English Law, French Law, and European Harmonization*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

La Unión Europea ha demostrado ser muy activa a la hora de procurar armonizar el Derecho sobre responsabilidad derivada de productos defectuosos y la venta de bienes al consumidor, con la finalidad de promover una

competencia leal, de promover el desarrollo del mercado interno y de proteger a los consumidores. El autor examina el perfil de las diferentes opciones a través de las cuales el legislador nacional interviene en materia de responsabilidad y de resarcimiento de daños, mediante un estudio de Derecho comparado que toma en consideración el Derecho francés e inglés aplicable a quienes podrían llegar a ser responsables por productos defectuosos: el productor, el proveedor, los usuarios y quien dicta las reglas. Ofrece un estudio de la jurisprudencia en un sector del Derecho, que trasciende los tradicionales confines del Derecho privado, público y penal.

II. DERECHO COMPARADO

FAIRGRIEVE, Duncan (ed.): *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

El libro ofrece una prospectiva comparatística en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Habida cuenta del hecho de que la Directiva europea en esta materia ha sido promulgada hace más de veinte años, el libro analiza el estado de la cuestión en diferentes países, tanto de la Europa del Este como del Oeste, e incluidos algunos de los nuevos Estados miembros. Además, se alude a los recientes desarrollos en Japón y en Estados Unidos. El libro se compone de contribuciones individuales, las procedentes de los diferentes países, además de contar con una serie de estudios de Derecho comparado.

GLENN, H. Patrick: *On Common Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

La noción *ius commune* ha representado uno de los instrumentos conceptuales más importantes de la tradición jurídica occidental. Con todo, en el curso de los últimos dos siglos éste ha sido sustancialmente negligido por parte de la historiografía jurídica y de la teoría general. El volumen ofrece un estudio del *ius commune* como fenómeno general, tratando de realizar un exámen histórico de las múltiples formas de *ius commune* que ha conocido la tradición jurídica occidental, y de delinear las relaciones que existen entre las mismas, a la luz de la actual tendencia de la doctrina a calificar los varios fenómenos de integración jurídica dentro de los contornos que permiten la construcción de un nuevo derecho común europeo.

PETERS, Rudolph: *Crime and Punishment in Islamic Law. Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

El texto analiza los crímenes y las penas respectivas en el Derecho islámico. En los últimos años, algunos de los regímenes más fundamentalistas, como por ejemplo Irán, Pakistán, o Sudán, han introducido nuevamente el Derecho islámico al mismo nivel que los códigos penales occidentales. Partiendo de tal presupuesto, el autor proporciona un cuadro detallado de la doctrina clásica y realiza el seguimiento de la aplicación del Derecho penal desde el período de los Otomanos hasta nuestros días, aunque sin realizar un

examen de casos reales, revelando de este modo la complejidad del derecho, así como la sensibilidad y perspicacia de quienes lo han aplicado (los «qadī» o jueces civiles del derecho islámico).

PRETTO-SAKMANN, Arianna: *Boundaries of Personal Property*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

El libro estudia la propiedad de los bienes muebles y su ubicación en la «taxonomía propietaria» desde una doble perspectiva: interna y externa. Internamente, se refiere a las acciones sociales y otros instrumentos de financiación en una época en la que la intermediación financiera ha interpuesto una nada desdeñable distancia entre el titular y el instrumento, hasta tal punto de que frecuentemente lo que se detenta no es ya una acción (*share*), sino lo que en el libro recibe la calificación de «acción subordinada» (*sub-share*). Esta parte de la investigación, la autora se interroga sobre la naturaleza de los «*shares*» y los «*sub-shares*» en cuanto bienes en sí mismos considerados, así como sobre los mecanismos que permiten su alienación y reivindicación.

Desde la perspectiva externa, el libro analiza si la propiedad de los bienes muebles puede ser vista como una sub especie del Derecho de bienes (*ius rerum*), y, en particular, como derecho sobre los bienes que tienen un lugar en el espacio (*locanda*), que son enajenables (*alienanda*), o que están sujetos a la protección reipersecutoria (ya sea petitoria o posesoria) (*vindicanda*).

SIEKMANN, Robert C. R.; BLACKSHAW, Ian S. (eds.): *Sports Image Rights in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

El presente libro ofrece un panorama jurídico conciso y práctico de la creación, protección y actuación de los derechos de imagen de los deportistas en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea antes de mayo de 2004. Además, se toma en consideración el derecho noruego y suizo y también existen referencias al derecho en los Estados Unidos. Cada capítulo está dedicado a un país distinto y, luego, sigue un estudio de los aspectos fiscales, así como el análisis de algunas cuestiones prácticas, como por ejemplo el contenido de los contratos deportivos.

Legislación (2004-2005)

– 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. Ha sido implementada mediante *The Copyright and Related Rights Regulations 2003*, S.I. núm., 2003/2498, que entró en vigor el pasado 31 de octubre de 2003.

La Directiva tiene por objeto la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y otros derechos conexos de la sociedad de la información para, de esta manera, permitir a la Unión Europea la ratificación del *WIPO Copyright Treaties*, ya en vigor en los Estados Unidos.

La norma introduce una serie de modificaciones en el Derecho inglés en materia de Derechos de autor, de tal forma que modifica el *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Con todo, la Directiva no se aplica a los programas informáticos, respecto de los cuales las disposiciones contenidas en la última de las normas citadas permanecen intactas.

– Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos, que ha modificado la Directiva 92/59/EEC del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos. Ha sido implementada en el Reino Unido mediante la *General Product Safety (GPS) Regulations 2005*, S.I. núm. 2005/1803, entrada en vigor el 1 de octubre de 2005, fecha en que quedó derogada la *General Product Safety Regulations 1994* y la Section 10 del *Consumer Protection Act 1987*.

Para mejor transponer la directiva, el *Department of Trade & Industry* (DTI) realizó una consulta pública entre noviembre de 2001 y marzo de 2002. A partir de los resultados obtenidos, se realizó una segunda consulta entre diciembre de 2004 y marzo de 2005. Sólo entonces se elaboró la *General Product Safety (GPS) Regulations 2005*. La norma tiene aplicación, en línea de principio, a cualquier producto, nuevo o usado, utilizado por el consumidor, con independencia del hecho de que hubiere sido o no destinado al consumo. Se excepcionan los nuevos productos que son objeto de una específica regulación comunitaria e incluso de directivas sectoriales. Entre los productos a los que se aplica la *Regulations* existen, por ejemplo, ropa, medicinas, materias primas o productos de horticultura, artículos e instrumentos fabricados manualmente hechos por uno mismo, alimentación y bebida, artículos caseros y vehículos a motor.

Según lo establecido en la *Regulations* del año 2005, los productores y los distribuidores de tales productos tienen un deber general de colocar en el mercado (o de proveer) productos que sean seguros, dentro de los límites de los usos normales o de un uso que sea razonablemente previsible.

Las autoridades locales son las encargadas de que la norma sea observada.

– Directiva 2002/47 CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 6 de junio 2002, relativa a los contratos de garantía financiera. Ha sido transpuesta en el Reino Unido mediante la *The Financial Collateral Arrangements* (núm. 2) *Regulations 2003*, S.I. núm. 2003/3226, que entró en vigor el pasado 26 de diciembre de 2003. La norma trata de crear un mercado financiero eficaz y eficiente, a base de agilizar la conclusión y ejecución de contratos de garantía financiera.

– Directiva 2002/58/EC 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. Ha sido implementada en el Reino Unido mediante *The Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003*, S.I. núm. 2003/2426, que entró en vigor el 11 de diciembre de 2003. La norma ha substituido a la *Telecommunications (Data Protection and Privacy) Regulations* del año 1999, que era el resultado de la transposición de la Directiva comunitaria 97/66.

– Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios

financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la – Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. Ha sido implementada mediante *The Financial Services (Distance Marketing) Regulations* 2004, S. I. núm. 2004/2095. En relación con los contratos de crédito al consumo, «*non-regulated*» las disposiciones relativas a los deberes de información entraron en vigor el 31 de octubre de 2004. Por cuanto concierne a los contratos de crédito al consumo «*regulated*» las disposiciones son vigentes desde el 31 de mayo de 2005.

La *Financial Services (Distance Marketing) Regulations* 2004 regula principalmente deberes de información precontractuales. La norma establece cuales son las informaciones que, en línea de principio, deben ser comunicadas al consumidor, en todos los contratos a distancia que tengan por objeto servicios financieros:

- el proveedor, incluida la identidad de todo profesional con el cual el consumidor tiene relación;
- los servicios financieros, incluida una descripción de las características principales del servicio y del precio total que se debe pagar;
- el contrato a distancia, incluidas informaciones acerca del derecho de rescisión (siempre que exista), eventuales derechos que correspondan a las partes de poner fin al contrato antes de la llegada del término previsto, así como cualquier cláusula contractual que tenga que ver con la ley aplicable al contrato; así como
- los recursos: cualquier procedimiento extrajudicial de reclamación y cualquier posibilidad de indemnización diversos de los previstos en la Directiva 94/19/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de los depósitos (9), y de la Directiva 97/9/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 3 marzo 1997 relativa a los sistemas de indemnización a los inversores.

Una vez concluido el contrato, el proveedor del servicio deberá comunicar todas las condiciones contractuales por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero, disponible y accesible para el consumidor en tiempo útil.

La *Regulations*, además de centrarse en los deberes de información, también pone el acento en el derecho del consumidor a rescindir el contrato. En general, este derecho decae transcurridos treinta días, si se trata de contratos de seguro de vida o jubilaciones personales; y tras catorce días, si de otro tipo. Existen todavía algunas situaciones a las que no les resulta de aplicación el derecho de rescisión. Entre ellas, los servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros, como por ejemplo los *unit trusts*.

A pesar de que la norma británica adopta en gran medida las disposiciones de la Directiva, sin embargo no extiende su aplicación a los empresarios individuales, a las sociedades, o a las asociaciones sin personalidad jurídica. Esto es así porque la Directiva sólo estaba pensada para proteger a los consumidores, según la definición operada por la Comisión europea. Pero como quiera que el Reino Unido adopta una definición más amplia de consumidor, que en cualquier caso comprende los sujetos que se acaban de mencionar, el Gobierno ha considerado innecesario regular más allá de lo dispuesto en la Directiva.

ITALIA

GIOVANNI BISAZZA*, STEFANO TROIANO**, BARBARA PASA***

Bibliografía**BARBARA PASA**

I. DERECHO PRIVADO COMUNITARIO/EUROPEO

ANTONIOLLI, L.; LAJOLO DI COSSANO F.; BENACCHIO, G.: *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2005, 269 pp.

Se trata de un manual para estudiantes del primer año de carrera, de introducción al estudio de las instituciones europeas, desde un punto de vista histórico y comparativo. El manual recorre las etapas más significativas en el nacimiento de la CEE hasta llegar a la actual configuración de la Unión, con referencia a los trabajos preparatorios para la redacción de una Constitución europea.

ANTONIOLLI, L.; VENEZIANO, A. (curatori): *Principles of European Contract Law and Italian Law*, The Hague, Kluwer law International, 2005, 518 pp. (Series: Principles of European Contract Law, vol. 2)

Se trata de otra obra en inglés a cargo de autores italianos que son, respectivamente, profesores de Derecho privado comparado en la Trento y en Teramo. El libro compila una serie de trabajos presididos por el artículo de Sacco que puede considerarse representativo de toda la obra, y que se titula «*Interaction between the PECL and Italian Law*». El segundo artículo, de carácter general, es de Bonell, y trata de aclarar cuáles son los puntos de contacto y de diferenciación entre los PECL (Principles of European Contract Law) y los Principios Unidroit (Principles of International Commercial Contracts). Otros capítulos recogen las reflexiones de varios juristas italianos sobre la correspondencia entre las normas contenidas en el *soft law* que acabo de mencionar y el Derecho privado italiano.

LANG, A.; SANNA, C; BOLOGNINI, D. (curatori): *Federalismo e regionalismo: esperienze italiana, svizzera e dell'Unione Europea a confronto*, Milano, Giuffrè, 2005, 161 pp.

Se trata de una obra colectiva que recoge las contribuciones de diferentes autores a propósito de los temas que más interesan a los publicistas y a los constitucionalistas europeos: qué nueva forma de Estado revestirá Europa.

* Doctorando y ayudante en la cátedra de Derecho civil, U. degli studi di Verona.

** *Associato di Diritto Civile*, U. degli studi di Verona.

*** Doctora en Derecho y profesora titular interina 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.

Una Unión que, por ahora y al menos hasta la entrada en vigor de la Constitución europea, puede considerarse «sui generis».

PALERMO, Francesco: *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, vol. 53, Padova, Cedam, 2005, 300 pp.

Otra obra que también interesa más a los publicistas aunque, esta vez, se trata de un libro monográfico que analiza las formas del poder «post-estatal», la descomposición o fragmentación de las esferas estatales del presente, que podría terminar en una situación de extinción de los Estados (la dirección a la que apunta la «Europa de las regiones»). En particular, el libro profundiza sobre la naturaleza del «deber ser comunitario» de los Estados Miembros, y la del «deber ser integrado» de la Unión Europea. Ofrece una nueva teoría de los límites y de las garantías constitucionales, a fin de contribuir a la comprensión del nivel de «(com)penetración» de las obligaciones recíprocas entre la Unión y los Estados Miembros.

PICONE, Paolo (curatore): *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2004, 650 pp.

El libro recoge una serie de contribuciones (R. Baratta, K. Kreuzer, M.V. Benedettelli, G. Carella, J. D. González Campos, P. Picone, A. Borrás, F. Caruso, C. Kohler, F. Salerno), que ofrecen un panorama exhaustivo de la evolución que ha experimentado la comunitarización del derecho internacional privado. El mérito del libro es el de haber dejado espacio a la libertad de opiniones, lo que proporciona una perspectiva crítica que afecta a todo el conjunto.

II. DERECHO COMPARADO

ALPA, Guido; ROSSELLA, Delfino (curatori): *Il contratto nel Common Law Inglese*, Padova, Cedam, 2005³.

Manual que es útil para la profundización en los temas sobre comparación jurídica en el ámbito del Derecho privado; en particular, el libro analiza el Derecho de contratos en uno de los sistemas paradigmáticos de la tradición jurídica occidental, esto es, el *Common Law*. El manual aborda tanto temas de macrocomparación (relativos a las características generales del ordenamiento jurídico inglés), como de microcomparación (relativos al instituto específico del contrato y otros conceptos conexos). Además, analiza el fenómeno de la progresiva convergencia en el ámbito europeo del Derecho de contratos, mediante el análisis de la labor de armonización jurídica que está llevando a cabo la Comunidad europea, y el de otros instrumentos de integración, como los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) y los Principios Unidroit de las contratos comerciales internacionales.

CANNARSA, Michel: *La responsabilité du fait des produits defectueux. Etude comparative*, Milano, Giuffrè, 2005.

El libro es el resultado de una intensa investigación en el ámbito del Derecho comparado sobre el tema de la responsabilidad derivada del daño

causado por productos defectuosos, dedicando especial atención a los sistemas jurídicos italiano, francés e inglés. El tema de fondo es la armonización de la responsabilidad civil en el seno de la Comunidad europea, tal y como abogan las Directivas sobre productos defectuosos y adquisición de productos seguros.

D'AMICO, Pietro: *Common Law*, Torino, Giappichelli, 2005.

El volumen se subdivide en dos partes. La primera describe el *Common Law* desde la historia. La segunda parte afronta el «sistema» y el «método», siempre valiéndose de datos históricos y de la *doctrine* de los prácticos.

GENTILOMO, Andrea; PIGA, Antonella; NIGROTTI, Stefano: *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, Milano, Giuffré, 2005.

El libro se ocupa de cuestiones de carácter general, que abrazan diversas disciplinas: desde la criminología pasando por la psicología jurídica, hasta la medicina legal o el derecho penal *tout court*. La obra pretende ofrecer un estado de la cuestión puesto al día de la normativa en vigor sobre la procreación asistida en los países de la Unión Europea y lo hace en clave comparatística.

LANNI, Sabrina: *America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Milano, Giuffré, 2005.

El texto ofrece apuntes nuevos en un tema que ya es clásico, el de la tutela del consumidor, al que la autora se enfrenta sirviéndose de taxonomías que pertenecen tanto al Derecho internacional público como al Derecho comparado. Se trata de un planteamiento general que expone las perspectivas de armonización y de unificación del Derecho contractual más allá de los confines europeos.

MELI, Marisa: *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le Doctrines della Undue Influence e della Unconscionability*, Milano, Giuffré, 2005.

Este manual, principalmente dirigido a los estudiantes, se enfrenta a uno de los temas fundamentales del Derecho contractual europeo: la tutela del contratante débil. El libro se divide en dos partes: la primera, dedicada a la normativa y a la doctrina italiana; la segunda, al sistema inglés. El texto es útil como guía en los seminarios que tienen lugar en los diferentes cursos de la licenciatura y también sirve como tratado monográfico en el seno de un curso de Derecho privado comparado.

PATTI, Salvatore: *Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*. Traduzione e presentazione a cura di Salvatore Patti, Giuffré, Milano, 2005.

Es un instrumento fundamental para aquellos que no dominan la lengua alemana pero tienen necesidad de conocer las normas contenidas en el Código civil alemán. Gracias a la colaboración de la editorial Beck y Giuffré, es posible disponer por vez primera del Código civil alemán (*Bürgerliches*

Gesetzbuch – BGB) en versión bilingüe, es decir, con una traducción en italiano, que ha sido llevada a cabo bajo la supervisión del profesor Salvatore Patti de la Universidad *La Sapienza*, en Roma.

ROPPO, Vincenzo (curatore): *European civil code (A)? Perspectives & problems. Atti del Convegno. Genova, 28 maggio 2004*, Giuffrè, Milano, 2005.

El libro recopila las actas del Congreso celebrado hace un año en Génova, cuyo objeto era debatir sobre los problemas conexos a la codificación civil europea desde una perspectiva comparativa. Los artículos se publican en diversas lenguas, y cada uno de ellos discute sobre la viabilidad de un código civil para Europa. Se aprecian distintos puntos de vista y se hacen evidentes las fricciones y contrastes que la doctrina europea debe afrontar.

Legislación

GIOVANNI BISAZZA Y STEFANO TROIANO

A) Con el decreto legislativo de 6 de septiembre 2005 ¹, núm. 20638, el Gobierno italiano ha procedido a la promulgación del Código de consumo, en actuación de la delegación parlamentaria contenida en el art. 7 de la L. 29 de julio de 2003, núm. 229.

El Código es, en realidad, una compilación que recoge las diversas normas sobre tutela del consumidor que hasta la fechas estaban dispersas en una multiplicidad de instrumentos legislativos (relacionados con la finalidad de indicar la expresa derogación, en el art. 146 del d.lgs. 206/2005) aunque no aporta novedades significativas a la regulación precedente. Se puede ver un primer comentario de la norma en G. ALPA, «Il commento (al Codice del consumo)», 11 (2005) *I contratti* 147 ss.; G. DE CRISTOFARO, «Il Codice del consumo: un'occasione perduta?» 10 (2005) *Studium iuris*, 1137 ss.

El *Codice del consumo* se estructura en cinco partes:

- a) Disposiciones generales (elenco de los derechos reconocidos al consumidor y usuarios: definiciones);
- b) educación, información y publicidad (requisitos de la información, publicidad engañosa y comparativa);
- c) circulación de bienes y servicios (crédito al consumo, cláusulas abusivas, contratos y derecho de rescisión, multipropiedad, servicios turísticos, servicios financieros, erogación de servicios públicos);
- d) seguridad y calidad (seguridad de los productos, responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos, certificados de calidad);
- e) asociaciones de consumidores y justicia (acciones inhibitorias, acceso a la justicia).

¹ El decreto legislativo en cuestión (publicado en *G.U.* núm. 235, de 8 de octubre de 2005, suplemento ordinario) entró en vigor el 23 de octubre de 2005.

El siguiente cuadro indica las disposiciones derogadas por el nuevo Código y los artículos de este último que han recogido el contenido de las primeras.

Disposiciones derogadas	Codice del consumo
L. 30 julio 1998, n. 281 (Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti)	Art. 2 y arts. 136-141
L. 10 abril 1991, n. 126 (Norme per l'informazione del consumatore); d. legis. 25 febbraio 2000, n. 84 (de transposición de la D. 98/6/CE en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos al consumidor).	Arts. 5- 17
D. legis. 25 enero 1992, n. 74 (de transposición de la D. 84/450/CEE, modificada por la D. 97/55/CE sobre publicidad engañosa y comparativa) modificado por el D. legis. 25 febbraio 2000, n. 67 y la L. 6 aprile 2005, n. 49.	Arts. 19-27
Arts. 1469 bis-1469 sexies CC (introducidos en el CC italiano en actuación de la D. 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas)	Arts. 33-37
D. legis. 25 febrero 2000, n. 63 (de transposición de la D. 98/7/CE, sobre crédito al consumo).	Arts. 40-41
D. legis. 15 enero 1992, n. 50 (de transposición de la D. 85/577/CEE, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales) y D. legis. 22 mayo 1999, n. 185 (de transposición de la D. 97/7/CE, sobre protección del consumidor en materia de contratos a distancia).	Arts. 45-63 (los artículos 10 del D. legis. n. 50/1992 y 11 del D. legis. n. 185/1999, no obstante, han sido incorporados en el art. 143 del Código de consumo)
D. legis. 9 noviembre 1998, n. 427 (de actuación de la D. 94/47/CE, sobre <i>Timesharing</i>)	Arts. 69-81
D. legis. 17 marzo 1995, n. 111 (de transposición de la D. 90/314/CEE, sobre viajes combinados)	Arts. 82-100
D. legis. 21 mayo 2004, n. 172 (de transposición de la D. 2001/95/CE, sobre seguridad general de los productos)	Arts. 102-113
D.P.R. 24 mayo 1998, n. 224 (de transposición de la D. 85/374/CEE, en materia de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos)	Arts. 114-127
Arts. 1519 bis-1519 nonies CC (insertados en el CC italiano en base a la transposición de la D. 99/44/CE, sobre garantías de los bienes de consumo).	Arts. 128-135

B) Con el D. legis. de 19 de agosto de 2005, núm. 190 (*G.U.* núm. 221 de 22 de septiembre de 2005) el Gobierno italiano ha transpuesto la directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de los servicios financieros a los consumidores. Llama la atención que, por un problema de coordinación, las normas de tal Directiva no hayan sido incorporadas en el Código de consumo, tal y como, por el contrario, hubiere sido deseable.

Sección temática: Espacio Judicial Europeo,
Derecho de Familia, Derecho de Autor
y Derecho de Daños en la UE

I. EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS

Esade-U. Ramon Llull*

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). Uno de los objetivos fundamentales de la UE es garantizar a los ciudadanos europeos un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Con tal fin el Tratado de Amsterdam prevé la transferencia de la cooperación judicial en materia civil del tercer pilar hacia el primer pilar. A tal efecto el Consejo adoptó en Tampere (1999), que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sería la piedra angular para la creación de un verdadero espacio judicial europeo. Además, se pidió una mejora del acceso a la justicia en Europa.

Cinco años después, en noviembre de 2004, el Consejo de la UE ha adoptado el nuevo programa plurianual (para el período 2005-2010) denominado «Programa de La Haya» [*DOCE C 53/1* de 3 de marzo 2005] destinado a la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la UE. En él se destaca la necesidad de seguir mejorando el trabajo de creación de una Europa de los ciudadanos y la función esencial que desempeñará a este respecto la creación de un espacio europeo de justicia. Como objetivos prioritarios se señala la necesidad de proseguir el esfuerzo por facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo. El Consejo Europeo invita a la Comisión a presentar en 2005 un plan de acción con propuestas de acciones concretas y un calendario para la adopción y aplicación de las mismas. Dicho plan fue presentado por la Comisión en agosto de 2005 a través del documento Plan de Acción del Consejo y al Comisión por el que se aplica el programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia de la Unión Europea [*DOCE C 198*, de 12 de agosto de 2005]

Es de destacar el interés de ambos documentos que necesariamente se complementan, pues permiten vislumbrar el futuro del espacio judicial europeo en los próximos diez años. Me propongo dar cuenta brevemente de los puntos clave señalados por el Consejo en el Programa de La Haya y desarrollados por la Comisión en el Plan de Acción.

* Profesora de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de ESADE-U. Ramon Llull

A) Reconocimiento mutuo de decisiones y eliminación de obstáculos al funcionamiento adecuado de los procedimientos: El Consejo Europeo atribuye gran importancia a la continuación del desarrollo de la cooperación judicial en materia civil y la culminación total del programa de reconocimiento mutuo adoptado en 2000. El principal objetivo político en este ámbito consiste en que las fronteras entre los países europeos dejen de constituir un obstáculo a la resolución de los asuntos de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones sobre asuntos civiles. La continuación de la aplicación del programa de medidas relativas al reconocimiento mutuo deberá constituir una prioridad en los próximos años, para garantizar que quede concluido en 2011. A tal efecto la Comisión prevé la adopción de los siguientes instrumentos:

- 2005: Libro verde sobre sucesiones [ya adoptado, ver crónica anterior]; Libro verde sobre conflictos de leyes y jurisdicción en asuntos de divorcio (Roma III) [ya adoptado, ver crónica anterior]; Propuesta sobre los conflictos de leyes relativos a obligaciones; Propuesta sobre litigios de menor cuantía (ya adoptado, ver crónica anterior *ADC*); Propuesta sobre obligaciones alimenticias

- 2006: Adopción de las propuesta «Roma II» sobre los conflictos de leyes relativos a obligaciones no contractuales; adopción del Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo; adopción de la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen económico matrimonial, que incluye la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo

- 2006-2007: Libro Verde sobre la ejecución eficaz de las decisiones judiciales

- 2008: Libro Verde sobre unas normas mínimas para determinados aspectos del Derecho procesal

- 2006-2010: Evaluación de la posibilidad de suprimir el exequátur y de propuestas legislativas si procede

B) Intensificación de la cooperación: Con el objeto de que los instrumentos relacionados con la cooperación entre órganos judiciales o de otra índole, funcionen de forma efectiva se insta a los EM a que nombren jueces u otras autoridades de su país que actúen como enlaces. En su caso, dichas autoridades podrían utilizar su punto de contacto nacional dentro de la Red judicial europea en materia civil. También se invita a la Comisión a que organice seminarios sobre la aplicación del Derecho de la UE y a que fomente la cooperación entre miembros de las profesiones jurídicas (como los oficiales de justicia y notarios). En este ámbito la Comisión ha previsto por un lado medidas de carácter continuo como por ejemplo, la celebración anual del día Europeo de la Justicia Civil, la actualización y mejora permanentes del Atlas judicial europeo; el desarrollo continuado de la red judicial europea en asuntos civiles, mediante la creación de bases de datos jurisprudenciales relacionada con los instrumentos europeos, y el apoyo de la Unión a las redes de organizaciones instituciones judiciales. Por otro lado también se prevé la realización de:

- 2005: Informe sobre el funcionamiento de la Red judicial Europea para asuntos civiles y mercantiles y propuesta de modificación si procede.

- 2006: Celebración de seminarios de la UE para fomentar la cooperación entre profesionales del derecho con el objeto de establecer unas mejoras.

C) Asegurar la coherencia y la mejora de la calidad de la UE: En materia de Derecho contractual, el Consejo considera necesario mejorar 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. Para el desarrollo de este mandato la Comisión ha previsto la elaboración en 2007 de un informe final de investigación que incluye un proyecto marco de referencia común en el ámbito del derecho contractual europeo y la adopción en 2009 de dicho marco de referencia común. Según el Consejo deberá crearse un marco para estudiar la posibilidad de desarrollar para toda la Unión Europea cláusulas y condiciones tipo de Derecho contractual que puedan ser utilizadas por las empresas y las asociaciones sectoriales de la Unión

D) El Consejo también considera imprescindible tomar las medidas necesarias para poder llevar a cabo un seguimiento más sistemático de la calidad y la coherencia de todos los instrumentos jurídicos comunitarios relativos a la cooperación en materia civil. Al respecto la Comisión prevé la realización de varios informes sobre la aplicación de los instrumentos comunitarios vigentes: Reglamento sobre obtención de pruebas (2007); Reglamento Bruselas I y propuesta de modificación del mismo a más tardar en 2009 y Directiva 2004/80/CE relativa a la compensación a las víctimas de delitos.

E) Ordenamiento jurídico internacional: Se exhorta a la Comisión y al Consejo a que velen por la coherencia entre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico internacional, y a que sigan estrechando las relaciones y la cooperación con organizaciones internacionales como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y el Consejo de Europa, especialmente con vistas a la coordinación de iniciativas y la consecución de las máximas sinergias entre las actividades e instrumentos de dichas organizaciones y los instrumentos de la UE. Para dar cumplimiento a tal mandato la Comisión ha previsto por un lado, la adhesión de la UE a la Conferencia de La Haya en 2006; la ratificación del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores y la continuación de las negociaciones y celebración de acuerdos internacionales relativos a cooperación judicial en asuntos civiles. Además se adoptarán los siguientes instrumentos:

– 2005: Propuesta de celebración de acuerdos paralelos con Dinamarca sobre Bruselas I y negociación de documentos; conclusión de negociaciones relativas al Convenio de elección de foro.

– 2006: Propuesta de celebración de un nuevo Convenio de Lugano.

– 2007: Conclusión de las negociaciones relativas al Convenio sobre obligaciones alimenticias.

II. DERECHO PROCESAL COMUNITARIO

JORDI NIEVA FENOLL*

No es preciso tratar en profundidad de la acumulación de asuntos que existe ante los Tribunales de la Comunidad Europea, por otra parte común a cualquier alto órgano jurisdiccional de cualquier país del sistema continental. Las Instituciones Comunitarias, lógicamente y en especial el Tribunal de

* Profesor Titular de Derecho Procesal, U. Barcelona. El trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa.

Justicia, han intentado desde siempre hacer frente a los retrasos de su Jurisdicción, normalmente proponiendo la creación de nuevos órganos jurisdiccionales para que resolvieran los asuntos en un plazo razonable. A pesar de que los intentos de crear nuevos tribunales se remontan a 1974, como es sabido no es sino hasta el Acta única de 1986 en la que se prevé la posibilidad de «agregar» al Tribunal de Justicia un Tribunal de Primera Instancia, que se creó finalmente por decisión de 24 de octubre de 1988, siendo nombrados sus miembros en septiembre de 1989, empezando poco después sus trabajos.

Esta situación ha durado hasta el día de hoy, pero debido a los inevitables retrasos que también ha acumulado durante estos años el Tribunal de Primera Instancia, previó el Tratado de Niza la posibilidad de «agregar» –nuevamente– Salas Jurisdiccionales al Tribunal de Primera Instancia. De esa forma, resultaba que esas llamadas «Salas jurisdiccionales» acabarían convirtiéndose en Tribunales de primera instancia, y el Tribunal de Primera Instancia –conservando su denominación– pasaría a ser o bien Tribunal de apelación, o bien Tribunal de casación. Finalmente, limitando ahora la cuestión a los supuestos en que hubiera conocido en primera instancia una de las citadas salas, el TJ quedaba encargado de un medio de impugnación de nueva factura, llamado «reexamen», que había de ser excepcional y a través del cual el TJ podría revisar las sentencias del TPI.

Todo este nuevo esquema jurisdiccional, que no presentaba enormes novedades en la Constitución Europea (arts. III-353 y ss) al margen de la denominación del TPI, que pasaba a designarse como «Tribunal General», hace que los tribunales comunitarios se asemejen cada vez más a una estructura judicial de Derecho interno. El sistema se está poniendo poco a poco en marcha. A continuación se exponen las últimas novedades legislativas en la materia.

– Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004 por la que se crea el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (DOCE 9 de noviembre de 2004, L 333/7)

Con la citada decisión se prevé la puesta en marcha de la primera de las «Salas Jurisdiccionales» previstas en la reforma de Niza, que recibirá la denominación, mucho más coherente, de Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea. De nuevo, igual que cuando se puso en marcha el TPI, se toma como banco de pruebas a los asuntos de la función pública y, a partir de ahí, si el nuevo Tribunal funciona como se prevé, se espera la creación de un Tribunal de patentes y otro de marcas para dentro de al menos cinco años.

El Tribunal está constituido por siete jueces, aunque este número podrá ser aumentado posteriormente por el Consejo, a petición del TJ. Ejercerán su función por seis años renovables por idénticos periodos. Funcionarán por secciones de tres jueces, aunque pueden reunirse en una sala de cinco jueces, o incluso del pleno del tribunal.

Las normas de procedimiento serán, esencialmente, las actuales del Reglamento de Procedimiento del TPI, aunque con algunas escasas modificaciones tendentes a hacer el proceso un poco más ágil. No obstante, lo que resulta más interesante es el recurso que se establece contra las resoluciones del Tribunal de la Función Pública, que no es otro que el recurso de casación, que hereda algunos defectos del que ya existe hoy en día ante el TJ: limitación a las cuestiones de derecho (ante un «Tribunal de Primera Instancia») y existencia, aunque restringida, del reenvío, en las mismas condiciones que ya estaba previsto anteriormente.

Aunque la previsión de la limitación a las cuestiones de derecho tiene una orientación claramente restrictiva para frenar el número de recursos, debería haberse pensado con más detenimiento, primero, si se trata de una restricción eficaz; segundo, si actualmente la doctrina procesalista de los EEMM todavía la avala y, tercero, si en definitiva permite realmente que el TPI no entre en el fondo de una cantidad importante de asuntos, que era lo que se pretendía.

Por otra parte, creo que ya que el Tratado de Niza lo preveía (art. 225A), podría haberse aprovechado para realizar un ensayo de «recurso de apelación» del que habría conocido el TPI. De esa forma, hubiera evitado tenerse que crear un nuevo medio de impugnación, el «reexamen», y podría haberse conferido la casación en exclusiva al TJ, que hubiera sido lo más propio. Soy consciente de que no ha sido así sencillamente por el temor de que una «segunda instancia» colapsara aún más al TPI. Pero quizás si se hubiera concebido un modelo de apelación restringida, similar a la existente en varios EEMM, la experiencia podría haber resultado exitosa.

– Proyecto de Decisión del Consejo por la que se modifica el Protocolo sobre el Estatuto del TJCE para establecer las condiciones y límites del reexamen por el TJ de las sentencias dictadas por el TPI. Expediente interinstitucional 2003/0820 (CNS), 11687/05, de 9 de septiembre de 2005.

El Tratado de Niza previó, como decía, la creación de un «reexamen», de carácter excepcional, cuando existiera un «riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho Comunitario». El riesgo debía acaecer en caso de que el TPI dictara una resolución que implicara un peligro de estas características.

Poco más se decía en el Tratado de este recurso que tenía la misma finalidad que la tradicional de la casación, aunque con superior excepcionalidad. Pero sin embargo, el artículo 62 del Estatuto del TJ se reformó interpretando la excepcionalidad como una restricción de las posibilidades de defensa de los litigantes, y así estableció que dicho reexamen sólo podía ser interpuesto, en el plazo de un mes, por el primer abogado general, a cuyo criterio quedaba decidir si la resolución del TPI representaba el riesgo grave al que antes me referí.

Quedaban varios cabos sueltos con lo anterior. Entre ellos, el papel que debían tener las partes en este extraño procedimiento que, se insistía, no había de ser un recurso de casación en interés de la ley. Pues bien, en el proyecto de Decisión comentado se especifica que las partes tendrán un plazo (aún por determinar) para realizar alegaciones ante el TJ. Lo cual las excluye, ya definitivamente, de la fase de interposición. Además, se especifica que el reexamen no tendrá efecto suspensivo, y por último, se establece la posibilidad de que el TJ reenvíe el asunto, una vez juzgado, al TPI, para que este decida en definitiva, tomando por base la decisión del TJ. No obstante, si de lo actuado estima el TJ que tiene material suficiente para resolver definitivamente el asunto, se especifica que así lo deberá hacer.

No puedo comentar en este momento todos los extremos anteriores. Pero parece inadecuado que, tras una única instancia y una casación, se excluya la posibilidad de que las partes planteen el reexamen, que por cierto, no es más que una excepcional «casación de la casación», lo que resulta en buena medida extraño jurídicamente hablando. De nuevo, es la vocación de restricción del número de asuntos la que ha presidido la reforma, que revierte en una vulneración de las posibilidades de defensa de los litigantes.

Por otra parte, en cambio, es acertado que no se prevea efecto suspensivo. Pero no se olvide que próximamente, según lo previsto en Niza, también

serán objeto de reexamen las sentencias del TPI cuando hayan resuelto una cuestión prejudicial. En este caso sí que es perfectamente factible reducir las alegaciones de las partes al mínimo, aunque estimo que deberá preverse obligatoriamente el efecto suspensivo, a fin de evitar que el Juez nacional haya dictado sentencia cuando llegue la decisión del TJ.

III. EL DERECHO DE CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS *

1. En la primera crónica de Derecho privado europeo, se daba cuenta del Plan de Acción de la Comisión del año 2003 (y 2004), en el que ésta proponía la adopción de tres medidas: aumentar la calidad y coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, para lo cual se debía elaborar un «marco común de referencia» que estableciera una terminología uniforme, una adaptación de las normas al contexto actual, y un contenido homogéneo; la elaboración de cláusulas tipo contractuales a nivel comunitario para evitar costes de negociación y facilitar el conocimiento del Derecho aplicable a la relación contractual; y, finalmente, la creación de un instrumento opcional que contuviera reglas contractuales convenientemente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior.

Pues bien, en fecha de 23 de septiembre de 2005, la Comisión ya ha hecho público el primer informe anual sobre los trabajos que se vienen realizando en relación con la revisión del acervo contractual [COM (2005) 456 final] y en el que se anuncian las pautas de trabajo futuras. Además, la Comisión se pronuncia brevemente sobre las otras dos medidas acabadas de mencionar. Por lo que respecta a la idea de crear un sitio web con el que promover el desarrollo por el sector privado de cláusulas y condiciones tipo, simplemente se descarta la propuesta. Y, en lo que a la creación de un instrumento opcional concierne, de momento se omite cualquier pronunciamiento de carácter general. Si acaso, se anuncia la posible utilización sólo en relación con determinados servicios financieros a distancia y el crédito hipotecario (vid. http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/progress05_es.pdf).

Volviendo a lo que es el núcleo del informe, esto es la revisión del *acquis communautaire*, resulta del mismo que, en realidad, además del *acquis communautaire* también se ha procedido al estudio de las irregularidades de la transposición de (una serie de) directivas en los Estados miembros. Se deduce del informe que la relación entre una y otra cuestión es necesaria, tal y como posteriormente se explicará.

En relación con el primer punto, esto es, la revisión del acervo contractual, el informe explica cómo se ha procedido a la creación de la red del Marco Común de Referencia, su funcionamiento y las prioridades para el futuro. Según se explica, la red cuenta con 177 miembros, con una amplia representación geográfica y de las profesiones (en un anexo al documento que ahora se comenta se ofrece un cuadro representativo), que se organizan

* Profesora Titular de Derecho Civil, U. Barcelona. El trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa.

en grupos integrados por personas afines a los diferentes temas (32) y cuyo trabajo se discute en *workshops* o talleres, previo comentario general de los documentos de investigación que resultan, que se publican en un sitio web especialmente creado a este fin. Tras el taller, los expertos deben resumir sus conclusiones y luego la Comisión elaborar un informe que igualmente será luego sometido al parecer de los miembros del Marco Común. Además, se han creado comités para proponer recomendaciones de redacción para temas específicos (sin duda ocupados también con el aspecto terminológico, en línea con las sugerencias de Sjef van Erp: «European Private Law: A European Standing Committee on Legal Terminology as a Next Step?» *Editorial – Electronic Journal of Comparative Law* (July 2005), <<http://www.ejcl.org/92/editor92.html>>), y delegados de talleres que, en relación con el contenido, se responsabilicen de la coherencia horizontal de las propuestas (sobre esto último, *vid.* al final de este resumen).

La Comisión insiste en la necesidad de elaborar definiciones de términos jurídicos abstractos, en su caso explicando por qué se establecen diferencias por sectores concretos, esto, es, señalando cuáles son las razones de política jurídica que aconsejan soluciones no extrapolables a todos los ámbitos. Es el caso, especialmente, de la regulación que afecta a los contratos con consumidores. Considera, además, imprescindible, la coherencia entre el Derecho general de contratos y las regulaciones específicas sectoriales. Se parte del principio de libertad contractual, de manera que las excepciones al carácter dispositivo de las normas deben aclararse y justificarse debidamente.

Desde marzo de 2005 se han celebrado los talleres siguientes: contratos de arrendamientos de servicios (11 de marzo); franquicias, agencias y distribución (16 de marzo); Derechos de garantías personales (19 de abril); gestión de negocios ajenos (29 de abril); enriquecimiento injusto (20 de mayo); noción y funciones del contrato (7 de junio); y noción de consumidor y profesional (21 de junio).

La prioridad la tienen, de momento, las cuestiones vinculadas con el acervo comunitario del Derecho de consumo y otros a éste afines, en relación con lo cual se prepara un documento global en el que se describan las necesarias revisiones; se estima que podría estar listo dentro del primer trimestre del año 2006 y se anuncia que será sometido a consulta antes de adoptar cualquier medida.

De momento –y de acuerdo con lo anunciado en el Plan de Acción de 2004– se ha procedido a un análisis de la transposición y aplicación de las directivas en materia de consumo por los Estados miembros (*vid. infra* «Vida jurídica», *EU Consumer Law Acquis*). La medida trata de justificarse de la siguiente manera:

«[S]e trata de un paso esencial para determinar los problemas reglamentarios, las barreras al comercio interior y las lagunas en materia de protección de los consumidores, así como para evaluar si se derivan de problemas en las directivas vigentes o de una puesta en práctica o una aplicación incorrectas en uno o varios Estados miembros» (pp. 6-7).

A este estudio sobre el estado de la cuestión, deberá seguirle una serie de recomendaciones por parte a la Comisión sobre la racionalización y la simplificación del acervo, a fin de eliminar las incoherencias, solapamientos, barreras al mercado interior y distorsiones de la competencia que pudieran existir (p. 7). El trabajo se hará público en otoño de 2006.

Se informa de que, de momento, se han observado ya algunas distorsiones importantes en el régimen de transposición de algunas directivas en par-

ricular (*vid.* pp. 8-11). Y se añade que, para proceder a su solución, las medidas a adoptar son alternativas:

a) se puede adoptar un enfoque «vertical», que consiste en la revisión individual de las directivas existentes (p. ej., revisión de la Directiva sobre regímenes de tiempo compartido) o la regulación de sectores específicos (p. ej., una directiva sobre turismo que incluya disposiciones de las Directivas sobre viajes combinados y regímenes de tiempo compartido);

b) o bien se puede optar por un enfoque más horizontal, que adopte uno o más instrumentos marco para regular características comunes del acervo; este instrumento o instrumentos marco proporcionarían definiciones comunes y regularían los principales derechos y soluciones contractuales de los consumidores.

Según detalla la propia Comisión «[C]on arreglo al enfoque horizontal, la Comisión, por ejemplo, podría elaborar una directiva sobre contratos de venta de bienes entre empresas y consumidores, que regularía de forma coherente los aspectos contractuales de la venta, que en la actualidad se encuentran distribuidos entre varias directivas (como por ejemplo las Directivas sobre la venta de los bienes de consumo, las cláusulas abusivas, la venta a distancia y la venta a domicilio). De conformidad con los principios de una mejor legislación, este instrumento racionalizaría considerablemente el marco reglamentario, ya que todas las disposiciones pertinentes de las directivas existentes relevantes se sistematizarían en la nueva directiva. Seguirían estando en vigor las partes de las directivas existentes que contemplan las técnicas de comercialización (p. ej., restricciones de la utilización de determinados medios de comunicación a distancia) y los servicios. Estas, a su vez, si fuera posible y necesario, podrían estar reguladas por uno o varios instrumentos marco diferentes en el futuro. El enfoque horizontal no excluiría soluciones verticales si fuera necesario».

El problema quizás es que si no se tiene una visión general de todo el acervo comunitario en materia de contratos, será difícil poder valorar con coherencia las propuestas que se realicen en materia de Derecho de consumo. Véase, en todo caso, las contribuciones a las Jornadas organizadas por la Academia de Derecho europeo en Trier (2003): «A Common Frame of Reference: How Should It Be filled?» (http://www.era.int/web/en/resources/5_1990_409_file.332.pdf)

2. Están disponibles *on-line* (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference26092005_en.htm) las contribuciones al congreso sobre el Derecho europeo de contratos (*European Contract Law: Better Lawmaking through the Common Frame of Reference*) organizado, el pasado 26 de septiembre, por la Presidencia Británica y la Comisión europea, en Londres, en la *Mansion House*. El evento ha supuesto el encuentro inaugural del Fórum europeo de discusión, previsto en la Comunicación de 2004, que ha permitido agrupar a los expertos de la red del Marco común de referencia y la red de expertos de los Estado miembros, Ministros, *senior officials* y miembros del Parlamento europeo. Las sesiones de trabajo pusieron el acento en la necesidad de tener en cuenta las necesidades de los *stakeholders* (*vid.* http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cfr_15122004_en.htm) y pusieron de relieve los temas principales del Marco Común de referencia y en la revisión del *acquis*. Además, el congreso fue una oportunidad para apreciar las primeras reacciones al documento que recoge

el progreso de los trabajos de revisión del *acquis* en materia contractual a lo largo del primer año de trabajo [Bruselas, 23 de septiembre de 2005, COM (2005) 456 final]. *Vid. supra*.

IV. LOS DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR

U. Rovira i Virgili *

1. Dejamos la pasada crónica en junio con el grupo de Trabajo en Trento (*The common core of European Private Law*, www.jus.unitn.it/dsg/common-core/) (vid. Sección Vida Jurídica). Dicho grupo finalizó el cuestionario a mediados de verano y actualmente se encuentra en fase de respuesta que será debatida de nuevo en Trento en junio de 2006. Las preguntas versan sobre cuestiones claves de la hipoteca en los diferentes ordenamientos europeos (constitución, cesión, copropiedad y distribución de la responsabilidad, ejecución, refinanciación activa y pasiva, acción de devastación, concursal, etc.). Todo ello efectuado bajo el típico «método Trento» de la cartografía jurídica y de las *operative rules* (breve descripción de legislación aplicable y resolución del caso en base a dicha normativa), *descriptive formants* (en esencia, jurisprudencia, y, en general, motivos por los cuales los abogados y juristas deben cumplir la norma) y *metalegal formants* (información adicional que ayude a contextualizar la resolución legal, factores económicos, sociales, etc.).

2. También comentamos algo sobre la inminente publicación resultado de los trabajos elaborados conjuntamente por el Grupo europeo de la Eurohipoteca (www.eurohypothec.com), miembros del *Forum Group* comisionado por la Comisión Europea para el estudio del mercado hipotecario, de EULIS (www.eulis.org) y el Instituto del Notariado Alemán, entre otros. Pues bien, finalmente ha salido a la luz en forma de libro: DREWICZ-TULODZIECKA, Agnieszka (coord.), *Basic Guidelines for a Eurohypothec. Outcome of the Eurohypothec Workshop November 2004/April 2005*, Mortgage Credit Foundation, Varsovia, mayo 2005.

Esta obra, de hecho, ha sido recogida finalmente por el «Libro Verde sobre el Crédito Hipotecario en la Unión Europea» (Bruselas, 19 de julio de 2005) de la Comisión Europea ¹, que fue el centro de interés a partir del verano de 2005.

El Libro Verde tiene dos objetivos: 1) analizar las ventajas de una intervención de la Comisión Europea en los mercados de crédito hipotecario; 2) analizar los beneficios de una mayor integración de estos mercados. El Libro, que aceptó *feed-backs* hasta el 30 de noviembre de 2005, está estructurado en cinco partes más una introducción:

a) Evaluación para la intervención. Al ponderar los beneficios de la intervención, la Comisión observa que se conseguiría una bajada general de los costes de los préstamos hipotecarios, mayor variedad en los productos hipotecarios, llegar a las clases menos favorecidas y una mayor utilización de los mercados de capitales.

* Profesor Agregado de Derecho Civil. Universidad Rovira i Virgili (sergio.nasarre@urv.net).

¹ Puede encontrarse en <http://europa.eu.int>.

b) Protección de los Consumidores. Los aspectos más preocupantes para la Comisión, referentes a los consumidores son la asimetría en la información (la cuestión sobre qué fuerza debería tener el Código de Conducta sobre el préstamo hipotecario², que es un acuerdo al que se someten los países y entidades voluntariamente y que regula aspectos sobre la información que debe facilitarse al prestatario), asesoramiento al contratar el préstamo, el tratamiento que merecería la amortización anticipada (la Comisión se pregunta si la preamortización del crédito hipotecario tiene que ser considerado un derecho, si éste puede ser renunciable y si a cambio pueden estipularse comisiones compensatorias para el prestamista; en este punto especialmente, el derecho español tiene mucho que decir, y debe tenerse especialmente en cuenta la trascendencia que ello puede tener para el mercado de operaciones pasivas), el TAE, necesidad de normas sobre la usura (existencia de topes en los tipos de interés para evitar que lleguen a cotas excesivamente altas), la normalización de los términos contractuales y el modo de hacerlo y utilidad de los métodos alternativos a la ejecución judicial (sobre la posibilidad de que la Comisión pueda obligar a crear métodos de ejecución más rápidos, baratos y eficaces).

c) Asuntos jurídicos. Trata cinco cuestiones jurídicas: 1) normas de derecho internacional privado y eficacia del convenio de Roma de 1980; la Comisión es consciente de la multitud de ordenamientos que pueden confluir sobre un contrato de préstamo hipotecario (ej. los relacionados con el fondo del contrato, con la forma del mismo, la norma aplicable a la hipoteca como derecho real, al contrato de hipoteca, etc.); apunta tres soluciones como incorporar una reglamentación específica en un futuro Reglamento sobre ley aplicable a los créditos hipotecarios al consumo, que se siga aplicando al Convenio de Roma de manera que las partes escojan qué ordenamiento aplicar o excluir este tipo de contratos de la normativa de consumidores, siempre que se respeten las garantías; 2) posibilidad de compartir datos de solvencia sobre clientes; la Comisión advierte que dicha compartición podría excluir a ciertos consumidores del mercado europeo del préstamo hipotecario, lo que podría ir en contra de las normas de la propia UE; 3) conveniencia de armonización respecto a la tasación inmobiliaria; dada la variedad de sistemas de tasación, la Comisión considera importante aumentar la comparatividad; 4) el procedimiento de venta forzosa: como es sabido, es donde realmente radica la eficacia de un determinado tipo de hipoteca; lo que preocupa a la Comisión es la variedad de sistemas y distintas eficacias en base a tiempo y costes³; y 5) la fiscalidad: la Comisión pretende descubrir y eliminar las medidas fiscales nacionales que impidan el desarrollo del mercado hipotecario europeo.

d) Garantía real hipotecaria. Se refiere tanto al derecho Registral, como al modelo de una hipoteca única para Europa. Por lo que al aspecto registral se refiere, la Comisión respalda el Proyecto EULIS (www.eulis.org), que como ya comentamos en la anterior crónica, nació con la vocación de crear un portal de internet común para diversos registros de la propiedad y catástrofes europeos, además de un tesoro uniformizado; la Comisión se cuestiona si es interesante seguir potenciando esta iniciativa. Por lo que a la hipoteca común se refiere, el Libro menciona expresamente a la Eurohipoteca –aunque utiliza el término confuso de *Euromortgage* en lugar del estandarizado

² También puede encontrarse en <http://europa.eu.int>.

³ Datos estadísticos interesantes se encuentran en MERCER OLIVER WYMAN, *Study on the financial integration of European mortgage markets*, octubre 2003.

*Eurohypothec*⁴— y señala que le constan los «proyectos de participantes en el mercado y de los dirigidos por medios académicos». Hace especial énfasis en la flexibilidad que podrá conseguirse a nivel paneuropeo disminuyendo la rigidez del vínculo entre hipoteca y crédito garantizado⁵. La Comisión ha solicitado opiniones sobre la factibilidad y el deseo de dicha figura.

e) Financiación del crédito hipotecario. Viene referido a las operaciones pasivas del mercado hipotecario, es decir, a los valores hipotecarios concretados en las cédulas hipotecarias (modelo *Pfandbriefe*) y en los bonos de titulización hipotecaria (modelo *mortgage-backed securities*)⁶. Desde la Directiva UCITS de 1985⁷ (ésta incluida) no había mostrado la Comisión un interés tan alto por conseguir un mercado paneuropeo de refinanciación hipotecaria para potenciar operaciones de refinanciación transfronterizas y compartir técnicas⁸.

V. EL DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS

U. Barcelona*

El TJCE no ha tenido todavía ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de las dos normas comunitarias que se refieren al Derecho de familia (Reglamento 1347/2000 y Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el anterior). Sin embargo existen decisiones con repercusiones sobre el Derecho de familia que habrán de ser tenidas en cuenta en la interpretación de los citados instrumentos y que acabarán repercutiendo sobre el Derecho material de la familia. Es el propósito de esta crónica llamar la atención sobre las mismas.

STJCE de 10 junio de 1999, as. C-430/97, Johannes. Esta sentencia se refiere a una controversia que enfrenta a dos ciudadanos alemanes divorciados, uno de los cuales había sido funcionario de la Comunidad. La esposa reclama frente a los tribunales alemanes el reparto compensatorio de los

⁴ El primero es más confuso en tanto que, como ya hemos repetido en alguna ocasión, la *mortgage* tiene una naturaleza muy particular que incluye tanto crédito como garantía, de manera que mezcla aspectos personales con aspectos reales, lo que dificulta discernir lo que realmente se quiere crear uniformemente: no se trata de unificar ni el contrato de préstamo ni ningún otro que pueda ser susceptible de ser garantizado con hipoteca; se trata de crear un derecho real de garantía uniforme para Europa, de manera que tiene más sentido hablar de *Eurohypothec* que de *Euromortgage*, puesto que *Eurohypothec* hace referencia exclusivamente a la garantía (*collateral*) y no a la obligación que eventualmente pueda quedar garantizada.

⁵ Sobre estas cuestiones, nos remitimos a los diversos trabajos sobre la Eurohipoteca publicados en España, especialmente el que recoge la primera versión de los trabajos sobre la Eurohipoteca, llevados a cabo por el grupo *The Eurohypothec: a common mortgage for Europe* publicados precisamente en este Anuario, tomo LVII, Fascículo IV, octubre-diciembre 2004, pp. 1529 a 1546.

⁶ Sobre ambos tipos de valores y su dimensión europea y mundial, nos remitimos a NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid, 2003, Ed. Marcial Pons.

⁷ Directiva 85/611/CEE.

⁸ Sobre esta cuestión ya habíamos escrito en NASARRE-AZNAR, Sergio, *Securitisation & mortgage bonds: legal aspects and harmonisation in Europe*, Saffron Walden (UK), 2004, Ed. Gostick Hall.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, U. Barcelona.

derechos de pensión de jubilación al que tiene derecho conforme al Derecho alemán, a lo que se opone el marido argumentando que el Estatuto de los funcionarios sólo prevé una pensión de viudedad para el cónyuge divorciado. Añade, además, el siguiente argumento. Según el Sr. Johannes el hecho de que la normativa de un Estado miembro imponga a un funcionario, con la obligación de reparto compensatorio de una pensión, una carga más gravosa, por el único motivo de que posee la nacionalidad alemana, es incompatible con el Estatuto de los funcionarios europeos y el artículo 12 del Tratado CE.

La respuesta del Tribunal elude un pronunciamiento directo sobre la compatibilidad de la norma de conflicto alemana con el Tratado. El Tribunal se limita a establecer que la diferencia de situaciones a que alude el sr. Johannes es el resultado de la aplicación de Derechos nacionales diferentes. La nacionalidad de las partes del litigio sólo se toma en cuenta como factor de conexión sobre el cual se basan las normas de Derecho internacional privado que permiten determinar el derecho material aplicable a efectos del divorcio. Puesto que ni las disposiciones nacionales de Derecho internacional privado que determinan el Derecho material nacional aplicable ni las disposiciones del Derecho civil que regulan materialmente estos efectos forman parte del ámbito de aplicación de Tratado no es aplicable el artículo 12 TCE.

Esta sentencia se dicta después de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam con lo cual la afirmación categórica de que las normas de Derecho internacional privado no entran dentro del ámbito material de aplicación del Tratado quedaría en entredicho. No obstante, estimo que acierta el Tribunal cuando centra la cuestión en el Derecho material. Cualquier punto de conexión, podría conducir, dependiendo de las circunstancias del caso, a la aplicación del Derecho alemán. Por consiguiente, la discriminación se plantea en el plano material. Para determinar si se produce sería, además, necesario situar el reparto compensatorio de las pensiones en el contexto más amplio del régimen económico matrimonial. Si nos centramos en la comparación con el Derecho belga, atendiendo al hecho de que el Sr. Johannes había comparado su situación con la de un funcionario comunitario de dicha nacionalidad, habría que tener en cuenta que el régimen matrimonial de esta legislación es el de la comunidad de bienes, mientras que el alemán de participación se halla próximo al de separación.

Sentencia del TJCE de 31 de mayo de 2001, D c. Consejo (as. Acumulados C-122/99 P y C 125/99 P). El artículo 1 a) del Estatuto de la función pública comunitaria establece que tendrán derecho a una asignación familiar los funcionarios casados. En una sentencia del TJCE dictada en relación a la solicitud de dicha asignación por parte de un funcionario sueco que había registrado su unión con una persona de su mismo sexo en su Estado de origen, el Tribunal resolvió con arreglo a la literalidad del Estatuto. Denegó, por consiguiente, dicha asignación porque el funcionario no había contraído matrimonio, a pesar de que en el Derecho material sueco ambas instituciones – matrimonio y pareja registrada– son instituciones equivalentes.

En un argumento *obiter dicta* el Tribunal afirmó, además, que el término matrimonio, que figura en el Estatuto de los funcionarios como condición para la atribución de determinados beneficios, es, en ese contexto, un concepto autónomo que, conforme a la definición admitida en general en los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo.

STJCE de 17 de septiembre de 2002, (asunto C- 413/99) *Baumbast*. Dicho asunto planteaba varias cuestiones relacionadas con el derecho del

niño a seguir residiendo en el Estado comunitario en el que se había instalado como consecuencia del ejercicio del derecho de libre circulación de uno de sus progenitores. El tribunal afirma que este derecho es un derecho del niño y que no tiene ninguna relevancia que los padres se hayan divorciado entre tanto, que solo uno de los progenitores sea ciudadano de la Unión y dicho progenitor ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida o que los hijos no sean ellos mismos ciudadanos de la Unión. Deriva además, y esta es la auténtica aportación de la sentencia, del derecho del niño, derechos para el progenitor no comunitario que es el cuidador principal del niño (*primary carer*).

STJCE de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, García Avelló. En aplicación de la norma de conflicto belga que sujeta el nombre y los apellidos de las personas físicas al Derecho de la nacionalidad, el encargado del Registro civil belga había inscrito con el apellido García Avello a los hijos de un matrimonio mixto formado por los Sres. García Avello y Weber.

Mediante solicitud motivada el matrimonio García Avello-Weber solicitó el cambio del apellido de los niños prevaleándose de un procedimiento especial previsto en el Derecho belga para el cambio de los apellidos de las personas físicas. La solicitud fue denegada.

El Tribunal de Justicia establece que los artículos 12 y 17 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro.

STJCE de 7 de enero de 2004, K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of state for Health, asto. C-117/01. El 7 de enero de 2004 el TJCE dictó una sentencia en el asunto *K.B.* estableciendo que el principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadoras se opone a la legislación británica que al negar a un transexual el derecho a contraer matrimonio impide que una pareja cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de sus miembros pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro.

Conclusiones del Abogado General, Sr. F.G. Jacobs, presentadas el 30 de junio de 2005, asunto C-96/04, Standesamt Stadt Niebüll. El asunto *Niebüll* se refiere al ámbito del derecho al nombre. Los hechos son los siguientes. El niño Leonhard Matthias nació en Dinamarca en 1998 de padres de nacionalidad alemana, Stefan Grunkin y Dorothee Paul. Desde su nacimiento, ha vivido principalmente en Dinamarca, donde sus padres convivieron en un principio, aunque posteriormente se separaron. Desde febrero de 2002 el niño vive principalmente con su madre en Tønder, Dinamarca, pero se queda a menudo con su padre en Niebüll, Alemania a unos 20 kilómetros.

Unos meses después de su nacimiento, se inscribió al niño en Dinamarca con el apellido «Grunkin-Paul». Los progenitores desean inscribirlo ante las autoridades alemanas en Niebüll con el apellido «Grunkin-Paul» que se le dio en Dinamarca. Conforme a la legislación alemana estas autoridades se negaron a reconocer ese apellido, insistiendo en que el apellido elegido debía ser, conforme al ordenamiento de la nacionalidad del niño, «Grunkin» o «Paul».

El Abogado General Jacobs emitió las Conclusiones Generales respecto al asunto *Niebuil* en junio de 2005. En las mismas hay varios aspectos que a nuestros efectos me parecen interesantes. En primer lugar el Abogado General reconoce que si bien las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia. Los ciudadanos de la Unión pueden invocar, a este respecto, los derechos que les han sido reconocidos en el Tratado, en particular el derecho a no sufrir ninguna discriminación por razón de la nacionalidad, previsto en el artículo 12 CE, y el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, previsto en el artículo 18 CE, apartado 1.

En segundo lugar, el Abogado General señala que no hay en este caso discriminaciones por razón de nacionalidad, puesto que el niño es y ha sido siempre alemán y el Derecho alemán contiene disposiciones que resuelven los supuestos de plurinacionalidad de manera no discriminatoria que no son aplicables al caso. Sin embargo, y este es el aspecto más relevante, el hecho de que en el Estado miembro de su nacionalidad deba inscribirse con un apellido distinto del que lleva en el Estado miembro de su nacimiento constituye un claro obstáculo a su derecho como ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Concluye el Abogado General de manera muy contundente afirmando que le parece totalmente incompatible con el estatuto y los derechos de un ciudadano de la Unión Europea –estatuto cuya vocación, según la expresión del propio Tribunal de Justicia, es «convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»– estar obligado a llevar distintos apellidos con arreglo a las leyes de distintos Estados miembros. Por consiguiente recomienda que el Tribunal conteste a la cuestión prejudicial estableciendo que una norma de un Estado miembro que no permita que un ciudadano de la Unión Europea obtenga el reconocimiento con arreglo a las leyes de dicho Estado, del apellido con el que ha sido legalmente inscrito en otro Estado miembro, no es compatible con los artículos 17 CE y 18 CE, apartado 1.

VI. EL DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO

U. Autónoma de Barcelona*

1. Doctrina

EMILIANIDES, A. C.: *The Author Revived: Harmonisation without Justification*, vol. 26, Issue 12, Dec. 2004, *EIPR (European Intellectual Property Review)*.

* Profesora de Derecho Civil, U. Autónoma de Barcelona. Este trabajo se enmarca en el Proyecto SEJ2004-05535 (Dirección General de Investigación– MEC) del cual es investigadora principal la Prof. María del Carmen Gete-Alonso y Calera. Además es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa.

- GOTZEN, F.: «Vers une harmonisation du droit d'auteur dans la société de l'information», Oct. n. 202 (2004), *RIDA (Revue Internationale du Droit d'Auteur)*.
- HART, M.; HOLMES, S.: «Implementation of the Copyright Directive in the UK», vol 26, Issue 6, June 2004, *EIPR*.
- HELLSTADIUS, M.-E.: «Jurisdiction and Choice of Law in IP Matters – Perspectives for the Future (EU and World-Wide)», n. 3 (2005), *IIC (International Review of Industrial Property & Copyright Law)*.
- KLINK, J.: «Titles in Europe: Trade Names, Copyright Works or Title Marks?», vol 26 Issue 7, July 2004, *EIPR*.
- KONGOLO, X.; SHYLOU, F.: «Panorama of the Most controversial IP Issues in Developing Countries», vol 26, Issue 6, June 2004, *EIPR*.
- MALEN, A.: «L'avenir de la Convention de Berne dans les rapports intra-communautaires», abril n. 200 (2004), *RIDA*.
- MASSA, C.-H.; STROWEL, A.: «The Scope of the proposed IP Enforcement Directive: Torn between the Device to Harmonise Remedies and the Need to Combat Piracy», vol 26, Issue 6, June 2004, *EIPR*.
- PITELL, L. R.: «Non-transferability of Software Licenses in the European Union», vol 26 Issue 9, Sept. 2004, *EIPR*.

2. Legislación nacional

Aunque en esta crónica nos referimos esencialmente al derecho de autor desde la perspectiva comunitaria, no queremos dejar pasar la oportunidad de destacar dos normas recientes dictadas para actuar contra las actividades vulneradoras tanto de los derechos de propiedad industrial como de propiedad intelectual.

La primera se contempla en el Real Decreto 1224/2005, de 13 de octubre, por el que se crea y regula la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual¹ y la segunda en el Real Decreto 1228/2005, de 13 de octubre, por el que se crea y regula la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual².

Notas que deben destacarse de ambas normas son:

- i) La Comisión Intersectorial tiene por objeto coordinar operativamente las administraciones públicas entre sí y éstas con las organizaciones privadas

¹ BOE núm. 258, de 28 de octubre, p. 35349. Este Real Decreto deroga el *Real Decreto 114/2000, de 28 de enero*, por el cual se creaba y regulaba la comisión interministerial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

² BOE núm. 258, de 28 de octubre, p. 35358.

dedicadas a la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual en el estudio, propuesta y ejecución de actuaciones destinadas a prevenir y eliminar conductas vulneradoras de estos derechos (art. 1.2 Real Decreto 1224/2005, art. 1.2 Real Decreto 1228/2005).

ii) La primera comisión está adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; la segunda, al Ministerio de Cultura.

iii) Ambas normas regulan el funcionamiento de tales comisiones intersectoriales y a tal efecto prevén una *comisión/comité de carácter permanente* (art. 6 Real Decreto 1224/2005; art. 5 Real Decreto 1228/2005). Estos órganos deberán elaborar propuestas de actuación o de medidas tendentes a la disminución y eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual e industrial, llevarán a cabo un seguimiento y evaluación de las decisiones adoptadas en el Pleno de la comisión intersectorial, elaboración de estudios relacionados con las actividades vulneradoras de estos derechos, elaboración de programas de formación destinados a los agentes públicos y privados encargados de la vigilancia y respeto de los derechos referidos, establecerán campañas de concienciación y difusión social, elaboración de estadísticas anuales, redacción de una memoria anual de actividades y cualquier otra actividad que pudiera encomendarles el pleno.

3. **Recomendación de la Comisión de 18 de mayo de 2005 relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea**

El 18 de mayo de 2005 la Comisión europea dictó una Recomendación relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea³ sobre la base del Informe que el Parlamento europeo presentó el 15 de enero de 2004⁴ y en el que declaró que los titulares de derechos debían poder beneficiarse de la protección de los derechos de autor y derechos afines, cualquiera que sea el lugar donde se establezcan estos derechos y con independencia de las fronteras nacionales o los métodos de utilización, durante todo su período de vigencia. En ella la instancia europea tiene en cuenta que las nuevas tecnologías han conducido a la aparición de una nueva generación de usuarios comerciales que utilizan obras musicales y otras prestaciones *on line*. En concreto, la prestación de servicios legales de música *on line* supone la gestión de toda una serie de derechos de autor y derechos afines (considerando núm. 4).

Los derechos en línea a los que se refiere la Recomendación son los siguientes:

i) *derecho exclusivo de reproducción*: ampara todas las reproducciones previstas en la Directiva 2001/29/CE⁵ en forma de copias intangibles, realizadas en el proceso de distribución en línea de obras musicales;

³ DOCE L 276/54, de 21 de octubre de 2005.

⁴ A5-0478/2003.

⁵ 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 (DOCE L 167 de 22 de junio de 2001).

ii) *derecho de comunicación al público de una obra musical*: ya se trate del derecho a autorizar o prohibir, de conformidad con la Directiva 2001/29/CE, o del derecho a una remuneración equitativa, de conformidad con la Directiva 92/100/CEE⁶, que incluye servicios de difusión por la web (*webcasting*), radio en Internet y emisión simultánea (*simulcasting*) o servicios prácticamente «a la carta» recibidos en un ordenador personal o un teléfono móvil.

iii) *derecho exclusivo de poner a disposición una obra musical*: de conformidad con la Directiva 2001/29/CE, que incluye servicios «a la carta» y otros servicios interactivos.

La Comisión pretende mediante esta Recomendación que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para facilitar el desarrollo de servicios en línea legales en la comunidad mediante la promoción del entorno reglamentario que resulte más adecuado para la gestión, a escala comunitaria, de los derechos de autor y derechos afines para la prestación de servicios legales de música en línea.

En este sentido, los titulares de los derechos deben poder confiar la gestión de sus derechos en línea, en el ámbito territorial de su elección, al gestor colectivo de derechos que decidan, cualquiera que sea el Estado miembro de residencia o la nacionalidad del gestor colectivo o del titular. El gestor colectivo debe actuar con la máxima diligencia al representar los intereses de éste.

Las *licencias sobre los derechos en línea* deben respetar que los titulares de los derechos determinen los derechos en línea que confiarán a la gestión colectiva, determinen también el ámbito territorial. Asimismo, deben tener derecho a retirar cualquier derecho en línea y a transferir su gestión multiterritorial⁷ a otro gestor colectivo de derechos, cualquiera que sea el estado miembro de residencia o la nacionalidad del gestor colectivo o del titular. En este supuesto, todos los gestores colectivos de derechos afectados deben garantizar que ese derecho en línea se retire de cualquier acuerdo recíproco de representación⁸ vigente que hayan suscrito.

Los gestores colectivos de derechos deben informar a los titulares de derechos y a los usuarios comerciales⁹ del repertorio¹⁰ que representen de cualquier acuerdo recíproco de representación vigente, del ámbito territorial de sus mandatos y de las tarifas que se apliquen.

Los gestores deben distribuir los *derechos recaudados* de manera equitativa entre todos los titulares de derechos. Debe existir igualdad de trato de todas las categorías de titulares de derechos.

⁶ 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 346 de 27 de noviembre de 1992).

⁷ La gestión multiterritorial de los derechos se corresponde con la *licencia multiterritorial* que la propia Recomendación define como «*licencia que cubre el territorio de más de un Estado miembro*».

⁸ El *acuerdo recíproco de representación* es todo acuerdo bilateral entre gestores colectivos de derechos en virtud del cual un gestor colectivo de derechos concede al otro el derecho a representar su repertorio en el territorio de este último.

⁹ *Usuario comercial* es toda persona implicada en la prestación de servicios de música en línea que necesita una licencia de los titulares de derechos para prestar servicios legales de música en línea.

¹⁰ El *repertorio* también es definido en la Recomendación como *el catálogo de obras musicales que es administrado por un gestor colectivo*.

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉNTRIGO GARCÍA*

Legislación

A) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN VIGOR

*Responsabilidad y prácticas comerciales desleales*¹

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/CE 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») (*Diario Oficial* núm. L 149 de 11 de junio de 2005).

La Directiva 2005/29/CE aproxima las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad desleal, que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores; ahora bien, se considera que, para fomentar la confianza del consumidor, la prohibición general de prácticas comerciales desleales debe aplicarse también a prácticas que se produzcan fuera de cualesquiera relaciones contractuales existentes entre un comerciante y un consumidor o tras la celebración de un contrato y su ejecución (cdo. 13). En todo caso, la Directiva 2005/29/CE se entiende sin perjuicio de las acciones individuales ejercidas por quienes hayan resultado perjudicados por una práctica desleal; al respecto el artículo 11 prevé que los Estados miembros velen por la existencia de medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, medios que deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores, puedan proceder judicialmente contra tales prácticas comerciales desleales y/o someter las prácticas desleales a un órgano administrativo competente (cfr. art. 12). Tampoco afecta a las normas del Derecho nacional o comunitario relativas a la salud y seguridad de los productos; así, en caso de conflicto entre las disposiciones de la Directiva 2005/29/CE y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos [art. 3.3.º y 4.º].

* Profesora Contratada Doctor de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela. Este trabajo se enmarca en el Proyecto SEJ2004-02358 (MEC) del que es investigadora principal la Profesora María Paz García Rubio.

¹ Un avance del contenido de esta norma, cuando todavía estaba en fase de proyecto, a cargo de Esther Arroyo, puede consultarse en la primera crónica dedicada al Derecho privado europeo, publicada en el primer número de 2005.

Conforme con la directiva, una práctica comercial será desleal si es contraria a los requisitos de la diligencia profesional –entendida como nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante (art. 2 h), y distorsiona de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores (art. 5. 2.º). A continuación distingue entre prácticas comerciales más engañosas, clasificándolas, a su vez, en acciones y omisiones engañosas (arts. 6-7, *vid. Anexo I Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia*), y prácticas comerciales agresivas, que incluyen el acoso, la coacción y la influencia indebida (arts. 8-9, *vid. Anexo I*).

La Directiva 2005/29/CE pretende un grado elevado de armonización. No obstante, durante un periodo de seis años a partir del 12 de junio de 2007, permite que los Estados miembros sigan aplicando disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las de la Directiva y que tengan por objeto la aplicación de las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización (art. 3.5.º). Igualmente, por lo que respecta a los servicios financieros definidos en la Directivas 2002/65/CE y a los bienes inmuebles, los Estados miembros podrán imponer requisitos más exigentes o más restrictivos que los previstos en la presente Directiva (art. 3.9.º).

Los Estados miembros adoptarán y publicarán las disposiciones normativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2005/29/CE a más tardar el 12 de junio de 2007 y aplicarán dichas disposiciones a más tardar el 12 de diciembre de 2007 (art. 19).

Responsabilidad por productos

– Directiva 2005/42/CE de la Comisión, de 20 de junio de 2005, por la que se modifica la Directiva 76/768/CEE del Consejo, relativa a los productos cosméticos, para adaptar sus anexos II, IV y VI al progreso técnico (*Diario Oficial* núm. L 158 de 21 de junio de 2005)

La Directiva 2005/42/CEE adapta los anexos II y IV Directiva 76/768/CEE a la vista de los últimos resultados científicos, en especial, de aquellos que han cuestionado la seguridad del empleo de ciertos elementos que pueden constituir un riesgo para la salud del consumidor. De ahí la previsión de que los Estados miembros tomen las medidas necesarias para impedir que, a partir del 31 de marzo de 2006, los productos cosméticos que no cumplan lo dispuesto en los anexos II y IV de la Directiva 76/768/CEE en su redacción dada por la presente Directiva sean comercializados por fabricantes comunitarios o por importadores establecidos en la Comunidad, o sean vendidos o puestos a disposición del consumidor final (art. 2).

El plazo de incorporación al Derecho interno concluye el 31 de diciembre de 2005 (art. 3).

– Reglamento (CE) núm. 1236/2005 del Consejo de 27 de junio de 2005 sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (*Diario Oficial* núm. L 200 de 30 de julio de 2005).

El presente Reglamento desarrolla el artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DO C 364* de 18 de diciembre

de 2000), según el cual, nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [vid. también art. 2 de la citada Carta y cfr. la Resolución del Parlamento Europeo de 3 de octubre de 2001 (*Diario Oficial* núm. C 87 E de 11 de abril de 2002), sobre el Segundo informe anual del Consejo elaborado de conformidad con la disposición operativa núm. 8 del Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas]. De ahí la prohibición de la exportación e importación de materiales cuyo único uso práctico sea aplicar la pena de muerte o infligir torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como la asistencia técnica relativa a los productos prohibidos (art. 3) y la imposición de controles a las exportaciones de determinados productos que, aunque destinados a fines legítimos, puedan ser utilizados indebidamente (arts. 5-6). Igualmente el Reglamento es de aplicación al comercio de algunas sustancias químicas específicas, utilizadas para incapacitar a las personas.

Los Estados miembros deben establecer normas sobre las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones del Reglamento y velar por la aplicación de las mismas. Dichas sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y habrán de ser notificadas a la Comisión antes del 29 de agosto de 2006 (art. 17). El Reglamento entrará en vigor el 30 de julio de 2006 (art. 19).

Responsabilidad medioambiental

– Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones y Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo de 12 de julio de 2005 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques (*Diario Oficial* núm. L 255 de 30 de septiembre de 2005)

Las autoridades comunitarias han constatado el incumplimiento de las normas materiales sobre descargas de sustancias contaminantes procedentes de buques y la falta de homogeneidad en la aplicación del Convenio Marpol 73/78 en los Estados miembros (cdos. 2 y 3 Directiva 2005/35/CE). Ahora bien, a raíz del naufragio del petrolero *Prestige*, la lucha contra la contaminación procedente de buques se ha convertido en una de las prioridades de la Unión (*vid.* puntos 32 a 34 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Copenhague de los días 12 y 13 de diciembre de 2002 y la declaración del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 19 de diciembre de 2002). De ahí la voluntad de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que vuelvan a producirse tales daños.

En este contexto la Directiva 2005/35/CE y la Decisión marco 2005/667/JAI, que complementa a la anterior pretenden llevar a cabo una aproximación de las disposiciones aplicables en materia de sanciones (cdo. 4 Decisión marco 2005/667/JAI).

De esta manera se otorga carta de naturaleza a las medidas disuasorias como parte integrante de la política comunitaria de seguridad marítima, en la medida en que crean un vínculo entre la responsabilidad de cada uno de los agentes que participan en el transporte de mercancías contaminantes por mar y la posibilidad de ser objeto de sanciones. Así, se entiende que ni el régimen internacional que gobierna la responsabilidad civil y las indemnizaciones por contaminación por hidrocarburos, ni el que regula la contaminación procedente de otras sustancias peligrosas o nocivas son lo suficientemente disuasori-

rios para inducir a los participantes en el transporte marítimo de cargas peligrosas a poner fin a prácticas que incumplen las normas (Cdos. 4 y 7 Directiva 2005/35/CE).

Tanto la Directiva como la decisión marco consideran sólo infracciones realizadas de forma intencional o con imprudencia temeraria o negligencia grave; y ni una ni otra se refieren a la responsabilidad civil en que pudiera haberse incurrido; tal como señala el considerando 9 de la Directiva 2005/35/CE, *Las sanciones por descargas de sustancias contaminantes procedentes de buques no afectan a la responsabilidad civil de las partes y no están, en consecuencia, sujetas a ninguna norma que limite o atribuya la responsabilidad civil, ni limitan ellas mismas la eficaz indemnización de las víctimas de incidentes de contaminación.*

De acuerdo con el artículo 16 de la Directiva 2005/35/CE, los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 1 de marzo de 2007; mientras que respecto de la Decisión marco 2005/667/JAI el plazo de adopción de dichas medidas concluye el 12 de enero de 2007 (art. 11).

B) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Responsabilidad estadística

– Recomendación de la Comisión relativa a la independencia, la integridad y la responsabilidad de las autoridades estadísticas de los Estados miembros y de la Comunidad (COM/2005/0217 final, de 25 de mayo de 2005)

Con carácter general, las estadísticas oficiales desempeñan un papel central en las sociedades, al proporcionar información objetiva e imparcial, a partir de la cual se pueden adoptar decisiones con conocimiento de causa y debatir cuestiones abiertamente; en concreto, el papel de las estadísticas europeas está cobrando cada vez más importancia en el contexto de la estrategia de Lisboa y para el control y la revisión de la aplicación de otras iniciativas políticas clave en el ámbito europeo, como la estrategia de desarrollo sostenible, la política común en materia de inmigración y asilo, etc. En este contexto el objetivo de la Recomendación es difundir el contenido del Código de buenas prácticas en la materia y recomendar la adopción de las medidas adecuadas para garantizar la aplicación efectiva de dichas normas por parte de las autoridades estadísticas de los Estados miembros y de la Comunidad.

Entre otras cuestiones, este Código se ocupa de la responsabilidad, si bien no constituye un principio estadístico específico reconocido de manera explícita, al establecer una serie de mecanismos de vigilancia, que se traducen en una mayor transparencia. Así, el Código incluye indicadores de control para cada uno de los principios. Estos indicadores abarcan, por ejemplo, la responsabilidad exclusiva de los jefes de los organismos estadísticos en la elaboración y metodología de las estadísticas (véase el principio 1, «independencia profesional»), el recurrir a expertos externos para revisar los principales resultados estadísticos (principio 4), las encuestas de satisfacción del usuario (principio 11) y el requisito de tener en cuenta las necesidades de los usuarios (principio 13). Asimismo, la integridad y la responsabilidad se ven reforzadas mediante las revisiones *inter pares*, previstas como parte de los mecanismos de control.

Responsabilidad medioambiental

– Documento de trabajo de la Comisión «La mejora de la legislación y las estrategias temáticas en el ámbito del medio ambiente» [COM(2005) 466 final, 28 de septiembre de 2005 SEC(2005) 1197]

En desarrollo del programa de mejora de la legislación comunitaria, se prevé una modificación de la normativa medioambiental. El presente documento explica cómo se están aplicando estos principios y servirá de base para el debate político sobre *La mejora de la legislación y las estrategias temáticas previsto para el Consejo de Medio Ambiente*, que se celebrará en octubre de 2005.

Como punto de partida se toma la elaboración de siete estrategias temáticas con base en la clasificación esbozada en el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente: contaminación del aire, medio ambiente marino, uso sostenible de los recursos, prevención de residuos y reciclado, uso sostenible de los plaguicidas, protección del suelo, medio ambiente urbano. Para la elaboración de las estrategias temáticas se tendrán en consideración las evaluaciones de impacto realizadas y se prestará especial atención a la consulta a las partes interesadas, la simplificación y el aprovechamiento de sinergias y vínculos transversales.

C) LEGISLACIÓN NACIONAL

Responsabilidad en el sector financiero

– Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero (BOE núm. 97 de 23 de abril de 2005)

La Ley 5/2005 incorpora parcialmente al ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de servicios de inversión de un conglomerado financiero, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo, y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

– Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito (BOE núm. 97 de 23 de abril de 2005)

De una parte, la Ley 6/2005 incorpora al ordenamiento español las disposiciones de la Directiva 2001/24/CE del Parlamento y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito. De otra, incluye una serie de especialidades que afectan al tratamiento de las crisis de las entidades de crédito.

Responsabilidad medioambiental

– Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2005, corrección de errores BOE 30 de marzo de 2005)

Este RD incorpora al derecho interno la Directiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre residuos de

aparatos eléctricos o electrónicos, modificada en su artículo 9 por la Directiva 2003/108/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de diciembre de 2003. Tiene como objetivos reducir la cantidad de estos residuos y la peligrosidad de los componentes, fomentar la reutilización de los aparatos y la valorización de sus residuos y determinar una gestión adecuada orientada a mejorar la eficacia de la protección ambiental, considerando el comportamiento ambiental de todos los agentes que intervienen en el ciclo de vida de los aparatos eléctricos o electrónicos; para ello establece una serie de normas aplicables a la fabricación del producto y otras relativas a su correcta gestión ambiental cuando devenga residuo.

– Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (*BOE* núm. 59, de 10 de marzo de 2005).

La Ley 1/2005 incorpora la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003 [modificada por la Directiva 2004/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004], por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE, del Consejo. La iniciativa se enmarca en el Programa Europeo de Cambio Climático, tendente a lograr que la Comunidad y sus Estados miembros puedan cumplir el compromiso de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, que asumieron al ratificar el Protocolo de Kioto en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el 30 de mayo de 2002.

Esta Ley fue modificada por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública y desarrollada por el Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro nacional de derechos de emisión (*BOE* núm. 253, de 22 de octubre de 2005).

Responsabilidad por productos

– Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (*BOE* núm. 225, de 20 de septiembre de 2005).

El RD 1088/2005 recopila y ordena en un mismo texto toda la normativa nacional en materia de hemodonación y requisitos técnicos, a la vez que incorpora al ordenamiento jurídico interno las disposiciones de la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE, así como la Directiva 2004/33/CE, de la Comisión, de 22 de marzo de 2004, por la que se aplica la Directiva 2002/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos. Su objetivo es garantizar la calidad y de seguridad de la sangre humana y de los componentes sanguíneos.

– Real Decreto 1262/2005, de 21 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 118/2003, de 31 de enero, por el que se aprueba la lista de sus-

tancias permitidas para la fabricación de materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con los alimentos y se regulan determinadas condiciones de ensayo (BOE núm. 253, de 22 de octubre de 2005).

Por este RD se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/19/CE de la Comisión, de 1 de marzo de 2004, por la que se modifica la Directiva 2002/72/CE relativa a los materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con productos alimenticios, así como la Directiva 2004/1/CE, de la Comisión, de 6 de enero de 2004, de modificación de la Directiva 2002/72/CE, en lo relativo a la suspensión de la utilización de la azodicarbonamida como agente expansor.

Con ello se procede a transponer las listas comunitarias actualizadas a la vista de nuevos datos científicos y una revisión de los ya existentes, basados en las evaluaciones de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, y teniendo en cuenta la incertidumbre científica existente de conformidad con el principio de cautela expuesto en el artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, modificado por el Reglamento (CE) núm. 1642/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2003.

D) JURISPRUDENCIA

1. Sentencias del Tribunal de Primera Instancia

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—Indemnización

La STPICE (Sala Quinta) de 17 de marzo de 2005 [asunto T-160/03], decide la demanda presentada por AFCon Management Consultants y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas, reclamando la indemnización del perjuicio supuestamente sufrido como consecuencia de irregularidades en el procedimiento de licitación de un proyecto europeo. El tribunal aprecia la existencia de responsabilidad, pero limita la indemnización a las pérdidas sufridas durante el procedimiento de licitación, rechazando la pérdida de beneficios, la pérdida de «perfil» y el daño ocasionado a la reputación de los demandantes.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—Relación de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio alegado

La STPICE (Sala Tercera) de 21 abril 2005 [asunto T-28/03], decide la reclamación presentada por Holcim AG, contra la Comisión de las Comunidades Europeas, solicitando el reembolso de los gastos del aval bancario soportados por la demandante a raíz de una multa establecida en la Decisión 94/815/CE de la Comisión, de 30 de noviembre de 1994, anulada por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, conocida como «sentencia del cemento» (asuntos acumulados T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95). El tribunal rechaza la pretensión al entender que la relación de causalidad

entre el comportamiento imputado a la demandada y el perjuicio alegado no puede calificarse de suficientemente directa.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—Evaluación del perjuicio

La STPICE (Sala Cuarta) de 13 de julio de 2005 [asunto T-260/97], respecto de la demanda presentada por Camar Srl, contra el Consejo de la Unión Europea, y la Comisión de las Comunidades Europeas, tiene por objeto determinar el importe del perjuicio que la Comisión ha sido condenada a indemnizar a la demandante como consecuencia de la anulación, mediante sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 2000, Camar y Tico/Comisión y Consejo (asuntos acumulados T-79/96, T-260/97 y T-117/98), de la Decisión de la Comisión de 17 de julio de 1997.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—Norma jurídica que confiere derechos a los particulares.—Existencia del perjuicio

La STPICE (Sala Tercera) de 19 de octubre de 2005 [asunto T-415/03] resuelve la reclamación formulada por la Cofradía de pescadores de «San Pedro» de Bermeo y otros contra el Consejo de la Unión Europea, solicitando la indemnización del perjuicio supuestamente sufrido por los demandantes a raíz de la autorización por el Consejo de la cesión a la República Francesa de parte de la cuota de anchoa asignada a la República Portuguesa. El tribunal concluye que no se probó ni la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares ni la realidad del perjuicio alegado.

Seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos.—Régimen de responsabilidad civil.—Participación del ocupante en la producción del daño.—Denegación o limitación del derecho a una indemnización

La STPICE (Sala Primera) de 30 de junio de 2005 [asunto C-537/03] tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el *Korkein oikeus* (Finlandia) respecto de la interpretación de la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles y de la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. El tribunal concluye que, en las circunstancias del litigio principal [embriaguez de los ocupantes del vehículo], los artículos 2, apartado 1, de la Directiva 84/5/CEE, y 1 de la Directiva 90/232/CEE, se oponen a una normativa nacional que, por razón de la participación de un ocupante en la producción del daño que haya sufrido, permita denegar o limitar de forma desproporcionada la indemnización con cargo al seguro obligatorio de vehículos. El hecho de que el ocupante afectado sea el propietario del vehículo cuyo conductor provocó el accidente es irrelevante.

2. Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—Inexistencia de acto ilícito

La STJCE (Sala Segunda) de 30 junio 2005 [asunto C-295/03 P] resuelve el recurso de casación interpuesto por Alessandrini y otros solicitando la anulación de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de abril de 2003 (asuntos acumulados T-93/00 y T-46/01). El tribunal considera que no aprecia ilegalidad del Reglamento (CE) núm. 2362/98.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—Vulneración del principio de buena administración

La STJCE (Pleno) de 12 julio 2005 [Asunto C-198/03P] resuelve el recurso de casación interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas, como parte recurrente, contra CEVA Santé Animale SA, parte demandante en primera instancia en el asunto T-344/00, Pfizer Enterprises Sàrl, parte demandante en primera instancia en el asunto T-345/00, apoyada por International Federation for Animal Health (IFAH), parte coadyuvante en primera instancia en el asunto T-345/00. Esta decisión anula la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 26 de febrero de 2003, en la medida en que declaró que la inactividad de la Comisión de las Comunidades Europeas podía generar la responsabilidad de la Comunidad; el retraso se considera justificado a la vista de la complejidad de la situación, debida a la persistencia de la situación de incertidumbre científica. Por tanto, habida cuenta de la amplitud del margen de apreciación de que gozaba la Comisión y del conjunto de circunstancias de hecho, no cabe concluir que la actuación de la Comisión, basada en consideraciones relativas a la protección de la salud pública, haya conculcado grave y manifiestamente los límites impuestos a su facultad de apreciación.

Responsabilidad por productos

– Presentación el 2 de junio de 2005 de las conclusiones del Abogado General en el asunto C-127/04 respecto de la petición de decisión prejudicial sobre la fecha en que se pone en circulación un producto a efectos de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

– Comunicación de la interposición de recurso el 30 de agosto de 2005 contra el Reino de Dinamarca por la Comisión de las Comunidades Europeas [Asunto C-327/05] por el incumplimiento de las obligaciones que le incumben para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374/CEE, al haber adoptado y mantenido en vigor normas con arreglo a las cuales los distribuidores son responsables en la cadena comercial en las mismas condiciones que los productores.

3. Jurisprudencia nacional

a) TRIBUNAL SUPREMO

Prestación de servicios

– STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 abril 2005, en relación con la propuesta de Directiva Comunitaria sobre responsabilidad del prestador de servicios

Responsabilidad derivada de ilícitos penales

– STS (Sala de lo Penal) de 17 febrero de 2005, en relación con la Directiva 2004/80 (DO núm. L 261) de indemnización a las víctimas de los delitos.

Responsabilidad por productos

– SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 enero 2005 y de 14 febrero 2005, en relación con la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L núm. 307) a propósito de los riesgos de desarrollo.

– STS (Sala de lo civil) de 27 de julio de 2005 que declara la falta de prueba del defecto del producto.

b) AUDIENCIAS PROVINCIALES

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

– SAP Asturias (Sección 7.^a), de 5 abril de 2005; SAP Barcelona (Sección 17.^a), de 28 febrero de 2005; SAP Barcelona (Sección 11.^a), de 4 marzo de 2005; SAP Barcelona (Sección 19.^a), de 12 abril de 2005; SAP Cantabria (Sección 3.^a), de 20 junio de 2005; SAP Girona (Sección 2.^a), de 11 abril de 2005; SAP Jaén (Sección 1.^a), de 10 enero de 2005; SAP Madrid (Sección 11.^a), de 4 marzo de 2005; SAP Madrid (Sección 19.^a), de 21 marzo de 2005; SAP Madrid (Sección 19.^a), de 3 junio de 2005; SAP Tarragona (Sección 3.^a), de 26 enero de 2005; SAP Tarragona (Sección 1.^a) de 15 abril de 2005.

Responsabilidad derivada de la prestación de viaje combinado

– SAP Barcelona (Sección 19.^a), de 1 marzo de 2005; SAP Guipúzcoa (Sección 3.^a), de 8 marzo de 2005; SAP Guadalajara (Sección 1.^a), de 4 febrero de 2005; SAP Madrid (Sección 10.^a), de 27 junio de 2005; SAP Sevilla (Sección 2.^a), de 14 abril de 2005; SAP Zaragoza (Sección 5.^a), de 1 abril de 2005.

Responsabilidad en la circulación de vehículos a motor

– SAP Barcelona (Sección 13.^a), de 1 marzo de 2005; SAP Málaga, Melilla, (Sección 7.^a), de 9 mayo de 2005.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

HELENA TORROJA MATEU*
DAVID BONDIA GARCIA**

Asunto Sisojeva y otros c. Letonia (demanda 60654/00) de 16 de junio de 2005.—Violación artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar).

Los demandantes son un matrimonio (Svetlana Sisojeva y Arkady Sisojev) y su hija (Arsana Sisojeva). Nacieron, respectivamente, en 1949, 1946 y 1978. La primera no tiene nacionalidad y los otros dos son rusos. El matrimonio reside desde 1969 en Letonia. Después del desmembramiento de la URSS y la restauración de la independencia de Letonia en 1991, los demandantes, que tenían nacionalidad rusa, se vieron desprovistos temporalmente de nacionalidad.

En 1993, los demandantes solicitaron al Ministerio del Interior la concesión de un estatus de residentes permanentes y la inscripción en el registro de residentes en la República de Letonia. Tras muchos esfuerzos lo lograron, pero estos permisos les fueron revocados al comprobar que también se habían empadronado en Rusia y obtuvieron allí pasaportes de ese Estado, incoándose un expediente administrativo. Finalmente, las autoridades letonas permitieron inscribir al primer demandante en el registro de residentes como apátrida, dándole un documento de identidad válido por 2 años y a los otros demandantes les concedieron un permiso temporal de un año y seis meses, respectivamente. Sus regularizaciones quedaron supeditadas a la del primer demandante.

El TEDH constata que el CEDH no garantiza el derecho a entrar o residir en un Estado del cual no se es nacional y que los Estados tienen, en virtud de un principio general del Derecho internacional —sin perjuicio de los tratados internacionales concluidos—, el derecho a controlar la entrada, la estancia y el alojamiento de los no nacionales. Sin embargo, el TEDH recuerda que las decisiones adoptadas por los Estados en materia de inmigración pueden, en determinados casos, constituir una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar. A pesar de la previsión legal, y de la finalidad que persigue la medida adoptada por las autoridades letonas, el TEDH considera que sólo razones particularmente graves podría justificar la negación de la regularización de los demandantes. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, en particular el largo período de incertidumbre y la precariedad legal que los demandantes han vivido en territorio letón, el TEDH constata que Letonia no ha ponderado un justo equilibrio entre la finalidad legítima que constituye la defensa del orden y el interés de los demandantes en ver protegidos sus dere-

* Profesora Lector de Derecho Internacional Público, Universidad de Barcelona.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Barcelona.

chos. En consecuencia, considera que no proceder a su regularización constituiría una injerencia que no es necesaria en una sociedad democrática. De esta forma, constata una violación del artículo 8 del CEDH.

Asunto Kubiznáková c. República Checa (demanda 28661/03) de 21 de junio de 2005.—Violación artículo 6. 1 (derecho a un proceso equitativo). El 13 de mayo de 1998, la Sra. Kubiznáková presentó una demanda ante el tribunal de distrito de Litomerice solicitando la guarda y custodia de sus dos hijos, nacidos en 1985 y 1986, fruto de su matrimonio con el Sr. V.K. En otoño de 1998, éste presentó una demanda de divorcio y solicitó también la guarda y custodia de sus hijos. El 1 de abril de 1999, el tribunal concedió la guardia y custodia a la madre y fijó una pensión de alimentos a pagar por el Sr. V.K. Esta pensión fue a su vez objeto de litigio que no se resolvió, tras varios recursos, hasta 7 de febrero de 2005.

El TEDH consideró que este asunto no era especialmente complejo, ya que la cuestión de la guarda y custodia se resolvió en 1999 y sólo quedaba pendiente la pensión de alimentos. El TEDH estimó que se no se respetó el principio del plazo razonable, teniendo en cuenta la importancia que significaba resolver esta cuestión con prontitud tanto para la madre como para los hijos.

Asunto Bove c. Italia (demanda 30595/02) de 30 de junio de 2005. Violación artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar).

Fruto de la relación del Sr. Bove con la Sra. V., nació el 19 de enero de 1995 un niño (C.), reconocida desde su nacimiento por ambos. Al romperse la relación, el padre trató de visitar regularmente a su hija. Se estableció un régimen de visitas supervisado por un asistente social y un psicólogo, que se fue ampliando progresivamente, hasta incluir pernoctas con el padre. Este régimen se vio truncado, el 23 de mayo de 2000, ya que la niña declaró que no quería ver más a su abuelo y a dos amigos de su padre ya que le importunaron comentando actos de orden sexual. A partir de estas declaraciones, el tribunal decidió que los encuentros paternofiliales debían realizarse en el centro de servicios sociales. La relación paternofamiliar se distanció ya que la tensa situación entre los progenitores afectó a la menor.

Posteriormente, se plantearon multitud de demandas entre el Sr. Bove y la Sra. V. reclamando la guarda de la hija, por una parte, e intentando reestablecer el encuentro entre el padre y su hija.

El demandante se quejó de la decisión de un tribunal de menores de Nápoles que rechazó concederle la guarda de su hija y de las dificultades con las que se encontró al querer ejercer su derecho de visita. El TEDH recordó que el artículo 8 pretende esencialmente proteger a los individuos frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos; sin embargo, esta disposición también establece obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. Tanto en un caso como en otro, se debe considerar el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad en su conjunto. En ambos casos, el Estado goza de un determinado margen de apreciación. En este asunto, el TEDH constató que a pesar del archivo de la denuncia penal contra los amigos del demandante y su padre, la toma de contacto gradual entre el Sr. Bove y su hija no se produjo. Así, el TEDH condena a Italia por no haber realizado los esfuerzos razonables para reagrupar al padre y a la hija, pero entiende que la decisión de rechazar otorgarle la guarda de su hija, no vulnera el artículo 8, ya que en este caso las decisiones de las autoridades nacionales fueron adoptadas en el interés del menor y teniendo en cuenta motivos pertinentes.

Asunto P.M. v. Reino Unido (demanda no. 6638/03) de 19 de julio de 2005.—Violación del art. 14 de la Convención en conjunción con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad).

P.M., nacional británico, reclama haber sido discriminado, como padre no casado, por no reconocérsele beneficiario de un derecho de deducción de impuestos por el pago de una pensión de alimentos realizada a la madre de su hija. Tras diez años de convivencia juntos, P.M. y M.D. deciden separarse comprometiéndose el primero al pago mensual de cierta cantidad para la manutención de M.D. y la hija de ambos reconocida oficialmente. En 1998-1999, P.M. se aplicó una deducción fiscal en el pago de sus impuestos, en aplicación de la *Income and Corporation Taxes Act* de 1988 que permitía la deducción de «pagos de manutención cualificados». La Administración le negó tal derecho «porque nunca había estado casado con la madre de su hija», como exigía la ley. Para el TEDH si bien es cierto que en algunos casos las diferencias de trato basadas en el estado de casado, han tenido una justificación objetiva y razonable, como norma general los padres no casados, que han establecido una vida familiar con sus hijos, pueden reclamar iguales derechos de contacto y custodia que los padres casados (*Sahin v. Germany* [GC] núm. 30943/96, & 94, ECHR 2003-VIII). En el presente caso, afirma la Corte, «el demandante ha sido reconocido como padre y ha actuado en tal rol. Dado que tiene obligaciones financieras hacia su hija, que han sido cumplidas debidamente, la Corte no ve razón para tratarle de forma diferente a un padre casado, ahora divorciado y separado de su madre, como contempla la deducción de impuestos de estos pagos. La finalidad de la deducción de impuestos era significadamente hacer más fácil para los padres casados llevar adelante una nueva familia»; en ese sentido, el Tribunal considera que no se entiende por qué los padres no casados, que tuvieran nuevas relaciones, no tendrían que tener derecho a una ayuda por sus obligaciones financieras previas. Por tanto la Corte concluye que ha habido violación del artículo 14 de la Convención en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 en este caso.

Asunto Spyropoulos c. Grecia (demanda 5081/03) de 4 de agosto de 2005.—Violación artículo 6.1 (derecho a un proceso equitativo) y artículo 13 (derecho a un recurso efectivo).

El 19 de diciembre de 1989, el Sr. Spyropoulos demandó, ante el tribunal administrativo de Atenas, a la Caja de Previsión del personal de los funcionarios de tren helénicos solicitando una indemnización por daños e intereses, al haberle sido denegada una asignación a tanto alzado. El 19 de julio de 1991, el tribunal condenó a la Caja a pagar al demandante la referida indemnización. Dicha decisión fue apelada y posteriormente confirmada, el 31 de enero de 1995. El 14 de septiembre de 1995, la Caja solicitó la casación de esta decisión. La Audiencia ante el Consejo de Estado no se produjo hasta el 1 de diciembre de 2003.

El demandante alegó ante el TEDH que este procedimiento infringió el principio del plazo razonable establecido en el artículo 6.1 del CEDH. El TEDH determina que el carácter razonable de la duración de un procedimiento se debe apreciar atendiendo a las circunstancias de la causa, en particular, la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y el de las autoridades competentes. El TEDH constata aquí una violación del artículo 6.1 puesto que el Gobierno no expuso ningún hecho ni argumento que le permitan apartarse de su jurisprudencia anterior y estima que la duración de este procedimiento fue excesiva y no respondió a la exigencia del plazo razonable.

Asimismo, el demandante alegó que no existía en Grecia ninguna instancia a la que acudir para quejarse sobre la duración excesiva de un procedimiento en curso. El TEDH constata una violación del artículo 13 puesto que hay una ausencia, en el derecho interno griego, de un recurso que permita al demandante solicitar que su causa sea apreciada en un plazo razonable.

Asunto Maurice c. Francia (demanda núm. 11810/03), de 6 de octubre de 2005 (Gran Sala).—Violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad).

La demanda se refiere al nacimiento de un bebé con malformaciones físicas no detectadas durante el embarazo por un error cometido por un hospital al realizar el diagnóstico prenatal; cuando los demandantes habían presentado una demanda de reparación por daños y perjuicios, les fue opuesta una nueva ley, aplicable a las instancias en curso. Los demandantes invocan la violación de los artículos 6.1, 6, 13, y 14 del Convenio y del artículo 1 del Protocolo núm. 1, y alegan el carácter retroactivo de la ley, cuestionando sus disposiciones de fondo.

Concretamente, el artículo 1 de la nueva ley núm. 2002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la cualidad del sistema de salud, modificaba la jurisprudencia francesa anterior en la materia, privándoles, sin compensación efectiva, de su derecho de reparación por daños y perjuicios. Según la jurisprudencia asentada en las altas instancias internas, (con alguna variante entre la posición del Consejo de Estado y de la Corte de Casación) en estos casos, se podía tener derecho a una indemnización por los daños causados tanto a los padres como al niño, incluidas las cargas particulares derivadas del cuidado del enfermo a lo largo de toda su vida. El artículo 1 de la ley de 2004 permitía sólo reclamar indemnización por daños causados a los padres y sin incluir las cargas particulares derivadas del cuidado del enfermo. Para los demandantes, esta disposición atentaba su derecho al respeto de sus bienes violando el artículo 1 del Protocolo 1.

La Corte examina en primer lugar si en este caso existía un «bien» en el sentido de dicho artículo. Según su jurisprudencia, la noción de bienes puede abarcar tanto «bienes actuales» como valores patrimoniales, incluidos, en algunas situaciones bien definidas, los créditos. Para que un crédito pueda ser considerado como un «valor patrimonial», hace falta que el titular demuestre que éste tiene una base suficiente en derecho interno; por ejemplo, que ha sido confirmado por una jurisprudencia bien establecida por los tribunales. Cuando esto se da, puede entrar en juego la noción de una expectativa legítima. Para la Corte, tras un análisis minucioso, antes de la ley de 2002 los demandantes tenían un crédito que podían legítimamente esperar ver concretado, conforme al derecho común de la responsabilidad por error y, por tanto, tenían un «bien» en el sentido de la primera frase del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Ello demostrado, un segundo aspecto era analizar si hubo violación del artículo 1 del Protocolo 1. Para la Corte, la ley de 2002 constituye una injerencia en el sentido de la segunda norma contemplada en el artículo 1 del Protocolo 1, recogida en la segunda frase del mismo. Es necesario pues, ver si la injerencia puede justificarse según las circunstancias que establece la disposición. En primer lugar, no hay duda de que la injerencia está prevista por *ley*, por lo que la discusión se centra sobre la *legitimidad* de tal injerencia. Así, en segundo lugar, la Corte debe determinar si tal injerencia perseguía un fin legítimo; esto es, si había una *causa de utilidad pública*, y si se había respetado el principio de *proporcionalidad* en el sentido de la

segunda regla del artículo 1 del Protocolo núm. 1. Para la Corte, el legislador francés perseguía una causa de utilidad pública al adoptar una ley que tenía la voluntad de acabar con una jurisprudencia que desaprobaba y así, modificar el estado de derecho en materia de responsabilidad médica, incluso haciendo aplicables las nuevas reglas a las situaciones pendientes. Pero no parece que tal medida fuera proporcional y que respetara el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo. Para la Corte, la ley de 2002 había, pura y simplemente, suprimido, con efectos retroactivos, una parte esencial del derecho a la reparación; cantidades muy elevadas que los padres de los niños, cuya deficiencia no había sido revelada antes de su nacimiento por causa de un error, habrían podido hacer valer contra el hospital responsable. El legislador francés, así, había privado a los demandantes de un «valor patrimonial» preexistente que era parte de sus «bienes»; esto es, les había privado del derecho preestablecido a la reparación del daño, cuya cuantía podían esperar legítimamente ver concretada conforme a la jurisprudencia fijada por las altas jurisdicciones nacionales. Además, el Tribunal estima que las consideraciones de ética, equidad y buena organización del sistema de salud, invocadas por el Gobierno no podían legitimar una retroactividad cuyo efecto ha sido privar a los demandantes, sin indemnización adecuada, de una parte sustancial de su derecho a ser indemnizados, haciéndoles así soportar una carga especial y desorbitada. Un atentado tan radical a los derechos de los interesados habría roto el justo equilibrio que debe reinar entre las exigencias del interés general y la salvaguardia del derecho al respeto de los bienes. El artículo 1 de la ley de 2002, por tanto, violaba, en lo que a las instancias que estaban en curso el 7 de marzo de 2002, fecha de su entrada en vigor, el artículo 1.º del Protocolo 1. La Corte no considera necesario entrar a examinar la violación de los artículos 14 y 6.1 del Convenio; y niega la violación de los artículos 13 y 8 del mismo. A la sentencia se adjuntan una opinión separada individual y una opinión parcialmente disidente común a cinco jueces.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS*

A la lista aquí sugerida deben añadirse también las sentencias a las que ya se hace referencia en los distintos apartados de la sección temática (Derecho de familia, de daños y de autor)

STJCE 13 de octubre de 2005, Brigitte y Marcus Klein c. Rhodos Management Ltd.—Demanda de decisión prejudicial. *Oberlandesgericht Hamm* (Alemania). Interpretación del artículo 16.1.a) del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto reconoce la competencia exclusiva, sin consideración del domicilio del demandado, en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, a los Tribunales del Estado contratante donde se halle sito el inmueble. Se pregunta si la disposición resulta aplicable a un contrato que prevea el ingreso en un club cuya ventaja esencial consiste en permitir a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido, de un bien inmueble designado en el contrato por su tipo y situación. El Tribunal recuerda que el artículo 16.1 constituye una excepción a la regla general prevista en el artículo 4, párrafo primero, del Convenio a cuyo tenor, cuando el demandado no está domiciliado en un Estado contratante, la competencia se rige, en cada Estado contratante, por la ley de este Estado; como excepción, debe ser objeto de interpretación estricta. Recuerda también que lo previsto en el artículo 16.1. a) obedece a la circunstancia de que el Tribunal del lugar es el que se encuentra en mejores condiciones para tener conocimiento de las situaciones de hecho y que, en relación a la competencia exclusiva en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los autores del Convenio pretendieron cubrir, en particular, los litigios relativos a la reparación del deterioro causado por el arrendatario. No se refiere a este objetivo la acción entablada por los demandantes que tiene como objeto la devolución de las cantidades abonadas en concepto de ingreso en el club. Además, habida cuenta que del total importe satisfecho, alcanza mayor proporción la cantidad pagada por prestaciones distintas a la de uso del bien inmueble que la imputable a esta utilización, se concluye que ni siquiera el contrato celebrado es uno de arrendamiento de bienes inmuebles ni en el sentido del artículo 3.2.a) de la Directiva 85/577 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso

* Profesora Lectora de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa

de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales, ni en el del propio Convenio de Bruselas.

STJCE 13 de octubre de 2005, Scania Finance France Sac. Rockinger Spezialfabrik für Anhängerkupplungen GmbH & Co.—Demanda de decisión prejudicial. *Oberlandesgericht München* (Alemania). Interpretación del artículo 27.2 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto dispone que las resoluciones dictadas en un Estado contratante no se reconocerán en los demás Estados contratantes cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado o notificado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse. Se pregunta si, de la lectura conjunta del artículo 27.2 del Convenio y del artículo IV de su Protocolo, resulta que la notificación de un documento judicial a un demandado que, en el momento de la notificación de la cédula de emplazamiento reside en un Estado contratante distinto de aquél en el que se encuentra el tribunal que conoce del asunto, sólo puede efectuarse de conformidad con lo dispuesto en los convenios en vigor entre los Estados contratantes o si tal regularidad también puede apreciarse a la luz de las normas nacionales vigentes en el Estado de origen, en el supuesto de que la aplicación de éstas no haya sido excluida por el convenio en cuestión. El Tribunal resuelve que del artículo IV del Protocolo se sigue que la notificación puede realizarse, o bien de conformidad con lo previsto en los convenios en vigor entre los Estados, o bien directamente entre las personas autorizadas, siempre que el Estado de destino no se oponga oficialmente a ello. Sólo cuando ninguna de ambas opciones sea posible puede efectuarse la transmisión con arreglo al derecho que aplica el tribunal del Estado de origen.

STJCE 25 de octubre de 2005, Crailsheimer Volksbank eG c. Klaus Conrads, Frank Schulzke y Petra Schulzke-Lösche, y Joachim Nitschke.—Demanda de decisión prejudicial. *Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen* (Alemania). Interpretación de los artículos 1, 2 y 5.2 de la 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. Cuando un tercero interviene en nombre o por cuenta de un comerciante en la celebración o negociación del contrato, la aplicación de la Directiva no debe supeditarse al requisito de que el comerciante supiera o debiere haber conocido que el contrato celebrado era una operación de venta a domicilio contemplada en el artículo 1; de ahí que el derecho de revocación previsto en el artículo 5 se siga de la simple circunstancia de celebrarse una venta a domicilio sin necesidad de acreditar su imputabilidad al comerciante. Por lo demás, el artículo 5.2 de la Directiva no se opone a que: el consumidor que haya hecho uso de su derecho de revocación con arreglo a dicha Directiva deba devolver al prestamista el importe del préstamo a pesar de que, de acuerdo con la fórmula diseñada para la inversión de capital, el préstamo esté destinado exclusivamente a la financiación de la adquisición del bien inmueble y se abone directamente al vendedor de dicho bien; se exija la devolución inmediata del importe del préstamo; una normativa nacional establezca que el consumidor, en caso de revocación de un contrato de crédito con garantía real, está obligado no sólo de devolver las cantidades

percibidas en virtud de dicho contrato, sino también a abonar al prestamista los intereses normales de mercado.

STJCE 25 de octubre de 2005, Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG.—Demanda de decisión prejudicial. Landgericht Bochum (Alemania). Interpretación del artículo 95.3 CE y artículos 3.2, 4, 5 y 7 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. El citado artículo 3.2, que excluye del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos relativos a la venta de bienes inmuebles, rige aun cuando dichos contratos únicamente formen parte de una fórmula de inversión de capital financiada a crédito y las negociaciones previas a la celebración del contrato tengan lugar, por lo que respecta tanto al contrato de compraventa del bien inmueble como al contrato de préstamo destinado a su financiación, en el marco de una venta a domicilio. Por lo demás, la Directiva 85/577 no se opone a que normas nacionales limiten las consecuencias jurídicas de la revocación de un contrato de préstamo únicamente a la resolución de éste, incluso en el marco de fórmulas de inversión de capital en las que el préstamo no se habría concedido de no haberse adquirido simultáneamente el bien inmueble. Tampoco se opone a que: el consumidor que haya hecho uso de su derecho de revocación con arreglo a dicha Directiva deba devolver al prestamista el importe del préstamo a pesar de que, de acuerdo con la fórmula diseñada para la inversión de capital, el préstamo esté destinado exclusivamente a la financiación de la adquisición del bien inmueble y se abone directamente al vendedor de dicho bien; se exija la devolución inmediata del importe del préstamo; una normativa nacional establezca que el consumidor, en caso de revocación de un contrato de crédito con garantía real, está obligado no sólo de devolver las cantidades percibidas en virtud de dicho contrato, sino también a abonar al prestamista los intereses normales de mercado.

Jurisprudencia Nacional (mayo a octubre 2005)

MIRIAM ANDERSON*

A la lista aquí sugerida deben añadirse todavía las sentencias citadas en el apartado VII *Derecho de daños* (a cargo de Belén Trigo García).

TRIBUNAL SUPREMO

– STS de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005\6379). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. Cláusulas limitativas y delimitación del riesgo asegurado. «La diferenciación entre cláusula limitativa y delimitación del riesgo no es, al efecto de aplicar o no el artículo 3, siempre nítida ni absoluta, dado que merece la primera clasificación una cláusula de este último contenido que, al identificar el riesgo, lo haga de un modo anormal o inusual, ya sea porque se aparte de la cobertura propia del contrato de seguro de que se trate (Sentencia de 23 de octubre de 2002), ya porque introduzca una restricción que haya que entender, en aplicación de un criterio sistemático en la interpretación, más limitado que el riesgo contractualmente aceptado de modo evidente (Sentencia de 8 de noviembre de 2001, que contempló el caso de un contrato de seguro en cuyo enunciado se utilizaban las palabras invalidez absoluta, y, en una de sus cláusulas, se añadía la necesidad de que el asegurado tuviera que ser asistido en los actos de la vida cotidiana por una tercera persona)» (FJ 3.º). no se trata de que «... no corresponda a la autonomía de la voluntad de las partes la definición del riesgo, sino de que, como antes se expuso, la determinación voluntaria del mismo, cuando restrinja el sentido usual en que fue admitido por las partes, está sometida, para ser válida, a las rigurosas exigencias del artículo 3 de la Ley 50/1980» (FJ 4.º).

– STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005\4004). Ponente: José Almagro Nosete. Supuesto de marca mixta o compuesta, respecto de la cual es preciso afinar los criterios de distinción, puesto que caracteres como la forma o diseño del envase pueden ser relevantes a los efectos de que la marca pueda desempeñar su función, encaminada a evitar la confusión y a diferenciar unos productos de otros: «Gran importancia reviste en el Derecho de marcas, la similitud de los productos en liza, a los efectos de determinar los riesgos de confusión, que deja de ser un concepto secundario, a la luz de la Directiva comunitaria 89/104. Desde tal perspectiva es innegable que la igualdad o semejanza, *prima facie* de

* Profesora Lectora de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa

los productos envasados, el carácter común de los canales comerciales, la venta de los productos competitivos en autoservicios y supermercados, y su utilización común para el gran público con ocasión de determinadas festividades o acontecimientos, genera la necesidad de afinar los instrumentos de identificación para su distinción entre los consumidores. Sirve a este fin, la garantía de la marca, como se desprende de la definición legal que da el artículo 4.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, pues la misma radica en que los productos o servicios designados por ella han sido fabricados o prestados por una empresa, que se hace responsable de su calidad. Su esencia es la función diferenciadora, que identifica el producto o servicio de una empresa y sus cualidades; la constituyen los signos de representación gráfica susceptibles de cumplir aquella función; su aspecto fundamental es evitar el riesgo de confusión, ya que es esencial en la marca su finalidad de distinguir productos y servicios en el mercado, de forma que el consumidor medio no los confunda con otros y los asocie inequívocamente a un determinado origen empresarial (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2003). Son los precedentes factores criterios a tener en cuenta como destaca la sentencia de 29 de septiembre de 1998, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, recaída en el caso *Canon*, al afirmar, que para apreciar la similitud entre los productos o los servicios designados, como han recordado los Gobiernos francés y del Reino Unido, así como la Comisión, procede tener en cuenta todos los factores pertinentes que caracterizan la relación entre los productos o servicios. Estos factores incluyen, en particular, su naturaleza, su destino, su utilización y su carácter competidor o complementario. La vinculación entre una determinada denominación y un cierto tipo de envase con elementos gráficos añadidos ha sido considerada en un número significativo de casos, resueltos por la jurisprudencia, también, obviamente en relación con la competencia desleal (otra de las pretensiones acumuladas en el asunto). La marca, en efecto, comprende la forma tridimensional que incluye el envase, que prevé como marca el artículo 4.2.d) de la Ley de Marcas; su imitación puede provocar la confusión, que prevé el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal» (FJ 6.º).

– STS de 30 de mayo de 2005 (RJ 2005\4245). Ponente: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares. Se desestiman las pretensiones relativas a la declaración de competencia desleal y a la acción de cesación, por no concurrir ya sus presupuestos cuando se interpone la demanda; en cambio, la acción de resarcimiento se estima procedente por los tres últimos años, ya que la demanda se interpuso dentro del año siguiente a la cesación de la actividad concurrente (art. 18 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).

– STS de 31 mayo de 2005 (RJ 2005\167348). Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. La legislación de cláusulas abusivas como eventual parámetro del orden público nacional a efectos del reconocimiento de un laudo arbitral dictado fuera de la UE. Se procede al reconocimiento de un laudo arbitral dictado en Los Ángeles, a pesar de que la cláusula de sumisión a arbitraje era una de las condiciones generales del contrato, integrada en el mismo *per relationem*: «(...) debe decirse que el Convenio de Nueva York articula un sistema de denegación del *exequátur* que desplaza hacia la parte que se opone al reconocimiento de la decisión foránea, la carga de acreditar la ineficacia del acuerdo de arbitraje con arreglo a la Ley a la que las partes lo han sometido, o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se hubiera dictado la sentencia arbitral (art. V.1-a). Constituye, pues, una regla de *exequátur* de carácter conflictual, que conlleva la necesidad de justificar la alegada ineficacia confor-

me a la Ley a la que se refieren las conexiones que contempla el precepto, y que impide afirmar, pues, la improcedencia del reconocimiento mediante la automática invocación de las normas de producción interna, o de otras normas supranacionales, como las que integran el acervo comunitario, en tanto su aplicación no sea traída por la regla conflictual señalada. No hay aquí constancia de que las partes hubieran sometido el contrato o el acuerdo arbitral, en su autonomía, a la legislación española –cuyas normas imperativas, tales como las contenidas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, no resultan, por ende, de aplicación, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 3.2 de dicha Ley-, por lo que el examen del presupuesto del reconocimiento que ahora ocupa ha de hacerse conforme a la legislación del Estado donde fue dictado el laudo, y no hay tampoco la debida acreditación de que, con arreglo a dicha legislación, el convenio arbitral deba reputarse inválido. Y en punto al análisis de este motivo de oposición al *exequátur* desde la perspectiva del control del orden público, debe concluirse, de igual modo, con su falta de virtualidad para impedir la eficacia de la decisión extranjera, pues el hecho de que la cláusula de sumisión a arbitraje venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo, no es bastante para considerarla ineficaz con fundamento en la existencia de un desequilibrio negocial y en la necesidad de evitar el abuso de la posición de dominio que se predica de la solicitante, toda vez que es harto difícil apreciar en la demandada situación de inferioridad frente a la demandante cuando, por un lado, no puede reconocérsele la condición de consumidor en el sentido que atribuye al concepto la normativa comunitaria y la legislación interna (la Directiva 93/13, CEE, de 15 de abril, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, principalmente), cuya protección sea precisa por imperativos de orden público en la medida en que los intereses de éstos hayan pasado a nutrir el concepto de orden público en el indicado sentido internacional, tratándose como se trata de dos sociedades mercantiles en las que, por ende, no cabe apreciar otro desequilibrio en lo que concierne a su posición en el mercado, y, en consecuencia, en lo que atañe a su posición contractual, que el que se deriva de la mera afirmación de la que se opone al reconocimiento; y cuando, por otro lado, es práctica comúnmente aceptada en el comercio internacional el recurso de acudir al empleo de condiciones generales que facilitan la contratación y que recogen los usos y prácticas comerciales habitualmente utilizadas en el tráfico. Y debe añadirse que tampoco hay la necesaria constancia de que el arbitraje institucional convenido lo fuera en favor de una institución que, por representar exclusivamente los intereses de los productores cinematográficos, determine el carácter abusivo de la cláusula arbitral, como impedimento de orden público para el reconocimiento, ni tampoco, desde esta misma perspectiva – si bien en el plano o vertiente procesal-, que por tal razón se haya visto vulnerado el derecho del particular a obtener una tutela efectiva de sus intereses legítimos mediante una resolución dictada por un organismo imparcial, pues no hay una sólida base para rechazar la presunción de imparcialidad que cabe predicar de una institución arbitral que interviene como tal en el tráfico jurídico, no resultando, además, fácilmente conciliable la tacha que se opone al tribunal arbitral y la conducta desplegada por quien la esgrime en el curso del procedimiento de arbitraje, en donde en ningún momento se adujo semejante argumento, ya al personarse ante él para solicitar la suspensión del procedimiento, ya al comparecer ante el Tribunal del Estado de origen que confirmó el laudo, ni se expusieron siquiera las dudas acerca de la imparcialidad del tribunal arbitral por

causa de la afirmada vinculación de la Asociación en la que éste se integra con los intereses de la entidad demandante» (FJ 4.º).

– STS de 23 de junio de 2005 (RJ 2005\4930). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Interpretación del derecho interno de conformidad con el derecho comunitario. «Con carácter previo debe señalarse que a las relaciones jurídicas del caso no es aplicable la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, porque la nueva normativa no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1994 (SS. 16 noviembre 2000, 10 y 22 abril 2002, 5 mayo 2003, y 19 febrero y 30 abril 2004), con independencia de que quepa tomar en cuenta sus preceptos con carácter orientativo (SS. 30 abril y 13 octubre 2004); y también procede indicar que no cabe denunciar infracción de los artículos de la Directiva Comunitaria 86/653/CEE, de 18 de diciembre, porque no es de aplicación directa (SSTJCE 26 febrero 1986 y 14 julio 1994, TS 18 marzo 1995), sin perjuicio de que el Derecho interno vigente debe interpretarse lo más conforme con una Directiva no traspuesta (SS. 24 julio 2000, 22 abril y 13 junio 2002, 5 mayo 2003 y 30 abril 2004)» (FJ 3.º).

– STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005\5089). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Interpretación del derecho interno de conformidad con el derecho comunitario. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la sociedad que en su día otorgó carta de patrocinio, de confort o de garantía, dirigida a la entidad financiera recurrida y en vistas a la cual esta última otorgó crédito a una tercera sociedad. Se estima que la firma del Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima patrocinadora fue suficiente para vincularla y que no hubo extralimitación, puesto que «aunque se entendiase que las cartas de patrocinio no pueden configurarse como ‘acto neutro’, el artículo 129-2 Ley de Sociedades Anónimas, interpretado conforme al artículo 9 de la Primera Directiva de la CEE –hoy UE– en materia de sociedades, hace que el objeto social sólo pueda ser opuesto como límite de la actuación de los administradores frente a terceros que hayan obrado de mala fe o con culpa grave» (FJ 1.º).

– STS de 4 de julio de 2005 (RJ 2005\5093). Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. Interconexión entre supuestos de competencia desleal y publicidad ilícita. «El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables (...). Además, la Ley de Competencia Desleal abarca la publicidad ilícita. Así, el artículo 5.º reputa desleal «todo comportamiento» que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, por lo que no excluye aquella actividad; el artículo 6.º considera desleal «todo comportamiento» que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos; el artículo 7.º, al definir los actos de engaño, considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, lo mismo que el artículo 9.º al tipificar los actos de denigración, prevé la difusión de manifestaciones. En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente (...)» (FJ 1.º).

– STS de 4 de julio de 2005 (RJ 2005\5096). Ponente: Francisco Marín Castán. Contrato de seguro: contradicción entre distintas cláusulas en cuanto al límite de indemnización precedente. Prevalece lo establecido en las condiciones particulares, habida cuenta además de que las estipulaciones oscuras o ambiguas perjudican a quien hubiera ocasionado la oscuridad (FJ 4.º).

AUDIENCIAS PROVINCIALES**Cláusulas abusivas**

– SAP Barcelona, de 4 de mayo de 2005 (AC 2005\1085). Se declara abusiva la cláusula contenida en un contrato para la enseñanza de inglés, conforme a la cual el titular del contrato se obliga a satisfacer el importe total del curso, sin que la falta de asistencia dé derecho a solicitar devolución alguna. Esta estipulación encaja en el supuesto previsto en el art. 10. 1. c) 3 de la Ley 26/1984, LGDCU, por no establecer reciprocidad alguna entre las partes y generar una situación de desequilibrio. La actora acreditó imposibilidad sobrevenida para acudir al centro de enseñanza. Igualmente, se cancela el crédito que tenía la actora frente a una entidad financiera, por entender que la academia de idiomas había cedido el crédito a la entidad, y que, desaparecida la causa del crédito –la prestación de clases de inglés–, también éste deja de existir.

– SAP Madrid, de 18 de mayo de 2005 (JUR 2005\183037). Se declara desproporcionada una cláusula de intereses de demora y se declara reducida a los límites que marca en artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, de conformidad con la DA1.^a de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y con el criterio generalmente empleado por las Audiencias Provinciales.

– SAP Madrid, de 1 de junio de 2005 (JUR 2005\187170). Se confirma la sentencia de instancia, que declaró la nulidad de una cláusula de sumisión a arbitraje, que se considera condición general de la contratación y a la que le son de aplicación la Ley 7/1998 y la Ley 26/1984, por ser el adherente un consumidor (DA1.^a Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, ap. IV, número 26, en cuanto declara abusiva la sumisión a arbitraje que no sea de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o supuesto específico).

– SAP Madrid, de 7 de junio de 2005 (JUR 2005\178802). Se consideran abusivas las cláusulas relativas a la duración y al establecimiento de penalidad en caso de desistimiento unilateral del consumidor, insertas en un contrato de mantenimiento. Tanto la larga vinculación que comporta el contrato para el consumidor, con la consiguiente pérdida de opciones a mejores condiciones de mercado, como la cláusula penal establecida unilateralmente por el proveedor, se consideran desproporcionadas (DA1.^a Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación).

– SAP Madrid, de 8 de septiembre de 2005 (TOL 717475) Acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, interpuesta por el Abogado del Estado, actuando en nombre del Instituto Nacional del Consumo, contra diversas compañías que explotan privadamente aparcamientos públicos. Se solicita que cese la utilización de la cláusula consistente en introducir, en los aparcamientos públicos, al fijar el precio, junto a la palabra hora (o media hora), la expresión «o fracción» o, aunque no se produzca tal inclusión, el cobro en la práctica de una hora (o media hora) completa aunque no se estacione el vehículo durante ese tiempo completo.

Se alega que se trata de una cláusula abusiva y condición general nula, de conformidad con la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y con la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La Audiencia afirma que el juicio verbal es el procedimiento adecuado para este tipo de acciones (art. 12.2 LCGC, art. 250.1.12 y DF 6.^a.1 LEC) y que en este mismo proceso en que se ejercita la acción de cesación puede discutirse la nulidad de la condición general como presupuesto de la misma (FJ 3.^o). Existe libertad en la fijación de los precios de los aparcamientos (art. 3.1.b y d) Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos), pero, de acuerdo con el artículo 1 de la referida Ley, el precio ha de estar determinado en función del tiempo de estacionamiento (FJ 5.^o). La dualidad de usuarios de aparcamientos públicos (incluidos y excluidos del ámbito de aplicación de la LGDCU) no puede esgrimirse a fin de impedir el control de una condición general que de serlo puede afectar a los usuarios protegidos (FJ 7.^o). «La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, cuya incorporación al Derecho español fue la finalidad de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y de la modificación del artículo 10 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, establece en su artículo 4.2: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles». Esta exclusión se suprimió durante la tramitación en el Congreso de la Ley nacional, al aceptarse la enmienda 71 que justificó esta supresión con el argumento de que «el objeto principal y el precio puedan ser abusivos como es el caso de algunos contratos de préstamos con tipos TAE de más del 30%. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone una gran indefensión de los consumidores». Ahora bien, como alegan parte de las demandadas apelantes, esta supresión no puede considerarse más que un olvido del legislador de la existencia de una legislación nacional sobre la usura, sin incidencia en la aplicación directa del citado precepto comunitario, so pena de entender que el legislador español quiso apartarse en este extremo de los términos de la Directiva, en una materia que atañe directamente a la política económica fijada por los criterios de la Comunidad Europea, como es la relativa a la fijación de los precios. Por otra parte, como sostiene la doctrina y las demandadas apelantes, el control judicial de la justicia o razonabilidad de los precios y las prestaciones con carácter general y con base en una cláusula general como es la «contrariedad a la exigencia de la buena fe» (artículo 10 bis.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) y para toda clase de contratos referidos a toda clase de productos y servicios será inconstitucional por atentar contra los artículos 10.1 y 38 de la CE, pues la determinación del contenido del contrato ya no quedaría en manos de las partes, sino en manos del juez, quedando vacía de contenido la libertad contractual. Por ello, la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación ha de interpretarse conforme a la Constitución y ello supone interpretar la ley española de conformidad con la Directiva integrando en la primera el contenido del artículo 4.2 de la segunda, ya que el hecho de que se trate de una directiva de mínimos no permite a los legisladores nacionales alterar sustancialmente el modelo jurídico-económico comunitario pues los fines perseguidos por la armonización se verán puestos en peligro si la legislación estatal pudiera entender el control del contenido ilimitadamente, por-

que no se puede establecer un modelo distinto al consagrado; la ley nacional, al ser la norma comunitaria una directiva de mínimos (nivel mínimo de protección), puede proteger más al consumidor (artículo 8 de la Directiva transpuesta), y así lo hace cuando amplía el concepto de consumidor (confrontación del artículo 2.b) de la Directiva y artículo 1.2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) o aumenta la relación de cláusulas abusivas (Disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) respecto de la lista que figura en el Anexo de la Directiva, pero no cabe la alteración sustancial del modelo jurídico-económico comunitario. —Lo anterior no impide, como han sostenido algunos comentaristas de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, un control de contenido de algunos aspectos relativos a los elementos esenciales del contrato, como la forma de determinación del precio cuando ésta sea arbitraria en perjuicio del usuario o consumidor sin justificación objetiva, pues el Anexo de la Directiva 13/93 relaciona como cláusulas abusivas alguna que afecta a la forma de estipular el precio (apartado 1. letra l) que se corresponde con la definida en el apartado 7.º, párrafo primero, de la disposición adicional primera.1, de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (a los efectos del artículo 10 bis), relación que constituye una enumeración indicativa no cerrada, de modo que, aunque el supuesto de hecho litigioso no coincida con el previsto en ella, permite sostener que existe posibilidad de control si el procedimiento de fijación del precio es abusivo e injustificado, no del precio en sí. Y es desde esta perspectiva desde la que ha entenderse la cita del apelado de las sentencias que han considerado abusiva la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios suscritos a tipo de interés variable (entre otras, sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.ª, de 10 de octubre de 2002 y de Baleares, de 17 de marzo de 2003), que a pesar de «afectar» a la determinación del importe a devolver por el consumidor a la entidad bancaria por el dinero prestado, no se considera un elemento esencial del contrato y someten la cláusula de cálculo al control de contenido conforme a la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, y por remisión al artículo 10 y 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios» FJ 9.º. La cláusula litigiosa se considera una clara condición general de la contratación al concurrir los elementos de predisposición e imposición, ya que el usuario se limita a adherirse. El precio determinado por el tiempo de estacionamiento al que se refiere la Ley 40/2002 es el tiempo de estacionamiento real, de efectiva ocupación del espacio que facilita el empresario, constituyendo este carácter elemento esencial del contrato. El Tribunal controla una condición general que afecta al precio pero no lo regula; es esencial a una economía de mercado la obtención de beneficios, pero teniendo presente que es un principio que inspira el derecho comunitario el de la «protección de los intereses económicos de los consumidores», conforme al cual los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos (considerandos octavo y noveno de la Directiva 93/13/CEE)» (FJ 10.º). La cláusula «fracción» se considera contraria a la buena fe y abusiva por generar una clara situación de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes en perjuicio del consumidor o usuario, que es la parte contractual más débil, ya que se beneficia exclusivamente a la parte predisponente que ve incrementado el importe a percibir sin prestar a cambio más que parte del servicio (FJ 11.º).

Competencia desleal

– SAP Asturias de 21 de junio de 2005 (AC 2005\1157). Pacto de no concurrencia. Se solicita su nulidad parcial en lo que concierne a su plazo de duración. El Tribunal estima que «no existe controversia al respecto de la posibilidad de establecer un pacto de prohibición de concurrencia en los supuestos de venta de acciones o empresas. De hecho en el ámbito del Derecho Comunitario, donde se establecen serias restricciones a su alcance como lo demuestra la interpretación de la Comisión Europea en su Comunicación 2001/C 188/03, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 4 de julio de 2001, se razona que las prohibiciones de competir impuestas al vendedor de una empresa pueden ser necesarias para la realización de la concentración, ya que el comprador tienen que gozar de protección frente a la competencia del vendedor que le ha transmitido no sólo los activos materiales sino también la clientela y el *know-how*; indicando, además, que si no existieran serían difícilmente realizables las ventas de empresas. Lo que entienden algunas Decisiones de la Comisión, a partir del caso Reuter-Basf, de 26 de julio de 1976, es que sería contraria al art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea la cláusula ilimitada en el tiempo y en el espacio» (FJ 3.º). Se confirma la anulación parcial de la cláusula, cuya duración se fija en diez años, puesto que se estima que el contrato se hubiera celebrado igualmente en estos términos.

Competencia territorial

– SAP Zaragoza, de 29 de julio de 2005 (JUR 2005\206776). A pesar de que rige el principio general de libre elección del fuero territorial (art. 54 LEC 2000), se excepcionan de esta regla casos especialmente previstos (art. 58 LEC 2000), entre los que se cuenta lo establecido en la DA de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, que debe reputarse imperativa, de manera que tiñe de nulidad cualquier pacto en contra.

Contratos atípicos con consumidores

– SAP Barcelona, de 27 de junio de 2005 (AC 2005\1074). El contrato de afiliación a unos servicios turísticos y vacacionales se declara nulo por indeterminación del precio y del objeto; esa indeterminación comporta, igualmente, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 LGDCU. Además, se aprecia la concurrencia de vicio del consentimiento, al haberse producido un error esencial sobre el objeto y sobre el precio, respecto de los cuales la demandada no proporcionó información suficiente. Igualmente, la facultad de desistir del contrato –y del préstamo bancario– se comunicó oralmente a los demandantes, pero luego el contraste con el contrato demuestra que no se preveía una verdadera facultad de desistimiento, sino únicamente la posibilidad de ceder a terceros los derechos adquiridos en virtud del mismo. El préstamo concedido por una entidad financiera para cubrir la adquisición de esos servicios también se declara ineficaz (art. 14.2 Ley Crédito al Consumo), por concurrir en él los caracteres previstos en el artículo 15 de la citada Ley (acuerdo previo y exclusividad).

Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles

– SAP Zamora, de 30 de mayo de 2005 (JUR 2005\162393). Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles. Se mantiene la validez del

contrato de venta de enciclopedia en que no se cumplieron todos los requisitos formales previstos en los artículos 3 y 4 Ley 26/1991, de 21 de noviembre, en concreto, respecto de la facultad de revocación, por cuanto se trataba de un supuesto en que el comprador no había hecho uso de la facultad de revocación ni pretendió hacerlo. La Audiencia afirma que de este modo se interpreta la Ley 26/1991 a la luz de la finalidad perseguida por la Directiva 85/577, que no era otra que proteger al consumidor en supuestos en que su falta de iniciativa y la imposibilidad de comparar con otros productos pudieran llevar a prácticas comerciales abusivas.

Crédito al consumo

– SAP Barcelona, de 4 de mayo de 2005 (AC 2005\1085) *Vid. supra* «Cláusulas abusivas»

– SAP Castellón, de 20 de mayo de 2005 (JUR 2005\204034). Se afirma el carácter de crédito vinculado del concedido por entidad financiera para el pago de servicios de enseñanza del idioma inglés. Se estima que el contrato de préstamo pertenece a la categoría de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, por cuanto que no se celebró en las dependencias de la academia, de modo que se entiende de aplicación la Ley de 21 de noviembre de 1991. De ahí que rijan las previsiones en ella contenidas respecto del documento de revocación (art. 3), que no fueron respetadas en el caso enjuiciado, resultando por tanto anulable el préstamo, de conformidad con el artículo 4. Tanto el contrato de aprendizaje como el de préstamo se entienden resueltos desde el día en que la academia dejó de prestar los servicios contratados.

– SAP Castellón, de 30 de mayo de 2005 (JUR 2005\203919). Ineficacia del préstamo al consumo vinculado a la prestación de servicios de enseñanza de inglés, desde el momento en que éstos dejan de prestarse. El préstamo no puede estimarse gratuito, al ser proporcionado por una entidad financiera, y tampoco procede la exclusión prevista en el artículo 1.3 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, puesto que no se está ante supuestos de servicios dados en tracto sucesivo y abonados del mismo modo. Dándose la exclusividad en la financiación –no desvirtuada por la entidad financiera, a quien competería su prueba, en tanto que hecho impeditivo– y que debe ser considerada en relación con el contrato en concreto, y el carácter oneroso del préstamo, procede su calificación como crédito vinculado (arts. 14.2 y 15 Ley 7/1995), y su resolución, consecuencia necesaria de la resolución del contrato de aprendizaje. No se considera aplicable al caso la Ley de 21 de noviembre de 1992, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles.

– SAP Zamora, de 30 de mayo de 2005 (JUR 2005\162393). *Vid. supra* «Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles»

– SAP Barcelona, de 27 de junio de 2005 (AC 2005\1074) *Vid. supra* «Crédito al consumo».

Marcas

– SAP Barcelona, de 3 de mayo de 2005 (JUR 2005\171197). Se confirma la nulidad de una marca registrada por existir riesgo de confusión res-

pecto de la de la actora. El concepto, función y criterios para determinar la identidad se buscan en la doctrina del TJCE, en particular, en sentencias de 23 de mayo de 1978 (C.102/77 Hoffmann La Roche Co. v. Centrafarm), 11 de noviembre de 1997 (C.25195 Sabel BV v. Puma AG) y 22 de junio de 1999 (C.342/1997, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co GmbH v. Klijsen Handel BV).

– SAP Barcelona, de 20 de mayo de 2005 (AC 2005\1070). Se recoge el concepto de marca notoria que deriva del Derecho comunitario y sus normas de transposición, los convenios internacionales ratificados por España y las resoluciones del TJCE, entre las que se citan las de 11 de noviembre de 1997 (C.25195 Sabel BV v. Puma AG), 22 de junio de 1999 (C.342/1997, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co GmbH v. Klijsen Handel BV), 14 de octubre de 1999 y (General Motors Corporation v. Yplon SA), 9 de enero de 2003 (Davidoff v. Gofkid). Por lo demás, se confirma la estimación de la acción por competencia desleal, en la medida en que la demandada procedió a imitar el producto y los distintivos de la actora, de modo que, en lugar de constituir su actuación una imitación lícita, supuso un verdadero aprovechamiento de la reputación ajena, a raíz del señalado riesgo de asociación entre un producto y otro. Se concede también resarcimiento por la llamada *reasonable royalty*, es decir, el beneficio obtenido por la empresa imitadora al no haber solicitado y abonado de la actora la autorización para comercializar los productos que generaron la confusión.

– SAP Barcelona, de 27 de mayo de 2005 (JUR 2005\168967). Acción de cesación en la utilización de un signo distintivo. Se desestima por entender que no existe riesgo de confusión, en los términos definidos por la legislación aplicable: «En el ámbito de la protección que dispensa el registro de signos distintivos de acuerdo con nuestra legislación, orientada por las normas internacionales y comunitarias, el ejercicio de cotejo de los signos que se presentan confundibles, a los efectos de posibilitar el *ius prohibendi* que confiere el registro de marca (art. 34 LM), ha de tomar en consideración (a) el signo tal y como ha sido registrado, para confrontarlo con (b) el signo ajeno tal y como está siendo usado por el tercero, al objeto de enjuiciar la semejanza que, junto con la similitud de productos distinguidos con uno y otro (principio de especialidad), ha de ser determinante de la confusión que el precepto proscribire. Con la entrada en vigor de la Primera Directiva del Consejo (89/104/CEE, de 21 de diciembre de 1988), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, el concepto de riesgo de confusión ha pasado a ser un concepto de Derecho Comunitario. Se trata, por tanto, de un concepto normado para cuya apreciación han sido marcadas por el TJCE diversas pautas (entre otras, en Ss. 11 de noviembre de 1997, Sabel c. Puma; S. 28 de septiembre de 1998, Canon c. MGM; S. 22 de junio de 1999, Lloyd c. Klijsen), señalando, ante todo que el riesgo de confusión comprende el riesgo de asociación (art. 4.1.b de la Directiva 89/104/CEE), esto es, la suposición equivocada de que el producto procede de empresas que, si bien son diferentes, pertenecen a una misma estructura u organización global común, o está vinculadas por algún tipo de concierto jurídico o económico. Y debe apreciarse globalmente, considerando todos los factores concurrentes (FJ 3.º). Respecto de la identidad, apela a la STJCE de 20 de marzo de 2003, en interpretación del artículo 5.1.a de la Directiva.

Publicidad engañosa

– SAP Madrid, de 24 de mayo de 2005 (JUR 2005\155578). Se desestiman las acciones de publicidad engañosa y de competencia desleal planteadas. Respecto de la primera, se afirma que el mero hecho de que en un anuncio publicitario se incluya un texto en letra pequeña no supone, por sí solo, publicidad engañosa; cosa distinta sería que el mensaje en letra pequeña introdujese tales condicionantes o limitaciones al mensaje en letra mayor, más sugestivo, que terminase por desvirtuarlo totalmente o en gran medida, en cuyo supuesto sí que podríamos encontrarnos ante un caso de publicidad engañosa. Por otro lado, que las bases de una promoción comercial publicitaria se depositen ante notario no supone publicidad engañosa cuando no desvirtúan esencialmente el contenido del mensaje publicitario; en cierta medida, ello implica una garantía para el consumidor. Al no tratarse de un supuesto de publicidad ilícita, no es posible apreciar competencia desleal a raíz de esa publicidad; tal pretensión no encuentra fundamento en ninguno de los preceptos aplicables (arts. 5, 7 y 15 de la Ley de Competencia Desleal).

Recurso al TJCE

– SAP Madrid de 21 de julio de 2005 (AC 2005/1131). Improcedencia de la solicitud de que se eleve al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuestión acerca de la validez del artículo 108.3 del Texto Refundido Ley Propiedad Intelectual. No procede «acudir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que se pronuncie con carácter prejudicial sobre interpretación de normas de Derecho Comunitario o la errónea transposición de las normas comunitarias a las del Estado, pues el artículo 177 TCEE y la Doctrina sentada en su exégesis por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no permite otra legitimación que la de los Órganos Jurisdiccionales, como facultad exclusiva suya y no extensible a los litigantes, es más, la norma sólo regula esta posibilidad cuando se trate de un Órgano Jurisdiccional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso en vía judicial, situación en la que no nos encontramos. Aún así, y aunque puede entenderse que cualquier Tribunal de Justicia tiene también la facultad de plantear la cuestión prejudicial aunque sus resoluciones sean susceptibles de recurso, se precisa, además, la existencia de una duda sobre la interpretación del Derecho comunitario, de modo que está injustificada cuando a criterio del Tribunal se está ante una norma clara, como es el caso, pues no vemos la contradicción que, a juicio de la recurrente, existe entre el artículo 8.2 de la Directiva 82/1000 y el Ordenamiento español» (FJ 9.º).

Viajes combinados

– SAP Valencia, de 21 de junio de 2005 (AC 2005\1154). Concorre en la compañía mercantil que adquirió el viaje combinado la condición de consumidor o usuario que con carácter ambplio recoge el artículo 2.7 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre Viajes Combinados. Por lo que respecta a la responsabilidad de la agencia de viajes detallista, la Audiencia se inclina, entre las distintas posturas mantenidas en apelación, por la solidaridad frente al cliente, puesto que el que contrata un viaje tiene derecho a que respondan del fracaso organizativo todos los que se benefician del precio pagado.

– SAP Madrid, de 27 de junio de 2005 (JUR 2005\186360). Se confirma la responsabilidad de la agencia de viajes por el retraso en el vuelo contratado por su intermediación, así como el alojamiento y los días de safari, en la medida en que se estima que su compromiso no se agota en la mera gestión, sino que se extiende también al correcto resultado.

– SAP Madrid, de 26 de julio de 2005 (JUR 2005\206847). Se interpreta el artículo 11 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre Viajes Combinados, que es susceptible de diversas exégesis, a la luz del artículo 27 y concordantes de la Ley 26/1984, LGDCU, a los efectos de confirmar la responsabilidad del mayorista frente al cliente por retraso en el vuelo contratado y pérdida definitiva de las maletas, abogando de este modo por la solidaridad de todos los intervinientes frente al consumidor o usuario.

Libros sobre Derecho Privado Europeo, reseñaciones y otras noticias breves

ARROYO, E. / BENACCHIO, G. A. / PASA, B. / VIÑAS, R.: *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch Ed., 2005, 1227 pp.

La obra tiene como precedente el italiano *Repertorio di Diritto Civile e Commerciale comunitario*, coordinada por G. A. Benacchio, entre otros, y que ya ha publicado su tercera edición. La obra española ha mejorado la italiana, porque ha incorporado jurisprudencia nacional, e incluye también la normativa y jurisprudencia específica de las Comunidades Autónomas, convirtiéndose de este modo en una obra con autonomía propia. Interesa anunciar que en distintos Estados de la Unión Europea se están elaborando obras semejantes a estos repertorios, así el futuro abogado europeo dispondrá de la normativa específica de cada ordenamiento jurídico, además de ser una herramienta valiosa para el comparatista.

Sin duda alguna nos encontramos ante un verdadero repertorio, si por tal entendemos un índice en el que las materias se hallan ordenadas de manera que puedan ser encontradas con facilidad. Y así lo consigue la obra a reseñar, que se ocupa de la ardua tarea de ordenar y sistematizar el Derecho civil y mercantil comunitario. Es de sobras conocido por el profesional de Derecho que en la actual Europa del mercado interior cualquier acción jurídica o operación empresarial está afectada por normativa comunitaria. En este contexto el operador jurídico como consejero de una empresa, de una administración pública o de un consumidor, debe responder eficazmente mediante una respuesta jurídica adecuada y acorde con la normativa vigente comunitaria, es decir, se trata de estar al día de la normativa española, que tantas veces se encuentra alterada por el vertiginoso ritmo de producción legislativa europea. Tal situación también sobrepasa al más tenaz de los investigadores, que si bien puede ser conocedor y experto en varias materias, es desconocedor de otras. De ahí, que el *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario* pueda ser calificado como un instrumento de trabajo no sólo útil, sino también imprescindible en cualquier despacho tanto de prácticos como de académicos. Con este *Repertorio*, podemos saber en breves minutos si existe regulación comunitaria en una materia concreta, su referencia legislativa y la correspondiente en derecho español, así como jurisprudencia y bibliografía. Por ejemplo, sobre los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas; dónde se regula la obtención de una marca comunitaria; cómo reconocer un título de médico; las reglas uniformes para la formulación de cuentas anuales y consolidadas de bancos y entidades financieras; dónde se encuentran reguladas las cláusulas abusivas en un contrato con un consumidor; o la libertad de expresión y de información; jurisprudencia sobre conta-

minación acústica o en seguridad en los alimentos; bibliografía sobre fusión de sociedades o sobre el transporte por carretera, y un largo etcétera.

El objeto de estudio es amplísimo: civil y mercantil comunitario. De ahí la necesidad de estructurar de forma ordenada y clara las materias. En concreto, el repertorio se divide en veinticinco voces: actividad profesional y reconocimiento de los títulos y diplomas; circulación de bienes del patrimonio histórico y cultural; ciudadanía europea; comercio electrónico; competencia; contrato de agencia; contratos con consumidores; contratos públicos; derecho laboral; derechos fundamentales; entidades de crédito; firma electrónica; fondos de pensiones; liberalización de los servicios de interés económico general; libre circulación de mercancías; marcas; medio ambiente; patentes, diseños y modelos industriales; propiedad intelectual; publicidad; responsabilidad del productor; seguros; servicios financieros; sociedades y transportes. A su vez, estas materias se dividen, en su caso, en tipologías, como en los distintos tipos de contratos de consumidores o de sociedades, de políticas medioambientales o de transportes, etc.

Para la localización de las materias se dispone de un catálogo de índices diferenciados: el general por voces; de legislación europea; de jurisprudencia comunitaria y nacional, así como analítico y por autores.

De la simple lectura de las materias tratadas se desprende que estamos ante una obra interdisciplinar. Por eso también sus autores pertenecen a distintas disciplinas del Derecho: civil, mercantil, internacional público, laboral, comunitario, fiscal, internacional privado y administrativo. Con todo, la necesaria diversidad y pluralidad de autores no ha perjudicado en ningún caso en conseguir una obra coherente y armoniosa entre las distintas partes. El éxito se debe a los coordinadores que han establecido una estructura base que se repite a lo largo de las veinticinco materias y submaterias. Se inicia con una introducción al tema, seguido de la enumeración de las fuentes, primero las comunitarias y luego las españolas y en su caso de las Comunidades Autónomas; sigue el apartado de doctrina, donde generalmente encontramos abundante material bibliográfico español enriquecido con citas extranjeras; y finalmente la jurisprudencia más relevante, primero del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y en segundo lugar de los tribunales españoles. En algunos casos se añaden sitios de Internet. Todo ello acompañado de comentarios breves y especializados de los autores.

A pesar de todo, algunas voces carecen de la profundidad de otras. Destaca, por ejemplo, la insuficiencia en las referencias bibliográficas de las voces «comercio electrónico», o «firma electrónica», o la ausencia de las tan útiles indicaciones de recursos electrónicos en el «contrato de agencia» o «sociedades», o de la *Red Judicial Europea*. Además, en alguna voz, merecería especificarse de qué materia concreta tratan las resoluciones judiciales que se citan. La gran mayoría de voces, sin embargo, están exhaustivamente elaboradas. A título de ejemplo: derecho laboral, medio ambiente, competencia, derechos fundamentales, responsabilidad del productor, libre circulación de mercancías y seguros. En conjunto, la obra es muy homogénea.

Cabría preguntarse la necesidad de incorporar una nueva voz sobre Derecho internacional privado comunitario ya que, desde el Tratado de Amsterdam, la Comunidad Europea tiene competencias en este ámbito. Ofrecer las regulaciones que prevén los textos comunitarios respecto los mecanismos para resolver las cuestiones de jurisdicción competente y de ley aplicable completaría el *Repertorio*. Además podría incluirse en este apartado los

mecanismos alternativos de solución de litigios, los conocidos *ADR*, que en la presente edición se ubican en los contratos con consumidores.

Tener una obra sistemática, de fácil manejo y con información abundante, pero clara, sin excesivos comentarios y tratados doctrinales, cumple con creces el objetivo de la obra apuntado en el prefacio por los coordinadores: «*[E]s importante no perder de vista la finalidad de la obra, que no es otra que la de ser útil al jurista, y sobre todo, al jurista práctico, que es quien frecuentemente se encuentra con la incómoda situación de tener que decidir entre la aplicación de una norma comunitaria y la de una norma nacional, a veces contradictorias entre sí y a menudo divergentes.*» Pero también podría considerarse como obra de consulta para el estudiante, el cual tiene que aprender no sólo la legislación que emana del propio Estado sino también la normativa comunitaria que afecta a la práctica totalidad de asignaturas en los planes de estudio de Derecho, y que está en proceso de adaptación del no tan lejano Espacio Europeo de Educación Superior.

Finalmente, hay que felicitar a los autores y especialmente a los coordinadores por haber sabido proponer y llevar a cabo con éxito una obra, sin lugar a dudas, interesante para cualquier operador jurídico. Considerando que la producción normativa de la Comunidad Europea es incesante y que el número de materias se amplía diariamente, lo que conlleva las necesarias adaptaciones de las legislaciones internas, no es osado prever que en próximas ediciones de puesta al día serán precisos dos volúmenes.

María FONT I MAS

Profesora Titular interina de Escuela Universitaria
Universidad Rovira i Virgili

HEIDERHOFF, Bettina: *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts – insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung*, München, Sellier, 2004, 499 pp., ISBN 3-935808-27-5.

El libro es el trabajo de *Habilitation* con el que la autora obtuvo la *venia legendi* en Derecho civil, Derecho procesal, Derecho privado europeo y Derecho internacional privado, en el año 2002, en la Universidad de Leipzig. La investigación ha sido puesta al día para la publicación con datos que alcanzan hasta el mes de octubre de 2003. Esencialmente, se analiza el proceso de europeización del Derecho nacional en materia de contratos con consumidores. En palabras de la autora, el estudio: «*hat sich die “europäische Auslegung” des Verbrauchervertragsrechts als Rahmen gesetzt*» (p. 13). Trata, pues, por un lado, del Derecho de la Unión Europea, especialmente de las Directivas; por el otro, del Derecho de obligaciones alemán recientemente reformado siguiendo las pautas del primero. El trabajo detecta los cambios que ha generado el Derecho de consumo en el Derecho civil, construye una sistemática del Derecho de contratos con consumidores y glosa cuáles son las tendencias y los principios generales en esta materia.

A la relación entre el Derecho nacional y el europeo dedica la autora el primer capítulo de la obra. Se plantea cómo y de qué manera opera la preferencia de este último sobre el primero, es decir, qué normas resultan afecta-

das por el impacto de las libertades comunitarias sobre el Derecho privado y en qué medida. Eso significa también entrar a analizar hasta qué punto el Derecho alemán puede prescindir del nivel de protección al consumidor establecido en el estándar europeo. Puesto que la protección al consumidor se logra esencialmente a través del Derecho secundario (mediante promulgación de Directivas), en este capítulo se analiza también cuál sea la eficacia de las directivas no transpuestas; previamente, se expone el debate de hasta dónde alcanza la competencia de la UE para incidir en la armonización del Derecho nacional [una de las conclusiones de la autora (pp. 36-37) es que el principio de subsidiariedad no es especialmente apto para conseguir la armonización, teniendo en cuenta que con medidas simplemente nacionales es muy difícil incrementar la confianza del consumidor en las operaciones transnacionales y, por tanto, no se consigue la finalidad principal, que es fomentar el refuerzo del mercado interior] y cuál es el papel (limitado) del TJCE a este respecto.

La finalidad es evitar disfunciones en la aplicación de las normas o, dicho de otro modo, de procurar una aplicación correcta y sistemática del Derecho nacional, sobre todo en los casos en que se deba ir más allá del tenor literal de la norma. La interpretación del Derecho nacional conforme con los principios resultantes del Derecho europeo (primario y secundario) exige previamente determinar cuáles sean éstos. El capítulo II expone la rica problemática que plantea la interpretación del Derecho nacional «a la europea», lo cual implica entrar a considerar el deber del juez nacional de colaborar a determinar el contenido de las Directivas mediante la cuestión prejudicial (art. 234 TCE) y lleva a señalar los problemas que comporta la interpretación de cláusulas generales y conceptos indeterminados. Los métodos de interpretación del Derecho privado europeo vienen descritos y analizados en el Capítulo III. No sólo se estudia la interpretación (del derecho nacional) conforme con las Directivas europeas sino, en general, con el Derecho privado europeo, entendiendo por éste tanto el Derecho primario, el Derecho que resulta de la comparación con otros ordenamientos jurídicos nacionales, de la tradición jurídica del *ius commune*, o el *soft law* como son los PECL. Se trata de ver hasta qué punto todos estos instrumentos influyen en la interpretación del Derecho nacional (p. 85). Se habla así de «interpretación armonizadora» o de «interpretación internacional útil para el derecho nacional» (pp. 86-87).

Tras poner de manifiesto que la finalidad de las normas europeas protectoras del consumidor es la mejora del mercado (p. 222; elementos que contribuyen a su perfil, pp. 265 ss), la autora pone a prueba los principios básicos que tradicionalmente se predicán de este Derecho europeo del consumo para, por un lado, determinar si los conceptos que se manejan (solidaridad contractual, seguridad contractual, protección de las legítimas expectativas) están efectivamente incluidos en él y, por el otro, para comprobar si los mismos pueden encontrarse también en el Derecho nacional y en qué medida. Extensamente, a ello van dedicados, respectivamente, los capítulos 4 y 5.

En todo caso, se trata de descubrir los principios, no de crearlos («[E]s geht also nicht darum, möglichst gute Prinzipien zu entwickeln, sondern nur darum, die Prinzipien zu benennen, die im Verbrauchervertragsrecht stecken», p. 195) y por «principios» debe entenderse aquellas reglas que están a medio camino entre el derecho positivo y la justicia del derecho (pp. 195-196). La autora señala que en la política que subyace en el Derecho alemán del consumo, el mercado juega un papel secundario y, por tanto, con-

tinúan siendo prioritarios en el Derecho alemán la autonomía de la voluntad y la autodeterminación (pp. 236 ss).

En conjunto, el análisis debe comportar la posibilidad de establecer una base dogmática de trabajo sobre la cual proceder ulteriormente a un desarrollo del Derecho contractual comunitario futuro tal y como exige la Comunicación de la Comisión de 2003. En este punto, Heiderhoff sugiere que la construcción de un Código civil europeo no tome como base, por ejemplo, el principio de protección de las legítimas expectativas de los consumidores, que es uno de los principios fundamentales del Derecho europeo de consumo. Las razones que se alegan es que ello nunca permitiría valorar adecuadamente las pretensiones individuales de los particulares. La autora estima aconsejable el retorno al principio de libertad contractual (*Vertragsfreiheit*: libertad de los particulares para determinar con quién quiere contratarse y cuál debe ser el contenido de contrato) y considera imprescindible para la determinación de cómo el consumidor debería ser protegido tomar en consideración el pensamiento actual alemán que potencia la autonomía individual, de tal manera que cada cual –sea o no consumidor– pueda determinar por sí mismo cuáles son sus verdaderos intereses y expectativas y así pueda acabar imponiéndolo en el contrato.

El libro merece ser leído. Es extremadamente sugerente y proporciona un modelo para el jurista español que, de momento, no ha abordado todavía el problema de cuál deba ser el futuro del Derecho europeo y español en materia de protección de los consumidores. No, desde luego, con la exhaustividad que refleja esta obra.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Barcelona

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.): *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien-New York, Springer, 2005, 282 páginas. ISBN 321123084-X.

El *European Group on Tort Law* (Viena)¹ ha publicado en 2005 el texto completo de los principios europeos en materia de responsabilidad extracontractual. Estos principios, estructurados en capítulos y artículos, acompañados de los correspondientes comentarios, han sido elaborados tomando como base los resultados de un proyecto de investigación de derecho comparado desarrollado durante más de una década ².

¹ El grupo reúne a juristas de distintos países, fundamentalmente, europeos; su composición actual es la siguiente: F. D. Busnelli, Giovanni Comandé (Italia), H. Cousy (Bélgica), D. B. Dobbs, M. D. Green (EE.UU.), B. W. Dufwa (Suecia), M. G. Faure, J. Spier (Países Bajos), I. Gilead (Israel), K. D. Kerameus (Grecia), B. A. Koch, H. Koziol (Austria), U. Magnus (Alemania), M. Martín-Casals (España), O. Moréteau (Francia), J. Neethling (Sudáfrica), W. V. H. Rogers (Inglaterra), J. Ferreira Sinde Monteiro (Portugal), L. Tichy (República Checa), P. Widmer (Suiza). Para más información vid. <http://www.egtl.org>. Es de destacar su colaboración con el *European Centre of Tort and Insurance Law* (ECTIL) de Viena.

² Desde 1992 se han sucedido las reuniones de juristas que, en relación con la reciente evolución de la responsabilidad extracontractual y su desarrollo futuro han dado

La obra comprende, además, la traducción de los Principios a diferentes lenguas realizada por miembros o colaboradores del grupo [catalán (Miquel Martín-Casals y Albert Ruda González), chino (Wang Hui), checo (Jirí Hrádek y Luboš Tichý), francés (Olivier Moréteau), alemán (Bernhard A. Koch, Helmut Koziol y Ulrich Magnus), griego (Eugenia Dacoronia), italiano (Francesco D. Busnelli y Giovanni Comandé), japonés (Kiyoaki Fukuda), coreano (Yu-Cheol Shin), polaco (Ewa Baginska), portugués (Jorge Ferreira Sinde Monteiro y André Gonçalo Días Pereira), ruso (Yuri Yumashhev), español (Miquel Martín-Casals)]. Estas versiones pretenden facilitar la difusión y discusión de los Principios a nivel internacional, con la advertencia de que sólo la versión inglesa ha sido autorizada por el Grupo en su conjunto³.

Precisamente, el propósito del Grupo al elaborar los principios y proceder a su publicación es contribuir al debate sobre el régimen de la responsabilidad extracontractual y a su armonización, con una visión predominante, aunque no exclusivamente europea⁴.

El resultado es un amplio y completo análisis en la materia de Derecho de daños que intenta conciliar, de una parte, un enfoque positivista con la visión pragmática del derecho⁵; de otra, la regulación del *common law* y de *civil law*. A su vez, no trata sólo de identificar una serie de principios comunes, sino de hallar la mejor solución para un derecho europeo armonizado en materia de responsabilidad extracontractual; al respecto, resulta difícil pasar por alto la similitud con los llamados Principios Lando.

En todo caso, cabe destacar la importancia concedida a los intereses objeto de protección a la hora de delimitar el ámbito de la responsabilidad (vid. art. 2:102. *Protected Interests*) y la adopción de un «sistema flexible», esto es, la mención de una serie de factores relevantes que deben ser tenidos en cuenta para la toma de decisiones relativas a la responsabilidad, en lugar de establecer una regla rígida y cerrada (el art. 2:102 antes mencionado es un buen ejemplo de este tipo de aproximación). En el mismo sentido, se han

lugar, primero, al llamado *Tilburg Group*, en la actualidad *European Group on Tort Law*. El método de trabajo ha consistido en la elaboración de un cuestionario por uno de los miembros del grupo sobre un tema, compuesto de dos partes: la identificación de los conceptos fundamentales y el examen de casos concretos; tras su discusión en una reunión, el cuestionario servía de base para la realización de informes de derecho nacional [vid. H. Koziol, «Die “Principles of European Tort Law” der “European Group on Tort Law”», 2004, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, pp. 234 ss.]. Los cuestionarios, los informes del derecho de cada uno de los países tomados en consideración, así como las conclusiones de derecho comparado respecto de cada uno de los puntos tratados han sido objeto de publicación dentro de la serie *Principles of European Tort Law* (10 volúmenes).

³ La Comisión encargada de elaborar el texto final y los comentarios estaba formada por los Profesores Busnelli, Koch, Koziol, Magnus, Martín-Casals, Moréteau, Rogers, Spier y Widmer. Este texto fue objeto de discusión con diferentes grupos de juristas en reuniones organizadas por la *Academy of European Law*, de Tréveris, la Universidad de Santiago de Compostela (Prof.^a M.^a Paz García Rubio), ECTIL, el Instituto de Derecho comparado de Lausana y la Universidad de Lyon. La Introducción general de la obra, corrió a cargo del Prof. Spier (pp. 12-18).

⁴ Esta perspectiva, sin duda enriquecedora, tiene su reflejo en la propia composición del grupo, así como en las tendencias tomadas en consideración. Al respecto se ha tenido en cuenta la creciente influencia estadounidense en el Derecho de daños europeo y, en particular, la experiencia del *Restatement on Torts*.

⁵ Ejemplo de esta tensión puede verse en los arts. 3:102 (*Concurrent Causes*) y 4: 02 (*Enterprise Liability*).

preferido los enunciados abiertos, que faciliten la adaptación a las nuevas necesidades y cambios futuros (vid. el recurso a la analogía del art. 5:102 *Other Strict Liabilities*, par. 2).

Siguiendo una sistemática consolidada en los distintos ordenamientos, se pasa revista a los principales aspectos que componen la regulación del derecho de daños: *Basic norm (Chapter 1)*, *General Conditions of Liability (Chapter 2 Damage, Chapter 3 Causation)*, *Bases of Liability (Chapter 4 Liability Base on Fault, Chapter 5 Strict Liability, Chapter 6 Liability for Others)*, *Defences (Chapter 7 Defences in General, Chapter 8 Contributory Conduct or Activity)*, *Multiple Tortfeasors (Chapter 9)*, *Remedies (Chapter 10 Damages)*⁶.

Indudablemente, la presente obra no es el punto final de la investigación; debe tenerse en cuenta que la ampliación de la Unión Europea lleva a considerar otros ordenamientos, sin olvidar la posibilidad de abrir nuevos turnos de discusión de puntos controvertidos en el seno del propio grupo. En cualquier caso, se trata de un interesante y necesario paso en el estudio del derecho de daños a nivel europeo.

Belén TRIGO GARCÍA
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Santiago de Compostela

HORTON, W. V. (ed.): *Unification of tort law: multiple tortfeasors*, The Hague, Kluwer Law Internacional, 2005, 313 pp., ISBN 9041123199.

La presente obra, editada por W. V. H. Rogers, hace el número 9 de la colección *Principles of European tort law*. Siguiendo el método de examen sistemático de las principales cuestiones en materia de responsabilidad con vistas a la elaboración de unos principios que contribuyan al desarrollo de un Derecho común europeo, los autores que participan en la obra han realizado un informe de su respectivo ordenamiento para la hipótesis de existencia de más de un responsable.

Las contribuciones de los países europeos se han visto enriquecidas por la aportación de autores procedentes de otros sistemas jurídicos. Así, el informe relativo al Derecho austríaco ha sido elaborado por B. A. Koch y P. Schwarzenegger (pp. 9 ss.); el informe belga por H. Cousy y D. Droskout (pp. 29 ss.); el informe checo por L. TICHÝ (pp. 53 ss.); el informe inglés por W.V.H. Rogers (pp. 65 ss.); el informe alemán por U. Magnus (pp. 87 ss.); el informe israelí por I. Gilead (pp. 103 ss.); el informe italiano por F.D. Busnelli, G. Comandé y E. Bargelli (pp. 117 ss.); el holandés por W.-H. van Boom (pp. 135 ss.); el polaco por M. Nesterowicz y E. Braginska (pp. 151 ss.); el portugués por J. Sinde Monteiro y A. Pereira (pp. 167 ss.); el sudafricano por J. Neethling (pp. 175 ss.); el español por M. Martín-Casals y J. Solé (pp. 189 ss.); el sueco por B. Dufwa (pp. 215 ss.); el suizo por C. Chappuis, G. Petitpierre y B. Winiger (pp. 231 ss.); y el correspondiente a EE.UU. por M. D. Green (pp. 261 ss.).

⁶ Respecto de otros posibles aspectos a tratar y las diferencias con el *Working Team on Extra-Contractual Obligations of the Study Group on a European Civil Code*, dirigido por Ch. von Bar, vid. http://www.sgecc.net/media/download/tortjune_2005.pdf (*draft articles as at June 2005*).

El informe de cada país pasa revista a las bases teóricas existentes en cada ordenamiento [(A) *Existence of solidary liability. Is the law regarded as satisfactory?* (B) *Contribution and indemnity*] y su aplicación en determinados supuestos de hecho [(1) *Crop damages*, (2) *Mesothelioma*, (3) *Deafness*, (4) *Asbestosis: widow's claim*, (5) *Loan and negligent advice*, (6) *Fault and strict liability*, (7) *Effect of judgement in favour of person against whom contribution sought*]. La estructura es común, siguiendo el cuestionario elaborado por W. V. H. Rogers, quien es también autor del resumen final que cierra la obra. En él se destacan los elementos más importantes identificados en cada informe nacional y que, a su vez, permiten identificar esa base jurídica común. Fruto de este esfuerzo es la elaboración de una propuesta de regulación de la hipótesis de existencia de una pluralidad de responsables (*Chapter 9 Multiple Tortfeasors*), distinguiendo el aspecto externo, esto es, la relación entre la víctima y la pluralidad de sujetos responsables (*article 9:101 Solidarity and Several Liability: Relation Between Victim and Multiple Tortfeasors*) y el aspecto interno, es decir, la relación entre dichos responsables (*article 9:102 Relation Between Persons Subject to Solidary Liability*).

Belén TRIGO GARCÍA
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Santiago de Compostela

BENACCHIO, Gian Antonio / PASA, Barbara: *A Common Law for Europe*, Budapest, CEU Press, 2005, 325 pp. (Vol. 1 de 'A Guide to European Private Law Series') ISBN 963 7326 33 2.

PASA, Barbara / BENACCHIO, Gian Antonio: *The Harmonization of civil and commercial law*, Budapest, CEU Press, 2005, 580 pp. (Vol. 2 de «A Guide to European Private Law Series»), ISBN 963 7326 35 9.

Los autores de estos dos volúmenes son el profesor Benacchio, que enseña Derecho privado comparado en la Facultad de Derecho de Trento y la *ricercatore* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, Barbara Pasa. La obra ha sido traducida del italiano al inglés y la traducción ha estado a cargo de una jurista inglesa, Lesley Orme, que actualmente imparte docencia en la Facultad de filología en la Universidad de Trento.

Se trata de una obra novedosa porque intenta sintetizar dos sectores del derecho que, tradicionalmente, se han mantenido separados. La idea es proporcionar una introducción a algunas cuestiones fundamentales que el estudio de Derecho civil, por un lado, y el de Derecho comunitario, por el otro, deben afrontar conjuntamente. A fin de cuentas, en el centro del debate doctrinal actual se encuentra la cuestión de determinar el nivel de interferencia del derecho comunitario en las relaciones entre particulares. En particular, las consecuencias del impacto horizontal de la legislación comunitaria (derecho secundario) sobre el derecho nacional exigen necesariamente una colaboración entre los juristas pertenecientes a ambas disciplinas.

El primer volumen parte de la definición de lo que deba entenderse por «Derecho privado comunitario», procurando poner de relieve que existen

algunas diferencias entre esta expresión y la de «Derecho privado europeo». Se aborda el tema de la armonización, la uniformización y la unificación del Derecho (Cap. I); la difusión de las reglas y de los modelos jurídicos en el seno de la llamada tradición jurídica occidental, lo cual se aborda con perspectiva histórico-comparativa. En particular, el libro pone la atención en la manera en qué resultan transpuestos los términos jurídicos, que es uno de los temas más discutidos hoy en Europa (Cap. II). De la armonización del Derecho de los países post-socialistas se ocupa el Cap. III. El tema merece un capítulo independiente, dada la peculiaridad del proceso de «*Reinforced Pre-Accession Strategy*» que, desde los primeros años noventa, ha afectado a 10 países que entraron en la UE en el año 2004. Tampoco podía faltar en el libro una parte dedicada a la descripción de las instituciones y de las fuentes del Derecho comunitario (Cap. IV) y, en particular, una parte relativa a la adecuación de los derechos nacionales al Derecho privado comunitario (Cap. V). Finalmente, el último capítulo presenta brevemente algunos grupos de investigación que actualmente están llevando a cabo tareas de europeización del Derecho privado (desde los PECL o el *Common Core*, al Proyecto Gandolfi, el de Von Bar, o el *Acquis Group*) y concluye aportando ideas sobre la cuestión de si realmente existe o no un nuevo *Common Law* para Europa (Cap. VI). Todo ello sin perder de vista la actividad fundamental de interpretación del Tribunal europeo de Justicia.

El segundo volumen está caracterizado como «parte especial» porque el mismo contiene un análisis de las específicas instituciones que están dedicadas al Derecho privado comunitario. El libro comienza con el análisis de la protección del consumidor y el impacto del Derecho comunitario sobre los derechos nacionales de contratos (Cap. I); y continúa con la responsabilidad del productor por productos defectuosos y el impacto que tales reglas europeas tienen sobre las normas de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de responsabilidad civil (Cap. II); continúa luego con los seguros, el crédito al consumo y los servicios financieros, pero sólo desde el punto de vista de la protección al cliente, y su impacto sobre tal normativa nacional sectorial (Cap. III). Luego se pasa al ámbito del derecho de sociedades, considerando que ésta es una especie más dentro del género «Derecho privado comunitario» (Cap. IV); le sigue la presentación de la tutela de la propiedad industrial (o intelectual), puesto que se trata de materias que, en sentido amplio, afectan a la actividad comercial y, por tanto, inciden en el ámbito de la competencia, siendo, pues, muy importante su impacto sobre los derechos nacionales. Precisamente el libro concluye con un examen acerca del Derecho de la competencia (Cap. VI).

El libro procura acercar al lector a los grandes temas del Derecho comunitario de manera simple y sencilla. Es, por ello, una guía útil para los operadores jurídicos, ya se trate de abogados, jueces o notarios, en esta Europa alargada que está condenada a familiarizarse con el Derecho promulgado desde Bruselas. Naturalmente, son destinatarios del libro todos los estudiantes universitarios, en las Universidades en las que el Derecho privado comunitario o europeo (sea cual sea la rúbrica con la que se le conozca) ha devenido (o está por devenir) materia fundamental, incluida en los planes de estudio. Es necesario si se pretende formar juristas capaces de comprender el proceso de integración que se está llevando a cabo en Europa.

La elección de la lengua inglesa (hubiere sido imposible publicar en esa lengua sin la ayuda de un traductor especializado en Derecho) se ha realizado en base a la idea de que el inglés es la *lingua franca* que hoy se utiliza para la comunicación en el mercado interno e internacional. Se ha tenido en cuenta

no sólo la actividad transfronteriza de los juristas «seniors», sino también y sobre todo la participación de los estudiantes en el proyecto ERASMUS. Efectivamente, la lengua de comunicación que conecta culturas y tanto en Italia como en Inglaterra o España, Alemania o Dinamarca o Polonia, es la lengua que permite impartir docencia a estudiantes multilingües y pluriculturales y, por tanto, también es la única que permite a los mismos estudiantes entablar discusiones entre ellos.

Con esta finalidad y para satisfacer las diversas exigencias de la enseñanza, el texto contiene muchos ejemplos prácticos y numerosas citas de preceptos normativos, así como de la jurisprudencia del TJCE, que se reproducen en el libro con letra más pequeña. De este modo, el lector tiene acceso directo al material comunitario y puede verificar continuamente el texto de las fuentes comunitarias principales. La bibliografía ubicada al final de cada capítulo no tiene la pretensión de exhaustividad, sino la modesta finalidad de rendir cuenta del alcance del debate europeo (multilingüe) sobre los diferentes temas.

Gianmaria AJANI
Professore Ordinario di Diritto Comparato
Universidad de Turín

BOELE-WOELKI, Katharina / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina / JÄNTERÄ-JAREBÖRG, Maarit / LOWE, Nigel; MARTINY, Nigel / PINTENS, Walter: *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Spouses*, Anwerp-Oxford, Intersentia-CEFL, 2005, 170 pp., ISBN 90-5095-426-X.*

I. La serie «European Family Law» impulsada por el Comité organizador de la *Comision of European Family Law*

Siguiendo la estela de otros libros publicados a iniciativa de la CEFL, éste que ahora se presenta tiene su origen en el (segundo) Congreso que tuvo lugar en Utrecht, los días 9-11 de diciembre de 2004. Fue organizado con el objeto de presentar al público los «Principles of European Family Law: Divorce, Maintenance between Former Spouses and Parental Responsibilities» [*vid.* 4 (2004) *ZEUP*] que, como puede apreciarse, es un área temática que, en parte, coincide con el del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II), en vigor desde el pasado 1 de marzo de 2005 (*DOUE* L 338, de 23 de diciembre de 2003, 1-29; descripción de sus contenidos en http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/parents/fsj_civil_recognition_parents_en.htm). El de ahora es el libro número 7 de la Serie dedicada al Derecho de Familia, dirigida y editada por el Comité organizador de la CEFL: Katharina Boele-Woelki (Presidenta, Utrecht), Frédérique Ferrand (Lyon), Cristina González Beilfuss (Barcelona), Maarit Jänterä-Jarebörg (Uppsala), Nigel Lowe (Cardiff), Nigel Martiny (Frankfurt/Oder) y Walter Pintens (Leuven).

* El trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa

Los *Principles* se nutren de reports nacionales (un total de 22) realizados por conocidos expertos (*vid.* <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>) en base a un cuestionario de 105 preguntas en torno al divorcio y sus consecuencias (<http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/Field1/Questionnaire01.doc>). Tanto aquéllos como éste se encuentran publicados, desde el año 2003, en BOELE-WOELKI – BRAAT – SUMNER, *European Family Law in Action*, Vol. I: *Grounds for Divorce* y Vol. II: *Maintenance between Former Spouses* [recensión Kuhr Siehr 8:1 (2004) EJCL]. Los libros integran la colección *European Family Law Series* inaugurada por Intersentia y dedicada exclusivamente a la armonización del Derecho de Familia en Europa. Otros títulos de la serie exponen los pros y contras del planteamiento que supone tener un Derecho de familia armonizado en Europa, así como la mejor manera de llevarlo a cabo (BOELE-WOELKI, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* y *Common Core and Better Law in Europe*) y al reconocimiento de las parejas del mismo sexo en Europa (BOELE-WOELKI – FUCHS, *Legal Recognition of Same Sex Couples in Europe*). Una relación en la p. 170 del libro que ahora se comenta y, para posteriores informaciones, *vid.* todavía <http://www.intersentia.be/reeks.asp?reeksid=11&pageid=0>

A tenor de los planes de futuro anunciados por la CEFL (p. 5), nuevos volúmenes incrementarán la colección con el estudio en el ámbito del Derecho sustantivo de temas que ya han sido objeto de regulación en el ámbito del Derecho Internacional Privado. El más reciente afecta a la materia regulada por el Reglamento Bruselas II: la responsabilidad parental. Es el Vol. III de la trilogía en que consiste el *European Family Law in Action* y acaba de ser publicado este año 2005.

El próximo, seguramente, afectará a la armonización de la convivencia de parejas no casadas en Europa (MARTINY, Dieter, «Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?», en HARTKAMP, Arthur *et alii*, *Towards a European Civil Code*, Njmegen, 2004,[307-333], 327).

II. Los Principios de Derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados

Los Principios tratan del divorcio (causas y efectos) y dejan para un momento ulterior el estudio de otras situaciones de crisis: separación y nulidad. Han sido elaborados a partir de las discusiones conjuntas propiciadas por un previo estudio de Derecho comparado, a su vez posible gracias a la redacción de los informes de expertos que explican la regulación del divorcio y sus consecuencias en diferentes países hasta el año 2002 (p. 4). Informes que, por cierto, han sido tenidos muy en cuenta en la reforma del Derecho escocés (*vid.* Sections 10 y 11 of the Family Law (Scotland) Bill [<http://www.scottish.parliament.uk/business/research/briefings-05/sb05-22.pdf>]). Los Principios se ocupan de la armonización del Derecho sustantivo y no del procesal (p. 23). Algunos rasgos definidores de la regulación que se propone son los siguientes:

a) Admisibilidad plena del divorcio que, en todo caso, no es un asunto privado y requiere siempre de la intervención judicial o, eventualmente, administrativa. Excepto Malta (que no está incluida en el repertorio), casi todos los ordenamientos europeos reconocen el divorcio, aunque algunos desde época reciente (Irlanda, 1996).

b) Reducción de los tipos de divorcio a sólo dos: de mutuo acuerdo (Principio 1:4-1:7) y a petición de sólo uno de los cónyuges (1:8-10). Se elimina, en todo caso, un elenco de causas que lo haga posible y no se hace

depender ya ni de la culpa ni de cualquier supuesto que determine o haga presuponer que la convivencia no es posible

c) Eliminación del periodo previo de separación cuando el divorcio se solicita por mutuo acuerdo. Sin embargo, en determinados casos, el divorcio puede no ser tan rápido como permite presuponerlo la voluntad de las partes, supuesto que los Principios impongan un periodo de reflexión tras la interposición de la demanda, sobre todo si existen hijos o si el acuerdo sólo alcanza al deseo de divorciarse, pero no a las consecuencias del divorcio (Principio 1:5).

d) El juez no puede denegar el divorcio contra el deseo de ambos o de uno sólo de los esposos, si se dan los requisitos exigidos

e) Se prevé la necesidad de compensaciones económicas para el ex esposo al que el divorcio perjudica, con independencia del tipo por el que se haya optado (Principio 2:1).

Para dar una idea de las jurisdicciones que han sido tenidas en cuenta, baste decir que 18 *reports* proceden de Estados miembros de la Unión Europea (pero no se incluyen Chipre, Estonia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Eslovaquia Eslovenia) y otros cuatro de países no miembros: Bulgaria, Noruega, Rusia y Suiza. Debe ser precisado que el Derecho del Reino Unido está representado por el Derecho de Inglaterra y Gales (*English Matrimonial Causes Act 1973*, Part 1, reformada en 1984) y Escocia (de momento representada por la *Scottish Divorce [Scotland] Act 1976*, pero se aproximan cambios tal y como se ha anunciado antes) y que el Derecho español viene desglosado en el Derecho contenido en el Código civil (arts. 81-106) y también en el *Codi de Família* de Cataluña que, en relación con los efectos de la separación, la nulidad y el divorcio, cuenta con una regulación propia (arts. 76-86 CF).

Y ya que se menciona, Cataluña y el Derecho civil catalán, merece la pena introducir un matiz a la n. 4 de la p. 14 en la relación de países que admiten el divorcio y su regulación. Se dice que España antes del reconocimiento mediante la Ley de 7 de julio de 1981, ya lo había permitido en el breve paréntesis republicano (Ley de Divorcio de 2 marzo de 1932). Lo que no se especifica es que a partir de septiembre de 1936 (y hasta ese mismo año 1939), Cataluña también tenía su propia regulación en esta materia, dictada al amparo de la competencia asumida en materia civil en el art. 11 EAC 1932 y en base a lo dispuesto en el artículo 15 CE 1931. Los Decretos de 18 de septiembre de 1936 (DOGC 263, de 19 de septiembre de 1936, 1507) y de 23 de diciembre de 1936 (DOGC 362, de 27 de diciembre de 1936, 1211) modificaban la Ley estatal vigente en todo el territorio español, el primero porque, entre otras consideraciones, introducía matices en la alegación de las causas de divorcio y, el segundo, porque eliminaba la separación como paso previo al divorcio y, además, introducía como causa de este último lo que en la ley estatal era simplemente (una de las) causa(s) de separación (art. 36.3.º): que «*[I]es relacions matrimoniales hagin sofert una pertorbació profunda com a conseqüència de la diferència de costums o de mentalitat entre els cònjuges o altra causa de naturalesa semblant que no signifiqui culpabilitat per a cap d'ells*».

1. Método

Los Principios se presentan bajo la apariencia de texto articulado al que acompañan las respectivas aclaraciones y comentarios, normalmente prece-

didados de las soportes legales en forma de *comparative overview*, que justifican la adopción del principio de que se trate. Frecuentemente, el comentario es un resumen de esto último. El método se asemeja al del *restatement* (p. 3) y ha sido ya utilizado en otras ocasiones, señaladamente en la presentación de los Principios de un Derecho contractual europeo (Principios Lando).

Para su redacción se ha seguido tanto el sistema del *common core* (selección del núcleo común a la mayoría de sistemas, teniendo en cuenta que «común» es sinónimo a «equivalencia de resultados» y no a «identidad de reglas») como el de *better law or better approach* (opción por la mejor solución posible, con independencia de que sea la mayoritariamente seguida), si bien esta última metodología se ha seguido sólo con carácter subsidiario (p. 2). Un ejemplo que sirve para ilustrar este *better approach* es el Principio 1:8, en cuanto considera suficiente para solicitar el divorcio la existencia de un periodo previo de separación fáctica, sin necesidad de tener que demostrar, adicionalmente, la ruptura irremediable de la convivencia. Por el contrario, es *common core* el Principio 2:2, al establecer que cada esposo debe velar por sí mismo tras el divorcio y subvenir a sus propias necesidades (salvadas las excepciones de que sea susceptible cada caso) porque aunque no se establezca así expresamente, esa es la regla *de facto* en la mayoría de ordenamientos analizados.

El Principio 2:5 permite combinar ambos sistemas. Efectivamente, al establecer la posibilidad de satisfacer la pensión en un solo pago, resulta una consecuencia de la regla seguida en 19 de las 22 jurisdicciones (p. 99). Pero el precepto va más allá de lo que es la regla general en la mayoría de países al establecer que ese pago único puede ser ordenado tanto si lo solicita el acreedor como si lo pide el deudor o bien los dos conjuntamente. En este tema se aprecia claramente la influencia del Derecho holandés. Con la posibilidad de acceder a la petición del deudor se facilita que a éste la ruptura con los vínculos anteriores sea más fácil, más efectiva.

Con todo, ningún modelo se ha considerado «básico»; eso hubiera distorsionado la finalidad armonizadora, al enfatizar el carácter nacional del derecho que se tomaba como modelo. En todo caso, se procura compensar la marginalidad de algunos sistemas con un no excesivo protagonismo de otros, esto es, los que se asumen como modelo en la redacción de los Principios (p. 3).

2. *Los conceptos y el lenguaje en un Derecho unificado*

Las últimas páginas del libro (pp. 135-169) presentan al lector el articulado de los Principios en diferentes idiomas. Por este orden: inglés, francés, alemán, neerlandés, castellano y sueco, cuyas respectivas versiones han ido a cargo del comité organizador. De la castellana, pues, es autora la Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona, Cristina González Beilfuss. Los comentarios a los diferentes preceptos han sido únicamente escritos en inglés, si bien vienen precedidos de la versión inglesa, francesa y alemana de aquéllos. Ninguna es traducción de otra y gozan por igual de la condición de auténticas (p. 3).

El correcto entendimiento de determinados términos ha exigido en determinados casos abandonar a los respectivos derechos nacionales su significado. Así, lo que deba entenderse por «hijo» a los efectos del Principio 1:5 (¿se incluyen los no biológicos del demandante?) o «hijo menor de edad», para considerar el derecho a la percepción de alimentos (V. gr. Principios 2:4

y 2:7). En otros casos, la expresión «esposo» debe entenderse referida también a la pareja de hecho (se añade «registrada», pero seguramente sólo con la intención de señalar que debe tratarse de una pareja de hecho reconocida legalmente), siempre que uno y otro gocen de la misma consideración en el Derecho nacional (Principio 2:7). A veces se ha optado por un lenguaje nuevo y, como muestra, la expresión «responsabilidad parental», que así se toma del Reglamento 2001/2003 y que, en todo caso, debe identificarse con los «*custody rights*» (así, en el comentario 3 al Principio 2:4) o lo que para nosotros sería la «guarda y custodia» de los hijos.

La versión castellana no utiliza la expresión «pensión compensatoria» (con este nombre aludida en p. 87) para hacer referencia a los pagos periódicos que percibe el cónyuge divorciado en concepto de sustento económico. Lo que en el original inglés es *maintenance*, en francés se ha traducido por *obligation alimentaire* y, en alemán, por *Unterhalt*. Como su colega francesa, la traductora española también ha optado por definir tal pensión como «alimentos» (Principio 2:1), o «de alimentos» (Principios 2:3 y 2:4-10), pero no porque tome partido por una hipotética naturaleza alimenticia o indemnizatoria de la pensión (naturaleza sobre la que expresamente rechazan pronunciarse los autores de los Principios, p. 71), sino porque ésa es la traducción castellana que normalmente imponen los textos internacionales. A este propósito, el nuevo Libro verde sobre obligaciones alimentarias presentado por la Comisión [Bruselas, 15 de abril de 2004, COM (2004) 254 final] aclara, siguiendo las STJCE de 6 de marzo de 1980 y 27 de febrero de 1997, que entre esposos divorciados la pensión debida es una obligación alimenticia (p. 10) y precisa que el Convenio de La Haya referente al reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias, de 2 de octubre de 1973, se aplica también a la reclamación de las pensiones debida a los ex cónyuges tras el divorcio. Lo mismo debe entenderse respecto del artículo 5.2 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 12, de 16 de enero de 2001, 1-23).

Relativamente a las modalidades de ejecución de la prestación, se establece el pago por períodos regulares y por adelantado y, eventualmente, un pago único (Principio 2:5). Deliberadamente se obvia establecer si este pago debe ser el resultado de la «capitalización» de las rentas o no. Más bien la referencia al «pago a tanto alzado» con la que se traduce el *lump sum payement* de la versión inglesa o el *paiement en capital* de la francesa —que son expresiones de connotaciones neutras— indicaría que no, esto es, que no es necesario un cálculo detallado de la pensión a pagar de una sola vez. Pero, en realidad, más bien parece que los Principios no tienen la pretensión de establecer reglas en este tema (p. 98).

3. Estructura y contenido

Los Principios se presentan divididos en dos Partes y cada una con tres capítulos: la primera Parte está dedicada al divorcio. Su capítulo primero, con tres artículos, acoge los Principios Generales: admisibilidad-derecho al divorcio, sin necesidad de establecer un tiempo mínimo de matrimonio (Principio 1:1), autoridad competente para decretarlo, que puede ser judicial o administrativa (Principio 1:2), y tipos de divorcio, esto es, sin consentimiento de uno de los cónyuges o por mutuo consenso (Principio 1:3) y sin necesidad de establecer causas, ni diferentes tipos en función de si existen hijos o no (esto, en todo caso, condicionaría sólo los efectos). El capítulo segundo se refiere al

divorcio por mutuo consentimiento y el Principio 1:4 regula lo que debe entenderse por tal, añadiéndose que no es preciso un período previo de separación para acceder a él por esta vía; en función de si hay acuerdo sobre los extremos requeridos en el Principio 1:6 y/o de si existen hijos menores de dieciséis años y/o si los cónyuges han vivido previamente separados, se impone o no un período de reflexión (*cooling-off period*) que puede oscilar entre los tres y los seis meses (Principio 1:5). El Principio 1:6 establece la forma (escrita) y el contenido del acuerdo. Éste necesariamente debe contener la determinación de la «responsabilidad parental» o la «guarda y custodia», incluida, por tanto, la determinación de la residencia familiar y el derecho de visitas del padre que no tenga con él a sus hijos. Además, el acuerdo debe pronunciarse sobre los alimentos debidos a estos últimos, sobre el reparto de bienes como consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial y, si es el caso, sobre la pensión para uno de los esposos. El Principio 1:7 prevé la homologación del convenio para controlar que los acuerdos no perjudiquen a los hijos. Si ello es así, el juez puede imponer una solución distinta; si, en cambio, el perjuicio es para uno de los esposos, el juez debe ofrecer renegociar las condiciones y sólo si éstos no alcanzan un acuerdo decide él mismo.

El tercer capítulo trata del divorcio adoptado sin el consentimiento de uno de los esposos y cuenta igualmente con tres preceptos: separación de hecho de un año que permite igualmente acceder al divorcio (Principio 1:8), excesiva dureza para el demandante (*V. gr.* trabajar en la prostitución, invitar a la nueva pareja a vivir en el hogar familiar o el maltrato físico), que excepcionalmente legitima al juez para disolver el matrimonio aunque tal período de separación no se haya producido (Principio 1:9) y determinación de las consecuencias del divorcio, esto es, las económicas para hijos (alimentos) y cónyuge (división y adjudicación de la propiedad, pensión) y la determinación de la guarda y custodia de los primeros (de nuevo aparece la expresión «responsabilidad parental»), así como la determinación de la residencia familiar y el derecho de visitas (Principio 1:10).

La segunda parte se refiere a la pensión debida entre cónyuges divorciados (literalmente traducida como «alimenticia» por las razones que ya se han indicado). El capítulo 1 contiene igualmente principios generales. Así, en cuanto a la relación entre la pensión y el divorcio, se establece que aquélla se debe, si es el caso (porque el Principio 2.2 establece el principio de autosuficiencia de los cónyuges tras el divorcio), cualquiera que sea la forma de este último (Principio 2:1). El capítulo 2 prevé las condiciones de atribución de la pensión de alimentos, esto es, que el acreedor no tenga suficientes recursos para satisfacer sus necesidades y, correlativamente, que el deudor tenga suficiente patrimonio para subvenir las (Principio 2:3). El Principio 2:4 aclara que en la fijación de la pensión se debe tener en cuenta la capacidad del perceptor de ingresar en el mercado laboral, la edad y salud del esposo, el tiempo de dedicación al cuidado de los niños y a la casa, la duración del matrimonio y el nivel de vida durante el matrimonio. Seguramente, la referencia a «todo nuevo matrimonio o pareja de hecho duradera» debería referirse no tanto a la determinación de la pensión de alimentos (*vid.* rúbrica del Principio 2:4) cuanto a su no nacimiento o extinción. Relativamente a las modalidades de ejecución, se establece el pago por períodos regulares y por adelantado y, eventualmente, un pago único (Principio 2:5). En caso de excesiva onerosidad para el deudor, el juez puede denegar, limitar o poner fin al derecho a la pensión (Principio 2:6).

El capítulo tercero se ocupa de cuestiones específicas, como la pluralidad de obligaciones a cargo de un mismo deudor, otorgándose prioridad frente al pago de la pensión del cónyuge a los alimentos debidos a los hijos menores del deudor; en relación con el nuevo cónyuge de este último, no se establece la prioridad de la obligación alimenticia para con él y tan sólo se establece que tal gasto deberá ser tenido en cuenta a la hora de establecer la capacidad financiera de quien paga (Principio 2:7), lo que sin duda puede servir para fijar una nueva pensión de cuantía inferior (Principio 2:3); se establece además la limitación temporal de la pensión, si bien puede ser indefinida con carácter excepcional (Principio 2:8), así como la extinción como consecuencia de muerte del deudor o del acreedor y de las nuevas nupcias del acreedor o la convivencia con otra persona de manera estable y duradera, sin posibilidad de reviviscencia del derecho como consecuencia de la ruptura del nuevo matrimonio o de la pareja de hecho (Principio 2:9). El capítulo concluye con el Principio 2:10, que establece el derecho de los esposos a convenir tanto el montante como el derecho a cobrar la pensión, las modalidades de cobro, la posibilidad de revisión, su duración y la fecha de extinción. Es un acuerdo que debe formalizarse por escrito y que, además, debe ser homologado por el juez.

4. *Algunas observaciones finales*

Vista la fecha de cierre del estudio, los Principios no han podido tener en cuenta las reformas acaecidas en el Derecho español mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005). Como en los Principios, la norma española no exige alegación de las causas del divorcio y admite los dos tipos igualmente previstos en aquéllos. El texto español, que no elimina la posibilidad de separación judicial, sí que prevé la posibilidad de acceder al divorcio sin necesidad de haber pasado previamente por una fase de separación (art. 86 CC en relación con el art. CC), con el único requisito de haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Duración mínima que, por el contrario y como ya se ha adelantado, los Principios no exigen [Principio 1:1 (2)] por no estimarse *common core* (p. 19). La norma española sólo permite suprimir ese plazo si el matrimonio comporta peligro o grave riesgo para el demandante o los hijos de ambos miembros de la pareja o de cualquiera de ellos (art. 81.1.2.º CC al que remite el art. 86 CC). En todo caso deberá acompañarse a la demanda, bien el convenio regulador, bien la propuesta de medidas que hayan de regular los efectos del divorcio (arts. 81.1.1.º y 81.2.º.2 CC, al que remite el art. 86 CC).

La supresión del período previo de separación es algo que los Principios estiman igualmente factible [comentario Principio 1:1 (2), p. 19, y Principio 1:4 (1)], pero hay que tener en cuenta que en todo caso lo imponen —es de un año— cuando no exista mutuo consentimiento en la solicitud de divorcio (Principio 1:8). El Derecho español, por el contrario, lo suprime siempre.

El Congreso también aprobó la ley de modificación del CC español en materia de matrimonio, para permitir éste entre personas del mismo sexo: Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005). Con todo, los Principios no hacen cuestión de este tema porque, naturalmente, tampoco establecen diferencias en el divorcio (ni sus repercusiones sobre los hijos) en función del tipo de matrimonio (heterosexual o no) que en cada caso se contemple. No podría ser de otra manera, no sólo

porque es claro deseo de los redactores de los Principios «*to promote gender equality*» (p. 8), sino porque, no habiendo sido definidos previamente los conceptos de «cónyuge» o «matrimonio», cuando tales conceptos aparezcan en textos destinados a surtir efecto en toda la Comunidad deben interpretarse teniendo en cuenta la situación en todos los Estados miembros y no solamente en algunos.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Barcelona

FERRARI, FRANCO (ed.): *Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Bruylant – Sellier European Law Publishers – Forum Europeen de la Communication, Bruselas, 2005, 323 pp., ISBN 2-8027-2027-9 (Bruylant), 3-935808-58-5 (Sellier), 2-908274-13-2 (FEC).

El eje central de esta obra es el análisis multilateral de la experiencia de la aplicación –especialmente judicial– en los veinticinco años de existencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG)⁷ o Convención de Viena de 11 de abril de 1980. Esta Convención se imbrica en el proceso *armonizador*⁸ no sólo europeo, sino también internacional en materia de contratación internacional y dirigido particularmente a un área especialmente sensible a las necesidades de una negociación ágil, como es la de Derecho Mercantil y de la contratación internacional.

El libro, íntegramente en inglés, está dividido en dos partes. La primera, con tres contribuciones, relata aspectos generales en la aplicación de la Convención en estos veinticinco años y la segunda, con ocho, está dedicada a la aplicación e influencia concretas, bien en países, bien en regiones mundiales.

Parte I. Aspectos generales de aplicación de la Convención

Para hacerse una idea del alcance de la Convención, es recomendable acudir directamente a la segunda contribución, a cargo de Filip de Ly, el cual

⁷ Esta Convención fue ratificada por España el 17 de julio de 1990, *BOE* de 30 de enero de 1991, núm. 26/1991 [p. 3170]. Las siglas CISG corresponden a su denominación en inglés de *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

⁸ Este tipo de convenios internacionales pueden ser interpretados desde la óptica armonizadora, entendiéndolos como mecanismos informales a los cuales las partes se pueden acoger para regular el negocio que pretendan hacer si cumplen los requisitos del artículo 1 de la Convención: o bien partes con establecimiento en estados contratantes o cuando lleve a un estado contratante la regulación del contrato en base a sus normas de Derecho Internacional Privado, siempre que el proceso se lleve en un estado contratante (ver nota siguiente). Se trata de un proceso de armonización *de facto* en la materia que abarque el convenio. Así sucede también, por ejemplo, para el caso de los Principios de Derecho Contractual Europeo, en el ámbito de Europa, cuando las partes deciden someter su contrato, en base al Convenio de Roma 1980, a dichos Principios.

aporta unos datos interesantes sobre la implantación que ha tenido la Convención a nivel mundial. Así, a fecha de 12 de abril de 2004, la Convención ha entrado en vigor en 64 países y Corea lo hacía el 1 de marzo de 2005 (www.uncitral.org). No obstante, es de resaltar que ni el Reino Unido, ni Chipre, Irlanda, Malta ni Portugal, en el contexto de la Unión Europea, han ratificado la Convención todavía. En cualquier caso, dado el éxito de ratificaciones y teniendo en cuenta el artículo 1 de la Convención que hace aplicar la Convención a todas las operaciones de importación y exportación entre compradores y vendedores de esos 64 países⁹, se puede presumir una amplia aplicación del texto, lo que puede considerarse un buen punto de partida para el balance de esos veinticinco años.

Destaca también el autor que no existen estudios profundos sobre supuestos de exclusión de aplicación (ni de su aplicación, por cierto, aunque si no queda excluida expresamente, el contrato se entiende incluido en el ámbito del CISG) de la Convención, afirmando que los contratantes que suelen excluirla es por motivos conservadores: conocen mejor las reglas locales a las que están más acostumbrados; o también por ignorancia; o porque simplemente la ley nacional de contratos de compraventa resulte más beneficiosa que aplicar la Convención (ello tiene especial importancia en Francia y Alemania, y menos en Estados Unidos y Holanda, que tienen sistemas más parecidos al CISG). Un último motivo para su exclusión ha sido en supuestos para los cuales las partes tienen dudas de si se puede aplicar el CISG, sea por el motivo que fuera (ej. motivo objetivo en Holanda, si el *software* informático puede ser considerado mercadería).

En cambio, para ver cómo ha sido la aplicación práctica, debemos ir a la primera de las contribuciones que corre a cargo del propio Ferrari, que se basa en cómo se ha venido aplicando el CISG en la jurisprudencia, la cual demuestra que ha habido más casos de aplicación que de exclusión de la Convención. Ferrari destaca que se han realizado muchos esfuerzos para la aplicación judicial uniforme del CISG [así lo señala su art. 7(1)¹⁰, aunque existen contados casos en los que, en aplicación de la Convención, un tribunal de un país haya citado resoluciones aplicando el CISG de tribunales de otro país y señala algunos casos, que se iniciaron en 1998.

El tercer aspecto de aplicación general es el analizado por Marco Torsello, relativo a las soluciones (*remedies*) para caso de incumplimiento contractual (*breach of contract*) en el contexto de la Convención. El autor señala que la Convención sigue una técnica legislativa similar tanto para el incumplimiento del comprador, como para el incumplimiento del vendedor. La regulación parte de la distinción entre un mero incumplimiento y un incumplimiento esencial (art. 25). La Convención prefiere que se cumpla el contrato mientras sea posible, dejando otras soluciones para casos de incumplimiento esencial, lo que se concreta en la amplia oportunidad que tiene el incumpli-

⁹ Además de ser aplicable cuando, existiendo un proceso en un estado contratante, las normas de Derecho Internacional Privado de dicho estado remitan a la aplicación del derecho de un estado contratante. Ello implica que normalmente las exportaciones hacia un estado no firmante se gobernarán por la Convención, pero no las importaciones desde estados no firmantes. También existen otros supuestos de aplicación indirecta y supuestos de aplicación arbitral, especialmente en las regulaciones más modernas en las que no se sujeta a los árbitros a aplicar las normas de Derecho Internacional Privado del lugar donde se está llevando el arbitraje.

¹⁰ Lo que implica ver la Convención no desde la óptica de los derechos nacionales, sino de manera autónoma, para evitar una aplicación desigual del CISG en cada jurisdicción.

dor para cumplir y del agraviado para admitir el cumplimiento alternativo. En definitiva, sigue el principio *favor contractus*. Concluye también el autor que no hay prueba de que las partes excluyan la Convención a causa de su sistema de soluciones por incumplimiento contractual y califica al sistema optado como de simple y eficiente, al menos en los aspectos de derecho sustantivo (no en lo referente al derecho procesal, en el que los estados son más reticentes).

Parte II. La experiencia del CISG en los diferentes estados y regiones

De los ya 65 firmantes de la Convención, en la obra se han seleccionado ocho, entre los que se encuentra España.

Haciendo el *report* para Estados Unidos, Flechtner vuelve a incidir en el esfuerzo por parte de los Tribunales estadounidenses de promover la uniformidad en su aplicación e interpretación, así como la buena fe, aunque ha habido sonadas excepciones, lo que el autor resume, al final del capítulo, con un poema (imperdible) sobre la niña con un tirabuzón en medio de la frente.

El informe sobre Suramérica, a cargo de Garro, muestra sorpresa por el hecho de que a pesar de que cada vez más países de aquella región ratifiquen la Convención, el casuismo sigue siendo escaso. También se queja del deficiente trato judicial del CISG, así como por los pocos trabajos doctrinales.

André Janssen, de la Universidad de Münster, se encarga del informe holandés y divide la aplicación del CISG en aquel país en dos caras: en la primera, no se detectan problemas de aplicación y de exclusión de la Convención (arts. 1 a 4). La interpretación y aplicación de otros preceptos tampoco causa especiales problemas en Holanda. La cara negativa la componen algunas decisiones judiciales que consideran que existe una laguna en el art. 7(2) (sobre la ley aplicable a las cuestiones relativas a materias de la Convención pero no resueltas en ella) y deciden aplicar el derecho nacional. Otro aspecto negativo es la no utilización por parte de los juzgadores holandeses de resoluciones sobre el CISG de otros países, a pesar de que la documentación a disposición es abundante.

El informador de los países escandinavos, Lookofsky, se muestra positivo en el balance de aplicación del CISG, incluso en laudos arbitrales, que están en consonancia con laudos de otros países. No obstante, pide mayor concreción en las normas de la Convención que se aplican y mayor grado de interpretación internacionalizada y uniforme. También han causado problemas el hecho de que países escandinavos se hayan acogido al artículo 92, sobre exclusión de algunas partes de la Convención, aunque parece que la tendencia sea a la plena ratificación. Acaba señalando que la aplicación de la Convención ha beneficiado mucho el comercio internacional de aquellos territorios.

Ulrich Magnus, informando sobre la aplicación en Alemania, se muestra del mismo modo optimista, dado que el Tribunal Federal suele aplicar el CISG en muchas de sus resoluciones, llegando a soluciones convincentes y prácticas, de manera que incluso algunas se han admitido como criterios interpretativos de la Convención válidos internacionalmente.

Pilar Perales informa sobre España. Señala que la casuística no es muy abundante, especialmente debido a lo reciente de la ratificación española (1990) y la longevidad de nuestros procesos judiciales, y critica el poco caso que tanto la doctrina como la jurisprudencia hacen al CISG, llegando incluso a interpretar la Convención con reglas de derecho interno o coaplicándolo junto al Código de Comercio. Alguna jurisprudencia menor (como la SAP Valencia de 7 de junio de 2003) considera la autora que ha acertado en la aplicación de la Convención y destaca su «exportabilidad». A lo largo del texto, Perales reco-

re cómo han visto nuestros tribunales la aplicación y exclusión del CISG, cómo se ha entendido el principio de buena fe y su interpretación (art. 7), la formación del contrato, conformidad y disconformidad en el objeto del contrato, incumplimiento, daños, preservación de las mercancías y una referencia a los INCOTERMS, terminando con la aplicación de la Convención a los contratos domésticos.

Austria ha experimentado una multitud de casos en los que se ha visto envuelto el CISG. Los autores (Posch y Terlitzia) especulan sobre la posibilidad de un aumento general de la litigiosidad en Centroeuropa y la idea de que los juristas austríacos entienden el CISG como una Convención muy vienesa, muy propia.

El libro culmina con el informe sobre Australasia, por Bruno Zeller, que se muestra moderadamente de acuerdo con la aplicación del CISG en aquellos territorios, aunque crítico con la vía para alcanzarla. Alaba el lenguaje claro del CISG, aunque destaca la falta de acuerdo sobre el modo de interpretar la Convención.

En definitiva, se trata de una obra importante por dos motivos: primero, para adquirir una visión general sobre cómo se ha desarrollado el tratamiento jurisprudencial del CISG en los diferentes ordenamientos jurídicos y para ver si éstos han seguido las pautas de interpretación y aplicación que marca el propio Convenio y si existe cierta uniformidad. Se denota un interés general de los autores en la aplicación más correcta del Convenio, a la que ayudan con sus informes. Y, segundo, para llenar un vacío que diversos autores han destacado en sus respectivos países: la falta de estudios de seguimiento de aplicación del CISG. La obra contribuye a extender el conocimiento del Convenio e intenta marcar unas pautas para su correcta aplicación futura. Veremos su impacto en el libro sobre los cincuenta años del CISG.

Sergio NASARRE AZNAR
Profesor Agregado de Derecho civil
Universidad Rovira i Virgil

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

– La Comisión Europea ha entablado demanda, el pasado 11 de julio de 2005, contra once Estados miembros (Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Reino Unido) por no haber transpuesto la Directiva 2002/49/CE, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental (*DOUE* L 189, de 18 de julio de 2002, 12-26). El plazo de transposición finalizaba el 18 de julio de 2004 [IP/05/894]

– La Comisión Europea ha publicado un «cuadro de honor *Lamfalussy*» en el que se hace constar en qué medida respetan los Estados miembros los plazos de transposición de una serie de Directivas sobre valores mobiliarios adoptadas en el año 1999, en el contexto de un plan de acción para los servicios financieros. El cuadro muestra que veinte Estados miembros no habían procedido a la transposición de la Directiva 2003/71, sobre los folletos informativos, antes del plazo de 1 de julio de 2005. Asimismo, dieciséis Estados no han transpuesto todavía por completo la Directiva 2003/6/CE, sobre los abusos en el mercado y las medidas de ejecución cuya fecha máxima era el 12 de octubre de 2004. El cuadro puede ser consultado en la siguiente dirección: (http://europa.eu.int/comm/internal_market/securities/transposition/index_fr.htm).

– La Comisión Europea ha entablado procedimientos de infracción contra Austria, Bélgica, Italia, Luxemburgo, Malta y Suecia por no haber cumplido las obligaciones impuestas por el Reglamento que entró en vigor el 17 de febrero de 2005, que ofrece a los pasajeros aéreos una protección reforzada para el caso de que se les impida embarcar o se anule su vuelo, o para el caso de demoras importantes. Con esta medida, la Comisión muestra su determinación de garantizar a todos los ciudadanos europeos un trato igualitario en todos los Estados miembros, así como su voluntad de promover mejor los beneficios que les reporta la Unión Europea (IP/05/858).

– La Comisión Europea ha decidido abrir procedimientos de infracción contra trece Estados miembros por no haber incorporado a su ordenamiento jurídico interno una o más de las ocho Directivas relativas al mercado interior. La Comisión pedirá a Bélgica, España, Eslovaquia, Estonia, Grecia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, la República Checa y Suecia que incorporen rápidamente a su ordenamiento jurídico interno la legislación necesaria en un total de veinticinco casos relativos a las Directi-

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El texto es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa.

vas sobre la supervisión adicional de los conglomerados financieros, el saneamiento y la liquidación de las entidades de crédito, la actividad de las entidades de dinero electrónico, las normas contables, el saneamiento y la liquidación de las compañías de seguros, los seguros de vida, los servicios postales y los servicios de acceso condicional. Estas peticiones se presentan en forma de «dictámenes motivados», la segunda fase del procedimiento por incumplimiento contemplado en el artículo 226 del Tratado CE. Si no recibe una respuesta satisfactoria en el plazo de dos meses, la Comisión podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia (IP/05/1037, de 3 de agosto de 2005).

– La Comisión Europea ha remitido apercibimientos finales a Italia, España y Grecia por no haber dado cumplimiento a disposiciones básicas de la Directiva marco del agua de la UE. La oportuna designación de las demarcaciones hidrográficas, que debía haberse hecho antes de junio del año pasado, es uno de los aspectos que revisten gran importancia para conseguir una buena calidad de todos los recursos hídricos. La Comisión también ha remitido unos primeros apercibimientos a Italia y a Grecia por no haber presentado estudios ambientales sobre la situación actual de sus recursos hídricos. Estas actuaciones forman parte de una serie de decisiones relativas a infracciones de tipo medioambiental contra varios Estados miembros que está anunciando ahora la Comisión (IP/05/1302).

LIBROS VERDES

– La Comisión, con fecha 19 de julio de 2005, ha publicado el libro verde sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea [COM (2005) 327]. El documento valora la oportunidad de establecer una acción destinada a aumentar la eficiencia y la competitividad del mercado hipotecario en la Unión Europea

– La Comisión Europea ha aprobado el Libro verde sobre la mejora del marco de la Unión Europea para los fondos de inversión [Bruselas, 12 de julio de 2005, COM(2005) 314 final]. EUR. El Libro Verde evalúa el impacto de la legislación europea adoptada para fomentar el desarrollo del tipo más común de fondos de inversión en el mercado europeo: los OICVM (organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios), que representan más del 70 por 100 de los activos gestionados por el sector de los fondos.

– Libro verde para la política sobre los servicios financieros (2005-2010) [COM (2005) 177, mayo 2005].

– Libro verde frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones [COM (2005) 94, marzo de 2005].

– Libro verde de la Comisión Europea para proponer una estrategia que mejore la salud mental de la población [Bruselas, 14 de octubre de 2005, COM (2005) 484 final].

DICTÁMENES

– Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema El contrato de seguro europeo (*DOUE* C 157, de 28 de junio de 2005, 1).

– Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación

del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación [COM (2004) 279 final 2004/0084 (COD)] (*DOUE C 157*, de 28 de junio de 2005, 83).

– Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las Relaciones entre generaciones (*DOUE C 157*, de 28 de junio de 2005, 150).

LEGISLACIÓN EUROPEA

– La Comisión Europea ha adoptado la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo 2000, relativo a la notificación y a la comunicación en los Estados miembros de los actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial [Bruselas, 07 de julio de 2005, COM (2005) 305 final]. La finalidad de la propuesta es la mejora en la celeridad de la notificación de los documentos, la agilización de la aplicación de determinadas disposiciones del Reglamento y el incremento de la seguridad jurídica.

– Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, *DOUE C 157*, de 28 de junio de 2005, 48).

– La Comisión Europea ha adoptado, el 13 de junio de 2005, una propuesta de reglamento por la que se instituye la Agencia de la Unión Europea para la Protección de los Derechos Fundamentales [COM (2005) 280 final].

– En el pasado encuentro del Consejo de la Unión Europea sobre competitividad (mercado interno, industria e investigación), celebrado en Luxemburgo los 6 y 7 de junio de 2005, se adoptó la Directiva sobre calificaciones profesionales, tendente a favorecer la movilidad en el mercado interno de los trabajadores cualificados (*DOUE L 255*, de 30 de septiembre de 2005, 22). La norma se aplicará a todos los ciudadanos de cualquier Estado miembro que quieran trabajar, sea como dependiente, sea como trabajador autónomo, en otro Estado, diverso de aquel en el cual ha obtenido su cualificación profesional. El reconocimiento automático del título se realizará en base a la previa armonización de las condiciones mínimas de formación. http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/intm/85251.pdf. La Directiva es la 2005/36, de 7 de septiembre de 2005.

– Proposición de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, presentada por la Comisión en cumplimiento del programa de Lisboa, relativa a la mejora de las condiciones de adquisición y de conservación de las pensiones, incluso supuestos de movilidad de los trabajadores [Bruselas, 20 de octubre de 2005, COM (2005) 507 final], IP/05/1320, de 20 de octubre de 2005.

– Proposición modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos de crédito a los consumidores, modificando la Directiva 93/13/CE, del Consejo [Bruselas, 7 de octubre de 2005, COM (2005) 483 final]. Tras los principales cambios aportados a la primera propuesta (octubre de 2004), el campo de aplicación de la Directiva se limita a los créditos al consumo de importe inferior o igual a 50.000 euros. El texto reconoce el derecho del consumidor, dentro de catorce días, a obtener el reembolso anticipado del crédito y a anular el contrato de crédito en caso de renuncia a la adquisición.

– Informe de 27 junio de 2006, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») [COM(2003)0427 – C5-0338/2003 –

2003/0168(COD)], realizado por la Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Diana Wallis.

VARIOS

– En los días posteriores al referéndum se llevaron a cabo dos sondeos o Eurobarómetros en Francia y en los Países Bajos, para mejor comprender las razones del rechazo a la Constitución Europea.

http://europa.eu.int/comm/public_opinion/flash/fl1172_en.pdf.

http://europa.eu.int/comm/public_opinion/flash/fl1171_fr.pdf.

http://europa.eu.int/comm/public_opinion/flash/fl_168_en.pdf.

– La Comisión Europea ha lanzado una comunicación al Parlamento y al Consejo, en la que analiza cuál es el estado de la cuestión en materia de competencias lingüísticas por parte de los ciudadanos de la Unión Europea [Bruselas, 1 de agosto de 2005, COM (2005) 356 final].

– Estudio sobre el Reglamento 2560/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, sobre los pagos transfronterizos en euros (*DOCE* L 344, de 28 de diciembre de 2001, 13). *Vid.* http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/payments/docs/reg-2001-2560/impact_en.pdf.

– Decisión de la Comisión, de 24 de octubre de 2005, por la que se establece un grupo de expertos en comercio electrónico (*DOUE* L 282, de 26 de octubre de 2005, 20).

– El pasado 21 de septiembre de 2005, la Comisión Europea presentó con detalle propuesta relativa al VII Programa cuadro de investigación para el período 2007-2013 (http://europa.eu.int/comm/research/future/index_en.cfm).

– Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Outcome of the screening of legislative proposals pending before the legislador» [Bruselas, 27 de septiembre de 2005, COM (2005) 462 final]. Tras examinar ciento ochenta y tres propuestas de legislación comunitaria pendientes ante el Parlamento Europeo y el Consejo, la Comisión ha decidido anunciar la eliminación de más de un tercio (sesenta y ocho). Ello es así porque algunas de las propuestas no son coherentes con los objetivos de la nueva Asociación para el crecimiento y el empleo (Lisboa) o no cumplen los estándares del concepto «legislar mejor». Otras no avanzan en el proceso legislativo, o sencillamente están desfasadas. La decisión es parte de una iniciativa mucho más amplia de la Comisión para reducir la burocracia y el exceso de normativa. Algunas materias afectadas por la normativa retirada afectan al Derecho privado. Así, las promociones de ventas en el mercado interior. En algunos casos, la retirada de propuestas pendientes se producirá en el marco de una revisión general de políticas o con la intención de reconsiderar propuestas a la luz de nuevos elementos de análisis y de una evaluación exhaustiva del impacto.

– La Comunicación de la Comisión y la lista completa de las propuestas que se van a retirar puede consultarse en:

http://europa.eu.int/comm/enterprise/regulation/better_regulation/index_en.htm.

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

NUEVOS PROYECTOS Y GRUPOS DE INVESTIGACIÓN

Red de excelencia: Common Principles of European Contract Law

Dentro del 6.º Programa Marco de la UE y mediante un contrato firmado con la Comisión Europea, ha sido creada, en mayo de 2005, la red de excelencia *Common Principles of European Contract Law* (= CoPECL), coordinada por el Prof. Hans Schulte-Nölke, de la Universidad de Bielefeld (<http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Schulte-núm.elke/Aktuell/index.html>; <http://www.copec.org>).

Puede ser definida como una red de redes en la que cooperan varias universidades, instituciones y otras organizaciones, así como más de 150 investigadores que proceden de casi todos los Estados miembros. Forman parte de la misma: *The Study Group of a European Civil Code* (www.sgecc.net); *The Research Group on the Existing EC Private Law* o «Acquis Group» (www.acquis-group.org); *el Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law* (<http://www2.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/europe.html>); la Asociación *Henri Capitant*, junto con la *Société de Législation Comparée* y el *Conseil Supérieur du Notariat* (<http://membres.lycos.fr/HenriCapitant/sommaire.htm>); *The Common Core Group* (www.jus.unitn.it/dsg/common-core/); *The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, or «Economic Impact Group»*; *The «Data Base Group»*; *la Academy of European Law* (ERA) (<http://www.era.int/web/en/html/index.htm>).

La red trabajará en la realización de un proyecto de Marco común de referencia o *Common Frame of Reference* (CEF), tal y como está previsto y definido en el Plan de Acción de la Comisión de 2003 [COM (2003) 68 final] y en la Comunicación de la misma Comisión de 11 de octubre de 2004 [COM (2004) 651 final]. Ello incluye el Derecho de contratos, pero también las materias relevantes para el mercado y, entre ellas, las garantías o la responsabilidad extracontractual.

Los investigadores europeos deberán trabajar con los prácticos (representantes de asociaciones de consumidores, jueces, abogados) agrupados en otra red, la conocida como *Stakeholder Network*. La colaboración entre unos y otros se viene desarrollando desde finales de marzo de 2005.

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El texto es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa.

El texto pretende ser una especie de codificación modelo del Derecho patrimonial europeo. Su finalidad principal es la mejora de la legislación comunitaria para procurar su coherencia, mucho más que el tomar en consideración la actual situación normativa y jurisprudencial en los Estados miembros, que, por otra parte, no se excluye. Se adoptará bajo la forma de Principios que incluirán definiciones, conceptos generales y reglas de conducta, seguidos de comentarios, información comparativa y una valoración analítica de las proposiciones presentadas. Se trabaja para que todo ello esté listo a finales del año 2007. A finales de 2008 se presentará el proyecto final, que además incluirá el impacto económico de las normas propuestas, los fundamentos filosóficos que en ellas subyacen, y la previsible aplicabilidad.

El debate político sobre los objetivos que debe alcanzar este CEF no ha hecho más que empezar.

EU Consumer Law Acquis

Se trata de un proyecto impulsado y financiado por la Comisión europea que trata explicar de manera sistemática como han sido transpuestas en los veinticinco Estados miembros ocho Directivas europeas sobre Derecho del consumo. En concreto, son las siguientes: Directiva sobre negocios celebrados fuera de establecimientos mercantiles, sobre viajes combinados, cláusulas abusivas, tiempo compartido, contratos a distancia, acciones de cesación, índice de precios y garantía de los bienes de consumo. La finalidad del trabajo es, por un lado, poder crear una base de datos en internet, de consulta pública, y, por el otro, elaborar un estudio de Derecho comparado a propósito de la transposición de tales Directivas en los Estados miembros.

El proyecto está dirigido por el Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke (Universität Bielefeld) y el Dr. Martin Ebers (Universität Münster) y el Dr. Christian Twigg-Flesner (Universität Hull). La base de datos y el estudio de Derecho comparado podrán consultarse en internet en el año 2007, en la página de la Comisión Europea.

RESEÑA DE CONGRESOS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Diskriminierungsschutz durch Privatrecht. Friedrich-Schiller, Universität, Jena, 17-18 de junio de 2005.

Los días 17 y 18 de junio de 2005 fueron, para Jena (Alemania), motivo de alegría al acoger la celebración del Simposio sobre el principio de no discriminación en el derecho privado organizado por los Profesores de la Facultad de derecho de la Universidad de Jena, Prof. Stefan Leible y Prof. Monika Schlachter.

Por los juristas alemanes que en el acto participaron se estudiaron los más variados aspectos en la materia: desde las diferentes directivas que la UE ha edictado al respecto –y ya son varias¹ (Prof. Sebastian Krebber, Prof. Karl

¹ Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (*DOCE*

Riesenhuber, Prof. Dirk Looschelders)– hasta el proyecto de ley alemán² que pretende incorporarlas a su ordenamiento jurídico pasando por una aproximación al tema según los principios del análisis económico (Prof. Christian Kirchner).

Se pusieron de manifiesto problemas (*V. gr.* riesgo de duplicar la protección jurídica de las partes contratantes cuando ya se cuenta con la protección general del derecho de los contratos –Prof. Sebastian Krebber–; competencias de la Unión Europea en esta materia –Prof. Rudolf Streinz–; libertad contractual y principio de no discriminación –Prof. Jörg Neuner–; problemas derivados de extender el principio de no discriminación por razón de religión o de determinadas creencias en el derecho privado –Prof. Olaf Scholz–), se intentaron proporcionar soluciones; sin embargo, a mi modo de ver, faltó una exposición completa y nítida que configurara jurídicamente el principio de no discriminación dentro de la estructura contractual y, principalmente, en dos elementos: en el momento de la conclusión del contrato y en el contenido del mismo. Tampoco se dejó claro si el principio de no discriminación debe ser un límite legal a la autonomía privada o forma parte del orden público, también en cuanto límite a dicha autonomía.

Se propuso como remedio frente a la infracción del principio de no discriminación (Prof. Jan Busche) la reparación de los daños materiales y morales causados a la persona discriminada; pero, en cambio, no se acabó de perfilar su fundamento, ¿contractual o extracontractual? ¿o ambos? A tenor de la discusión que se generó en el público a este respecto, pareció entreverse que dicho resarcimiento puede tener doble fundamento según el supuesto de hecho que se considere.

Por cierto, tratándose de un simposio donde se analiza el principio de no discriminación, he aquí tres discriminaciones: i) la primera hace referencia a la composición del público que asistió al acontecimiento: del total, sólo veintitres eran mujeres, de las cuales sólo siete eran Profesoras de Universidad; frente a treinta y ocho hombres, de los cuales más de la mitad eran Profesores de Universidad, ii) la segunda tiene que ver con el empleo del método comparado. En efecto, se dijo utilizar el método comparado para estudiar un principio de Derecho privado europeo, pero sólo se hizo referencia expresa al derecho inglés, de pasada al Derecho francés y se dio cuenta del Derecho norteamericano, ¿no existen otros estados miembros en la Unión Europea con quienes establecer la comparación?; iii) en último lugar, se olvidaron las enseñanzas que, en esta materia, pueden aportar los sociólogos. El simposio tuvo como público, fundamentalmente, además de Profesores de Universidad, un número muy reducido

L 39 de 14 de febrero de 1976); Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (*DOCE* L 14/6 de 20 de enero de 1998); Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (*DOCE* L 180 de 19 de julio de 2000); Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DOCE* L 303/16, de 2 de diciembre de 2000); Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, y a las condiciones de trabajo (*DOCE* L 269/15 de 5 de octubre de 2002); Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (*DOUE* L 373/37 de 21 de diciembre de 2004).

² *Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien* (Drucksache 15/4538).

de abogados y un par de jueces. Parece, pues, que en Alemania se «oye» al legislador comunitario, pero «no se le escucha».

Sea lo que fuere, lo cierto es que el simposio fue muy interesante, fue uno de los pioneros, en esta materia, en Europa y, además, fue patrocinado por una fundación, lo que dice mucho en su favor.

Susana NAVAS NAVARRO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

V Simposio Internacional de Terminología: *Terminología y Derecho: Complejidad de la comunicación multilingüe*, Barcelona, 11-14 de julio 2005.

El Simposio Internacional de Terminología es un acontecimiento organizado cada dos años por el *Institut Universitari de Lingüística Aplicada* de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona y, en concreto, por el IULATERM, que es un grupo de investigación en terminología. La edición de este año, titulada «Terminología y Derecho: Complejidad de la comunicación multilingüe», ha estado dedicada al problema de la comunicación multilingüe en el contexto jurídico, desde el punto de vista de la traducción, de la terminología y de la individualización de conceptos jurídicos en diversos ordenamientos e incluso en el interior de uno solo.

El simposio se organizó en forma de seminario. Las tres conferencias principales fueron a cargo de las profesoras Rosalin Greenstein (Université Paris I), M.^a Teresa Castañera (Universitat Pompeu Fabra) y Laura Santamaría (Universitat Autònoma de Barcelona) y tenían por objeto, respectivamente, los siguientes temas: la denotación y connotación en el ámbito jurídico; la relación entre la precisión del lenguaje y el principio de legalidad en el contexto del Derecho penal; y, finalmente, el problema de la búsqueda de los términos adecuados para traducir conceptos jurídicos. Junto a estas intervenciones principales, hubo otras menores que se ocuparon de los más variados temas y que se presentaron como formando parte de otros tantos proyectos de investigación sobre las materias afines a la que era objeto del simposio: la traducción de los binomios en los instrumentos jurídicos contractuales (Luciana C. F. Corrêa-Pinto – Universidade de São Paulo); la traducción de los conceptos en el Derecho de sucesiones (Raquel Martínez Motos – Universidad de Alicante); la traducción jurídica inglés/español como género (Belén López Arroyo – Universidad de Valladolid, y Martín J. Fernández Antolín – Universidad Europea Miguel de Cervantes); la interdisciplinariedad en el ámbito terminológico entre derecho y economía (Mariângela de Araújo – Universidade de São Paulo); el análisis del discurso jurisprudencial mediante un programa de alineación de textos (Marta Ribas – Universitat Pompeu Fabra); la valencia nominal de la terminología jurídica y la peculiaridad del lenguaje específico (Fernanda Carolina M. Carvalho Paiva – Universidad de Brasilia); una base de datos experimental basada en la metodología ontológica (Mariana Orozco Jutorán, Pilar Sánchez Gijón – Universitat Autònoma de Barcelona); el problema de la identificación y la delimitación de las unidades terminológicas (Rosa Estopà e altri – Universidad Pompeu Fabra); la extracción de un vocabulario jurídico-administrativo gallego-espa-

ñol (Xavier Gómez Guinovart, Ánxeles Torres Padín, Universidade de Vigo); la terminología jurídica en el ámbito de la propiedad intelectual y la sociedad informática (M. Antonia Pla Torres – Universitat d'Alacant).

Vale la pena destacar que a lo largo de los dos días de duración del encuentro se planteó repetidamente si los textos jurídicos deberían ser traducidos por los juristas o si, por el contrario, el resultado es mejor si se ocupa un traductor profesional que, aunque no licenciado en Derecho, sí tenga conocimientos jurídicos. Se subrayó que si bien por un lado podría pensarse en la mejor aptitud de los primeros, no se puede negar el hecho de que el lenguaje jurídico está estrechamente vinculado a la cultura jurídica de un específico ordenamiento y que los ordenamientos jurídicos sufren cambios no sólo en el espacio, sino también en el tiempo. En consecuencia, para traducir correctamente sería necesario un jurista que perteneciera, bien al sistema de la lengua de origen, bien al de la de destino. Pues bien, resulta que esto no es demasiado frecuente y que, en general, los juristas no sólo no tienen sensibilidad lingüística alguna, sino que, además, tampoco tienen los instrumentos técnicos necesarios para traducir de manera eficiente. En general, están impregnados de la propia cultura jurídica y, por tanto, no están en situación de darse cuenta de las diferencias conceptuales existentes entre los diferentes sistemas jurídicos. Por su parte, los traductores profesionales adquieren gradualmente los conocimientos jurídicos, pero sólo a través de los textos a cuya traducción deben enfrentarse. Por lo tanto, poseen su conocimiento es limitado a sólo algunos conceptos jurídicos concretos, de manera que están privados de una comprensión global de los sistemas jurídicos afectados.

Valentina JACOMETTI

Doctora en Derecho y *assegnista di ricerca*
Universidad degli Studi dell'Insubria.

El Proyecto *Common Core*, 11.^a Reunión General, Trento, 9, 10 y 11 de junio de 2005.

La undécima reunion general del Proyecto *Common Core* –dirigido por Ugo Mattei (Torino University, Italy, Hastings College of Law, USA) y Mauro Bussani (Trieste University, Italy)– tuvo lugar en Trento los días 9, 10 y 11 de junio de 2005. Tras la ya tradicional presentación de las obras recientemente publicadas (F. WERRO, V. PALMER, «The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law», *The Common Core of European Private Law, The Trento Project*, Staempfli Publishers Ltd.-Carolina Academic Press, 2004; E. M. KIENINGER, «Security Rights in Movable Property in European Private Law» *The Common Core of European Private Law*, Cambridge University Press, 2004; R. SEFTON-GREEN, «Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law», *The Common Core of European Private Law*, Cambridge University Press, 2005; M. GRAZIADEI, U. MATTEI, L. SMITH, «Commercial Trusts in European Private Law», *The Common Core of European Private Law*, Cambridge University Press, 2005) la primera jornada, de carácter plenario, contó con cuatro intervenciones presentadas bajo el título «Common Core Methodology and Global Legal Theory» (las intervenciones en formato de vídeo están disponibles en <http://www.jus.unitn.it/services/arc/2005/0609/>

home.html). La ponencia de Michael Likosky, (University of London, SOAS Great Britain) se centró en las relaciones entre el *Common Core* y la Globalización. El fenómeno de la globalización plantea una serie de nuevas cuestiones cuyo análisis requiere herramientas metodológicas adecuadas; en este contexto, se trata de valorar la respuesta de los ordenamientos civiles europeos ante las actividades en el extranjero de empresas europeas transnacionales, así como estudiar las nuevas cuestiones de carácter social conexas al derecho privado y el impacto diferencial de la globalización (el Derecho Privado Europeo tiene un impacto en el desarrollo de la globalización, pero también, a la inversa, la globalización tiene su impacto en el desarrollo del derecho privado). La irrupción de la globalización plantea problemas de amplios contornos y solución incierta; la metodología propuesta por el *Common Core* parece útil en aras de resolver las cuestiones con las que se enfrentan abogados, legisladores, jueces y profesores. En un contexto en que las reglas generadas por los operadores privados tienen mayor importancia que las emanadas de los tribunales, y donde las reglas empleadas por tribunales arbitrales (el llamado *soft-law* de instituciones no oficiales) presentan una creciente relevancia, resulta imposible formular normas legales sin adoptar la perspectiva del caso y sin tomar en consideración la pluralidad de operadores jurídicos que inciden en la creación de normas. La conexión entre la globalización y las herramientas metodológicas del *Common Core* es analizada por Likosky en torno a tres ejes: la globalización respecto del derecho privado de los países miembros de la UE; los códigos de conducta, o conjuntos normativos privados, en relación con las actividades de las empresas europeas transnacionales en lo que concierne a las cuestiones sociales; la infraestructura de empresas europeas transnacionales privatizadas. Horatia Muir Watt (University of Paris I (France) inició su intervención planteando de entrada una pregunta retórica: «¿hasta qué punto sigue siendo útil estudiar el derecho comparado en el vacío, excluyendo las cuestiones generadas por la globalización?». La cuestión se relaciona estrechamente con la falta de consenso respecto de la noción actual de derecho privado. Al menos dos factores diversos complican su definición en estos momentos. En primer lugar, la función intervencionista del derecho privado. Según Muir Watt, en ella se cifraría la habilidad del derecho privado para afrontar, por ejemplo, los fallos del mercado, habida cuenta de la dimensión reguladora implícita en el Derecho comunitario (así, en derecho de los consumidores, derecho medioambiental y similar). En segundo lugar, se constata la existencia de una tensión entre conceptos tradicionales como los de daños, contrato o propiedad, y las nuevas necesidades de proteger valores socialmente relevantes (así, en casos medioambientales que comporten un conflicto laboral). La posibilidad de que el derecho privado tenga que hacer frente a cuestiones sociales de gran entidad, que inicialmente pudiera parecer paradójica, es en la actualidad objeto de debate habitual, del mismo modo que la interacción entre el derecho privado y la aparición de actores de derecho público. La segunda cuestión planteada por Muir Watt se refiere a averiguar cómo puede el derecho comparado contribuir a la solución de estos problemas. En su opinión, resulta crucial que los juristas de distintas disciplinas cuenten con un marco estructurado de referencia en el cual combinar los distintos instrumentos, estrategias, fuentes y procesos de decisión política. La estimulante ponencia de Günter Frankenberg (University of Frankfurt, Germany) se presentó como «una historia, esbozada por un antropólogo aficionado, sobre sus encuentros con los indígenas e indigenios en un territorio y sobre su trabajo»: los indígenas son los participantes del Proyecto *Common*

Core, también conocidos como los «Trentos»; el territorio es el viñedo de la ciencia jurídica y el trabajo es la investigación sobre el *common core* del Derecho Privado Europeo, que se desarrolla a partir de cuestionarios y se difunde por medio de publicaciones. Para entender el quid del discurso de Frankenberg, es preciso ver al Proyecto *Common Core* como un escenario científico aparentemente democrático, profundamente permeado por una metodología impuesta y contestable. Según el ponente, un examen detenido de la estructura del Proyecto demuestra que el igualitarismo declarado en la composición de los grupos se encuentra, en realidad, en un segundo plano respecto de la jerarquía subyacente, que ejerce un control autoritario sobre las ideas y las posturas críticas. También la admisión se presenta de un modo sólo aparentemente neutral, puesto que los participantes deben demostrar la voluntad de asumir la orientación académica del Proyecto, así como el método comparativo, el uso del inglés como lengua franca y la llamada *theory of formants* (R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (Instalment II of II), *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 343 ff.). El enfoque igualitario es también meramente aparente respecto de otras iniciativas europeas, como el *Case Book*, ya que los «Trentos» se autodefinen por contraposición a otros proyectos –PECL, Unidroit y otros– poniendo el acento en que el *Common Core* es el único proyecto que se caracteriza por la «neutralidad crítica» y el escepticismo. Tampoco el enfoque basado en el caso ha escapado a las críticas, ya que «si uno se ciñe a la *ratio* de los cuestionarios del *Common Core* observa que datos fácticos esenciales han sido omitidos» y sabido es que a la situación fáctica corresponde la respuesta legal. Frankenberg concluyó apelando a los «*Principles of a Good Scientific Practices*». Esin Örüci (University of Glasgow and Erasmus University Rotterdam) discurrió sobre las tendencias actuales del proceso de convergencia europea. Recientemente, se empiezan a oír voces que ven en la integración legal y cultural el objetivo último de la más estrecha Unión Europea y no meramente como un instrumento preciso para asegurar la vinculación económica. Además, la existencia de múltiples proyectos de armonización y de unificación en Europa, que contribuyen al desarrollo del derecho privado, vacía de contenido la discusión relativa a la necesidad, posibilidad y conveniencia de estas acciones. Lo que se necesita en este momento es profundizar en el debate acerca del mejor modo de alcanzar esa mayor convergencia, así como averiguar cuál es el procedimiento adecuado para ello. Al tiempo que los ordenamientos europeos viven una progresiva aproximación, la vía actual tiende a una Europa integrada en muchos terrenos. La integración sin duda irá más allá del derecho privado, comercial y procesal, para extenderse también al derecho laboral, industrial y administrativo. Örüci destacó que, en el marco del derecho privado, el derecho de familia está asumiendo protagonismo, sobre la base de unos valores compartidos que están estableciendo los cimientos para el desarrollo europeo y que conforman la esencia de las recientes iniciativas en este ámbito: ejemplo de ello lo encontramos en la creación, en septiembre de 2001, de la Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL), en la creencia de que ha llegado el momento de empezar a hablar de un «derecho europeo de familia». La CEFL elaboró y publicó en primer lugar los «*Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*» y, en 2004, se inició un segundo proyecto relativo a «*Parental Responsibilities*». Todos los acontecimientos citados ponen de relieve el crucial papel que el derecho comparado está llamado a desempeñar. En primer lugar, el derecho comparado es la principal herramienta para la integración europea y para el desarrollo de

principios generales; en segundo lugar, la labor de los comparatistas es esencial a la hora de alcanzar la comunicación y el entendimiento intercultural. Örücü concluyó reiterando que cualquier proyecto de unificación es integracionista y se basa en la búsqueda de «*common cores*» –es decir, raíces, principios, soluciones y modo de razonar comunes. El objetivo debería ser una «identidad europea» común, alcanzable por medio de un flujo masivo de importación y exportación de ideas, y de una colaboración enfocada a crear un *ius commune novum* en el sentido más amplio, tomando también en consideración los sistemas legales que puedan ser considerados variantes locales de una regulación europea uniforme.

Tradicionalmente, el segundo día del congreso *Common Core* se dedica al análisis y desarrollo de potenciales nuevos temas; el 10 de junio, como cada año, los participantes se encontraron con los tres grupos de trabajo (contratos –dirigido por J. Gordley–, daños –por F. Werro– y propiedad –por A. Gambaro). Los resultados, junto con un repaso general a los trabajos en curso (disponibles en <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>) y el estado y futuro desarrollo de todos los proyectos del *Common Core* fueron anunciados en la sesión plenaria final (11 de junio), que giró en torno al fenómeno de la globalización a escala mundial, bajo el título «Across and Beyond Europe: regionalism and globalisation in the law». La intervención de Richard M. Bauxbaum (University of California, Berkeley, USA) centró esta última sesión. Bauxbaum se definió como perteneciente a la tradición de teóricos que utilizan el llamado *bottom up approach* del proyecto *Common Core*, en aras de hallar los principios unificadores del derecho privado. La esencia de su ponencia giró en torno al déficit democrático de la Unión Europea y al conflicto entre la necesaria flexibilidad legislativa y la regulación desde instancias superiores. En una realidad donde los Estados siguen siendo relevantes en la formación del sistema económico nacional, la globalización introduce ciertas particularidades; aunque la globalización entendida en términos de comercio internacional no es un concepto nuevo; su novedad radica en la integración del comercio internacional con las finanzas internacionales. Mientras que hace cien años el conflicto se resolvía con métodos de diplomacia coactiva (la llamada *gunboat diplomacy*), en la actualidad los países problemáticos tienen secuestrados sus recursos por la reserva de divisas, como el dólar o el Euro dólar. Estos factores –tecnología, el tráfico de garantías del crédito, circulación y secuestro de divisas– están dando lugar a una nueva situación y proporcionan al menos una definición económica de la globalización, dejando de lado los aspectos relativos a la migración de mano de obra y la justicia social. Todo ello enfrenta a los Estados individuales a la tarea de regular la nueva situación, tanto respecto de la distribución de poderes como en referencia al establecimiento del régimen jurídico. En la UE, ciertas teorías económicas –como el federalismo fiscal, y las *public choice theories*– pueden verter luz a la hora de elegir el régimen jurídico adecuado. A través del estudio de las tres funciones del derecho –estabilización, redistribución y apoyo a la asignación eficiente de recursos– que se especifican en sistemas jerárquicos como el de la UE, puede ser conveniente y enriquecedor que el proyecto *Common Core* adopte también la perspectiva del federalismo fiscal.

Elena IORATTI FERRARI
Doctora en Derecho y *assegnista di ricerca*
Dipartimento di Scienze Giuridiche.
Universidad de Trento

Garantías reales mobiliarias en Europa, 29-30 de septiembre de 2005, Universidad de Barcelona.

Los pasados 29 y 30 de septiembre se celebró, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, el Congreso «Garantías reales mobiliarias en Europa», dirigido por la Prof. Dra. Anna Casanovas Mussons, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, y coordinado por Elena Lauroba Lacasa y Joan Marsal Guillamet, Profesores titulares de Derecho civil de la misma Universidad. El Congreso arrancó con una ponencia introductoria por parte de la misma Dra. Casanovas (Las garantías reales mobiliarias: el punto de partida) en cuyo desarrollo se hizo una propuesta de tipificación de los derechos reales de garantía sobre cosa mueble reconocidos en el derecho estatal español y en el ordenamiento jurídico catalán, y se recordaron sus principales características. Siguió la exposición del Dr. Michel Grimaldi, de la Universidad Paris-2, acerca de las directrices con las que, en Francia, se pretende abordar la reforma de la regulación del derecho de prenda. La Dra. Mercedes Curto, de la Universidad de Salamanca, defendió, a continuación, su comunicación relativa a la prenda de los Montes de Piedad. En su desarrollo se puso de manifiesto el actual resurgimiento de este mecanismo de financiación y garantía. El programa continuó con las intervenciones del Dr. José-Ramon García Vicente, de la Universidad de Salamanca, y del Sr. Fernando Pérez, Notario. La primera versó acerca de la prenda de créditos; en especial, de su oponibilidad a terceros; de su distinción con la cesión *pro solvendo*; de la pignorabilidad de créditos futuros y de la ejecución de la prenda. El segundo dedicó su ponencia a la prenda de valores y a la prenda de cartera de valores, haciendo especial mención al régimen de los acuerdos de garantía financiera previstos en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo. La Dra. Encarna Cordero Lobato, de la Universidad de Castilla-la Mancha, dedicó su intervención a la prenda sin desplazamiento de la posesión y la hipoteca mobiliaria. Centró su atención en los conflictos que pueden surgir entre las garantías mobiliarias sin desplazamiento y las cláusulas de extensión de la hipoteca inmobiliaria y en la repersecutoriedad de aquéllas. La ponencia del Dr. Luis Fernández del Pozo, Registrador, «La solución registral del problema de las garantías mobiliarias» puso fin a la sesión de mañana, abogando claramente por la informatización, como instrumento para la viabilidad de un publicidad eficiente para las garantías mobiliarias.

El Congreso se reanudó con la intervención del Prof. Dr. Antoni Mirambell Abancó, de la Universidad de Barcelona, acerca de la naturaleza y régimen del derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán. El Dr. Joaquín Forner, de la Universidad de Barcelona, le siguió con una ponencia relativa a los problemas de ley aplicable que plantean las garantías reales mobiliarias internacionales. Al finalizar esta intervención, se defendieron varias comunicaciones relativas a la pignoración de créditos bancarios, al sistema de ejecución de la prenda y el pacto comisorio, al derecho de retención en el derecho español, entre otros.

La mañana del viernes se inició con la exposición del Dr. Pierre Croq, de la Universidad Panthéon-Assas (Paris 2), acerca de la evolución histórica y el desarrollo general de la propiedad como garantía en Europa. Se defendieron, a continuación, dos comunicaciones encargadas. En la primera, a cargo de la Dra. Elena Lauroba y acerca de la prenda gordiana, se defendió la naturaleza de la figura como auténtico derecho real de garantía y no como simple dere-

cho de retención. La segunda había sido encomendada al Dr. Joan Marsal, que disertó acerca de la prenda «flotante»: su significado, utilidad y régimen jurídico. Siguió la intervención de la Dra. M.^a José Vaquero, de la Universidad de Salamanca, relativa a las reservas de dominio ante el concurso de acreedores. La ponente argumentó en qué términos la Ley Concursal auspicia, aún más, la polémica acerca de la naturaleza jurídica de la figura, entendida por algunos como retención del dominio, por otros como una suerte de prenda sobre el objeto transmitido. A continuación, intervino la Dra. Esther Muñiz Espada, de la Universidad de Valladolid, con una ponencia acerca del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. En su desarrollo, se puso de manifiesto la inspiración del texto en el artículo 9 del *Uniform Commercial Code*. La sesión de mañana finalizó con las intervenciones de la Prof. Albina Candian, de la Universidad de Milán, acerca de las garantías financieras y del Prof. Mauro Bussani, de la Universidad de Trieste, que disertó acerca de las principales diferencias entre el sistema de garantías en el *civil law* y en *common law*, poniendo de manifiesto su posible acercamiento.

Ya por la tarde, y tras la defensa de comunicaciones, se dio paso a una mesa redonda acerca de la ejecución de las garantías reales mobiliarias. Intervinieron el Sr. Miguel Angel Campo Gueri, Notario; el Dr. Lluís Caballol, de la Universidad de Barcelona, y el Sr. Fernando Reglero, de la Universidad de Castilla-La Mancha. En el debate se analizaron, especialmente, los problemas que suscita la ejecución de las garantías a la luz de la prohibición de pacto comisorio.

Con un *rapport* de síntesis, a cargo del Prof. Dr. Ferran Badosa Coll, de la Universidad de Barcelona, y unas palabras de clausura a cargo del Director General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, se puso fin al Congreso.

Miriam ANDERSON

Profesora Lectora de Derecho civil, UB

Lidia ARNAU RAVENTÓS

Profesora Lectora de Derecho civil, UB

Simposio «Integración europea y Derecho de consumo (*European Integration and Consumer Law*)», Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, 14-15 octubre.

Los días 14-15 de octubre de 2005 tuvo lugar el Simposio «Integración europea y Derecho de consumo (*European Integration and Consumer Law*)» en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la organización del Prof. Dr. Javier Lete Achirica.

La primera jornada se abrió con una introducción general a cargo del Prof. Dr. José Manuel Lete del Río (Universidad de Santiago de Compostela) a la que siguieron dos exposiciones que partían de puntos de vista opuestos. De una parte, el Prof. Dr. Geraint Howells (Lancaster University) se refirió a la política europea de protección de los consumidores y sus consecuencias, mientras que José M.^a Pita Ponte (Instituto Galego de Consumo) expuso las líneas principales del reparto de competencias sobre la protección de los consumidores entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El resto de contenidos de las jornadas se dividió en dos secciones. En la primera de ellas se analizaron los modelos de integración del Derecho europeo de consumo en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Como modelos de referencia se tomaron el caso francés, explicado por el Prof. Dr. Gilles Paisant (Université de Savoie), el alemán, expuesto por la Prof. Dra Bettina Heiderhoff (Universität Leipzig), el portugués, a cargo del Prof. Dr. António Pinto Monteiro (Universidade de Coimbra) y el del Reino Unido, representado por el Prof. Dr. Simon Whittaker (University of Oxford). En general, el tono de estas intervenciones fue crítico, como lo fue también la exposición de la Prof. Dra M.^a Paz García Rubio sobre el presente y futuro de la integración del Derecho europeo de consumo en España, que cerraba esta sección.

A continuación se entró en el análisis de materias concretas que han sido incorporadas al Derecho español como consecuencia de la transposición de la normativa europea sobre protección de los consumidores. Siguiendo el orden cronológico de esta regulación se habló, en primer lugar, de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. La Prof. Dra. Juana Marco Molina (Universidad de Barcelona) pasó revista al tratamiento de la responsabilidad civil del fabricante en el Derecho norteamericano y su recepción en la jurisprudencia española y la Prof. Dra Belén Trigo García (Universidad Santiago de Compostela) examinó la relación entre la obligación general de seguridad y la responsabilidad civil por productos defectuosos. En materia de seguridad agroalimentaria la Prof. Dra. Isabel Espín Alba (Universidad de Santiago de Compostela) expuso el estado actual y las tendencias normativas. Respecto de las condiciones generales de la contratación, se consideró la posibilidad de control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato por parte del Prof. Dr. Sergio Cámara Lapuente (Universidad de La Rioja) y los distintos mecanismos de control judicial de las cláusulas abusivas por parte de la Prof. Dra Marta Carballo Fidalgo (Universidad Santiago de Compostela). Finalmente, a propósito de las garantías en la compraventa de bienes de consumo, el Prof. Dr. Manuel Jesús Marín López (Universidad de Castilla-La Mancha) centró su atención en los remedios que ofrece esta normativa, concretamente, la reparación y la sustitución del bien no conforme y, cerrando las jornadas, el Prof. Dr. Javier Lete Achirica (Universidad Santiago de Compostela) se ocupó de la responsabilidad directa del productor del bien no conforme según la legislación española.

Belén TRIGO GARCÍA
Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

III Congreso de Derecho civil catalán: los patrimonios fiduciarios y el trust, Tarragona 20-21 de octubre 2005.

Los días 20 y 21 de octubre de 2005, se celebró en Tarragona el III Congrés de Dret Civil Català: «Els patrimonis fiduciaris i el *trust*», organizado por la Facultat de Ciències Jurídiques de la Universitat Rovira i Virgili y por el Col·legi de Notaris de Catalunya. El Congreso estuvo dirigido por el Dr. Sergio Nasarre Aznar y coordinado por la Dra. Reyes Barrada Orellana, miembros del área de

Derecho civil de la Facultat de Ciències Jurídiques, quienes contaron con el apoyo del Departament de Dret privat, processal i financer de esta Facultat.

La actividad se llevó a cabo en el Aula Magna de la Facultat de Ciències Jurídiques de la Universitat Rovira i Virgili. Las sesiones se estructuraron en 30 ponencias y 4 comunicaciones sobre aspectos diversos de la fiducia y el *trust*, desde una perspectiva multidisciplinar, tanto nacional como internacional. Los momentos de descanso se organizaron al estilo del buffet-lunch europeo, con la intención de potenciar al máximo posible la interrelación entre asistentes y ponentes.

Alrededor de unas 160 personas se inscribieron al Congreso: académicos de diversas Universidades españolas, asesores de empresa, representantes de entidades financieras, registradores de la propiedad, notarios, abogados estudiantes de Derecho. La variedad entre los asistentes propició un importante nivel de discusión y debate interdisciplinario.

1. *La materia de estudio y debate*

El III Congrés de Dret Civil Català ha sido precedido por dos ediciones anteriores, dedicadas al derecho patrimonial en el futuro Codi civil de Catalunya (2001), y al Codi civil de Catalunya (2003). Los anteriores congresos tuvieron como objeto de estudio y de debate, respectivamente, la regulación civil catalana en materia de Derecho patrimonial y las, en aquel momento, últimas leyes en materia civil aprobadas por el Parlament de Catalunya, así como los proyectos, borradores y propuestas existentes al respecto. El éxito de ambas ediciones reafirmó al área de Derecho civil de la Facultat de Ciències Jurídiques en la idea de proseguir en esta línea de estudio y difusión de los problemas que pudieran surgir a lo largo del proceso codificador del Derecho civil catalán.

La III edición del Congrés de Dret civil català se ha dedicado al análisis de un aspecto concreto: Los patrimonios fiduciarios y el *trust*. Tomando como punto de partida los artículos 514-1 a 514-13, contenidos en el Libro V del Anteproyecto de Código civil de Cataluña, relativos a los patrimonios fiduciarios, el objetivo principal del III Congreso ha sido determinar la viabilidad y la oportunidad de acoger y regular la institución de la fiducia en el Derecho civil catalán. Para ello se ha contado con aportaciones esenciales de especialistas en la materia, no sólo del ámbito nacional, sino, también, del internacional (Argentina, Alemania, Polonia, Italia, Gran Bretaña)

La sesión inaugural del Congreso contó con la presencia del Ilmo. Sr. D. Josep Maria Vallés Casadevall, Consejero de Justicia de la Generalitat de Catalunya, entre otras personalidades. En esta sesión se puso de relieve la importancia de los temas que habían de ser objeto de consideración y debate, así como la necesidad de introducir un modelo polivalente de fiducia que complementara a las instituciones tradicionales, como la fundación, y contribuyera a la dinamización y modernización del Derecho civil catalán.

2. *Justificación*

La importancia del tema analizado en el III Congreso de Derecho civil catalán viene dada por la urgente necesidad de aportar una solución jurídica a los innumerables problemas que en la práctica vienen suscitándose por causa de la formación de determinados negocios jurídicos que, hoy por hoy, resultan

imposibles de realizar o se llevan a cabo mediante estructuras altamente complicadas. La negociación internacional, cada día más generalizada, y el hecho de que España no haya suscrito el Convenio de La Haya, de 1 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, comporta que, en nuestro país, los operadores jurídicos se encuentren con la necesidad de aplicar instituciones desconocidas en nuestro Derecho para solucionar las cuestiones en este ámbito planteadas, lo que, sin duda, genera importantes problemas de interpretación, aplicación, ejecución y, como consecuencia, de seguridad jurídica. El problema resulta todavía de mayor gravedad si se tiene en cuenta la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera a la fiducia como un negocio fraudulento por naturaleza, a pesar de que importantes trabajos de investigación y la práctica internacional demuestran justamente lo contrario.

Lo que se ha pretendido es la toma en consideración de la posibilidad de regular la fiducia como institución polivalente, capaz de organizar con la máxima seguridad jurídica una serie de intereses cuya ordenación homogénea no se encuentra actualmente prevista en el ordenamiento jurídico civil catalán.

Se trata de un tema innovador cuya regulación comportaría, sin duda, un gran impacto en el conjunto del Derecho civil propio de Cataluña y en sus posibilidades en cuanto a la organización económica se refiere. Desde la experiencia de los países cuyos ordenamientos jurídicos acogen la fiducia, y cuyos modelos han sido analizados a lo largo del Congreso, se constata que esta institución actúa como motor de cambio social, en general, y de impulso económico, en particular. Mediante la fiducia se aporta seguridad y, por tanto, se fomenta la constitución de negocios de la más diversa índole (inversión colectiva en bienes de carácter financiero, inversión en bienes muebles, constitución de patrimonios de afectación con finalidad no lucrativa, como pueda ser la protección de la naturaleza, de los discapacitados, de la familia...).

3. Ponencias y comunicaciones

Dado el carácter internacional-europeo del tema tratado en el Congreso, las sesiones del primer día se dedicaron, mayoritariamente, a la exposición de diferentes modelos de *trust* en el derecho comparado europeo. Así, la primera y la segunda ponencia se dedicaron, respectivamente, al concepto, finalidad, utilidad y aplicaciones del *trust* y la fiducia y al *trust* internacional y el *trust* y la fiducia en el derecho comparado.

A lo largo de estas sesiones, además de aspectos concretos relativos a las instituciones de referencia, como puedan ser sus implicaciones en la sucesión de la empresa familiar o la protección del patrimonio del discapacitado, se puso de relieve la utilidad internacional del *trust* y de la fiducia como instrumentos de Derecho privado. Así, se expusieron los problemas acerca de la naturaleza jurídica del *trust* en el sistema del *Common Law*, la experiencia de países como Canadá o el Quebec en la utilización de las figuras como forma de fundación, los modelos negociales en los ordenamientos del *Common Law*, o los problemas que conlleva la implementación del *Trust* según el modelo del *Common Law* en los países del *Civil Law*. También se analizaron determinados aspectos del *trust* y de la fiducia según la regulación, positiva o proyectada, de países como Alemania, Francia, Polonia o Argentina.

Las ponencias correspondientes a la primera y segunda sesión fueron a cargo de Sergio Cámara Lapuente, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja; John Goldsworth, Director de la Revista *Trust & Trustees*;

James E. Penner, Profesor de Derecho del King's College School of Law, de Londres; Esther Muñiz Espada, Profesora de Derecho civil de la Universidad de Valladolid; Teresa Hualde Manso, Profesora de Derecho civil de la Universidad Pública de Navarra; Belén Trigo García, Profesora de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela; Maria Font i Mas, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universitat Rovira i Virgili; Elsa Sabater Bayle, Profesora de Derecho civil de la Universidad Pública de Navarra, Anna Isabel Berrocal Lanzarot, Profesora de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid, José Antonio Serrano García, Profesor de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Francisca Llodrà Grimalt, Profesora de Derecho civil de la Universitat de les Illes Balears; Gerwyn Griffiths, Profesor de Derecho de la Universidad de Glamorgan, Otmar Stöker, Jefe de Negociado Internacional de la Asociación de Bancos Hipotecarios alemanes; Agnieszka Drewicz Tuldzicka, Presidenta de la Asociación de Bancos Hipotecarios Polacos; Joan Rius Riu, del European University Institute de Florencia, y M.^a José Cristià, miembro del Estudio Jurídico Cristià y Asociados, de Argentina.

El mismo día 20, se expusieron, también, un total de cuatro comunicaciones, sobre aspectos muy concretos de la fiducia y del *trust*. Las comunicaciones fueron a cargo de Benedetta Ubertazzi, Profesora de la Universidad de Padua; Hector Simón Moreno, vinculado al área de Derecho civil de la Universitat Rovira i Virgili; Elisabeth Cerrato Guri, Becaria de Derecho procesal de la Universitat Rovira i Virgili; y M.^a Carmen Gómez Buendía, vinculada al área de Derecho romano de la Universitat Rovira i Virgili.

Las sesiones que tuvieron lugar el día 21 versaron sobre la fiducia y el derecho de la empresa, y sobre los patrimonios fiduciarios en el Derecho civil catalán. En estas sesiones se resaltaron aspectos tan interesantes como puedan ser el de la fiducia y los patrimonios de bienes consumibles, los problemas derivados del ejercicio de las facultades de disposición y administración del patrimonio del discapacitado empresario, las cuestiones fiduciarias en la empresa familiar, la utilidad del fideicomiso para la custodia del territorio, o la perspectiva registral del patrimonio fiduciario y de los actos de administración y disposición del mismo. También en estas sesiones se reflexionó sobre la conveniencia de una regulación catalana de la fiducia y sobre su modelo, y se vertieron algunas propuestas de regulación de los fideicomisos en el Código civil de Cataluña.

Las Ponencias de correspondientes a las sesiones del segundo día de Congreso corrieron a cargo de Antoni Bosch Carrera, Notario de Barcelona; Rafael Martínez Díe, Notario de Molins de Rei; José M.^a Fugardo Estivill, Notario de Terrasa; Víctor Garrido de Palma, Notario de Madrid; Adolfo Calatayud Sierra, Notario de Zaragoza y Decano del Colegio de Notarios de Aragón; Esther Arroyo i Amayuelas, Profesora de Derecho civil de la Universidad de Barcelona; Hernán Collado i Urieta, Abogado de Xarxa i Territori; Antonio Pau Pedrón, Registrador de la propiedad, Joaquín M.^a Larrondo Lizarraga, Registrador de la propiedad; Martín Garrido Melero, Notario de Tarragona, Director de la revista *La Notaria*, y Profesor de Derecho de la Universitat Rovira i Virgili.

4. *Objetivos*

Los objetivos perseguidos con la celebración del III Congrès de Dret civil català han sido de carácter tanto general como específico.

Los objetivos de carácter general han sido, a su vez, científicos, divulgativos y prácticos:

a) Científicos, porque el análisis crítico de los proyectos legislativos y del derecho vigente permite la formulación de propuestas de cambio o mejora que contribuyan al desarrollo del derecho civil catalán.

b) Divulgativos, porque la exposición, discusión y debate del tema en el foro del Congreso favorece el conocimiento de la materia tratada y del estado actual de su desarrollo.

c) Formativos, dado que ayuda al profesional en la clarificación o resolución de algunas de las dudas que en la práctica se le pueden plantear.

Los objetivos específicos han pretendido:

a) Analizar el contenido de los artículos 514-1 a 514-13 del Anteproyecto de Codi Civil de Catalunya, como punto de partida de una futura regulación sobre la materia que ofrezca respuesta a las actuales necesidades jurídicas y económicas.

Analizar el impacto económico que la regulación de la fiducia puede suponer para Cataluña.

b) Comparar los diferentes modelos de regímenes fiduciarios y de *trust* existentes en otros países, especialmente los modelos anglosajones, el de Francia (propuesta) y el patrimonio blindado para el mercado hipotecario en Alemania al objeto de analizar la viabilidad de su adaptación en Cataluña.

La consecución de todos estos objetivos ha sido posible por la categoría y calidad de las aportaciones de los diferentes ponentes y comunicantes. Académicos especialistas de diferentes países y en diferentes materias, y prácticos en diferentes ámbitos del derecho expusieron sus ideas y conclusiones, despertando un interés extraordinario, que quedó firmemente reflejado en la intensidad y profundidad de los debates y en el entusiasmo de los asistentes.

5. *Divulgación de los materiales*

Los materiales resultantes del III Congreso de Derecho civil catalán serán divulgados en un libro monográfico, cuya edición y publicación es a cargo de Marcial Pons y de la revista *La Notaría*, y que tiene previsto ver la luz a lo largo del mes de abril de 2006.

Reyes BARRADA ORELLANA
Área de Derecho civil. Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad Rovira i Virgili

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CRESPO MORA, M.^a Carmen: *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, 1.^a edición, ed. Thomson Civitas, 2005, 524 pp.

Tras la lectura de su tesis doctoral acerca de la responsabilidad civil del abogado, M.^a Carmen Crespo Mora, con la amabilidad que la caracteriza, me proporcionó un ejemplar de la misma para la preparación de unas clases que yo debía impartir. Ya entonces le comenté la gran calidad científica que desde mi humilde opinión poseía su trabajo; que, en buena medida se explica, además de por la brillantez intelectual de la autora, por los excelentes apoyos con los que ha contado para su realización, los profesores José María Miquel y Esther Gómez Calle, director y codirectora respectivamente. Me llamó la atención la gran profundidad de la tesis –tanto por la complejidad de las cuestiones con las que se enfrenta como por la exhaustividad y rigor a la hora de tratarlas–, profundidad que, no obstante, viene acompañada de una sorprendente claridad. Con el tiempo, y por ello la felicito, todas estas cualidades han sido reconocidas públicamente; en un primer momento, por los miembros de la Comisión que juzgó su tesis doctoral (los profesores Díez-Picazo, Montés Penadés, López y López, Pantaleón Prieto y Cabanillas Sánchez), en segundo lugar, por la editorial Civitas que decidió publicar su trabajo y, por último, a través de la obtención del VII Premio Francisco de Asís Sancho Rebullida a la mejor tesis doctoral en Derecho civil defendida en el curso 2003-2004.

De una forma sintética, los méritos concretos de la autora en su libro son los siguientes: Por una parte, delimita el campo de actuación de los dos órganos existentes en nuestro ordenamiento encargados de la defensa del cliente, abogado y procurador, y con ello individualiza, en la medida de lo posible, ya que los contornos son borrosos, el ámbito de responsabilidad de cada uno de ellos. Pero no se limita al estudio de la responsabilidad civil de abogados y procuradores, sino que analiza con gran detenimiento la relación contractual del abogado con su cliente. Por otra parte, si los trabajos que se realizan dentro del ámbito académico deben revestir utilidad desde el punto de vista práctico, éste desde luego no carece de esta característica. Basta observar su título; además, el examen de los aspectos teóricos se hace siempre a partir de un análisis profundo de las cuestiones problemáticas que han ido surgiendo en las resoluciones del Supremo y de las Audiencias relativas a los profesionales del Derecho. Basta con observar la lista de sentencias españolas y extranjeras que se recogen en las últimas páginas. En tercer lugar, los trabajos publicados hasta el momento sobre la responsabilidad civil del abogado suelen centrarse en general en aspectos concretos del problema, pero, lo que es más significativo, reducen la responsabilidad contractual del abogado a la existente frente a quien contrata sus servicios. Es este último aspecto donde radica la mayor aportación de la autora. Efectivamente, no hay duda de que

en principio la responsabilidad del abogado frente a su cliente será contractual si aquel incumple o cumple de modo defectuoso el contrato, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación contractual entre ambos. Por el contrario, tanto doctrina como jurisprudencia afirman que, frente a terceros, al no existir relación contractual alguna, la responsabilidad civil del abogado será extracontractual. Sin embargo, la autora, a medida que profundiza en el estudio de la responsabilidad civil del abogado, comienza a darse cuenta de los límites e inconvenientes de esta clasificación y, a la vez, empieza a plantearse si el abogado podrá responder por la normativa reguladora de la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. CC) ante la persona cuyos intereses defiende, aunque entre ambos no haya en sentido estricto vínculo contractual. Esto sucede en algunas hipótesis controvertidas que suscita la práctica de la abogacía: cuando el abogado está unido al cliente por razones de amistad, sin pago del precio por el servicio prestado; cuando el daño deriva de la actuación de un abogado de oficio; cuando la relación contractual se establece entre el abogado y las entidades o empresas que ofrecen asistencia jurídica a sus clientes; en el supuesto del daño sufrido por un afiliado a un sindicato, a consecuencia del comportamiento negligente del letrado, a su vez contratado por el sindicato que ofrece como uno más de sus servicios la asistencia jurídica a sus miembros...

Este trabajo se centra en el ejercicio individual de la profesión, aunque la autora no ignora desde luego la importancia actual de las formas de trabajo profesional asociado (despachos colectivos y asociaciones de abogados con otros profesionales) y los problemas que llevan consigo (entre otros, la identificación de la forma jurídica que tendrá la agrupación, la determinación de la responsabilidad de este tipo de organizaciones y de los miembros que las componen, la naturaleza jurídica de los vínculos contractuales que tienen entre sí los miembros del despacho colectivo...). Ojalá en un futuro M.^a Carmen Crespo Mora decida abordar el análisis pormenorizado de todas estas cuestiones, tarea que en el presente libro queda excluida, y con razón, ya que, como la propia autora indica, la complejidad de la materia daría lugar por sí sola a otra monografía.

En cuanto a su estructura la obra se divide en cuatro capítulos. El primero de ellos (pp. 31 a 65) ofrece una panorámica general de la responsabilidad civil del abogado. Frente a la tendencia a exigir responsabilidad civil a otros profesionales liberales (médicos, aparejadores, arquitectos), en materia de responsabilidad civil del abogado siempre ha existido un pequeño porcentaje de reclamaciones. Ello se explica, entre otros motivos, tanto por la ausencia de conocimientos jurídicos suficientes del cliente para descubrir que el daño tiene como causa el comportamiento poco diligente del abogado, como por la dificultad para encontrar un abogado dispuesto a plantear una demanda de responsabilidad frente a un colega. Pero en los últimos años se ha producido un incremento de las acciones de responsabilidad civil frente a profesionales del derecho, que ha venido acompañado, a la vez, de un cambio de orientación jurisprudencial, más favorable a otorgar una indemnización al cliente. Es otra manifestación más de la caída del privilegio de inmunidad de la que siempre han gozado los profesionales liberales. En relación con las tendencias actuales de la responsabilidad civil de los abogados, la autora señala cómo, ante la tipificación de nuevos delitos relativos al ejercicio de la abogacía previstos en el Código penal de 1995 y ante las mayores facilidades que proporciona a la víctima la vía penal, muchos clientes probablemente vayan a preferir demandar al abogado por la vía penal más que por la vía civil. La

nota característica de la vía penal es que, además de la obtención de una indemnización, el cliente podrá conseguir la correspondiente inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

El segundo capítulo analiza con detenimiento la relación contractual del abogado con el cliente (pp. 67 a 223). Estudia, en primer lugar, dos rasgos peculiares de tal relación contractual: la confianza o *fiducia* y el *intuitu personae*. Después la autora se ocupa de la naturaleza de la prestación principal del abogado. Dicha prestación principal puede consistir en una actividad procesal o en una actividad extrajudicial. Si el objeto es la defensa de intereses del cliente en la vía jurisdiccional, la relación que une a profesional y cliente es un contrato de arrendamiento de servicios. Ahora bien, la normativa del Código civil reguladora del contrato de arrendamiento de servicios es inservible por obsoleta, de ahí que la autora propone que esta relación jurídica se rija por la normativa del mandato, pero por analogía *legis*. Descarta su aplicación directa, ya que ello conduciría a aplicar muchos preceptos que están pensados para una relación naturalmente gratuita. Si, por el contrario, el abogado se compromete a una labor extrajudicial, la gran variedad de actividades que puede asumir (desde la elaboración de un dictamen o informe jurídico, la redacción de un determinado documento, labores de asesoramiento fiscal o laboral, labores de mediación o conciliación con terceros con intereses contrapuestos al cliente, gestión de determinados actos jurídicos...) exige, en cada caso, el examen del objeto y contenido de la prestación principal, con el fin de determinar el marco contractual más adecuado para esa relación jurídica.

La autora mantiene que, con independencia de esta gran variedad de actuaciones asumidas por el letrado, la prestación principal a la que se compromete suele ser una obligación de hacer. Y para que el abogado lleve a cabo esta obligación de hacer, el conocimiento del Derecho constituye un presupuesto imprescindible. Por ello dedica unas páginas en este capítulo a la delimitación del grado o nivel de conocimiento que ha de tener el abogado sobre la legislación y la jurisprudencia, con el fin de que éste efectúe la actividad comprometida. El desconocimiento del Derecho aplicable al caso, si produce daños a la víctima, desencadenará la responsabilidad civil del letrado —siempre que concurren todos los presupuestos necesarios para la existencia de esa responsabilidad—.

En la segunda parte de este mismo capítulo se ocupa de la naturaleza jurídica de las prestaciones accesorias. La obligación del abogado se entiende cumplida sólo cuando se ha realizado la prestación principal conjuntamente con una serie de deberes de prestación de carácter accesorio. El gran problema que se presenta en la práctica es que estas prestaciones no suelen perverse en el contrato de servicios concertado entre cliente y profesional, pero para M.^a Carmen Crespo Mora cabe mantener que tales prestaciones se incluyen dentro del contrato en virtud de la buena fe del artículo 1258 CC, de manera que el incumplimiento de tales prestaciones dará lugar a responsabilidad contractual. La enumeración y concreción de estos deberes de prestación la lleva a cabo la autora a partir del examen de la jurisprudencia. Así, estudia con gran detenimiento el deber de información, el deber de consejo y el seguimiento de las instrucciones del cliente. Aunque es verdad que matiza, en relación con este último, que no siempre constituye un verdadero deber cuyo incumplimiento genera responsabilidad civil; ello dependerá de la incidencia de las instrucciones sobre la independencia técnica

del letrado. En cuanto al deber de información, señala cómo en los últimos tiempos la responsabilidad por informar ha pasado a ocupar un primer plano del interés doctrinal y jurisprudencial, entre otras razones, debido a la gran trascendencia económica de la información que transmite el letrado. En la actualidad hay varias sentencias del Tribunal Supremo que permiten mantener la existencia de una doctrina jurisprudencial definida acerca de la obligación de informar del abogado, como ya había respecto a los médicos y personal sanitario. En concreto, analiza la autora si el deber de informar es una obligación de medios o de resultado, el fundamento de tal deber, los caracteres y alcance del mismo, el contenido de la información, las consecuencias del incumplimiento del deber de informar y la colaboración del cliente. Respecto al deber de consejo, aunque la doctrina suele abordarlo de forma conjunta con el deber de información, la autora considera que las dificultades prácticas para diferenciarlos no justifican el trato uniforme. Mientras que la información es neutra (consiste en la mera transmisión de datos y hechos objetivos), el consejo y la recomendación implican una toma de posición del letrado acerca de un acto futuro del destinatario.

Junto a estos deberes de prestación, estudia, en segundo lugar, los denominados deberes de protección, aunque M.^a Carmen Crespo Mora concluye que, a diferencia de otras prestaciones profesionales (como pueden ser los médicos), resulta muy complicado hablar de deberes de protección en la prestación profesional del letrado. Efectivamente, el deber de prevenir lesiones en la vida e integridad física del cliente nada tiene que ver con la protección convenida entre abogado y cliente; por tanto, la responsabilidad civil que surja ante la infracción por el letrado de tales deberes de protección irá por el cauce del artículo 1902 CC. Por último, hay un tercer grupo de deberes que también la autora trata, que derivan de la buena fe y cuyo incumplimiento desencadena responsabilidad contractual. Pero no los encuadra ni en los deberes de prestación accesorios ni en los deberes de protección, se trata de un tercer *genus*, que ella denomina deberes de lealtad, entre los que se encuentran el deber de secreto y el deber de custodiar los documentos entregados por el cliente.

El Capítulo III tiene por título la «Delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el ejercicio de la abogacía» (pp. 225 a 348). Su principal objetivo es la determinación de la naturaleza jurídica –contractual o extracontractual– de la responsabilidad del abogado cuando quien sufre los daños es la persona cuyos derechos e intereses tutela el letrado, estén o no unidos por un vínculo contractual. Por consiguiente, quedan fuera del estudio de este capítulo los clásicos supuestos de responsabilidad extracontractual frente a terceros extraños, es decir, aquellos casos en que el letrado no conoce al tercero dañado y el tercero es totalmente ajeno al contrato.

La autora hace una selección de las hipótesis que considera más controvertidas. En un primer bloque se encuentran los supuestos en que el abogado defiende los intereses del perjudicado pero no hay una relación contractual entre ellos. Así, cabe citar las relaciones triangulares (responsabilidad civil del abogado de un sindicato y del abogado en el ámbito de la actividad aseguradora), la prestación de servicios por razones de parentesco o amistad y, por último, cuando letrado y cliente contraen un vínculo obligatorio sin que ninguno, o uno de los dos, lo haya querido (contrato impuesto al detenido que se niega a nombrar letrado de su elección). En cuanto al primero de estos casos, las relaciones triangulares, la mayoría de la doctrina sostiene la responsabilidad aquiliana del abogado contratado por un sindicato o por una aseguradora

de responsabilidad civil y de defensa jurídica frente al que disfruta de sus servicios, bien por estar afiliado al sindicato o bien por estar asegurado en la compañía, ya que no hay en sentido estricto una relación contractual entre ellos. Pero la autora mantiene que no puede obviarse la existencia de una relación jurídica obligatoria que une a ambos, muy próxima a la contractual, de manera que la responsabilidad que surge por el incumplimiento de tal relación por el letrado se acerca más a la responsabilidad de los artículos 1101 ss. CC que a la responsabilidad del artículo 1902 CC. Este último parece pensado para situaciones en las que no haya ningún vínculo entre dañante y dañado. Por supuesto, el afiliado o el asegurado también pueden reclamar responsabilidad contractual al sindicato o a la aseguradora.

Respecto a la prestación de servicios por razones de parentesco o amistad, la autora diferencia entre el caso en que el letrado se limita a responder pequeñas consultas jurídicas (aquí, en principio, no debe haber responsabilidad civil salvo dolo) y el caso en que el abogado realiza verdaderos trabajos de defensa de forma gratuita, que sí pueden desencadenar responsabilidad. Frente a un sector de la doctrina que afirma el carácter extracontractual de la responsabilidad civil, puesto que el carácter amistoso y gratuito de la prestación impiden la existencia de un contrato, M.^a Carmen Crespo Mora estima que la ausencia de precio no priva a una relación jurídica de su carácter contractual; la consecuencia de la ausencia de precio será que no habrá contrato de arrendamiento de servicios sino mandato. De ahí que la responsabilidad ha de calificarse como contractual. Y, por último, en la hipótesis en que al detenido o preso se le impone un abogado de oficio porque se niega a nombrar letrado de su elección, ella entiende que entre letrado y cliente se establece una relación obligatoria muy cercana a la contractual, solución avalada por la jurisprudencia que deduce la responsabilidad contractual de cualquier relación jurídica análoga a la contractual (comunidad de bienes, por ejemplo). También es partidaria la autora de aplicar la normativa de los artículos 1101 ss. CC en el caso del artículo 33.2 LEC, en que el cliente solicita la defensa de un abogado de oficio comprometiéndose a pagar sus honorarios; aquí, desde luego, no hay tal contrato forzoso sino voluntario. Por el contrario, en los supuestos de actuación de un abogado de oficio cuando haya beneficio de justicia gratuita, al integrarse aquel en la estructura de la Administración, la responsabilidad de ésta ha de exigirse por los artículos 139 ss. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, porque así lo exige de modo expreso el artículo 26 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

El segundo bloque, formado por hipótesis también controvertidas en cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad del abogado, es aquel en que el letrado defiende los intereses del perjudicado, con el que además tiene un contrato: Así, cuando la acción u omisión del abogado provoca tanto el incumplimiento del contrato como la comisión de un delito tipificado en el Código penal (o el delito de obstrucción a la justicia o el delito de deslealtad profesional). Por otro lado, es discutido el caso de la infracción de deberes precontractuales de buena fe por parte del letrado. Respecto al primer supuesto, la autora mantiene la aplicación de la normativa de la responsabilidad contractual cuando la comisión por el abogado de una de las infracciones tipificadas en el Código penal constituye a la vez incumplimiento de los deberes de prestación a los que se obliga el letrado al contratar con el cliente. Las sentencias que resuelven litigios de responsabilidad penal de los abogados se decantan por exigir al abogado responsabilidad civil conforme a los

artículos 109 ss. Código penal, pero éstos son preceptos que según doctrina mayoritaria regulan la responsabilidad extracontractual. En cuanto a la vulneración de los deberes de buena fe que se producen en la fase de formación del contrato, la autora distingue, por una parte, la responsabilidad del abogado derivada del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y de lealtad. Aquí la responsabilidad precontractual ha de regirse por las normas de la responsabilidad contractual, incluso aunque el contrato no llegue a celebrarse, ya que la relación que entablan cliente y abogado en esta fase puede considerarse análoga a la contractual. En cambio, los deberes precontractuales de protección de la vida e integridad física no son deberes a cargo del profesional frente a su cliente, son deberes que una persona tiene frente a todos. De ahí que el deber de prevenir o evitar lesiones en la vida e integridad física del cliente es una concreción del deber general de no causar daño a otro del artículo 1902 CC.

El cuarto y último capítulo se dedica a los daños derivados de la actuación del abogado (pp. 349 a 416). La autora estudia, en particular, el requisito del daño porque tal presupuesto presenta ciertos rasgos específicos en materia de responsabilidad civil de abogados: Por un lado, la determinación y cuantificación del daño indemnizable alcanza en muchos casos un alto grado de complejidad y, por otro, en la responsabilidad civil del letrado pueden surgir ciertos daños poco frecuentes en otros sectores de la responsabilidad civil. M.^a Carmen Crespo Mora analiza tres tipos de daños: la privación de la pretensión, la pérdida de las expectativas u oportunidades procesales y la privación del derecho a que la pretensión sea examinada por los órganos judiciales. En primer lugar, hay casos en que puede asegurarse, *a priori* o *a posteriori*, la prosperabilidad de la acción o recurso frustrados. El cálculo de la indemnización a percibir por el cliente no plantea aquí grandes problemas, la indemnización de daños y perjuicios coincide con el valor de la prestación frustrada, siempre, claro, que ésta posea valor económico (por ejemplo, la solicitud extemporánea de cantidades al Fondo de Garantía Salarial). Por el contrario, si la pretensión tiene carácter extrapatrimonial (por ejemplo, acción de reconocimiento de paternidad), la concreción de la indemnización suscita las mismas dificultades que la determinación del *quantum* indemnizatorio del daño moral.

En segundo lugar, en la hipótesis de pérdida de las expectativas u oportunidades procesales, se priva de forma definitiva al cliente de la oportunidad de que su pretensión sea estimada por los órganos de la jurisdicción (este perjuicio ha sido calificado por la doctrina con el galicismo «pérdida de una *chance*»). La autora dice que en realidad, de lo que se priva al cliente, es de la probabilidad de conseguir un resultado favorable, puesto que la víctima se encontraba en la posición idónea para obtener tal resultado. Propone como criterio adecuado, para determinar el carácter moral o patrimonial del daño consistente en la pérdida de oportunidad procesal, el examen de la naturaleza de la pretensión fallida, aunque admite que en determinados casos la utilidad de tal criterio resulta cuestionable. Uno de los problemas sin duda más importantes que plantea la pérdida de oportunidades es la determinación del *quantum* indemnizatorio, y uno de los criterios propuestos por la autora es el cálculo aproximado de las posibilidades de éxito o de fracaso de la pretensión perdida. Para ello ha de realizarse por el juez que conoce de la responsabilidad civil «un juicio dentro del juicio», de manera que el órgano judicial ha de examinar el porcentaje aproximado de prosperabilidad que hubiera tenido la pretensión frustrada, aunque es cierto que el juez no contará con

todo el elemento probatorio de que hubiera dispuesto el juez competente. Junto al criterio del «juicio dentro del juicio» suele utilizarse el criterio de la cuantía solicitada en la pretensión frustrada, aunque este último no es válido para las pretensiones judiciales extrapatrimoniales.

Por último, se ocupa de la privación del derecho a que la pretensión sea examinada por los órganos judiciales, que, por otra parte, la jurisprudencia suele identificar con el anterior tipo de daño. Este sí es un perjuicio cierto, con independencia del porcentaje de prosperabilidad del proceso frustrado por el letrado, y según M.^a Carmen Crespo este daño moral no se integra dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Acaba su libro refiriéndose a otras clases de daños que puede ocasionar la defectuosa actuación del letrado, tanto en la actividad procesal como extrajudicial. Por ejemplo, las costas, cuya partida más importante es la correspondiente a los honorarios del abogado, procurador o de ambos.

Como decía al principio de estas líneas, esta obra constituye una buena muestra de cómo cualidades como el rigor intelectual y la claridad son perfectamente conciliables en el ámbito académico. Agradezco mucho a M.^a Carmen Crespo Mora su tenacidad y entusiasmo, que han permitido contar hoy con esta esencial aportación, de lectura obligada para todos los estudiosos de esta difícil materia de la responsabilidad civil. Tenacidad y entusiasmo que han permitido a la autora continuar su carrera universitaria y no rendirse, a pesar de que, como muy bien indica en el prólogo su maestro, José María Miquel, ha atravesado en este largo camino universitario por momentos ciertamente duros y precarios, sobre todo desde el punto de vista material.

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, ed. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2005, 422 pp.

La doctora Blanca Sánchez-Calero dedica un amplio estudio a los aspectos jurídicos de la persona, concretamente, en este caso, a la esfera personal de los menores e incapaces y al alcance que, en dicha esfera jurídica, puede tener la actuación de sus representantes legales.

En el prólogo de esta obra, realizado por la profesora Teodora F. Torres García, se destaca el enfoque que da la autora a este interesante tema, analizando esta materia desde la óptica de los llamados derechos de la personalidad. En efecto, la mayoría de las conductas que llevan a cabo los representantes legales en el ámbito personal de los menores e incapacitados se corresponden con el ejercicio de distintos derechos de la personalidad reconocidos en el propio texto Constitucional, como, entre otros, el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), derechos de la personalidad (derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, art. 18 CE), derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE); respecto de los cuales, en diversos desarrollos normativos, se contemplan intervenciones de los representantes legales de menores e incapacitados.

Desde la década de años ochenta se han ido reformando profundamente las normas reguladoras de instituciones jurídicas tradicionalmente destinadas a la protección de menores e incapaces. Se intenta establecer, como indica la doctora Sánchez-Calero, un equilibrio entre la necesidad de protección de estas personas y las necesidades relacionadas con su propia autonomía; equilibrio que resulta indispensable para promover el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) y, tratándose de incapacitados, promover su rehabilitación en la sociedad (art. 49 CE)

A modo de introducción se exponen brevemente, por una parte, los conceptos, caracteres y normas básicas de los institutos jurídicos destinados a la protección de menores e incapaces; y, por otra parte, se expone una idea fundamental: la existencia de la representación legal no es incompatible con el reconocimiento de un ámbito de capacidad propia del menor o del incapacitado que favorezca su desarrollo como persona. La finalidad de este reconocimiento es el mayor beneficio del menor o incapacitado. Como principio básico de esta materia, analiza la autora detalladamente los diversos aspectos del mismo, destacando su heterogéneo contenido, que hace muy difícil, y quizás inútil, intentar una teoría general sobre la actuación de los menores, dado que en cada momento ha de valorarse la concreta situación del menor, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva. Otro principio de suma importancia es el de la intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad y de la tutela.

Lógicamente, el Capítulo I de esta obra, como no podía ser de otra manera, dado este serio y ambicioso planteamiento, se dedica, por una parte, a la nada fácil tarea de exponer e intentar precisar los distintos conceptos que se han propuesto por la doctrina respecto de los llamados derechos de la personalidad, su naturaleza jurídica y sus principales caracteres; y, por otra parte, se estudia el ejercicio de los derechos de la personalidad por los representantes legales. En materia de patria potestad, recuérdese que el único precepto del Código civil que se refiere a los derechos de la personalidad es el conocido artículo 162.1 CC, que excluye estos derechos, como regla general, del ámbito de representación legal de los padres respecto de sus hijos menores no emancipados.

La autora realiza un completo análisis de este precepto, exponiendo las diversas opiniones que se han mantenido sobre el mismo y llegando a la conclusión de que ante un supuesto de ejercicio de un derecho de la personalidad por un menor, a falta de previsión legal al respecto, habrá que atender a las condiciones de madurez de ese menor en cuestión, y si las posee será el propio menor el que ejercite el acto relativo al derecho de la personalidad de que se trate; en otro caso, careciendo el menor de las necesarias condiciones de madurez, actuarán sus representantes legales. Ahora bien, existiendo una regulación legal precisa, será ésta la que prime en todo caso (art. 4.3 CC). Para determinar esas condiciones de madurez o capacidad natural habrá que atender, en cada caso singular, al sujeto en cuestión y al acto jurídico de que se trate.

Respecto de los menores o incapaces sujetos a tutela, a la vista del artículo 267 CC, la autora considera que el tutor representará al tutelado en el ejercicio de sus derechos de la personalidad, salvo que éste pueda actuar por sí mismo en el caso concreto de que se trate. Si es un menor habrá que atender a sus condiciones de madurez, en el sentido antes indicado; y si está incapacitado, sea menor o no, habrá que atender a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación.

A la vista del derecho fundamental a la libertad personal, la autora estudia el internamiento del menor o incapacitado en un establecimiento psiquiátrico; el cual estará justificado cuando sea la medida más adecuada para procurar la recuperación de la persona, o si esto es imposible, para que no ponga en peligro su vida o la de los demás. Como antecedentes de la actual normativa caber citar un Decreto de 1931, que no aportaba suficientes garantías tanto en el ingreso o internamiento de personas con deficiencias mentales en establecimiento psiquiátricos, como durante su internamiento. Tras la promulgación de la Constitución de 1978 se hace necesaria una reforma de esta materia con profundidad, la cual se lleva a cabo a través de la Ley 13/1983 que introdujo el conocido artículo 211 CC. Esta norma, si bien atribuye una competencia exclusiva a la autoridad judicial, planteaba, sin embargo, una serie de deficiencias, surgiendo críticas no sólo en el ámbito jurídico, sino también en el sanitario. Este precepto sufre una reciente reforma con ocasión de la LO 1/1996, mejorando una serie de aspectos, pero todavía quedaban sin resolver algunas deficiencias. Importantísimo papel asumió, inmediatamente antes de llegar a la normativa actualmente vigente, la STC 129/1999. La regulación actual de esta materia se haya en el artículo 763 LEC de 2000 que la autora analiza exhaustivamente. Con este precepto se gana en precisión sobre el ámbito subjetivo de la norma, ya que se refiere a toda persona, menor o mayor de edad, esté o no emancipada, que como consecuencia de un trastorno psíquico, no se halle en condiciones de decidir el internamiento por sí mismo.

Primeramente se refiere la autora a los internamientos voluntarios, que no necesitan autorización judicial siempre que la persona se halle en condiciones de prestar el consentimiento necesario por sí misma. Ahora bien, ¿pueden prestar ese consentimiento los menores de edad? Blanca Sánchez-Calero considera, a la vista del artículo 162.1 CC, que si el menor goza de un grado de madurez suficiente podrá decidir por sí sólo, sin que actúe la representación legal de sus padres; cuestión distinta es la celebración del correspondiente contrato con el Centro respectivo. Ante cualquier duda que pudiera abrigar el Centro de internamiento sobre la plenitud y las facultades de persona que solicita voluntariamente el ingreso, deberá ponerlo en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal; máxime cuando se trata de un menor de edad.

En cuanto al internamiento involuntario, debe decirse primeramente que se basa fundamentalmente en criterios terapéuticos. La finalidad del internamiento en un establecimiento hospitalario o en un Centro especializado en enfermedades mentales será la de suministrar al internado un tratamiento adecuado a su enfermedad. La finalidad de la preceptiva intervención judicial es, pues, la de controlar un acto esencialmente médico, a los fines de garantizar el derecho fundamental de todo individuo a la libertad personal.

Existen otros tipos de internamiento, cuya posible inclusión en el artículo 763 LEC se cuestiona, como pueden ser los internamientos con finalidad asistencial, o con finalidad educativa o de rehabilitación de personas toxicómanas. En particular, destacan unas interesantísimas observaciones sobre el internamiento de personas de avanzada edad en centros geriátricos o residencias de la tercera edad, considerando que dada la similitud de la finalidad asistencial con la finalidad terapéutica en los internamientos asistenciales, debería considerarse también aplicable el artículo 763 LEC, es decir, que sería muy conveniente la previa autorización judicial cuando se trate de un

internamiento involuntario de una persona que padece un trastorno psíquico y precise atención terapéutica, además de cuidados asistenciales.

Tratándose de internamientos con finalidad educativa, no se precisa autorización judicial si es un menor deficiente psíquico sujeto a la patria potestad de sus padres; en cambio, sí será necesaria si está sujeto a tutela (y sea o no menor), a la vista del artículo 271.1 CC.

El alcance de la autorización judicial comprende únicamente la medida de privación de libertad, pero no alcanza al tratamiento que haya de recibir el internado. Son los familiares o allegados los que han de prestar el consentimiento informado. Ahora bien, se plantea la cuestión sobre si la autorización judicial alcanza también a las restricciones de derechos fundamentales que el internado pueda sufrir como consecuencia del internamiento (libertad, intimidad o secreto de las comunicaciones, uso de medios mecánicos de contención, salas de aislamiento). Se considera que todas estas medidas necesitan de autorización judicial precisa, salvo que se trate de una medida concreta adoptada por una urgencia y con un carácter claramente ocasional. A continuación se analizan los requisitos exigidos por la norma para los internamientos ordinarios (en los que la autorización judicial es previa al internamiento) y los internamientos de urgencia (en los que la autorización judicial es posterior).

Más adelante, Blanca examina los derechos de la personalidad relativos al honor, intimidad y propia imagen. En primer lugar se estudia el consentimiento necesario para excluir el carácter de ilegítimo de una intromisión en los derechos mencionados. La LO 1/1982 exige un consentimiento expreso, aunque gran parte de la doctrina lo interpreta como inequívoco, admitiendo la posibilidad de un consentimiento tácito, si bien otros autores no lo admiten ateniéndose a la literalidad del precepto. Incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es demasiado clara al respecto, como lo demuestra la posible contradicción sobre este tema entre las ss. de 3 de noviembre de 1988 y 19 de julio de 2000 (ampliamente analizada ésta última por la autora).

Otro aspecto a destacar es la posibilidad de revocar ese consentimiento indemnizando los daños y perjuicios, incluyendo las expectativas justificadas. Ahora bien, si el consentimiento se prestó en un contrato, surgen dudas sobre la subsistencia de esa facultad de libre revocación, o si ha habido una especie de renuncia a la misma. La STC 81/2001 distingue claramente entre el derecho fundamental a la propia imagen y la protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen, que afectan a bienes jurídicos distintos de los propios de un derecho de la personalidad y, por tanto, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18 CE. Por tanto, la facultad de revocación queda incólume cuando se trata de esfera moral de la personalidad, cuya protección no se ve cortada por la existencia de un contrato; y cuando se trata simplemente de la esfera pública, profesional o artística de la persona se aplicará el régimen general de los contratos.

Claro que, en mi opinión, ante los muy posibles problemas de interpretación del contrato en cuestión, no debe olvidarse la muy estrecha relación entre este derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad, e incluso al derecho a la identidad de la persona, respecto de los cuales, la posible renuncia a la facultad de revocación, por el hecho de existir un contrato, es más que dudosa.

A continuación se estudia el consentimiento de menores o incapacitados a intromisiones que, sin el mismo, serían ilegítimas. El régimen general se

encuentra en el artículo 3 de la LO 1/1982, que permite a los menores prestar el consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten; en otro caso, lo harán sus representantes legales. Si se trata de incapacitados, habrá que atender a la sentencia de incapacitación. Por tanto, si el menor goza del suficiente grado de madurez, éste prestará el consentimiento a la intromisión; pero en lo que se refiere al contrato sobre estos derechos de intimidad y propia imagen, habrán de actuar sus representantes legales, con el consentimiento del menor si tiene suficiente juicio (art. 162.3 CC). Si el menor carece de las condiciones de madurez necesarias, el consentimiento lo prestará su representante legal, por escrito y con una comunicación del contrato proyectado al Ministerio Fiscal. Un régimen específico se encuentra en el artículo 4 de la LO 1/1996, que se refiere a la difusión de información, la utilización de imágenes o nombre de los menores en medios de comunicación. Se considera que puede haber intromisión ilegítima en su intimidad, honor o reputación o que tales usos puedan ser contrarios a sus intereses, aún cuando medie el consentimiento del menor o de sus representantes legales, en cuyo caso actuará el Ministerio Fiscal a los efectos oportunos. Esta norma introduce una limitación en la capacidad de obrar de los menores respecto al régimen general de la LO 1/1982 antes mencionado, referido, eso sí, sólo a la utilización del nombre y/o imagen del menor en los medios de comunicación, y sólo cuando tal uso pueda suponer un menoscabo en su honra o sea contrario a sus intereses. También hace referencia la autora al supuesto muy particular de difusión de información sobre menores que han sido víctimas de un delito, resaltando en este tema el papel fundamental del Ministerio Fiscal.

En el Capítulo IV, el más amplio de la obra, se estudian diversos aspectos relacionados con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física. Ante su rico contenido, nos limitamos a destacar sus aspectos más sobresalientes.

Así, comienza la autora estudiando el consentimiento informado, por su evidente relación con diversas actuaciones en el ámbito de la salud, que se irán detallando a continuación. El médico tiene la obligación de informar de forma adecuada al paciente antes de cualquier intervención médica. La información correcta se considera un elemento esencial de la *Lex artis ad hoc*; incluso algún autor llega a calificar al consentimiento informado como un derecho fundamental. Su regulación se encuentra en la Ley 41/2002, cuya normativa es exhaustivamente analizada por la autora, fijándose en aspectos tan variados como, entre otros, la información como requisito previo al consentimiento informado, la extensión o alcance de éste y la forma en que ha de prestarse. Aquí simplemente destacaré dos aspectos o cuestiones, el consentimiento legitimador de la actuación médica y la negativa a la actuación médica. Primeramente distingue la autora entre el consentimiento del paciente para someterse a un tratamiento, y el consentimiento para la celebración de un contrato con un médico o con un centro hospitalario. Respecto de este último, nace para el médico la obligación de prestar sus cuidados al paciente y para éste la obligación de satisfacer unos honorarios. La capacidad para prestar el consentimiento al contrato se regirá por las reglas generales de la contratación, por lo que dicho consentimiento deberán prestarlo los representantes legales del menor o incapacitado. Pero debe tenerse en cuenta que si el menor o incapaz tienen suficiente juicio deben consentir la actuación médica, prestando el denominado «consentimiento legitimador» de la intervención médica. Este último se refiere al consentimiento necesario para cualquier intervención médica, con independencia de que la relación médico-paciente

sea contractual o no. La doctrina, considerando que se trataba de un acto relacionado con los derechos de la personalidad, entendía que si el menor tenía capacidad para comprender la trascendencia del acto médico y asumir sus consecuencias debía ser él el que prestase el consentimiento.

Por su parte, la Ley 41/2002, sobre la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al definir el consentimiento informado como libre, voluntario y consciente, manifestado en el pleno uso de sus facultades por el paciente, se deduce que determinadas personas no podrán prestarlo. La propia Ley prevé esta posibilidad señalando una serie de supuestos en los que el consentimiento lo prestará los representantes legales del paciente. Tales supuestos son: el paciente no es capaz de tomar decisiones, o su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación; está incapacitado legalmente; o bien, es un menor de edad que no es capaz de comprender ni intelectual ni emocionalmente el alcance de la intervención, salvo que sean menores de dieciséis años en cuyo caso no cabe la representación legal (si es una actuación de grave riesgo los padres serán informados y su opinión se tendrá en cuenta).

En cambio, tratándose de incapacitados, el artículo 760 LEC ordena que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Como es sabido, aparte de la tutela existe la curatela como régimen de protección de ciertos incapaces, en la cual el curador asiste al incapacitado pero no le representa. Por ello, considera la autora que el segundo supuesto antes indicado, se refiere sólo a los incapacitados sometidos a tutela, o a patria potestad prorrogada o rehabilitada, salvo que el incapacitado sometido a curatela no pudiese prestar consentimiento por su estado físico o psíquico, en cuyo caso estaríamos en el primer supuesto. En este punto es de sumo interés la exposición que hace la autora de la normativa francesa sobre esta delicada materia.

Ahora bien, negar al incapacitado, en todo caso, la posibilidad de prestar su consentimiento en el ámbito de la salud no tiene fundamento legal que lo justifique a la vista de los artículos 162.1 CC, 763 LEC, 3 de la LO 1/1982 y otras múltiples normas propias del ámbito de la sanidad. Por ello considera la autora que la interpretación más lógica es considerar que el precepto se refiere a personas incapacitadas imposibilitadas por la sentencia de incapacitación para prestar consentimiento. Si la sentencia nada dice, podrá el incapacitado prestar el consentimiento para aquellas actuaciones médicas cuyo alcance pueda comprender; en otro caso, el consentimiento lo prestará, lógicamente, su representante legal.

En cuanto a los menores no emancipados con menos de dieciséis años, si es capaz de entender el alcance de la intervención podrá consentir él mismo; en caso contrario, su representante legal, después de escuchar su opinión si el menor tiene por lo menos doce años. Si son menores emancipados o con dieciséis años prestarán el consentimiento por sí mismos no cabiendo la representación; si la actuación es de grave riesgo a juicio del facultativo se tendrá en cuenta la opinión de los padres. El problema puede surgir, como muy bien apunta la autora, cuando la opinión del menor es contraria a la de sus padres y pone en grave riesgo su salud o integridad física. Téngase en cuenta que la voluntad del menor no puede ser suplantada: tener reconocida la facultad de opinar no es lo mismo que tener poder de decisión. Caso distinto es que el médico dude de la capacidad real del menor, en cuyo caso será necesario el consentimiento de los representantes legales del menor porque nos encontra-

ríamos en el primer supuesto, de los anteriormente indicados. Respecto al ejercicio de la representación, la Ley 41/2002 señala que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente, no siendo necesaria, a la vista de la regulación actual y como regla general, una autorización judicial previa a la intervención médica. El otro tema que quería destacar era el de la negativa a la actuación médica. La Ley 41/2002 permite al paciente negarse al tratamiento, salvo que existiese un grave riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias recogidas en la propia ley. No obstante, la Ley guarda silencio sobre la posibilidad de que un representante pueda negarse a una actuación médica indispensable en un menor o incapacitado. En principio no parece posible dado que, como antes vimos, la representación legal se ejercitará en beneficio del menor o incapacitado. Si a juicio del médico la negativa es infundada o desaconsejable, podrá pedirse autorización judicial para adoptar el tratamiento en cuestión. Un supuesto especialmente delicado se produce cuando frente a un determinado tratamiento médico, se antepone creencias religiosas. En este sentido, analiza la autora la controvertida STC 154/2002 en la que se antepone el derecho a la libertad religiosa de los padres frente a cualquier otro derecho o interés jurídico. En cuanto a la negativa del propio menor con suficiente capacidad, dado que siempre será necesario su consentimiento, surge el problema cuando la negativa a la actuación médica le pueda ocasionar lesiones irreversibles o la muerte. Concurren dos intereses en conflicto: el poder de autodeterminación del menor sobre su propio cuerpo y la vida, considerándose que debe primar el segundo, de tal modo que podrá autorizarse la intervención necesaria aún en contra de la opinión del menor (claro que una vez llegada la mayoría de edad cesa el efecto tutelar del ordenamiento a favor de la plena autonomía del individuo). Por ello, y ante un posible delito de lesiones por omisión, es recomendable que el médico, en la duda, consulte a la autoridad judicial. Por último, la actuación médica en contra de la voluntad del menor o incapacitado que carecen de suficiente discernimiento, si es necesaria por no existir otra alternativa, debe practicarse siempre con el consentimiento de sus representantes legales.

Existe otro tema importante, también relacionado con el ámbito de la salud, pero con normativa propia, y es el de los ensayos clínicos para la investigación sobre medicamentos para determinar su inocuidad y/o su eficacia. Una vez expuesta la normativa en cuestión, tanto la española como la francesa, la autora llega a la conclusión de que el menor con suficiente capacidad natural debe prestar consentimiento y en todo caso los mayores de doce años y también deben prestar consentimiento los representantes legales del menor. Debe también comunicarse la actuación prevista al Ministerio Fiscal, que interviene como un mecanismo de control similar al ya examinado en la LO 1/1982. En el caso de incapacitados, lógicamente habrá de tenerse en cuenta lo previsto en la sentencia de incapacitación.

Por lo que se refiere a la extracción y trasplante de órganos, la autora desarrolla un amplio e interesante estudio, recogiendo incluso jurisprudencia norteamericana, sobre todo en relación con el supuesto más problemático que es el donante vivo. Téngase en cuenta que se requiere taxativamente la mayoría de edad para prestar el consentimiento, prohibiéndose a los menores de edad, aun con el consentimiento de sus padres o representantes legales. También quedan excluidos, a juicio de la autora, los menores emancipados. Ahora bien, con respecto a los incapacitados pudiera plantearse la duda sobre

si pueden prestar el preceptivo consentimiento si tienen suficiente grado de discernimiento. La norma aplicable indica expresamente que no puede prestar consentimiento las personas que por deficiencias psíquicas o enfermedad mental no pueden otorgar su consentimiento de forma libre, consciente y desinteresada.

A la vista de este panorama, la autora, con buen criterio en mi opinión, propone distinguir, por una parte, respecto de los menores que carecen de capacidad natural para comprender la trascendencia del acto de extracción de un órgano, aunque sea para trasplantárselo a un familiar, para los que debe negarse toda posibilidad de consentimiento por su parte, ni tampoco cabe ninguna actuación de asistencia o de sustitución de sus representantes legales; por otra parte, tratándose de menores con un claro grado de madurez, e incluso cercanos a la mayoría de edad, podría admitirse una excepción a la regla general de la mayoría de edad, exigiéndose, eso sí, unos requisitos muy concretos que protegiesen los intereses del menor; y, finalmente, respecto de los incapacitados, el problema más serio se plantea cuando no tienen ciertamente suficiente discernimiento como para prestar un consentimiento pero pueden manifestar una cierta voluntad al respecto. En muy particulares circunstancias, y atendiendo sobre todo al propio interés del incapacitado, como pueden ser los efectos perjudiciales psíquicos o emocionales que pueden producirse por la pérdida de un familiar del que siente gran dependencia, puede considerarse la autorización a la extracción de un determinado órgano y su consiguiente trasplante. Tratándose de donante fallecido, la ley considera donante a toda persona de la que no conste su oposición. Si es un menor o un incapacitado, la oposición se puede hacer constar por quienes hubieren ostentado en vida de aquéllos su representación legal. La actuación de los representantes legales en estos supuestos no requiere de autorización judicial, salvo que se trate de casos de muerte accidental y cuando medie una investigación judicial.

Sin embargo, para prestar el consentimiento a la donación de tejidos la norma respectiva exige la mayoría de edad, pudiendo prestar dicho consentimiento los incapacitados mayores de edad con suficiente discernimiento para ello. Como excepción se permite a los menores ser donantes de residuos quirúrgicos, de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea, ya que se trata de elementos de carácter regenerable. La norma exige que el menor debe prestar el consentimiento, pero también ha de figurar la autorización de los padres o tutores, pero surge la duda sobre si los representantes legales pueden sustituir al menor que carece de suficiente discernimiento. Considera la autora que, efectivamente, en este caso los padres pueden consentir, oyendo la opinión del menor si ello es posible. Si el menor se niega habrá de respetarse, en principio, necesariamente su voluntad; si bien, a juicio de la autora, podría haber circunstancias que aconsejasen soslayar ese carácter vinculante de la negativa del menor, contando, en este caso, con autorización judicial.

Asimismo, para la donación de sangre, la norma reguladora exige la mayoría de edad. Los incapacitados con suficiente discernimiento pueden prestar el consentimiento por sí mismos y si carecen del mismo considera la autora que en supuestos verdaderamente excepcionales cabría la autorización por los representantes legales con intervención judicial. Una excepción a la regla de la mayoría de edad sería el caso de autotransfusión en el que el consentimiento lo prestarán los representantes legales o tutor si el paciente es menor de edad o está incapacitado.

Para la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus estructuras biológicas los menores no emancipados y los incapacitados prestarán su consentimiento libre, expreso y consciente concurriendo con el consentimiento de sus representantes legales. Si el menor está ya emancipado se le supone capacidad plena. Si el receptor de estos productos biológicos es menor o está incapacitado será necesario el consentimiento de los padres o representantes legales. Para cualquier intervención sobre el embrión o feto vivo en el útero, cuya finalidad ha de ser diagnóstica o terapéutica, si los progenitores son menores o incapacitados se requiere el consentimiento de los representantes legales.

Hay que resaltar otro tema de interés, analizado exhaustivamente por la doctora Blanca Sánchez-Calero es el de la esterilización del incapacitado. Comienza este amplio y detallado estudio distinguiendo si la medida tiene una finalidad terapéutica, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas a las intervenciones médicas en general, o si sólo tiene una finalidad anticonceptiva, supuesto en el que surgen diversas dificultades o problemas cuando se trata de personas incapacitadas o que están camino de serlo. El Código penal de 1995 permite que cada persona decida sobre su esterilización, pero no respecto de menores o incapaces, ni por sí ni por medio de sus representantes legales. Tratándose de incapacitados se permite la intervención de terceros con determinados requisitos y bajo autorización judicial.

De los antecedentes normativos y de la STC 215/1994, que fundamenta la constitucionalidad de la actual normativa, se puede decir que se posibilita a las personas que padecen una grave deficiencia psíquica el ejercicio de su sexualidad, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prevenir ni asumir conscientemente por razón, precisamente, de su enfermedad psíquica, resaltándose la idea de que la esterilización de los incapacitados debe estar justificada en el interés prioritario y realmente único del propio incapaz.

La persona cuya esterilización se solicita ha de estar previamente incapacitada, por lo que sólo es posible sustituir el consentimiento para la esterilización de las personas judicialmente incapacitadas; las que no lo estén deberán dar ese consentimiento por sí mismas. Por tanto, para esterilizar a un incapaz de hecho, que no puede consentir por sí mismo, deberá procederse primero a su incapacitación. Además, la deficiencia mental ha de ser grave. Para determinar en qué consiste la gravedad de la deficiencia psíquica, el Juez deberá atender a si la enfermedad que sufre el incapacitado le permite el ejercicio de la sexualidad pero no asumirla (ni consentir por sí mismo a la esterilización). En definitiva, ha de ser una enfermedad bastante grave como para que justifique una incapacitación, pero ha de ser una deficiencia psíquica en cierto modo leve permitiéndole el ejercicio de la sexualidad y al mismo tiempo grave, no permitiéndole asumir sus consecuencias.

A este respecto, señala la autora como, en varias ocasiones, se produce una disparidad de criterios a la hora de interpretar el artículo 156 CP, dando lugar a sentencias que se ajustan a una interpretación literal negando la autorización porque la deficiencia psíquica no presentaba la gravedad legalmente exigida, y otras sentencias, quizás con más acierto, se basan en un criterio finalístico a la hora de valorar la gravedad de la enfermedad. Propone la autora una cierta reforma del artículo 156 CP en este aspecto. A cuyo tenor, cabría destacar el principio del mayor interés del incapaz como prevalente, aunque pueden concurrir con los intereses de otras personas, como los padres; el Juez no puede actuar de oficio, por lo que es necesaria la petición

expresa de los representantes legales. Es necesario, además, el dictamen de dos especialistas, uno de ellos ha de ser psiquiatra. Debe haber también una previa exploración del incapacitado, realizada personalmente por el Juez y debe intervenir el Ministerio fiscal y, por último, puede solicitarse la autorización a la esterilización en el mismo procedimiento de incapacitación.

Finaliza esta parte de la obra, dedicada a diversos aspectos relacionados con la salud, con un estudio relativo al aborto, centrándose, claro está en el consentimiento dado por mujeres menores o incapaces y en el consentimiento prestado por los representantes legales. Respecto de la primera cuestión, se considera que la embarazada menor de edad capaz de comprender el alcance de la intervención podrá prestar consentimiento junto con el de sus padres o representantes legales; si es mayor de edad pero está incapacitada, bastará su consentimiento si tiene capacidad para prestarlo y en caso contrario lo darán sus representantes legales. En cuanto a la segunda cuestión, surge la duda sobre si será necesaria o no una previa autorización judicial. Considera la autora que cuando el aborto tiene una finalidad ética o eugenésica, dado que no hay peligro para la salud o la vida de la embarazada sería aconsejable una previa autorización judicial. En la práctica se solicita la autorización judicial cualquiera que sea la finalidad del aborto, incluso en el caso de finalidad terapéutica. En caso de urgencia por riesgo vital de la gestante, lógicamente no será necesario el consentimiento de los representantes legales ni la autorización judicial.

Finaliza este apartado, por una parte, resaltando la necesidad de una regulación concreta y actual que regule los supuestos de aborto no punible y el régimen jurídico del consentimiento; y, por otra parte, se expone un interesante estudio de Derecho comparado, con una sucinta exposición de la normativa de Italia y de Francia.

Seguidamente se estudian los principales supuestos de adquisición de la nacionalidad española en los que el Código civil prevé la actuación de los representantes legales, bien en sustitución de los menores de catorce años o bien como asistentes de los menores con más de catorce años; además, claro está, de su posible participación respecto de menores o mayores de edad incapacitados, en la medida indicada en la sentencia de incapacitación. En la disciplina actual del Código civil sobre esta materia podemos encontrar algún otro supuesto de actuación de la representación legal, como puede ser el recientemente reformado artículo 24.1, primer párrafo, sobre la declaración de mantener la nacionalidad española, que puede ser emitida antes de la emancipación, y en el artículo 25.2, sobre la pérdida de la nacionalidad, que no afectará a terceros de buena fe, por lo que deducir que, en su momento, actuó en beneficio de estos terceros, precisamente la representación legal que sobre los mismos ostentaba el ahora sancionado.

Finaliza esta obra con un interesante análisis sobre el posible ejercicio de acciones de carácter personalísimo por parte de los representantes legales de los titulares de tales acciones. Primeramente realiza la autora un brillante estudio de la importante STC 311/2000 en la que se permitió el ejercicio de una demanda de separación o de divorcio por la representante legal de la esposa incapacitada. El Tribunal Constitucional lo admite siempre que se ejercite de un modo claro en beneficio o interés del tutelado y bajo control judicial. A continuación se desarrollan unas interesantes reflexiones sobre el carácter personalísimo de ciertos actos y la actuación de los representantes legales. Señala la autora que el acto en cuestión seguirá siendo personalísimo a pesar de la actuación representativa porque el tutor está buscando el interés

directo e inmediato del incapacitado y no el suyo propio, actuando en su nombre, es decir, sustituyéndole. Cuando se dice que en los actos personalísimos no cabe la representación, no puede ponerse en un mismo plano la voluntaria y la legal, porque en esta última el representado no puede actuar por sí, y la única forma en que puede ejercitar sus derechos es mediante la actuación de su representante legal.

En fin, a juicio de Blanca, para que esto sea admisible han de concurrir ciertos requisitos: que el incapacitado no tenga capacidad para actuar por sí mismo; que la actuación del representante legal busque el mayor interés del incapacitado; que se obtenga la previa autorización judicial; y, finalmente, que una norma legal no impida expresamente la actuación del representante legal.

En conclusión, es claro que nos encontramos con un análisis muy completo de la esfera jurídica de los menores en su aspecto personal, lo original radica en el enfoque, tomando como punto de partida los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Ciertamente, como bien indica la autora, existen ámbitos en los que sería muy recomendable una reforma normativa, en pro, lógicamente, de un mayor nivel de seguridad jurídica, lo cual es de indiscutible necesidad cuando se trata de los intereses de menores o de personas incapacitadas. Por eso es una obra recomendable, no sólo por su estudio certero y completo, sino también por sus críticas y propuestas de meditadas reformas. Sólo nos queda esperar la otra parte de la tesis, la referida a los aspectos patrimoniales en la actuación de los representantes legales, que mantenga estas características, conservando su estilo profundo y claro, y que salga pronto. Su lectura resulta de interés y provecho.

Carlos Javier VATTIER LAGARRIGUE
Profesor Asociado
Facultad de Derecho de Burgos

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.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*–Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa», en *La Ley*, 2005-3, D-167.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: «Protección de datos y Registros de la Propiedad y Mercantil. La necesidad de una pronta adaptación normativa», en *La Ley*, 2005-3, D-153.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)», en *La Ley*, 2005-2, D-96.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)», en *La Ley*, 2005-2, D-96.

CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús: «Efectos de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desestimatoria del recurso, expresa o por silencio administrativo», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 797 ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho

- comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa», en *La Ley*, 2005-2, D-101.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más coherente», en *La Ley*, 2005-2, D-49.
- GÓMEZ BORRÁS, Marta: «La nueva retórica y el nuevo lenguaje jurídico», en *RJN*, núm. 39, 2005, pp. 97 ss.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «Aplicación por el notario de la equidad», en *RJNot.*, núm. 53, 2005, pp. 191 ss.
- MOZOS, José Luis de los: «Reflexiones sobre derecho, justicia y libertad en el segundo centenario de la muerte de Kant», en *RGLJ*, núm. 2, 2005, pp. 167 ss.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «La transferencia internacional de datos de carácter personal y el Derecho internacional privado», en *La Ley*, 2005-2, D-95.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Documentos y documentadotes en el formulario notarial de Ibn al'Attar», en *RJNot.*, núm. 54, 2005, pp. 163 ss.
- RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P.: «La costumbre y el Derecho consuetudinario gallego», en *RJNot.*, núm. 54, 2005, pp. 187 ss.
- TORRES LANA, José Ángel: «La publicación on line de la norma jurídica», en *RDNT*, núm. 8, 2005, pp. 17 ss.
- TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús: «La calificación registral de documentos judiciales», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 927 ss.
- TRIGO GARCÍA, Belén: «Normas consuetudinarias y recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 2005, pp. 2565 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALONSO HERREROS, Diego: «Reflexiones sobre el derecho de información del paciente, instrucciones previas e historia clínica, en la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre», en *RJNot.*, núm. 53, 2005, pp. 95 ss.
- BARREIRO PEREIRA, Xosé Antón: «Autotutela e incapacitación voluntaria», en *RDF*, núm. 28, 2005, pp. 71 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 37 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Intromisión en el derecho al honor y a la intimidad. Utilización de medios coactivos e intimidatorios para exigir el pago de una deuda. Honor militar. (Comentario a la STS de 1 de julio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 765 ss.

- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «El derecho al honor: actualidad y crisis del concepto», en *Actualidad Civil*, núm. 14, 2005, pp. 1669 ss.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «Tres sentencias del Tribunal Constitucional ponderando el honor y la libertad de información», en *La Ley*, 2005-2, D-64.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, 2005-3, D-126.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2005, pp. 1925 ss.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, M.^a José: «El estatuto especial determinado por el sistema convencional de doble nacionalidad bilateralmente reconocido», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 2005, pp. 2565 ss.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Auto de aclaración de sentencia recaída en proceso de incapacitación que rectifica ésta atribuyendo el ejercicio de la patria potestad de modo diferente al establecido en sentencia anterior recaída en proceso matrimonial. (Comentario a la STS de 2 de julio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 779 ss.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea: el caso Berlusconi y el derecho de petición en la Constitución Europea», en *GJ*, núm. 236, 2005, pp. 3 ss.
- LA CASA, Rafael: «Algunas cuestiones sobre el concurso de las asociaciones», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 129 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 65 ss.
- MIRA ROS, Corazón: «La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, 2005-3, D-126.
- MONTÓN GARCÍA, María Lidón: «Legitimación de asociaciones y entidades para la defensa de intereses de consumidores y usuarios. Significación y consecuencias de los conceptos estar legalmente constituidas y ser representativas conforme a la ley», en *La Ley*, 2005-2, D-54.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «La transferencia internacional de datos de carácter personal y el Derecho internacional privado», en *La Ley*, 2005-2, D-95.
- ORTEGA REINOSO, Gloria: «Sociedades profesionales», en *RJNot.*, núm. 54, 2005, pp. 117 ss.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 865 ss.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», en *CDJ*, III - 2004, pp. 23 ss.

- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María: «La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de automatización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del art. 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RDP*, mayo-junio, 2005, pp. 51 ss.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: «La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas», en *La Ley*, 2005-2, D-46.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Derecho a la intimidad e identidad genética», en *RDF*, núm. 27, 2005, pp. 63 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ACEBES CORNEJO, Raúl: «Las obligaciones de hacer y de no hacer en la sucesión mortis causa», en *RJNot.*, núm. 53, 2005, pp. 9 ss.
- «Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo», en *RJNot.*, núm. 54, 2005, pp. 9 ss.
- ALCÁNTARA, José M.: «Propuesta de anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima. Algunas reflexiones desde la plaza y una valoración», en *DN*, núms. 178-179, 2005, pp. 17 ss.
- ALONSO HERREROS, Diego: «Reflexiones sobre el derecho de información del paciente, instrucciones previas e historia clínica, en la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre», en *RJNot.*, núm. 53, 2005, pp. 95 ss.
- ADÁMEZ MARTÍNEZ, Miguel Ángel: «Cesión de créditos: procedencia: conocimiento por el deudor de la transmisión del crédito. Fianza/aval a primer requerimiento: efectos sobre la misma de la transmisión del crédito: diferencias con la garantía a primer requerimiento. Contrato de factoring: concepto, clases y efectos. (Comentario a la STS de 28 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 621 ss.
- ALMAGRO NOSETE, José: «La responsabilidad judicial civil (España)» en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2005, pp. 1797 ss.
- AZOFRA, Fernando y MALKI, Sonia: «La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», en *RCDI*, núm. 688, 2005, pp. 525 ss.
- BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio: «Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro (Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado)», en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 501 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Contrato de edición: contrato de encargo de obra; contrato de colaboración; indemnización de daños y perjuicios por falta de licencia: daño material y daño moral. (Comentario a la STS de 1 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1304 ss.
- BERGEL SAINZ DE BARANDA, Yolanda: «Sobre la posibilidad de resolver los contratos de préstamo vinculados a un contrato de aprovechamiento por turno en el caso de pagos anticipados prohibidos. Comentario a la sen-

- tencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 10 de mayo de 2002», en *La Ley*, 2005-2, D-84.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 37 ss.
- BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene: «Sobre la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea por el incumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de OMC», en *REDE*, núm. 15, 2005, pp. 345 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «La presencia tácita en la segunda instancia del deudor solidario no recurrente, o el beneficio en su provecho del pronunciamiento favorable. La fuerza expansiva de la solidaridad favorece a todos los deudores solidarios demandados no recurrentes cuando otro de los deudores obtiene la desestimación de la demanda al ver estimado su recurso. (Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1171 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Intromisión en el derecho al honor y a la intimidad. Utilización de medios coactivos e intimidatorios para exigir el pago de una deuda. Honor militar. (Comentario a la STS de 1 de julio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 765 ss.
- CALZADILLA MEDINA, María Aránzazu: «Compraventa de inmuebles escriturada. Simulación contractual relativa acreditada. Donación encubierta. Interpretación errónea de los artículos 618 y siguientes en relación con el artículo 633, todos ellos del Código civil. Circunstancias del caso concreto. (Comentario a la STS de 7 de octubre de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 813 ss.
- CANO VILÁ, Eva: «Daños por incendio en una nave industrial que se propagó a otras instalaciones. Ausencia de responsabilidad del propietario de la misma. Acto provocado intencionadamente por un tercero que entró clandestinamente en la nave. (Comentario a la STS de 2 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 655 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Arrendamientos urbanos de local de negocio: duración. Reclamación de rentas pactadas. Desistimiento del arrendatario. (Comentario a la STS de 10 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 603 ss.
- CARRILLO POZO, Luis F.: «La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia», en *RPJ*, núm. 74, 2004, pp. 11 ss.
- CORCHERO PÉREZ, Miguel Ángel: «La protección de los consumidores y la radical transformación del Derecho español», en *La Ley*, 2005-3, D-176.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «El derecho de regreso y la insolvencia de algún fiador en la confianza», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 775 ss.
- CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de: «Los anhelos como objeto de resarcimiento (A propósito de una resolución judicial)», en *RGLJ*, núm. 2, 2005, pp. 229 ss.

- DELGADO CORDERO, Ana M.^a: «Contrato de leasing: régimen jurídico. Figuras contractuales afines: compraventa a plazos y contrato de renting. Comentario a la Sentencia del TS de 14 diciembre 2004 (RJ 2004, 8039)», en *RDPat.*, núm. 15, 2005, pp. 17501 ss.
- DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «Cuestiones procesales en la Ley 49/2003, de Arrendamientos Urbanos», en *CDJ*, IV-2005, pp. 51 ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa», en *La Ley*, 2005-2, D-101.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más coherente», en *La Ley*, 2005-2, D-49.
- FERNÁNDEZ DE MARCOS MORALES, Ramón J.: «La contratación en las nuevas tecnologías y sus conexiones con la jurisprudencia romana clásica», en *RJNot.*, núm. 53, 2005, pp. 161 ss.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial. (Comentario a la STS de 10 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 509 ss.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: «Responsabilidad médica. Límites de la información al paciente. Doctrina del daño desproporcionado. Aplicación a los servicios sanitarios del artículo 28 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. (Comentario a la STS de 7 de octubre de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 831 ss.
- GARCÍA GARNICA, M.^a del Carmen, y ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Los fondos de inversión inmobiliaria. Aproximación a su régimen jurídico», en *RCDI*, núm. 690, 2005, pp. 1221 ss.
- GARCÍA LÓPEZ, Petronila: «Construcciones efectuadas en régimen de autopromoción individual y exoneración de la obligación de constituir las garantías previstas en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *La Ley*, 2005-3, D-124.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «La firma electrónica. Los documentos electrónicos. Análisis del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre», en *Actualidad Civil*, núm. 17, 2005, pp. 2064 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Promesa bilateral de compraventa pendiente de ejecución y concurso de promitente comprador», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 523 ss.
- «Contrato de factoring: transmisión plena de los créditos cedidos y tercera de dominio; el riego de insolvencia del deudor cedido: naturaleza disponible de los artículos 1529 CC y 348 C de C. (Comentario a la STS de 6 de octubre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1093 ss.

- GIMENO SENDRA, Vicente: «La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, 2005-3, D-126.
- GÓMEZ MENDOZA, María: «Comercio electrónico y tarjetas de pago», en *RDBB*, 2005, núm. 99, pp. 227 ss.
- GONZÁLEZ CASO, Joaquín: «El plazo y la renta en los contratos de arrendamientos rústicos», en *CDJ*, IV – 2005, pp. 83 ss.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier: «La incorrecta transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas al ordenamiento jurídico interno español. (A propósito de la sentencia de 9 de septiembre de 2004)», en *REDE*, núm. 15, 2005, pp. 431 ss.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «Las condiciones generales en la contratación electrónica bancaria», en *RDNT*, núm. 8, 2005, pp. 131 ss.
- HERAS HERNÁNDEZ, Mar: «La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo», en *RDP*, mayo-junio, 2005, pp. 27 ss.
- HERNÁNDEZ TORRES, Amaya: «La protección de los consumidores y la radical transformación del Derecho español», en *La Ley*, 2005-3, D-176.
- HUALDE MANSO, Teresa: «Inmisiones provocadas por establecimientos industriales autorizados (Comentario a la sentencia T.S.J. de Navarra de 3 de mayo de 2004)», en *RJN*, núm. 39, 2005, pp. 177 ss.
- JUAN I CASADEVALL, Jordi de: «La tutela des creditors del donant al dret civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 1109 ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Los derechos de adquisición preferente en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en *CDJ*, IV–2005, pp. 15 ss.
- LEGIDO LÓPEZ, Epifanio: «Estudio de las disposiciones generales de la Ley de Arrendamientos Rústicos», en *CDJ*, IV–2005, pp. 167 ss.
- LEMA DEVESA, Carlos, y TATO PLAZA, Anxo: «La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista», en *DN*, núms. 183, 2005, pp. 5 ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «La triple regulación de la responsabilidad civil de los padres derivada de los actos dañosos de sus hijos menores de edad», en *RDPat.*, núm. 15, 2005, pp. 123 ss.
- LÓPEZ DÍAS, Juan José: «Valoración de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos por el mundo agrario, con especial referencia a la forma y duración de los contratos», en *CDJ*, IV–2005, pp. 35 ss.
- MALKI, Sonia, y AZOFRA, Fernando: «La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», en *RCDI*, núm. 688, 2005, pp. 525 ss.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «Armonización internacional de las reglas sobre interpretación de los contratos», en *RCDI*, núm. 688, 2005, pp. 583 ss.
- «Los vicios de la voluntad en los principios de Derecho Contractual Europeo», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 887 ss.

- LÓPEZ MESA, Marcelo J.: «La responsabilidad profesional: tendencias apreciables en la doctrina y jurisprudencia europea actual», en *RGLJ*, núm. 1, 2005, pp. 37 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «Responsabilidad extracontractual por actuación judicial negligente», en *La Ley*, 2005-2, D-798
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Limitación de la responsabilidad en la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima (2004)», en *La Ley*, 2005-3, D-113.
- MAS BADÍA, María Dolores: «Contrato de fianza. Extinción por hechos del acreedor que lesionen el derecho del fiador a quedar subrogado en la posición del acreedor en los términos del artículo 1852. Improcedencia. Ejercicio legítimo de las acciones del acreedor frente al deudor. (Comentario a la STS de 3 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 671 ss.
- MATEU DE ROS, Rafael: «Los contratos bancarios a distancia. La revisión de la Circular 3/2001 del Banco de España y la contratación electrónica», en *RDBB*, núm. 98, 2005, pp. 83 ss.
- MEDIAN ALCOZ, María: «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», en *RDP*, mayo-junio, 2005, pp. 79 ss.
- MENÉNDEZ MATO, Carlos: «Contrato de seguro: perfección del contrato. Formalización por escrito: carácter *ad probationem* y no *ad solemnitatem* o *ad substantiam*. Formación del contrato: solicitud, proposición y aceptación del contrato: función de la póliza. Modificación del contrato y ampliación de cobertura. Régimen específico de las condiciones generales del contrato. La apreciación de la existencia del contrato corresponde al tribunal de instancia: matices. (Comentario a la STS de 30 de noviembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1235 ss.
- MEZQUITA, M.^a Dolores: «El crédito refaccionario en la Ley Concursal», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 275 ss.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando: «Minando al arbitraje», en *La Ley*, 2005-3, D-170.
- MIRA ROS, Corazón: «La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, 2005-3, D-126.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Denuncia de un contrato de agencia. Efectos derivados del ejercicio de la facultad de denuncia. Indemnización por clientela. Indemnización de daños y perjuicios. (Comentario a la STS de 30 de abril de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 557 ss.
- «Contrato de edición: contrato de encargo de obra; contrato de colaboración; indemnización de daños y perjuicios por falta de licencia: daño material y daño moral. (Comentario a la STS de 1 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1304 ss.
- «Contrato de descuento cambiario. Efectos de la prescripción cambiaria sobre la relación causal. Contenido jurídico obligacional del contrato.

- Incumplimiento de la carga que pesa sobre el descontante de restituir el crédito cedido en los mismas condiciones que lo recibió. (Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1225 ss.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La configuración del deber de declaración del riesgo en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Artículos 10 y 89», en *La Ley*, 2005-2, D-87.
- MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «Seguro a primer riesgo. Prueba de la preexistencia de los bienes asegurados. (Comentario a la STS de 29 de octubre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1155 ss.
- «La prueba de la preexistencia de los bienes asegurados en el seguro a primer riesgo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2004)», en *RDM*, núm. 56, 2005, pp. 717 ss.
- ORTEGA LLORCA, Vicente: «La Ley de Arrendamientos Rústicos y la regulación de éstos en los derechos civiles forales», en *CDJ*, IV-2005, pp. 273 ss.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio y GARCÍA GARNICA, M.^a del Carmen: «Los fondos de inversión inmobiliaria. Aproximación a su régimen jurídico», en *RCDI*, núm. 690, 2005, pp. 1221 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Venta en garantía y pacto comisorio. Oponibilidad del derecho de retención a otros acreedores. (Comentario a la STS de 26 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 797 ss.
- «Nulidad de préstamo por usura; nulidad de la cesión del contrato y nulidad de la hipoteca que garantiza el crédito del cesionario. (Comentario a la STS de 28 de octubre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1133 ss.
- PÉREZ SAN FRANCISCO, Lorenzo: «Análisis teleológico de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos», en *CDJ*, IV-2005, pp. 147 ss.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Concepto de promotor. Responsabilidad por defectos en la edificación de las gestoras de comunidades de propietarios y de cooperativas de viviendas. Principio de dualidad de partes. Deudas de valor: sistema de estabilización de valor adquisitivo e intereses procesales. (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1263 ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales», en *La Ley*, 2005-2, D-48.
- PRADO BERNABEU, Raimundo: «Diferencias y similitudes con la legislación derogada», en *CDJ*, IV-2005, pp. 129 ss.
- Examen comparativo de las leyes de arrendamientos rústicos derogada y vigente.
- PUENTE DE ALFARO, Fernando de la: «Novación de la obligación accesoria de intereses y modificación de la cobertura hipotecaria», en *RCDI*, núm. 690, 2005, pp. 1359 ss.

- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Apuntes sobre la responsabilidad civil del facultativo por denegación de asistencia médica», en *La Ley*, 2005-2, D-80.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «Incorrecta transposición de la noción de vínculo estrecho con el territorio comunitario de las Directivas de Consumo (STJCE de 9-9-2004, as. 70/03 Comisión c. España)?», en *RDCE*, núm. 210, 2005, pp. 537 ss.
- RAMOS VILLAR, Ignacio y SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La titulación como mecanismo de transmisión y redistribución de riesgos. Aproximación jurídica», en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 697 ss.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Seguro de vida. Deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro: faltas y omisiones. Consecuencias jurídicas. Incongruencia de las sentencias. Intereses moratorios en el contrato de seguro. (Comentario a la STS de 7 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 685 ss.
- RIVES SEVA, José María: «Apuntes sobre la responsabilidad civil en la edificación. La llamada responsabilidad decenal», en *La Ley*, 2005-2, D-97.
- RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, Daniel: «La compleja situación del crédito del promitente de venta en el concurso del promitente de compra», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 537 ss.
- ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo: «En torno al concepto de consumidor en el Derecho Comunitario. A propósito de la STJCE Gruber vs. Bay Va», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2005, pp. 2704 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Acción directa en el contrato de obra. Aplicabilidad a subcontratos de cualquier grado. Ratio de la figura. Su supuesto de hecho. Naturaleza jurídica. Pretendida excepcionalidad de la norma. Forma de ejercicio de la facultad concedida por el artículo 1597 CC. ¿Preferencia para el cobro? Excepciones oponibles. ¿Inmoviliza la acción directa el crédito del contratista? (Comentario a la STS de 31 de enero de 2005)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1321 ss.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Hipoteca de constitución unilateral», en *RCDI*, núm. 690, 2005, pp. 1321 ss.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «El cumplimiento del contrato en el anteproyecto de Código europeo de contratos», en *RDP*, septiembre-octubre, 2005, pp. 351 ss.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: «Valores negociables, instrumentos financieros y otros esquemas contractuales de inversión?», en *RDBB*, 2005, núm. 99, pp. 7 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Tarjetas de crédito y tutela del consumidor», en *RDBB*, núm. 98, 2005, pp. 83 ss.
- SARTI MARTÍNEZ, María Amparo: «Modificaciones y cuestiones nuevas que deberían incluirse en la futura reforma de la Ley de Contrato de Seguro», en *DN*, núms. 180, 2005, pp. 5 ss.

- SCHLECHTRIEM, Meter, y PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Interpretación en clave nacional de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías: STPI de Tudela (España), de 29 de marzo de 2005», en *DN*, núms. 180, 2005, pp. 23 ss.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: «El Convenio arbitral y de Ley aplicable en los seguros marítimos y su eficacia frente a terceros en el Derecho español e inglés», en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 643 ss.
- SURROCA COSTA, Alfonso: «Responsabilidad civil por culpa extracontractual. Graves lesiones padecidas por trabajador de la construcción, encargado de una máquina excavadora, como consecuencia de la caída producida por el desmoronamiento de un terraplén. Responsabilidad civil del arquitecto superior como director de la obra. (Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 921 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Cesión de derechos correspondientes a agente de seguros y de cartera de seguros a cambio de una renta.- Invalidez (no se aprecia) por error; por indeterminación del objeto.- Cláusula *rebus sic stantibus*. (Comentario a la STS de 12 de noviembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 863 ss.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Interpretación del contrato. Término. Renuncia de derechos. Buena fe. Enriquecimiento injusto. (Comentario a la STS de 15 de diciembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, p. 1255 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «El deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción de clausulados de contratos de seguro», en *La Ley*, 2005-3, D-166.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español», en *RDPat.*, núm. 15, 2005, pp. 25 ss.
- YZQUIERDO, Mariano: «Los créditos por responsabilidad extracontractual en la Ley Concursal», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 101 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto: «La hipoteca y sus requisitos de validez: A propósito del artículo 1099 del Código Civil de 1984», en *RCDI*, núm. 690, 2005, pp. 1375 ss.
- ANCHÓN BRUÑÉN, M.^a José: «El tercer poseedor de bienes embargados y su intervención en el proceso de ejecución», en *RCDI*, núm. 688, 2005, pp. 431 ss.
- AZOFRA, Fernando y MALKI, Sonia: «La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», en *RCDI*, núm. 688, 2005, pp. 525 ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: «Un apunte sobre la naturaleza de la función registral y de los procedimientos a través de los que desarrolla. La conveniencia de un debate», en *RCDI*, núm. 690, 2005, pp. 1195 ss.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derecho a la propiedad privada: atribución al Estado por el art. 29.2 de la Ley General Presupuestaria de 1988 de los saldos de cuentas corrientes abiertas en entidades financieras, respecto de las cuales en el plazo de veinte años no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad. (Comentario a la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 204/2004, de 18 de noviembre), en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 893 ss.
- «Contrato de edición: contrato de encargo de obra; contrato de colaboración; indemnización de daños y perjuicios por falta de licencia: daño material y daño moral. (Comentario a la STS de 1 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1304 ss.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «Bibliotecas jurídicas y propiedad intelectual», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 999 ss.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús: «Efectos de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desestimatoria del recurso, expresa o por silencio administrativo», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 797 ss.
- TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús: «La calificación registral de documentos judiciales», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 927 ss.
- DÍAZ GARCÍA, Helena: «Extensión de la hipoteca a una vivienda elevada sobre la finca hipotecada. (Comentario a la STS de 8 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 705 ss.
- «Procedimiento judicial sumario. Emplazamiento edictal de anotante de embargo cuyo domicilio consta en el Registro de la Propiedad: nulidad de actuaciones. Tercero hipotecario: inexistencia: nulidad del título adquisitivo del tercero-cesionario del remate. Constitución de hipoteca por el cesionario del remate: el acreedor hipotecario no es tercero del artículo 34 LH porque al momento del otorgamiento de la escritura pública el hipotecante no era titular registral todavía. (Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1035 ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad» en *RCDI*, núm. 688, 2005, pp. 483 ss.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: «El exceso de cabida reflejado en escritura de aportación social de bienes a la sociedad anónima como título de prescripción adquisitiva. (Comentario a la STS de 14 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 893 ss.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «Modelos de utilidad. Acción por vulneración de derechos de la propiedad industrial: procedencia. Reconvenición: no puede estimarse al existir diferencias esenciales entre el modelo de utilidad de la actora y la patente confrontada, de las que se deriva una ventaja práctica apreciable en la utilización del aparato. Dictamen de peritos: impugnación en casación: improcedencia; seguimiento de las conclusiones del informe de la OEPM en defecto de las establecidas en el informe pericial: uso ponderados de las facultades judiciales de apreciación. (Comentario a la STS de 30 de septiembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1059 ss.

- FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: «De nuevo en torno al usufructo de acciones», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 12 ss.
- INIESTA DELGADO, Juan José: «Propiedad horizontal. Acuerdos de la junta de propietarios cuya ilegalidad es susceptible de sanción por efecto de la caducidad de la acción impugnatoria y acuerdos cuya ilegalidad conlleva la nulidad radical. Alteración en elementos comunes. Obras necesarias e impuestas por la reglamentación administrativa en vigor sobre prevención de incendios. Mayoría necesaria para acordarlas. (Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 847 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdo. Improcedencia: acuerdo entre las comunidades para el cambio de sistema de calefacción general, inicialmente de carbón, por el más actual de gasóleo, lo que conlleva el cambio del cuarto de calderas instalado en un edificio a otro contiguo: no hay alteración del Título constitutivo: acomodación del servicio común a las nuevas tecnologías: no rige el sistema de unanimidad. (Comentario a la STS de 22 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 723 ss.
- MALKI, Sonia y AZOFRA, Fernando: «La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», en *RCDI*, núm. 688, 2005, pp. 525 ss.
- MESTRE RODRÍGUEZ, María Luisa: «Prohibiciones establecidas en los Estatutos y actividades molestas. Legitimación activa. Abuso de derecho. (Comentario a la STS de 14 de octubre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1107 ss.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Acuerdo tácito de distribución de los gastos de la comunidad de propietarios de forma diferente a la recogida en los estatutos. (Comentario a la STS de 16 de noviembre)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 883 ss.
- ORTEGA, Juan Francisco: «Propiedad industrial: Marcas: prohibiciones: denominación genérica: existencia: «multiactive» aplicada a crema regeneradora del cutis: expresión de una cualidad fácilmente entendible por un hispanoparlante: vocablo no distintivo, sino descriptivo de otros muchos productos: conjunción de palabras genéricas, de la que no es deducible una función o un resultado original. (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1003 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino: «El recurso judicial contra las Resoluciones de la Dirección General: Análisis y crítica», en *RCDI*, núm. 690, 2005, pp. 1269 ss.
- PUENTE DE ALFARO, Fernando de la: «Novación de la obligación accesoria de intereses y modificación de la cobertura hipotecaria», en *RCDI*, núm. 690, 2005, pp. 1359 ss.
- ROBLES VELASCO, Luis Mariano: «El artículo 1862 del Código Civil español y el delito de *stellionatus* en la *conventio pignoris*», en *RCDI*, núm. 688, 2005, pp. 559 ss.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Hipoteca de constitución unilateral», en *RCDI*, núm. 690, 2005, pp. 1321 ss.

- SÁNCHEZ CEBRIÁN, Joaquín: «La inscripción del derecho a favor de su titular: algunas cuestiones en torno al artículo 40, a) de la Ley Hipotecaria», en *RDPat.*, núm. 15, 2005, pp. 101 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «Derecho del autor de una obra literaria en el entorno digital», en *RDP*, mayo-junio, 2005, pp. 3 ss.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Apostilla sobre la usucapión contra tábulas», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 873 ss.
- TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús: «La calificación registral de documentos judiciales», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 927 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ARECHEDERRA, Luis: «La paternidad del donante», en *La Ley*, 2005-3, D-137.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 37 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Pensión compensatoria. Aceptación por parte del Tribunal Supremo de la limitación temporal *ab initio* como modo de articular la pensión por desequilibrio que se encuentra sustentada en una interpretación de los artículos 97, 99 100 y 101 CC conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Pronunciamiento sobre tema de interés casacional en el que existía jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. (Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1369 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «Uniones de hecho y abuso del Derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio», en *La Ley*, 2005-2, D-62.
- ECHERRÍA DE RADA, Teresa: «Las deudas de juego y la sociedad de gananciales», en *RGLJ*, núm. 1, 2005, pp. 19 ss.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: «Fijación del régimen de visitas, comunicación y estancia entre abuelos y nietos; interpretación del término relaciones contenido en el artículo 160 CC. Cambio en las condiciones de madurez de los menores a causa del tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda hasta la resolución de la casación; tutela judicial efectiva y necesidad de audiencia previa a los menores. (Comentario a la STS de 28 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 747 ss.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio: «El nuevo Derecho de Familia como sistema funcional», en *RDF*, núm. 27, 2005, pp. 23 ss.
- FELIÚ REY, Manuel Ignacio: «Adopción internacional, protección de la intimidad personal y familiar y Registro Civil. La nueva realidad tras la Instrucción de la DGRN de 1 de julio de 2004», en *La Ley*, 2005-3, D-167, y 2005-3, D-133.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: «Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 207 ss.

- FERNÁNDEZ SOTO, Concepción: «El régimen económico matrimonial de separación de bienes en el ámbito del Código Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2005, pp. 2693 ss.
- GARRIGA GORINA, Margarita: «Las relaciones paterno-filiales de fet (II)», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 981 ss.
- GUILARTE, Vicente: «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 61 ss.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, M.^a José: «El ejercicio del *ius connubii* por parte de los no nacionales. El matrimonio simulado», en *Actualidad Civil*, núm. 17, 2005, pp. 2053 ss.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Auto de aclaración de sentencia recaída en proceso de incapacidad que rectifica ésta atribuyendo el ejercicio de la patria potestad de modo diferente al establecido en sentencia anterior recaída en proceso matrimonial. (Comentario a la STS de 2 de julio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 779 ss.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo de la: «La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 809 ss.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria: «Ejercicio de la patria potestad en los casos de vida separada de los progenitores», en *RDP*, mayo-junio, 2005, pp. 83 ss.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «El divorcio en España: unos apuntes sobre su evolución histórica», en *La Ley*, 2005-3, D-174.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *La Ley*, 2005-2, D-66.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a Teresa: «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial respecto a los actos de disposición», en *Actualidad Civil*, núm. 196, 2005, pp. 2309 ss.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: «La homosexualidad y el matrimonio», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2005, pp. 2437 ss.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: «El régimen económico-matrimonial de participación», en *RJNot.*, núm. 54, 2005, pp. 101 ss.
- ORTÍZ DE LA TORRE, José Antonio: «Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2005, pp. 2452 ss.
- PASTOR VEGA, Francisco Javier: «Autotutela e incapacidad voluntaria», en *RDF*, núm. 28, 2005, pp. 71 ss.
- PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás: «Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2005, pp. 25 ss.

- PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto: «La pensión compensatoria a la luz de la Ley 15/2005, de modificación del Código civil», en *RDF*, núm. 28, 2005, pp. 65 ss.
- POUS DE LA FLOR, María Paz: «La institución familiar en las parejas del mismo sexo», en *La Ley*, 2005-3, D-151
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Liquidación de la sociedad de gananciales. Inclusión en el activo de dinero en metálico detraído unilateralmente por el cónyuge. Pensión de jubilación: carácter privativo. Inexistencia de derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales de las cotizaciones a la Seguridad Social. (Comentario a la STS de 205 de diciembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1287 ss.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María: «La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de automatización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del artículo 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RDP*, mayo-junio, 2005, pp. 51 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Acrecía de cierta jurisprudencia relativa a las acciones de filiación (¿Deconstrucción, reconstrucción de su régimen jurídico?)», en *RPJ*, núm. 754, 2004, pp. 57 ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «La nulidad del matrimonio de personas separadas o divorciadas anteriormente», en *RGLJ*, núm. 2, 2005, pp. 211 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados –Del anteproyecto al Proyecto de Ley por la que modifica el Código civil en materia de separación y divorcio», en *RGLJ*, núm. 1, 2005, pp. 73 ss.
- VALLÉS AMORES, M.^a Luisa: «A propósito de la reforma del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2005, pp. 1813 ss.
- «Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: incongruencias en sede de adopción», en *RDF*, núm. 28, 2005, pp. 57 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ACEBES CORNEJO, Raúl: «Las obligaciones de hacer y de no hacer en la sucesión *mortis causa*», en *RJNot.*, núm. 53, 2005, pp. 9 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 supérstite 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.

ANDERSON, Miriam y ROZAS VALDÉS, José A.: «El albaceazgo: entre el Derecho civil y el tributario», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 1025 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.

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.

BLANQUER UBEROS, Roberto: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 37 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.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», en *RJNot.*, núm. 53, 2005, pp. 113 ss.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «El nuevo artículo 822 del Código civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», en *RJNot.*, núm. 54, 2005, pp. 37 ss.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La desheredación y la exclusión», en *RJNot.*, núm. 53, 2005, pp. 181 ss.

GODOY DOMÍNGUEZ, Luis A.: «Problemas relativos al alcance temporal de la prohibición testamentaria de partir», en *RCDI*, núm. 689, 2005, pp. 833 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.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «La libertad de testar», en *RDP*, mayo-junio, 2005, pp. 3 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.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: «El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto», en *RDPat.*, núm. 15, 2005, pp. 53 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.
- ROZAS VALDÉS, José A. y ANDERSON, Miriam: «El albaceazgo: entre el Derecho civil y el tributario», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 1025 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

- BLANQUEZ PALASÍ, Luis: «La noción de efectos unilaterales en el Reglamento comunitario 139/2004 de control de concentraciones y en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales: especial atención a los asuntos *GE/Instgrumentarium* y *Oracle Peoplesoft*», en *GJ*, núm. 238, 2005, pp. 40 ss.
- GARCÍA ALONSO, Juan Andrés: «El control jurisdiccional en materia de control de concentraciones español», en *GJ*, núm. 237, 2005, pp. 16 ss.
- PÉREZ VAN KAPPEL, Antonio: «De nuevo sobre el tratamiento de las Uniones Temporales de Empresas en el Derecho español de la competencia: otro enfoque posible de la cuestión», en *GJ*, núm. 236, 2005, pp. 53 ss.
- CUESTA RUTE, José María de la: «Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad», en *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 11 ss.
- «Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia (A propósito de la Resolución del TDC de 20 de enero de 2004)», en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 675 ss.
- CURTO POLO, Mercedes: «Acumulación de las protecciones otorgadas por la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal. Inexistencia de infracción de marca. Uso del signo sin fines distintivos. Inexistencia de actuación desleal susceptible de provocar la confusión o el aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Inexistencia de imitación desleal. (Comentario a la STS de 17 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 581 ss.
- «Uniones temporales de empresarios. Responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los empresarios integrantes de la unión. Obligación de operar a través de un gerente. Poderes del gerente de la UTE para vincular a los empresarios integrantes de la misma. (Comentario a la STS de 29 de julio de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1019 ss.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.: «La marca notoria inscrita sólo se tutela en el marco del principio de especialidad. (Comentario a la STS de 28 de enero de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 979 ss.
- «Análisis comparativo realizado sobre 7 productos. Licitud en la realización del análisis científico y en la difusión de los resultados del mismo. Posibilidad de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. Sobre la posible existencia de responsabilidad civil del recurrido. (Comentario a la STS de 3 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1355 ss.
- ENTRENA ROVERS, Jonathan: «Novedades más significativas del Real Decreto 2295/2004, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia», en *La Ley*, 2005-3, D-106.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «Modelos de utilidad. Acción por vulneración de derechos de la propiedad industrial: procedencia. Reconvencción: no puede estimarse al existir diferencias esenciales entre el

modelo de utilidad de la actora y la patente confrontada, de las que se deriva una ventaja práctica apreciable en la utilización del aparato. Dictamen de peritos: impugnación en casación: improcedencia; seguimiento de las conclusiones del informe de la OEPM en defecto de las establecidas en el informe pericial: uso ponderados de las facultades judiciales de apreciación. (Comentario a la STS de 30 de septiembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1059 ss.

GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando: «El giro norteamericano del derecho anti-trust comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la Sherman Act», en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 597 ss.

GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «El aterrizaje forzoso del trust en nuestro Derecho Civil», en *DN*, núms. 180, 2005, pp. 23 ss.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de consumidores (entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización)», en *DN*, núms. 181, 2005, pp. 5 ss.

IBÁÑEZ ROMÁN, Gracia María: «La imitación desleal de diseños industriales registrados en la Jurisprudencia reciente», en *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 267 ss.

MONROY ANTÓN, Antonio J.: «El bien jurídico protegido en el delito de abuso de información privilegiada», en *RDBB*, 2005, núm. 98, pp. 35 ss.

ORTEGA, Juan Francisco: «Propiedad industrial: Marcas: prohibiciones: denominación genérica: existencia: «multiactive» aplicada a crema regeneradora del cutis: expresión de una cualidad fácilmente entendible por un hispanoparlante: vocablo no distintivo, sino descriptivo de otros muchos productos: conjunción de palabras genéricas, de la que no es deducible una función o un resultado original. (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1003 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Las medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales», en *La Ley*, 2005-2, D-82.

CAÑABATE POZO, Rosario: «Las cuotas participativas y el Gobierno corporativo de las Cajas de Ahorros», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 175 ss.

CONTHE, Manuel: «El buen gobierno de las sociedades», en *La Ley*, 2005-3, D-144.

CUESTA RUTE, José M.^a: «El convenio en la quiebra de una sociedad anónima en curso de tramitación al entrar en vigor la Ley Concursal (Comentario del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Barcelona, de 10 de noviembre de 2004)», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 437 ss.

DORREGO DE CARLOS, Alberto: «El sistema español de gobierno corporativo», en *La Ley*, 2005-3, D-149.

- ESCLARIN ORTIZ, Ruth: «El principio de monetización en la sociedad anónima», en *La Ley*, 2005-3, D-168.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: «El exceso de cabida reflejado en escritura de aportación social de bienes a la sociedad anónima como título de prescripción adquisitiva. (Comentario a la STS de 14 de mayo de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 893 ss.
- FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: «De nuevo en torno al usufructo de acciones», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 12 ss.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos: «El sistema español de gobierno corporativo», en *La Ley*, 2005-3, D-149.
- IGARTÚA ARREGUI, Fernando y JUSTE MENCÍA, Javier: «Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 75 ss.
- ILLESCAS ROJAS, R.: «Resoluciones sobre la remuneración de los consejeros de las sociedades cotizadas», en *DN*, núms. 178-179, 2005, pp. 5 ss.
- JUSTE MENCÍA, Javier e IGARTÚA ARREGUI, Fernando: «Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 75 ss.
- LARGO GIL, Rita: «La sociedad anónima europea y el estatuto de la sociedad cotizada», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 47 ss.
- LOZANO SAIGÍ, Miriam: «Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 1057 ss.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando: «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 91 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a Teresa: «Derecho de información del accionista e instrumentos y obligaciones de información de la sociedad», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 19 ss.
- MUÑOZ PAREDES, Alfonso: «La Junta General ordinaria fuera de plazo. Un giro jurisprudencial regresivo», en *La Ley*, 2005-3, D-132.
- ORTEGA REINOSO, Gloria: «Sociedades profesionales», en *RJNot.*, núm. 54, 2005, pp. 117 ss.
- PACHECO CAÑETE, Matilde: «El ejercicio por representante del derecho de información del socio en las sociedades anónimas. (Comentario a la STS de 10 de noviembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1199 ss.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel: «La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la Sociedad Cooperativa: propuestas de armonización legislativa», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 199 ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Gobierno corporativo en EE UU y en Europa: administración, propiedad y auditoría ante la reforma», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 139 ss.

- RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, Daniel: «Junta general celebrada sin conocimiento ni asistencia de los administradores concursales», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 479 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 7 ss.
- «La insolvencia de los grupos como posible labor futura de la CNUDMI», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 339 ss.
- SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique: «Caducidad e impugnación de los acuerdos sociales», en *RPJ*, núm. 75, 2004, pp. 227 ss.
- TAPIA SÁNCHEZ, M.^a Rosa: «El difícil camino de la OPA en el cambio del control societario», en *RDBB*, 2005, núm. 99, pp. 59 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- CAÑABATE POZO, Rosario: «Las cuotas participativas y el Gobierno corporativo de las Cajas de Ahorros», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 175 ss.
- CONLEDO, Fernando: «Los efectos de la Directiva sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito en la resolución de las insolvencias bancarias internacionales», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 221 ss.
- GÓMEZ-JORDANA MOYA, Íñigo: «La Directiva de folletos y su impacto en la promoción del Mercado de Valores», en *La Ley*, 2005-3, D-159.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo: «La aplicación analógica a las Cajas de Ahorro del Derecho de Sociedades Anónimas en relación al derecho de información de los Consejeros», en *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 277 ss.
- HUERTA VIESCA, M.^a Isabel y RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, Daniel: «Cajas de seguridad bancarias: ¿Puede introducirse dinero de curso legal?», en *RDBB*, 2005, núm. 98, pp. 287 ss.
- PEÑAS MOYANO, María Jesús: «Hacia dónde se dirigen las Cajas de Ahorros? Una aproximación a la reciente evolución de estas entidades financieras», en *RDBB*, 2005, núm. 998, pp. 107287 ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «La colaboración bancaria en la administración de valores anotados en cuenta», en *RDBB*, 2005, núm. 98, pp. 7 ss.
- RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, Daniel y HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «Cajas de seguridad bancarias: ¿Puede introducirse dinero de curso legal?», en *RDBB*, 2005, núm. 98, pp. 287 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «La relación entre los operadores económicos y los cambios en el objeto de negociación del mercado de valores», en *RDBB*, 2005, núm. 98, pp. 149 ss.
- TORRALBA, Elisa: «La Ley sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 365 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ALCÁNTARA, José M.: «Propuesta de anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima. Algunas reflexiones desde la plaza y una valoración», en *DN*, núms. 178-179, 2005, pp. 17 ss.
- BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio: «Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro (Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado)», en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 501 ss.
- CORCHERO PÉREZ, Miguel Ángel: «La protección de los consumidores y la radical transformación del Derecho español», en *La Ley*, 2005-3, D-176.
- COSTAS COMESAÑA, Julio: «Acuerdo de compra exclusiva de carburantes para su reventa en estación de servicio arrendada al revendedor por el proveedor exclusivo en su condición de usufructuario. Licitud antitrust de las cláusulas de compra exclusiva y prohibición de competencia por toda la vigencia del contrato. (Comentario a la STS de 235 de diciembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1301 ss.
- GÓMEZ MENDOZA, María: «Comercio electrónico y tarjetas de pago», en *RDBB*, 2005, núm. 99, pp. 227 ss.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «Las condiciones generales en la contratación electrónica bancaria», en *RDNT*, núm. 8, 2005, pp. 131 ss.
- LEMA DEvesa, Carlos y TATO PLAZA, Anxo: «La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista», en *DN*, núms. 183, 2005, pp. 5 ss.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Limitación de la responsabilidad en la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima (2004)», en *La Ley*, 2005-3, D-113.
- MATEU DE ROS, Rafael: «Los contratos bancarios a distancia. La revisión de la Circular 3/2001 del Banco de España y la contratación electrónica», en *RDBB*, núm. 98, 2005, pp. 83 ss.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La configuración del deber de declaración del riesgo en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Artículos 10 y 89», en *La Ley*, 2005-2, D-87.
- MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «La prueba de la preexistencia de los bienes asegurados en el seguro a primer riesgo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2004)», en *RDM*, núm. 56, 2005, pp. 717 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «Incorrecta transposición de la noción de vínculo estrecho con el territorio comunitario de las Directivas de Consumo (STJCE de 9-9-2004, as. 70/03 Comisión c. España)», en *RDCE*, núm. 210, 2005, pp. 537 ss.
- RAMOS VILLAR, Ignacio y SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La titulación como mecanismo de transmisión y redistribución de riesgos. Aproximación jurídica», en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 697 ss.

- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: «Valores negociables, instrumentos financieros y otros esquemas contractuales de inversión?», en *RDBB*, 2005, núm. 99, pp. 7 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Tarjetas de crédito y tutela del consumidor», en *RDBB*, núm. 98, 2005, pp. 83 ss.
- SARTI MARTÍNEZ, María Amparo: «Modificaciones y cuestiones nuevas que deberían incluirse en la futura reforma de la Ley de Contrato de Seguro», en *DN*, núms. 180, 2005, pp. 5 ss.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: «El Convenio arbitral y de Ley aplicable en los seguros marítimos y su eficacia frente a terceros en el Derecho español e inglés», en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 643 ss.
- SCHLECHTRIEM, Meter y PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Interpretación en clave nacional de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías: STPI de Tudela (España), de 29 de marzo de 2005», en *DN*, núms. 180, 2005, pp. 23 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- ADAN DOMENECH, Frederic y PICÓ I JUNOY, Joan: «Los procesos monitorio y cambiario: estudio comparativo jurisprudencial», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 1129 ss.
- GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro: «Cajas de seguridad bancarias: ¿Puede introducirse dinero de curso legal?», en *RDBB*, 2005, núm. 98, pp. 213 ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Contrato de descuento cambiario. Efectos de la prescripción cambiaria sobre la relación causal. Contenido jurídico obligatorio del contrato. Incumplimiento de la carga que pesa sobre el descontante de restituir el crédito cedido en los mismas condiciones que lo recibió. (Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1225 ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan y ADAN DOMENECH, Frederic: «Los procesos monitorio y cambiario: estudio comparativo jurisprudencial», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 1129 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALAMEDA, M.^a Teresa: «Expediente de regulación de empleo tramitado antes de la declaración judicial de concurso», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 545 ss.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: «El incidente concursal», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1237 ss.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M.: «La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1197 ss.
- BETANCOR SÁNCHEZ, Victoria E. y ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «A propósito del artículo 878.6 de la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 179 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 37 ss.
- CERDÁ ALBERO, Fernando: «El presupuesto objetivo del concurso», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 975 ss.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona)», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 209 ss.
- CONLEDO, Fernando: «Los efectos de la Directiva sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito en la resolución de las insolvencias bancarias internacionales», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 221 ss.
- CUENA, Matilde: «La presunción muciana concursal», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 147 ss.
- CUESTA RUTE, José M.^a: «El convenio en la quiebra de una sociedad anónima en curso de tramitación al entrar en vigor la Ley Concursal (Comentario del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Barcelona, de 10 de noviembre de 2004)», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 437 ss.
- CUGAT MAURI, Miriam: «La sorprendente novedad de la quiebra del particular», en *La Ley*, 2005-3, D-109.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía y BETANCOR SÁNCHEZ, Victoria E.: «A propósito del artículo 878.6 de la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 179 ss.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: «Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 207 ss.
- FERRER BARRIENTOS, Agustín: «La calificación del concurso», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1215 ss.
- FONT SERVERA, Juan M.: «La propuesta anticipada de convenio», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 149 ss.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura y TIRADO, Ignacio: «La aplicación del Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia por los tribunales de los Estados miembros», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 171 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Promesa bilateral de compraventa pendiente de ejecución y concurso de promitente comprador», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 523 ss.

- GARCÍA-PITA, José Luis: «Los créditos salariales contra la masa», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 7 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «Las normas de Derecho internacional privado de la Ley concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1269 ss.
- GARNICA, Juan F.: «El derecho de retención en el concurso», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 271 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «Los presupuestos del concurso», en *La Ley*, 2005-3, D-111.
- GUILARTE, Vicente: «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 61 ss.
- GUTIÉRREZ URTIAGA, María: «Los procedimientos concursales como instituciones de gobierno corporativo», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 307 ss.
- HERRADOR MUÑOZ, Alicia: «Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 169 ss.
- JUAN Y MATEU, Fernando: «La retribución de los síndicos de la quiebra (comentario del auto de la Audiencia Provincial de León de 11 de enero de 2005)», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 509 ss.
- LABORDA VALLE, Emilio: «La nueva realidad concursal. (Elementos de solución en la crisis empresarial: el convenio y la liquidación. Viabilidad de la empresa)», en *La Ley*, 2005-3, D-143.
- LA CASA, Rafael: «Algunas cuestiones sobre el concurso de las asociaciones», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 129 ss.
- LARA, Rafael: «Los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre el sistema y sobre el procedimiento arbitral», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 249 ss.
- LEÓN, Francisco J.: «El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 353 ss.
- MACHADO PLAZAS, José: «La Administración concursal», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1031ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *La Ley*, 2005-2, D-66.
- MARCOS, Francisco: «El aplazamiento y la morosidad en las obligaciones contractuales en el sector comercial», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 301 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 65 ss.
- MEZQUITA, M.^a Dolores: «El crédito refaccionario en la Ley Concursal», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 275 ss.

- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «Efectos de la Ley Concursal sobre los derechos del asegurador en los seguros de daños», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 189 ss.
- OLIVENCIA, Manuel: «Los principios de la reforma concursal», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 975 ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «Los Juzgados de lo Mercantil», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1017 ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «La junta de acreedores en la nueva legislación concursal», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 65 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Objeto social y disolución de una sociedad anónima. La analogía de las causas de disolución», en *RCDI*, núm. 688, 2005, pp. 559 ss.
- REIG FABADO, Isabel: «Solicitud de exequátur de resolución dictada, el 15 de diciembre de 1998, por Tribunal alemán sobre apertura de procedimiento de quiebra y nombramiento de síndico. (Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 967 ss.
- RÍOS SALMERÓN, Bartolomé: «La Ley Concursal y los trabajadores por cuenta ajena», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1099 ss.
- ROCA, Encarna: «El concurso del deudor persona física», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1077 ss.
- RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa E.: «El convenio y el plan en la nueva Ley Concursal. Ley 22 de 2003», en *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 193 ss.
- RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, Daniel: «Junta general celebrada sin conocimiento ni asistencia de los administradores concursales», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 479 ss.
- «La compleja situación del crédito del promitente de venta en el concurso del promitente de compra», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 537 ss.
- ROJO, Ángel: «La legitimación para presentar propuesta de convenio», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1173 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «El nuevo régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 127 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 7 ss.
- «La insolvencia de los grupos como posible labor futura de la CNUDMI», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 339 ss.
- SANCHO, Ignacio: «Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 199 ss.
- «Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1121 ss.

- SAN JUAN Y MUÑOZ, Enrique: «El régimen de recursos en la Ley Concursal», en *La Ley*, 2005-3, D-115.
- SASTRE PAPIOL, Sebastián: «La masa pasiva: prelación de créditos y privilegios», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1017 ss.
- TEJERIZO, José Manuel: «El privilegio general del crédito tributario en caso de concurso de acreedores», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 465 ss.
- TIRADO, Ignacio: «De nuevo sobre el sistema de nombramiento de los administradores concursales», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 329 ss.
- TIRADO, Ignacio y GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura: «La aplicación del Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia por los tribunales de los Estados miembros», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 171 ss.
- TORRALBA, Elisa: «La Ley sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito», en *ADCon.*, núm. 6, 2005, pp. 365 ss.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1055 ss.
- VEGAS TORRES, Jaime: «Los plazos de la fase común del concurso», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 47 ss.
- VELA TORRES, Pedro-José: «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad», en *RDCP*, núm. 3, 2005, pp. 89 ss.
- YZQUIERDO, Mariano: «Los créditos por responsabilidad extracontractual en la Ley Concursal», en *ADCon.*, núm. 5, 2005, pp. 101 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.
- «Urbanismo y vivienda. La interrelación de las políticas de suelo y vivienda (Conferencia en el III Congreso español de Derecho Urbanístico. Pamplona, 25 de mayo de 2005)», en *RDU*, núm. 219, 2005, pp. 59 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.
- BILBAO URIBARRI, Aitor: «La ordenación del monte en la planificación territorial. Cuestiones sobre política forestal, con especial referencia a la reserva de la biosfera de Úrdabai», en *RDU*, núm. 221, 2005, pp. 153 ss.
- CANCER MINCHOT, Pilar: «Valoración de terrenos destinados a infraestructuras supramunicipales: análisis crítico», en *RUD*, núm. 10, 2004, pp. 41 ss.
- CAÑAS LABAIRU, Julián Ignacio y RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M.^a: «La ejecución urbanística como marco de las actuaciones del suelo y vivienda», en *RJN*, núm. 40, 2005, pp. 35 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.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «La contaminación electromagnética en el Derecho alemán», en *RDU*, núm. 219, 2005, pp. 131 ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica: «Expropiaciones urbanísticas: las expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos», en *RDU*, núm. 219, 2005, pp. 115 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.
- «Las cesiones obligatorias y gratuitas de suelo en la legislación urbanística de Navarra», en *RUE*, núm. 11, 2005, pp. 31 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.
- ESPINOSA BAVIERA, Juan, y NOGUÉS GALDÓN, Héctor: «Régimen jurídico de las cuotas de urbanización en la legislación urbanística en relación con los sistemas de gestión indirecta», en *RDU*, núm. 59, 2005, pp. 11 ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GATTA SÁNCHEZ, Dionisio: «El ordenamiento territorial y urbanístico de la Comunidad de Castilla y León», en *RDU*, núm. 218, 2005, pp. 79 ss.
- «El régimen del suelo en el Reglamento de urbanismo de Castilla y León», en *RUE*, núm. 11, 2005, pp. 49 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 PÉREZ, Jesús: «Urbanismo y vivienda», en *RJN*, núm. 40, 2005, pp. 9 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El principio de precaución: incertidumbre científica, riesgos hipotéticos y decisión política», en *RDA*, núm. 7, 2005, pp. 97 ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «De nuevo sobre los errores en materia de cesiones de suelo», en *RDU*, núm. 219, 2005, pp. 125 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.
- ITUREN I OLIVER, Albert: «El derecho de acceso a la información ambiental. Notas y reflexiones», en *RDA*, núm. 8, 2005, pp. 101 ss.
- JARIA I MANZANO, Jordi: «El bienestar posible: Estado social y protección del medio ambiente», en *RDA*, núm. 8, 2005, pp. 61 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 FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo», en *RDU*, núm. 219, 2005, pp. 11 ss.
- «Apuntes de “Jurisprudencia registral” (Sobre las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado con especial incidencia en materia urbanística)», en *RDU*, núm. 221, 2005, pp. 49 ss.
- LÓPEZ MÚÑOZ, Riansares: «Aspectos legales en el proceso de edificación», en *RDU*, núm. 216, 2005, pp. 11 ss.
- «Los coordinadores en materia de seguridad y salud en las obras de construcción», en *RUE*, núm. 11, 2005, pp. 75 ss.

- MARCOU, Gérard: «Instrumentos jurídicos para el control del crecimiento urbano en el Derecho francés», en *RDU*, núm. 215, 2005, pp. 115 ss.
- MARTÍN BERNAL: «Notas resumidas sobre Kioto», en *RDU*, núm. 218, 2005, pp. 167 ss.
- MARTÍN MATEO, Ramón: «La edificación sostenible», en *RDA*, núm. 8, 2005, pp. 15 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.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María: «La participación ciudadana en la elaboración de proyectos de obras públicas. Especial referencia al trámite de información pública en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental», en *RDU*, núm. 220, 2005, pp. 85 ss.
- MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo: «El requisito de la publicación de los planes urbanísticos como condición de validez de las actuaciones administrativas. Tipología de situaciones», en *RDU*, núm. 218, 2005, pp. 11 ss.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «Obras municipales ordinarias y planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 221, 2005, pp. 11 ss.
- MERINO GIL, Cecilia: «Eficacia del artículo 45.1 de la Constitución sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Problemas para su desarrollo legislativo», en *RDU*, núm. 218, 2005, pp. 185 ss.
- MORALO IZA, Víctor: «Vicios procedimentales en el planeamiento urbanístico: valoración de su alcance invalidante», en *RDU*, núm. 217, 2005, pp. 121 ss.
- MUNAR FULLANA, Jauma: «Edificios e instalaciones fuera de ordenación: estudio de conjunto y aplicación práctica», en *RDU*, núm. 220, 2005, pp. 11 ss.
- NOGUÉS GALDÓN, Héctor y ESPINOSA BAVIERA, Juan: «Régimen jurídico de las cuotas de urbanización en la legislación urbanística en relación con los sistemas de gestión indirecta», en *RDU*, núm. 59, 2005, pp. 11 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.
- PALAU NAVARRO, José Manuel: «Consecuencias urbanísticas de los incendios forestales en la Comunidad Valenciana», en *RDU*, núm. 219, 2005, pp. 139 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, Julio: «Una reflexión desde el Derecho urbanístico sobre las modernas sociedades pluriculturales y pluriconfesionales», en *RDU*, núm. 215, 2005, pp. 11 ss.
- PUCHALZ RUIZ, Marc: «La evacuación y depuración de las aguas residuales urbanas: una visión de conjunto desde la normativa medioambiental y urbanística», en *RDU*, núm. 219, 2005, pp. 177 ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M.^a y CAÑAS LABAIRU, Julián Ignacio: «La ejecución urbanística como marco de las actuaciones del suelo y vivienda», en *RJN*, núm. 40, 2005, pp. 35 ss.
- RENAU FAUBELL, Fernando: «Tratamiento urbanístico de las actividades mineras. Su regulación en el planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 219, 2005, pp. 13 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Uso agrario del agua y medio ambiente», en *RGLJ*, núm. 2, 2005, pp. 279 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 ALBERCA, José Manuel: «Criterios para una valoración razonable del suelo destinado a sistemas generales o infraestructuras supramunicipales en caso de expropiación», en *RUE*, núm. 11, 2005, pp. 87 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, p. 45 ss.
- TORRES LANA, José Ángel: «La tutela de la legalidad urbanística ante la jurisdicción civil», en *RUE*, núm. 11, 2005, pp. 15 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

- ARANA GARCÍA, Estanislao: «La flexible valoración de la prueba por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procesos sobre el ruido: el asunto Moreno Gómez de 16 de noviembre 2004», en *REDE*, núm. 14, 2005, pp. 283 ss.
- BLANQUEZ PALASÍ, Luis: «La noción de efectos unilaterales en el Reglamento comunitario 139/2004 de control de concentraciones y en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales: especial atención a los asuntos *GE/Instgrumentarium* y *Oracle Peoplesoft*», en *GJ*, núm. 238, 2005, pp. 40 ss.
- BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene: «Sobre la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea por el incumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de OMC», en *REDE*, núm. 15, 2005, pp. 345 ss.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel: «La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro *ex* artículo 234 del Tratado CE y su necesaria revisión», en *GJ*, núm. 238, 2005, pp. 3 ss.
- DÍAZ PÉREZ DE MADRID, Amelia: «Minorías y Unión Europea: implicaciones jurídico-políticas de la ampliación de la Unión al Centro y Este de Europa», en *RDCE*, núm. 21, 2005, pp. 485 ss.
- GARCÍA ALONSO, Juan Andrés: «El control jurisdiccional en materia de control de concentraciones español», en *GJ*, núm. 237, 2005, pp. 16 ss.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier: «La incorrecta transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas al ordenamiento jurídico interno español (A propósito de la sentencia de 9 de septiembre de 2004)», en *REDE*, núm. 15, 2005, pp. 431 ss.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea: el caso Berlusconi y el derecho de petición en la Constitución Europea», en *GJ*, núm. 236, 2005, pp. 3 ss.
- PÉREZ VAN KAPPEL, Antonio: «De nuevo sobre el tratamiento de las Uniones Temporales de Empresas en el Derecho español de la competencia: otro enfoque posible de la cuestión», en *GJ*, núm. 236, 2005, pp. 53 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «Incorrecta transposición de la noción de vínculo estrecho con el territorio comunitario de las Directivas de Consumo (STJCE de 9-9-2004, as. 70/03 Comisión c. España)», en *RDCE*, núm. 210, 2005, pp. 537 ss.
- ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo: «En torno al concepto de consumidor en el Derecho Comunitario. A propósito de la STJCE *Gruber vs. Bay Va*», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2005, pp. 2704 ss.
- SEGURA SERRANO, Antonio: «La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia», en *RDCE*, núm. 20, 2005, pp. 93 ss.

DERECHO PROCESAL

- ADAN DOMENECH, Frederic y PICÓ I JUNOY, Joan: «Los procesos monitorio y cambiario: estudio comparativo jurisprudencial», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 1129 ss.
- ALIAGA CASANOVA, Alfonso Carlos: «El documento electrónico y el proceso monitorio. Reflexiones sobre su aplicación práctica», en *RDNT*, núm. 8, 2005, pp. 39 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «El control de la regularidad de la demanda mediante la excepción de demanda defectuosa. Límites y fundamentos de la exigencia de forma de la demanda. (Comentario a la STS de 2 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 637 ss.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel: «La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro *ex* artículo 234 del Tratado CE y su necesaria revisión», en *GJ*, núm. 238, 2005, pp. 3 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones», en *La Ley*, 2005-2, D-69.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Desistimiento del recurso sin notificación al recurrido. (Comentario a la STS de 6 de octubre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1077 ss.
- MARTÍNEZ CAPDEVILLA, Carmen: «El recurso de anulación, la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad: ¿vías complementarias o alternativas?», en *RDCE*, núm. 20, 2005, pp. 135 ss.
- PÉREZ DE LA CRUZ OÑA, Jesús: «La ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil a debate», en *La Ley*, 2005-2, D-489.
- PICÓ I JUNOY, Joan y ADAN DOMENECH, Frederic: «Los procesos monitorio y cambiario: estudio comparativo jurisprudencial», en *RJC*, núm. 4, 2005, pp. 1129 ss.
- SANZ HERMIDA, Ágata: «Litisconsorcio pasivo necesario. La ausencia de tal presupuesto procesal es subsanable, antes de resolver el fondo del asunto, tanto si ha sido alegado por la parte, como si se aprecia de oficio. (Comentario a la STS de 22 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pp. 739 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa: «Ejecución de sentencia extranjera. Ámbito de aplicación material del Convenio relativa a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968. Alcance del artículo 9-4º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. (Comentario a la STS de 18 de noviembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 69, 2005, pp. 1211 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
RDPr.	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

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, 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. Derechos sucesorios respecto de una herencia deferida cuando regía la legislación preconstitucional: filiación extramatrimonial.–Pese a que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE) debe traducirse en la igualdad entre las distintas clases de filiación, y pese a que, la Constitución, por su carácter normativo, produce una vinculatoriedad inmediata que impide se perpetúe una situación discriminatoria, tratándose de una sucesión abierta con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, resultará válida la declaración de herederos en la que se instituya heredero al único hijo matrimonial del difunto. Ello es debido a que, en el momento en el que se produjeron y agotaron las fases de apertura, vocación y delación sucesoria no estaban en vigor los artículos 14 y 39.2 CE, sino un

sistema de jerarquía de filiaciones con efectos discriminatorios en la sucesión del padre. Como la discriminación agotó sus efectos en la fase preconstitucional, dicha declaración debe ser mantenida en beneficio de la seguridad jurídica, también protegida por el artículo 9.3 CE. En conclusión, ante una situación jurídica agotada, no cabe una aplicación retroactiva de la Constitución y de la legislación ordinaria que recoge los principios que la misma sanciona. (STS de 13 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. S. fallece en mayo de 1973. Posteriormente, don A. M. E. (nacido de la unión extramatrimonial de don A. M. S. y doña M. E. A.) interpone demanda contra don E. M. A. (nacido de la unión matrimonial de don A. M. S. con doña I. A. A.), que había sido declarado único heredero abintestato del causante, padre común de ambos. El demandante solicita que se declare a ambos litigantes (don A. M. E. y don E. M. A.) únicos y universales herederos abintestato de don A. M. S., por partes iguales y que se anule el Auto de declaración de herederos dictado por el Juzgado de Primera Instancia. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y anula el Auto de declaración de herederos, por considerar probado que el demandante tiene la condición de hijo legítimo. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto y revoca la resolución de Primera Instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

2. Declaración de nulidad. Actos que contravengan un precepto legal que no declara expresamente la validez o nulidad de los mismos.—Los actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, que el juzgador ha de analizar la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto realizado, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así permite o aconseja, y sancionándolo con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario al respeto debido a la Ley, la moral o al orden público (SS de 25 de julio de 1986, 17 de octubre de 1987 y 9 de marzo de 2000, entre otras). (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Lozano S.A.* interpuso demanda contra la entidad financiera *Banco Bilbao Vizcaya S.A.* solicitando se declare que ciertas operaciones fueron incorrectas y el abono de diversas cantidades. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

3. Plazo de caducidad: Principio de aplicación objetiva.—Este criterio responde a razones de seguridad jurídica y rechaza, al menos como regla, la posibilidad de interrupción o de suspensión.

Plazo de caducidad. Aplicación objetiva: excepciones.—Es cierto que, sin desconocer que la caducidad no se impide mas que con la ejecución del acto previsto, el Tribunal Supremo, en alguna sentencia, ha valorado las excepcionales circunstancias concurrentes en algún caso para adaptar a ellas la exigencia de una posibilidad objetiva del ejercicio de la acción, y, así, ha tomado en consideración la concurrencia de ciertos impedimentos (incluso subjetivos, como el error provocado al retrayente, como hizo la S de 30 de septiembre de 1992).

Arrendamientos urbanos. Plazo para ejercitar el retracto: cómputo inicial.—El día inicial del cómputo del plazo establecido en el artículo 48.2 LAU, de caducidad (S de 7 de marzo de 2003), corre desde el siguiente al de la notificación a que dicha norma se refiere o, en su defecto, a aquel en que el arrendatario tenga conocimiento pleno y circunstanciado de la transmisión (SS de 12 de febrero de 1981, 30 de noviembre de 1996 y 6 de marzo de 2000). (**STS de 19 de octubre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. F. D. interpuso demanda contra doña M. C. S. O. de O. solicitando declare el derecho del actor a retraer el local de negocio enajenado. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Vitoria resolvió estimando el recurso y revocando la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Responsabilidad civil derivada de falta de naturaleza pública.—Recaída sentencia penal firme de condena por falta, el ofendido no dispondrá de la acción de protección civil de su derecho al honor, sino que únicamente contará con la de responsabilidad civil derivada de delito o falta a la que se refiere de forma genérica el artículo 1092 CC y, para los delitos que ofendan al honor, el apartado 2 del artículo 1 de la LO 1/1982. Lo contrario supondría una vulneración del principio prohibitivo de la doble sanción de un mismo hecho, ya que la LO 1/1982 no tiene una finalidad exclusivamente indemnizatoria. (**STS de 14 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. P. A., cuyo bar había sido cerrado por el Ayuntamiento, tira desde el balcón de su casa tres huevos a don V. A. V. R., alcalde de su pueblo, cuando éste encabezaba una comitiva y le grita e insulta. Por todo ello, el alcalde agredido presenta denuncia en el cuartel de la Guardia Civil. Incoadas actuaciones de juicio de faltas, el denunciante presenta escrito por el que, haciendo uso de la facultad reconocida en el artículo 109 CP, se reserva las acciones civiles para solicitar la indemnización de los daños materiales y morales sufridos. La sentencia del juicio de faltas califica tales hechos como constitutivos de una falta contra el respeto y consideración que se debe a toda autoridad en el ejercicio

de sus funciones del artículo 634 CP y condena al denunciado a una pena de multa.

Posteriormente, el alcalde incoa las correspondientes actuaciones por protección civil del derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que declara la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y condena a don E. P. A a satisfacer al actor quinientas mil pesetas en concepto de indemnización por el daño moral causado. Se obliga igualmente a que se publique la parte dispositiva de la sentencia en el periódico *El Correo* a costa del demandado. Don E. P. A. interpone recurso de apelación que resulta estimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por don V. A. V. R. (*M. C. C. M.*)

5. No se aplica la presunción de inocencia a la responsabilidad por intromisión ilegítima en el derecho al honor.—Dice la S de esta Sala de 8 de julio de 1999: «El artículo 24 de la Constitución no ha resultado vulnerado, pues la presunción de inocencia invocada, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala de casación civil, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, ya que la indemnización que contemplan los artículos 1902 y 1903 CC es de naturaleza reparadora del daño ocasionado y mediante la misma lo que se pretende es obtener en lo posible en compensación (SS de 27 de septiembre de 1994, 27 de noviembre de 1995 —que cita las de 20 de febrero de 1989, 25 de marzo de 1991, 7 de enero de 1992 y 28 de junio de 1993— y 25 de mayo de 1996 y 19 de junio de 1997) habiendo matizado debidamente el Tribunal Constitucional que el principio de presunción de inocencia se aplica a otros campos del Derecho, además del penal, pero siempre que se trata de una norma sancionadora o represiva».

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, no es una norma de carácter sancionador o represiva, sino que su finalidad es la de establecer una reparación del daño causado por la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales objeto de su protección, reparación que se obtiene a través de las medidas que establece el artículo 9, ninguna de las cuales tiene carácter sancionador o privativa de derechos. No debe olvidarse que antes de la promulgación de la Ley Orgánica 1/1982, estos ilícitos civiles se consideraban supuestos de culpa extracontractual del artículo 1902 CC. (**STS de 7 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante alegaba la vulneración de su derecho al honor al publicar un periódico las manifestaciones de un demandado, que aludía a la persona que había dado el nombre de Gran Canaria a una variedad de *salmonella* como «tipejo» y «sinvergüenza». El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando a dos de los demandados a indemnizar solidariamente al demandante y a publicar la sentencia en el periódico en la misma sección y sin añadido alguno, y absolviendo al tercer demandado —la persona a quien se atribuían las manifestaciones—. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó al tercer demandado a indemnizar solidariamente al demandante. Recurrída la sentencia ante el Tribunal Supremo, éste declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

6. Protección del derecho al honor. Colisión con libertad de información.—Las doctrinas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han señalado los requisitos necesarios para que una determinada información periodística goce de protección constitucional con prevalencia sobre el derecho individual al honor. En primer lugar, la información ha de ser veraz, lo que equivale a información comprobada según los cánones de profesionalidad y la exclusión de invenciones y rumores, extendiéndose la comprobación a la fiabilidad de la fuente. Ahora bien, según jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTs de 25 de enero, 31 de julio y 4 de noviembre de 2002), no es necesario que la verdad sea absoluta; esto es, información veraz no equivale a realidad incontrovertible de los hechos, ni es sinónima de verdad objetiva e incontestable. Basta con que la información sea veraz en lo esencial, lo que permite que ésta contenga inexactitudes de carácter circunstancial. De igual forma, es reiterada la doctrina jurisprudencial que exige tener en cuenta el contexto, el conjunto y totalidad del texto publicado, así como las circunstancias concurrentes en cada caso. (STS de 9 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don D. L. A. G. interpone demanda de protección civil del derecho al honor contra don P. J. R. (director del periódico *El Mundo del Siglo XXI*), la entidad mercantil *Unidad Editorial, S.A.*, y contra don F. L., don F. G. y don J. C. E. (firmantes de la noticia), solicitando que se declare que las informaciones que se citan en la demanda son constitutivas de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Se solicita igualmente que se obligue a los demandados a publicar a sus expensas el texto íntegro de la sentencia en el diario *El Mundo del Siglo XXI*, así como que se les condene solidariamente al pago de la correspondiente indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Dicha resolución es confirmada en su integridad por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

7. Publicación de un libro en el que se describe a una persona fallecida. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor.—El Tribunal Supremo considera que existe intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando en la publicación tenga lugar una descalificación, desmérito o vejación hacia la persona aludida, con entidad tal que pueda ser considerada atentatoria jurídicamente y constitutiva de responsabilidad civil. (STS de 12 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda por parte de la actora solicitando se declare la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad, por la publicación de un libro en el que se hace referencia al fallecido esposo de la actora, en un párrafo en el que se ponían al descubierto las fobias obsesivas del difunto, y los supuestos juegos sexuales practicados por el esposo de la actora y las mujeres de sus amigos. El Juzgado de Primera Instancia considera que no se puede apreciar que el relato tenga entidad suficiente para producir un resultado difamatorio. La Audiencia Provincial, sin embargo, estimó que en el caso concreto había existido sin duda

una intromisión en el derecho al honor, conteniéndose expresiones que suponen de forma clara un menoscabo en su consideración social y un evidente desmerecimiento y descrédito. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo confirma la desestimación de la demanda acordada en primera instancia.

NOTA.—Se plantea ante el Tribunal Supremo un caso que no deja de llamar la atención por la supuesta fusión entre ficción y realidad. La publicación objeto de controversia relata acontecimientos ficticios que dan a entender que el género literario al que nos enfrentamos es el de una novela. Sin embargo, la incorporación de personajes reales plantea dudas acerca de si los comentarios vertidos en dicho relato atentan contra el derecho al honor del fallecido. A juicio del Tribunal Supremo esa incorporación de personajes reales y la valoración que se realiza de ellos «no deja de ser un mero juicio personal u opinión subjetiva del autor que no tiene ni puede tener carácter definitorio de sus respectivas personalidades». No dando importancia alguna a comentarios tales como «usaba un taparrabos rojo y solía calentarse jugueteando bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya», o «tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes», el Tribunal Supremo considera que lejos de tratar de humillar, el autor desde el reconocimiento de la superior apreciación intelectual del afectado, señala algunos aspectos contradictorios con esas cualidades, sin utilizar en ningún caso manifestaciones injuriosas o denigrantes. (*L. Z. G.*)

8. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.—Las libertades del artículo 20, apartados *a)* y *d)* CE, no protegen la divulgación de hechos que sean simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura a expresiones formalmente injuriosas o innecesarias. A pesar de ello, el derecho fundamental al honor está limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente. En algunas ocasiones la reputación ajena deberá soportar restricciones en atención a la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa u opina (SSTC 171/90, 189/99).

Falta de intromisión ilegítima en el honor profesional. Manifestaciones vertidas en un contexto de debate político.—Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que la intromisión en el derecho al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada, como en el externo o ámbito social, y por tanto, profesional o mercantil. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional declarando que «el prestigio profesional tiene cabida en el concepto constitucional del derecho al honor, ya que la crítica respecto a la conducta profesional de un ciudadano puede suponer un ataque a su honor profesional» (SSTC de 27 de noviembre de 2000, 11 de octubre de 1999; FJ 2.º, STS de 8 de julio de 2004). La libertad de expresión no puede justificar la difusión o atribución a una persona, identificada por datos o detalles difundidos, de hechos que hagan desmerecer del público aprecio y respeto (SSTS de 23 de marzo de 1987, 30 de marzo de 1988, 23 de febrero de 1989, 29 de noviembre de 1991, 8 de octubre de 2003). La difusión de hechos relativos a la actividad profesional de una persona pueden ser constitutivos de intromisión ilegítima en el derecho al honor si exceden de la sim-

ple crítica a la labor profesional, en el sentido de desmerecer en la consideración pública de su dignidad como persona.

Para poder valorar la posible existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, han de tomarse en consideración todas las circunstancias concurrentes en el caso objeto de controversia. Por este motivo, no puede pasarse por alto que las manifestaciones vertidas en el curso de un debate político con una finalidad clara de autodefensa frente a acusaciones por actuaciones ilegales, no puede considerarse ataque al prestigio profesional de la parte actora. (STS de 8 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda sobre protección jurisdiccional del derecho al honor por cuanto el demandado, Concejal de Urbanismo y Primer Teniente Alcalde del mismo Ayuntamiento donde la actora desempeñaba sus funciones de Ingeniera Jefe de Servicio, había imputado a la actora en el Pleno Municipal celebrado falta de lealtad, honradez y profesionalidad por ocultación de un informe que la propia actora había elaborado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por no apreciar responsabilidad del demandado. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial consideró inexistente la intromisión ilegítima en el derecho al honor de la apelante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación al entender que el demandado con sus valoraciones no sobrepasó el ámbito de libertad de expresión. (L. Z. G.)

9. Confrontación de derechos fundamentales: libertad de información y protección al honor.—«En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y de expresión, del otro, la doctrina del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las siguientes directrices: que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica y absoluta, que sobre los derechos llamados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen, que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que puedan afectar a otros bienes constitucionales como son el honor y la intimidad es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad, que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionada por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de la valoración para dirimir en estos supuestos, el conflicto

entre el derecho al honor y a la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra (SSTS de 19 de septiembre de 1994, 15 de julio de 1995, 26 de junio de 1996, 15 de noviembre de 1998, 15 de enero y 25 de septiembre de 1999)».

Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. Las actuaciones delictivas anteriores del actor no anulan la parcela privada de su intimidad.—El artículo 7.3º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 considera que se produce intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad cuando se divulgan hechos de la vida privada o familiar de una persona que afectan a su reputación y buen nombre. El hecho de que el actor se trate de «un personaje público y en cierto sentido notorio por sus actuaciones políticas profesionales y privadas que han sido enjuiciadas como delictivas y se encuentre privado de libertad, ello no anula por completo la parcela privada de su intimidad personal y familiar que garantiza el artículo 18 CE a todas las personas de modo general, sin dejar de lado las restricciones que puedan afectar a las personas encarceladas por la normativa penitenciaria y penas impuestas que no afectan a la cuestión debatida (STS de 7 de julio de 2004)». «Si bien en un principio la noticia sobre que el actor deseaba congelar su semen no resulta afrentosa a su reputación y buen nombre, no hay que dejar de lado la consideración en su conjunto de la información, que se presenta claramente atentatoria a la dignidad de la persona, que proclama el artículo 10 CE, sobre todo al darse publicidad al deseo del actor de mantener relaciones íntimas con su esposa, aspecto de la sexualidad que pertenece al ámbito de la intimidad y así la noticia rebasa el ámbito de la objetividad ponderada y neutral y se trata de presentar como actuación censurable, dotándola de un interés general del que carece, habiendo generado comentarios desviados respecto a la vida privada de dicho litigante, pues la intromisión practicada tuvo repercusión negativa que sirvió para satisfacer la curiosidad malsana de las gentes, ya que en definitiva se difundió un aspecto de la vida sexual que está incluido en el ámbito de lo privado y en ningún caso resulta justificada su publicidad (STS de 7 de julio de 2004)».

Responsabilidad.—La responsabilidad no es exclusiva del medio que creó y difundió la noticia como primero, sino que también se extiende a los demás que contribuyeron de forma acreditada a ampliar la publicidad y ante este bien precisado ilícito civil y aunque pueda corresponder a hechos sustancialmente veraces, no prevalece el derecho a la información que establece el artículo 20.1 del texto constitucional. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El programa *Hora 25* de la *Cadena Ser* del 12 de marzo de 1996 dirigido por el demandado J. P. V. M. divulgó un mensaje informativo inicial en los siguientes términos: «Un preso encarcelado desde hace meses ha pedido a la dirección del centro en el que se encuentra que le permitan mantener un vis a vis. No con el objeto que pudiéramos pensar, sino con otro bien distinto: quiere congelar su semen. ¿Saben quién es el preso?... pues es Luis Roldán. La referida noticia fue publicada también por *Canal Plus* y por el *Diario El País* así como por el periódico *Diario 16*. El actor interpuso demanda contra los referidos medios de comunicación y sus directivos. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primer

grado y estima parcialmente la interpuesta por la representación legal del actor. El Tribunal Supremo confirma apelación.

NOTA.—Las personas con notoriedad pública no por eso dejan de ser personas como los demás que pueden hacer valer sus derechos a defender su intimidad contra los ataques que lesionen su ámbito propio y reservado, sobre todo cuando sucede que la noticia no tiene relación directa con la conducta sancionada en vía penal, con actuaciones políticas y potestades que el cargo que desempeñó el actor le habían conferido, siendo por tanto, noticia sin relevancia comunitaria y de interés público. (*M. F. N. C.*)

10. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor. Aplicación de la doctrina del reportaje neutral.—En relación al reportaje neutral ha declarado el Tribunal Constitucional que el objeto de la noticia debe consistir en declaraciones que, aunque imputen hechos lesivos del honor, sean noticias por sí mismas, declaraciones que han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas, siendo el medio informativo mero transmisor de dichas declaraciones, limitándose a narrarlas sin dar más o menos importancia a la referida noticia (SSTC 41/94, 28/96, 52/96, 190/96, 3/97, 144/98, 134/99). Estaríamos ante un reportaje que recoge declaraciones u opiniones donde el informador no realiza valoración alguna (STS de 24 de enero de 1997). El periodista debe limitarse a narrar literalmente, con total y absoluta imparcialidad, el comentario expresado (STC 159/86). Por tanto, la noticia difundida encaja en lo que la jurisprudencia ha venido a denominar «reportaje neutral», cuando el medio de comunicación reproduce lo que un tercero ha dicho o escrito, limitándose a dar cuenta de tales afirmaciones o declaraciones que ciertamente pueden ser, eventualmente, atentatorias contra los derechos del artículo 18.1 CE. (**STS de 9 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La noticia objeto de controversia versaba sobre las declaraciones de una Juez de Instrucción de Marbella que se había dado a conocer por haber instruido unas Diligencias Previas en relación a una estafa presuntamente cometida en la compraventa de un casino y un hotel. La Juez concedía una entrevista a un periódico, en la cual aportaba datos concretos de sujetos implicados en la mencionada operación, estando entre ellos el actor y posterior recurrente. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de protección del derecho al honor, al entender que el periodista al difundir la información observó los tres requisitos exigibles que evitan la existencia de intromisión ilegítima: la relevancia pública en relación a los hechos, el carácter noticiable de la comunicación, y la «veracidad relativa» por referirse a declaraciones que «oyó que dijo la entrevistada». Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima al entender que no existía intromisión ilegítima en el derecho al honor, a pesar de que la información aportada no era exacta al no tener el ofendido implicación alguna en el asunto. Entiende la Audiencia que el requisito de veracidad aparecía en parte cumplido porque la noticia no era inexacta por inventada sino que estábamos ante un artículo neutral en el que la información había sido contrastada. Se interpone recurso de casación por parte del ofendido. El Tribunal Supremo lo desestima al

entender que se han cumplido, pese a la inexactitud de fondo de la información, los requisitos del reportaje neutral. (L. Z. G.)

11. Valoración de la prueba.—Una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba en casación (SSTS de 6 de mayo y 13 de septiembre de 2002).

Prueba del consentimiento expreso para que exista intromisión legítima.—Existe un derecho innato a cada persona para que no se reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento. El hecho de que sea necesario el consentimiento expreso para que no exista intromisión, da lugar a que quien lo alega ha de probarlo, según doctrina general sobre la carga de la prueba (STS de 7 de octubre de 1996.) La existencia de un consentimiento expreso para una determinada situación, limitado en el tiempo, no es equiparable a la prestación de un consentimiento indefinido e indiscriminado para la difusión de fotografías.

Ataque al derecho al honor.—El hecho de que la imagen sea reconocible en una fotografía asociada a un texto relativo al ejercicio de la prostitución de lujo afecta negativamente al honor de una persona, en la doble vertiente de su propia persona y en la consideración ajena (SSTS de 23 de marzo y 20 de octubre de 1987, 5 de diciembre de 1989, 11 de junio de 1990, 20 de marzo, 9, 10 y 13 de octubre de 1997, 27 de enero y 31 de diciembre de 1998). (STS de 18 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En enero de 1992, *Ediciones Tiempo* solicitó a la *Agencia de modelos C.* que le facilitara un modelo publicitaria para realizar unas fotografías que ilustrarían un reportaje sobre el divorcio, siendo elegida doña M.^a R. M. C., tras cuya sesión fotográfica presentó la factura correspondiente la *Agencia a Ediciones Tiempo*, que fue satisfecha. El 22 de febrero de 1993 publicó la revista un reportaje bajo el título «así funciona la química del amor, el sexo y el divorcio» reproduciendo una fotografía de la demandante. Transcurridos más de tres años, en el sumario de la misma revista aparecía un recuadro de otra fotografía de la demandante, obtenida en la sesión fotográfica, resultando su rostro identificable, con la leyenda a su pie: «El nuevo *marketing* del sexo. Las últimas tendencias del mercado del sexo ofrecen una cita íntima con conocidas artistas, según diferentes anuncios de prensa». En su interior, mostrando fotografías de otras modelos en ropa interior, se desarrollaba el texto considerándose aludida la demandante en el epígrafe de televisivas. El subdirector de *Ediciones Tiempo* remitió una carta a la demandante presentando sus excusas, y admitiendo que la sesión fotográfica se realizó para el reportaje de divorcio y las rupturas de pareja. La modelo presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia por vulneración de su derecho al honor y a su propia imagen porque las fotografías obtenidas solo podían ilustrar el reportaje que se contrató y durante ese año, declarando la sentencia la existencia de intromisión ilegítima, y condenando al resarcimiento por daños morales, a la inutilización de los negativos y a la publicación del fallo. Fue confirmada íntegramente por la Audiencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La presente resolución determina la exclusión de la normativa de la intromisión ilegítima en los casos de consentimiento expreso. Pero dicho consentimiento se encuentra limitado según las circunstancias pactadas. (P. S. S.)

12. Derecho a la intimidad.—«El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada (STC 115/2000, de 10 de mayo, reiterada por la STC 83/2002, de 22 de abril)».

Derecho a la intimidad versus derecho a la información.—«El derecho a la intimidad no es absoluto y puede ceder ante intereses constitucionales relevantes, siempre que el recorte que 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 (STC 57/1994, doctrina reiterada en la STC 143/1994, de 9 de mayo)».

No obstante y según resulta de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la CE, límite a la libertad de información lo es el derecho a la intimidad. No obstante, este límite debe a su vez ser limitado. Es lo que se llama la doctrina del límite del límite o interacción del derecho y su límite recogido en la STC 19/1986, de 12 de diciembre. «No concurren estos requisitos en la difusión de una conversación telefónica, pues si bien el conflicto social y laboral creado con motivo de un ajuste de plantilla en una fábrica de tabacos es noticiable y de interés para la opinión pública, en modo alguno puede justificar la publicación del contenido de una conversación telefónica grabada clandestinamente entre el presidente de la empresa y su abogado sobre estrategias a seguir para lograr la reconversión de la plantilla, aunque las estrategias pudieran calificarse como poco ortodoxas e incluso ilícitas o ilegítimas (STS de 29 de junio de 2004)».

Reportaje neutral.—«Se excluye de la consideración de reportaje neutral cuando el medio de comunicación reitera la información elaborada por otro medio en forma que va más allá de la mera transcripción, al presentar hechos en forma distinta a los retransmitidos por el medio de comunicación (STS 7 de julio de 2004)». (STS de 29 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Se publica en el periódico *La Provincia* así como en *La Gaceta de Canarias* una conversación telefónica mantenida entre el actor y su abogado que fue legalmente intervenida y grava-

da por una persona cuya identidad se ignora. Así mismo los autores de sendos artículos periodísticos se valen en los mismos de expresiones que difaman o hacen desmerecer la consideración ajena del actor. Por este motivo se demanda a los citados medios de publicación, así como a los autores de los comentarios periodísticos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a los codemandados al pago de una indemnización. La Audiencia Provincial conforma el pronunciamiento de la instancia. El Tribunal Supremo ratifica las instancias anteriores.

NOTA.—Una conversación captada de forma clandestina por medios no lícitos, por ejemplo, mediante la intervención de un teléfono sin autorización, es ilegal impidiendo que el supuesto de hecho encaje en el concepto de reportaje neutral. El recibir la información a través de una agencia oficial no constituye un medio de subsanación de la ilicitud para la divulgación de la captado. (M. F. N. C.)

13. La celda difícilmente puede equipararse al domicilio a efectos del derecho a la intimidad.—Difícilmente puede sostenerse una equiparación entre el domicilio —sede física en que se desarrolla la vida privada— y la habitación destinada a celda, además compartida con otras personas.

La fotografía del demandante, obtenida mientras comía en el interior de la celda, no vulneraba el derecho a la intimidad.—La captación de la imagen física no se produjo en un espacio respecto del cual el demandante dispusiera de un derecho a impedir la entrada de (*sic*) y su reproducción, que permitía verle detrás de una venta (*sic*) enrejada en el acto de comer, no descubriría actos íntimos de su vida. Es igualmente relevante, en el sentido expuesto, la utilización de la fotografía —explícita en su pie— como medio usual y normal en la cultura actual para completar y resaltar la información escrita, como lo evidencia los ulteriores usos de la misma fotografía en las informaciones posteriores.

Relevancia pública del hecho divulgado.—Como ha establecido el Tribunal Constitucional, en la situación de aparente confrontación entre la libertad de información y la intimidad, es elemento decisivo la relevancia pública del hecho divulgado, en cuyo conocimiento está interesada por motivos legítimos la opinión pública (STS —*sic*— 187/1991, 20/1992). Doctrina aplicable a este caso concreto en el que lo esencial era la transmisión a la opinión pública del hecho de la prisión del demandante y del lugar donde se hallaba, operada, como se señaló antes, en la forma gráfica y escrita que habitualmente utilizan los medios de comunicación.

Primacía del derecho de información sobre el derecho a la propia imagen.—Si bien ha de admitirse que no se está ante un lugar abierto al público, supuesto a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley Orgánica citada, las circunstancias en que se logra la fotografía y la finalidad con ella perseguida, en la que está ausente todo interés crematístico o publicitario, hace que prime el fin de información sobre el derecho a la imagen. (STS de 8 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Un diario publicó la foto de un conocido financiero mientras comía un bocadillo en el interior de la celda en la que había ingresado en régimen de prisión provisional. El financiero

demandó al empresario periodístico, al director del periódico y al fotógrafo por intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron íntegramente la demanda, pero el Tribunal Supremo acogió el recurso de casación de los demandados y desestimó íntegramente la demanda.

NOTA.—Aunque argumentaba el Tribunal Supremo que la fotografía cubría la noticia del ingreso en prisión del financiero, lo que estaba dando a conocer no era solamente esa noticia, sino lo que estaba comiendo el preso y en qué situación lo hacía, algo que no era en absoluto de interés público. (*L. F. R. S.*)

14. Derecho a la imagen conculcado en una fotografía que forma parte principal de un reportaje comercial.—Se trata de una fotografía de gran tamaño, con la imagen de personas (grupo familiar realizando compras), perfectamente identificables, que sirve de base al reportaje, para la publicidad (atracción del público, familiar esencialmente) del Centro con motivo de su apertura, y por ello, la misma es más bien principal que parte accesorio de tal reportaje (así se deduce de dicha fundamentación jurídica, que se hace), pues los afectados no aparecen en un grupo indiferenciados de una mayor concurrencia, deduciéndose de ello que son los fotografiados los que vienen a hacer propiamente la propaganda, al menos en parte importante.

Relación del derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad.—No se trata, lo comentado por la revista de prensa, de un acto público en sí, con resonancia política o social, ni los personajes aparecen en el *ranking* de los políticos, públicos, personajes institucionales, artísticos o famosos, por lo que aquellos tienen perfecto derecho a mantener su intimidad y a no aparecer, de cara a los lectores o del resto del público, en imágenes bien de conocimiento inmediato, bien en la relación histórica de las hemerotecas o del propio *dossier* de la firma comercial de que se trata, o en las posibles reproducciones, incluso para otros fines, aún lícitos, que de ello se hagan.

Apreciación del daño moral implícito en las intromisiones ilegítimas.—En cuanto a la apreciación del «daño moral», al que también se refiere dicho precepto, como adicionado al del perjuicio económico individualizado, la jurisprudencia lo entiende siempre implícito en la protección de estas intromisiones ilegítimas (SS de esta Sala, de 23 de abril de 1987, 16 de diciembre de 1988, 23 de febrero, 18 de abril y 27 de septiembre de 1989, 19 de marzo de 1990 y 24 de octubre de 1994, citadas por el Ministerio Fiscal), habiendo sido advertida esa falta, en otro aspecto, por la Sala de instancia, a los solos efectos de aminorar la cuantía indemnizatoria, pero no el de no partir de ella. (**STS de 2 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Un empresario de grandes superficies encargó un publicirreportaje con motivo de la apertura de un Centro Comercial, cuyo resultado se acompañó como cuadernillo en un periódico local. En dicho reportaje se publicaba una foto de gran tamaño de un grupo familiar comprando en el establecimiento que se inauguraba, efectuada sin el consentimiento expreso de los fotografiados, que reclamaron judicialmente que se declarase la violación del derecho a la propia imagen y se condenase a los empresarios periodísticos y comercial y al fotógrafo a la publicación íntegra de la

sentencia en el mismo medio de comunicación y se condenase con carácter subsidiario a los demandados a indemnizar por el daño causado. El Juez de primera instancia admitió parcialmente la demanda, condenando solidariamente a los demandados a indemnizar el daño moral. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, rebajando la indemnización en un cincuenta por ciento. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por ambos litigantes. (*L. F. R. S.*)

15. Prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la propia imagen.—En el presente caso se presenta como prevalente el derecho a la libertad de comunicar información ejercitado lícita y correctamente por todos los demandados, y ello por cuanto la información transmitida acerca de un concreto acto judicial públicamente celebrado, en la que quedaba insertada complementándola gráficamente como se decía la publicación de la expresada fotografía, que en modo alguno consta, ni aun indiciariamente, fuese obtenida por la demandada de forma subrepticia, solapada o con engaño o ardides, fue veraz, exacta y objetiva, cual se establece en la sentencia de instancia y se desprende de los testimonios que de tal causa penal se han aprobado (*sic*) a este proceso; y por cuanto además se refería a un hecho con innegable trascendencia pública, en el sentido de noticiable o de interés general, por la persona a la que se concretaba la información, que si bien no tenía la condición de funcionario público, desempeñaba trascendentes y delicadas funciones frente a terceros usuarios en un importante establecimiento público sanitario, el *Hospital Universitario*, y por la materia sobre la que versaba; y desde otro punto de vista no puede olvidarse que informaba acerca de un acto en el que el Tribunal ejercía la potestad jurisdiccional en los términos que señala el artículo 117 CE y que asimismo se desarrolló públicamente por así exigirlo el artículo 120 del propio texto constitucional, publicidad de los actos judiciales establecida pues legalmente que, con independencia de lo expuesto, supone deviene también operativa la previsión genérica contenida en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 cuando establece que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en ámbito protegido (derecho al honor, la intimidad y la propia imagen) cuando estuviere expresamente autorizada por Ley, e igualmente que a los fines de justificar y reputar legítimas las conductas que a los demandados han sido imputadas en esta litis deviene aplicable la más concreta previsión que se establece en el artículo 8.2.a) de la citada Ley Orgánica 1/1982 puesto en correlación con el art. 120 CE, antes invocado, dado que las imágenes captadas durante un acto público, o en lugares abiertos al público, lo que es aplicable a una vista judicial celebrada en una Sala de Administración de Justicia no se reputan intromisiones en el derecho a la propia imagen. (**STS de 9 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El celador de un hospital reclamó una indemnización por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen por haber publicado un periódico una fotografía suya para ilustrar la noticia del juicio celebrado por hurto, con este pie: «Uno de los encausados». El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apela-

ción y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

16. Intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen aun existiendo consentimiento del afectado.—Se plantea ante el Tribunal Supremo la problemática de discernir si la ilustración de un reportaje sobre prostitución y trata de blancas, en el cual aparece retratado el actor como la viva imagen de un proxeneta, resulta atentatorio del derecho a la imagen.

El Tribunal Supremo se pronuncia respecto a la posibilidad de que, atendiendo al caso concreto, aun existiendo consentimiento por parte del afectado, sea posible considerar el hecho como atentatorio del derecho a la imagen. El hecho de servirse de la fotografía en cuestión para ilustrar un reportaje sobre la prostitución y trata de blancas, «dista mucho de ser neutra o inocua para los derechos fundamentales de las personas identificables en la imagen publicada, pudiendo incluso ser ilícita aún siendo tomada con el consentimiento del afectado» (FJ 3º, STS 9 de julio de 2004).

Imposibilidad de desplazar la responsabilidad a la agencia o profesional libre por parte del medio que publica las imágenes.—Para el Tribunal Supremo, aceptar las pretensiones de la recurrente, entendiéndose que la fotografía procede de una agencia y, por tanto, se presume el consentimiento del afectado para su captación y difusión, llevaría al absurdo de exención total de responsabilidad de las cadenas de televisión, debiendo comprender que no puede existir un desplazamiento de responsabilidad a la agencia o profesional libre por parte del medio que publica las imágenes, cuando la experiencia demuestra que una cadena de televisión tiene absoluta libertad para adoptar la decisión que considere más pertinente en orden a la mayor o menor identificabilidad del afectado (FJ 3º, STS de 9 de julio de 2004). (STS de 9 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone por la parte actora demanda solicitando la declaración de intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen por la publicación en una revista de una fotografía en la que aparece el actor en el interior de un local junto a otras personas no identificables. Dicha fotografía ilustra un reportaje titulado «Prostitución/Temor a la trata de blancas. El Gobierno prepara una Ley para despenalizar la figura del proxeneta». El Juzgado de Primera Instancia condena a la empresa editora a indemnizar al actor por considerar que existió intromisión ilegítima en el derecho a la imagen. Interpuesto recurso de apelación por parte de la empresa editora, la Audiencia Provincial lo estima, reduciendo la indemnización en parte. La empresa editora interpone recurso de casación, solicitando la exención de toda responsabilidad por proceder la fotografía de una agencia, circunstancia que haría presumir que existió consentimiento por parte del afectado. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—Es la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la que establece los límites a la protección del derecho a la imagen, negando la existencia de intromisión ilegítima en caso de existir consentimiento expreso por parte del afectado (art. 2.2). A ello deben sumarse las excepciones recogidas en el

artículo 8 de la Ley, referidas a la captación, reproducción y publicación de imágenes de personalidades públicas en acto público; a la utilización de caricaturas de dichos personajes; y, en último lugar, a los casos de imagen del afectado como «accesoria» a la información gráfica, cuando ésta tiene lugar sobre un suceso público.

En consonancia con el texto de la Ley, la Jurisprudencia había considerado la existencia de consentimiento como impeditiva de intromisión ilegítima y, por tanto, la inexistencia del mismo como causa suficiente para declarar la intromisión ilegítima en el derecho (SSTS de 7 de octubre de 1996, 22 de abril de 2002, entre otras). En el caso que comentamos, el Tribunal Supremo ha considerado que hay supuestos en los que aún existiendo consentimiento del afectado, debe entenderse que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del afectado. En esta línea, encontramos antecedentes en el Supremo, en las SS de 24 de abril de 2000, 2 de febrero y 2 de julio de 2001, 24 de diciembre de 2003, y posteriormente, en la STS de 17 de junio de 2004. Dichas sentencias apreciaron intromisión ilegítima en el derecho a la imagen por publicación no consentida de una fotografía que sin embargo se habían tomado con consentimiento del afectado. En ellas se declara que el consentimiento debe versar tanto sobre la obtención de la imagen como sobre su concreta publicación. [En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en SS 156/01 (RTC 01,156) y 14/2003 (RTC 2003,14)]. Debemos concluir, por tanto, la necesidad de consentimiento tanto para la captación de la imagen como para la posterior publicación de la misma, tratándose de dos declaraciones de voluntad totalmente independientes, no pudiendo resultar extensivo para la publicación, el consentimiento prestado para la captación. (*L. Z. G.*)

17. Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de menores.—La imagen de una persona se define como la representación gráfica de su figura humana, visible y reconocible. En su dimensión constitucional, como derecho fundamental proclamado en el artículo 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.—perseguida por quien la capta o difunde (entre otras, SSTC de 26 de marzo y 18 de junio de 2001, 22 de abril de 2002, y 28 de enero de 2003, entre otras). Por lo que respecta a los menores, el marco normativo de protección viene dado además de por el artículo 18 CE, por el artículo 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Falta de consentimiento para la obtención y publicación de la fotografía de la menor.—Al margen de los supuestos legalmente establecidos, las causas de exclusión del carácter ilegítimo de la intromisión del derecho a la imagen tienen como punto de referencia no sólo la concurrencia del consen-

timiento del titular del derecho, que en casos de menores y si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 3.1 LO 1/1982, de 5 de mayo), ha de ser prestado por ellos mismos, sino también el concreto ámbito de privacidad personal y familiar que el titular del derecho, especialmente aquellos de cierta relevancia política, artística o periodística, delimite con sus propios actos. Sin embargo una y otra han de ser matizadas con respecto a menores. En cuanto al consentimiento, al ser más amplio el ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar de los menores en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Aún cuando conste el consentimiento del menor o de sus representantes legales, dicha intromisión en la esfera de derechos del menor tendrá carácter ilegítimo si es contraria a sus intereses (art. 4.3 LO 1/1996, y en este sentido, SSTS de 7 de octubre de 1996 y 20 de mayo de 1997; en sentido contrario, STS de 26 de marzo de 2003), determinando en cualquier caso la intervención del Ministerio Fiscal (art. 4.2 LO 1/1996).

Por lo que a los usos sociales se refiere (art. 2.1 LO 1/1982), como pieza clave en la concreción del ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona para sí y su familia, es evidente que se refiere al propio titular del derecho y no al de su madre, personaje famoso. No se admite como causa de exclusión del carácter ilegítimo de la publicación, que la imagen de la menor se hubiera publicado con el consentimiento de su madre en otras revistas, ya que el derecho a la imagen no sólo alcanza a la captación y difusión sino también al medio a través del cual se difunda, puesto que «el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía» (STS de 18 de julio de 1998, RJ 1998/ 6278).

La no obtención del consentimiento en este caso de la representante legal del menor, dada la temprana edad de la misma, tampoco se puede justificar en que el reportaje no lo realizó la propia publicación sino que fue adquirido a una agencia de prensa, ya que «las elementales normas de prudencia exigían requerir al autor del reportaje que acreditase la existencia del consentimiento necesario para su publicación» (FD 2.º). (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista del corazón *Semana* publicó en su portada del número correspondiente al 22 de mayo de 1996, así como en las páginas interiores, bajo los titulares «Toda la verdad sobre la hija adoptiva de I. P. Primeras fotos de la niña» y «La hija adoptiva de I. P. ya está en su nuevo hogar en España», la fotografía de la menor I. P. M., así como la solicitud del pasaporte de la menor. Su madre, I. P. M., como representante legal de la menor, demandó por los trámites del procedimiento de Protección Civil de los Derechos a la intimidad y a la imagen, a la citada publicación así como a Don J. N. L., solicitando que se declarase la intromisión ilegítima en la intimidad y la imagen de la menor, así como a la publicación del texto íntegro de la sentencia con iguales caracteres tipográficos, así como la correspondiente indemnización. Personado el Ministerio Fiscal en el procedimiento, se estimó íntegramente la demanda en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por la representación legal de la parte demanda, fue estimado parcialmente, dejando sin efecto la condena en lo relativo a la publicación del texto íntegro de la sentencia. La representación legal de los demandados

recurrieron en casación el fallo de la Audiencia Provincial, alegando, entre otros motivos, la indebida aplicación del artículo 2.1. de la LO 1/1982, de 5 de mayo, así como del artículo 20.1 CE.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo analiza la intromisión ilegítima en cuanto a la imagen de una menor, hija adoptiva de un famoso personaje de la vida artística española, tanto en cuanto a la captación de dicha imagen como su reproducción en un medio periodístico. Sin embargo, no analiza la lesión al derecho a la intimidad de dicha menor dado que igualmente y como consta en la sentencia, se reprodujo en el reportaje la solicitud de pasaporte de la misma. Los datos revelados carecen, en nuestra opinión, de relevancia pública y de interés general, ni tampoco el sujeto implicado tiene el carácter de personaje público ni de autoridad o funcionario que, conforme al artículo 20.1.d) CE pudiera entenderse que justificaría la intromisión en la intimidad de la menor, en aras al derecho a recibir información veraz puesto que estamos ante la revelación de manifestaciones innecesarias para el interés público de la información. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (SSTC de 2 de diciembre de 1982, 26 de noviembre de 1984, 2 de diciembre de 1988, 17 de octubre de 1991, 9 de mayo de 1994, 29 de septiembre de 1997, y 5 de mayo de 2000, entre otras) el derecho fundamental a la intimidad vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC de 2 de diciembre de 1988 y 17 de octubre de 1991 y STS 12 de julio de 2004). Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad, vedando, por tanto, que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada. (R. D. O.)

18. Caducidad de la acción de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.—El plazo de ejercicio de la acción de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen es un plazo de caducidad, tal y como establece el artículo 9.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. Al tratarse de un plazo de caducidad, no se interrumpe con el ejercicio de una acción penal, que no extingue la civil si se reserva ésta (FJ 1.º, STS de 5 de julio de 2004).

El sujeto perjudicado puede ejercitar la acción civil o la penal. Si ejercita la penal con reserva de la acción civil, y el plazo transcurre, presentándose la demanda civil pasado el plazo de los cuatro años, se considera que la acción ha caducado. El ejercicio de la acción penal no interrumpe el plazo de la acción civil. En cuanto al *dies a quo* del plazo de ésta, éste será el día en que el legitimado pudo ejercitar la acción, es decir, el día en que sufrió la lesión de su derecho (STS de 28 de septiembre de 1998).

Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor. Imposibilidad de pronunciamiento sobre la lesión al derecho a la intimidad por incongruencia *extra petita*.—No existe, como dice el Tribunal Supremo, un «tricéfalo» de honor, intimidad e imagen, sino que se trata de tres derechos

diferentes e independientes el uno del otro. Por tanto, si la parte solicita se declare la intromisión en el derecho al honor, y ésta no tiene lugar, al ser lo único pedido por la parte actora, no es posible posteriormente estimar una intromisión en el derecho a la intimidad cuando ello no ha sido solicitado. (STS de 5 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando se declare la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por estimar la caducidad de la acción por el transcurso de cuatro años. Sin embargo, interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial considera que se ha producido una lesión en el derecho al honor y a la intimidad personal de la actora. La parte demandada interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso, entendiendo que no se ha producido intromisión alguna en el derecho al honor de la parte actora.

NOTA.—La sentencia objeto de anotación no hace más que reiterarse en los pronunciamientos recogidos en la sentencia de esta misma Sala de fecha 28 de septiembre de 1998, la cual fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Resultaba dudoso por inconstitucional el pronunciamiento de la Sala que, por primera vez, sienta el criterio de que el ejercicio de la acción penal debe llevar consigo el efecto de la extinción de la acción civil por tratarse del ejercicio de un derecho de opción. Ello lo fundamentaba sobre la base de que la posibilidad de ejercer la vía civil después de agotada la penal equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad reclamatoria, siendo ello contrario a la ley que establece la caducidad como plazo para el ejercicio de la acción. La Sala también se pronuncia respecto al *dies a quo* para el cómputo del plazo del ejercicio de la acción, entendiendo que era aquél en el cual el legitimado pudo ejercer las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas. El Tribunal Constitucional en S de 8 de abril de 2002, se plantea si la sentencia del Tribunal Supremo referida vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva. Tras realizar una breve aclaración del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y los posibles modos de vulneración, el Tribunal Constitucional declara que los temas de plazo constituyen cuestiones de legalidad ordinaria, siendo ellas competencia de Jueces y Tribunales de Justicia a excepción de los siguientes casos: cuando resulte imposible en la práctica el ejercicio de la acción, cuando en la determinación de dicho plazo se incurra en un error patente, y cuando se apoye en un razonamiento arbitrario (STC de 2 de octubre de 1997). Al no dejar de ser la cuestión un tema de interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria, el Tribunal Constitucional no puede más que declarar que corresponde en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en virtud de lo establecido en el artículo 117 CE. (L. Z. G.)

19. El título nobiliario como marca registrada.—Si bien históricamente los títulos nobiliarios estuvieron vinculados con la Corona en cuanto símbolo del reino, en la actualidad el ostentar un título nobiliario, tal y como

ha declarado el Tribunal Constitucional, S de 3 de julio de 1997, RTC 1997/126, no supone en modo alguno «un status o condición estamental y privilegiada», sino que se agota en su carácter de preeminencia o prerrogativa de honor, un *nomen honoris* (FJ 16.º). Sin embargo su carácter meramente simbólico no excluye el derecho de su titular no sólo al mismo, sino también al uso y protección frente a terceros «... de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre» (FJ 2.º STC 27/1982). Es habitual en el tráfico comercial el registro de títulos nobiliarios como marcas con el fin de dotar al producto contrasignados con la dignidad de la relevancia o distinción que lleva inherente la dignidad nobiliaria. El Registro de los mismos presenta unos caracteres peculiares con respecto a otras marcas, peculiaridades tendentes a dotar de una especial protección al título nobiliario.

Títulos nobiliarios. Utilización indebida. Intromisión ilegítima a los efectos de la LO 1/1982, de 5 de mayo.—La inscripción de un título nobiliario como marca registrada, plantea analizar si la protección de dicho título puede únicamente articularse por los cauces del régimen sancionado contenido en la Ley de Marcas, de modo que su carácter de marca comercial excluiría la aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo. No hay razón para excluir la aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ya que todo título nobiliario, como nombre adscrito, a un marca, «encierra tanto un derecho a la intimidad, como tal derecho público subjetivo a la personalidad, como su tutela patrimonial». La utilización por la cadena hotelera del título nobiliario tuvo su origen en el inicial consentimiento dado por el que en aquel momento era el titular del mismo. La revocación de dicho consentimiento, conforme al artículo 2.3 LO 1/1982, puede tener lugar sin siquiera alegar justa causa. La continuación en el uso de la dignidad nobiliaria, una vez producida expresamente la revocación de la autorización, constituye un supuesto de intromisión ilegítima conforme al artículo 7.6 LO 1/1982, dada la finalidad comercial y publicitaria del uso que se ha dado del título de «Marqués del Palmer».

Inicio del cómputo del plazo de caducidad del artículo 9.5 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.—Las acciones de protección de los derechos regulados en la LO 1/1982, en supuestos de intromisiones ilegítimas podrán ejercitarse en el plazo de cuatro años. La fijación del inicio del mencionado plazo de caducidad se determina legalmente en el momento temporal en el que el perjudicado pudo ejercitar dichas acciones. Puesto que la intromisión ilegítima no ha cesado sino que sigue perpetrándose en tanto que la empresa sigue utilizando para la denominación de su hotel el título de «Marqués del Palmer», y en tanto no deje de utilizar dicho nombre «no empezaría a contar el plazo de caducidad» (FD 5.º). (STS de 9 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. D. M., padre de la actora, otorgó en 1966 consentimiento expreso a la *Compañía Hotelera Sant Jordi*, para la utilización de su título nobiliario de «Marqués del Palmer», como rótulo del nuevo establecimiento abierto en la Colonia de Sant Jordi, del que fue su primer director y del que era accionista. Una vez enajenadas en 1973 las acciones que poseía, cesó en la dirección del hotel, sin que entre las estipulaciones relativas a la venta se hiciera mención alguna al cambio de denominación. Fallecido don J., su hijo y heredero del título no formuló objeción alguna a la

utilización del título. Tras su fallecimiento, fue doña P., su hermana quien como heredera del título inició la inscripción del mismo a su favor en el Registro de Marcas, como *Hotel Marqués del Palmer*, como servicio de hoteles, restaurantes y bar, marca que le fue reconocida por un plazo de diez años el día 2 de noviembre de 1993. Con fecha de 21 de diciembre de 1995 y de 4 de mayo de 1998, doña Pilar requirió a la mencionada empresa para que cesara en el uso de dicha denominación. Desatendidos dichos requerimientos, doña Pilar interpuso demanda contra la *Compañía Hotelera Sant Jordi* sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Estimada parcialmente la demanda en el sentido de reconocer el carácter de intromisión ilegítima la utilización del título de «Marqués del Palmer» y del escudo de armas de la familia, dicha resolución fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia con relación a la utilización del escudo de armas. La representación legal de la *Compañía Hotelera Sant Jordi* interpuso recurso de casación alegando la caducidad de la acción de intromisión ilegítima de la LO 1/1982, ejercicio anormal del derecho de revocación, y finalmente el carácter comercial del título tras su inscripción como marca, y por tanto, la ausencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor.

NOTA.—Ya con anterioridad a la presente sentencia, el Tribunal Supremo en su S de 29 de febrero de 2000, vino a analizar el concepto legal de intromisión ilegítima con respecto a la utilización de un título nobiliario para fines comerciales o publicitarios, si bien en aquel supuesto la empresa que comercializaba bajo el título nobiliario, sí tenía registrada dicha denominación y en el momento en que tuvo lugar la inscripción en el Registro de marca no había nadie ostentando dicho título nobiliario. Llama la atención que la parte demandada, dado que el establecimiento hotelero en cuestión llevaba desde 1966 abierto al público bajo dicha denominación, no hubiera reclamado en los Tribunales tras el primer requerimiento la anulación de la marca registrada conforme al artículo 53 de la entonces vigente Ley de Marcas con relación al artículo 4 de la misma. Uno de los supuestos en los que procede la caducidad de la marca y la cancelación de la misma es su no utilización en un plazo de cinco años desde la fecha de su publicación (2 de noviembre de 1993) para los productos y servicios para los que fue registrado. No consta en los hechos que el motivo por el cual doña P. registrara la marca del *Hotel Marqués del Palmer*, fuera el dedicarse al ejercicio de la actividad hotelera para hoteles, restaurantes y bar. Si bien dicha medida no hubiera en cualquier caso desvirtuado el carácter de intromisión ilegítima en cuanto a la utilización por parte de la cadena hotelera.

Igualmente cabe llamar la atención sobre la desestimación del motivo relativo a la caducidad de la acción conforme al artículo 9.5 LO 1/1982, de 5 de mayo. Con anterioridad a este supuesto, el Tribunal Supremo se había pronunciado sobre dicho plazo de cuatro años, SSTS de 28 de septiembre de 1998, 31 de julio de 2000 y 22 de noviembre de 2001, señalando al respecto que el *dies a quo* viene dado por el momento temporal en el que el perjudicado pudo

ejercitar dicha acción. Según la sentencia que anotamos, puesto que la intromisión sigue perpetuándose, aún ni siquiera ha comenzado a computar el plazo. Si efectivamente fuera así, no se habría siquiera podido ejercitar la acción en primera instancia. En nuestra opinión, el plazo empezaría a contar desde el momento en que se revocó el consentimiento y requirió a la entidad hotelera para que cesare en la utilización de dicha denominación, esto es, desde 21 de diciembre de 1995. La fecha de registro del título como marca registrada no consideramos que conlleve una revocación de la autorización de utilización, ya que la marca puede ser utilizada tanto por su titular como por un tercero con la autorización de aquél. (R. D. O.)

20. Títulos nobiliarios. Sucesión. Variación del orden de sucesión del Título.—El Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones que la sucesión en los títulos y dignidades nobiliarias se rige por lo dispuesto en la carta de creación de cada uno de ellos; y en caso de no establecerse en la misma una forma específica, regirá lo dispuesto en la legislación vigente en nuestro Derecho nobiliario. El orden tradicional no es otro que el que rigió para los mayorazgos regulares desde la promulgación de las Leyes de Toro (1505), que por primera vez reconocen y regulan esta institución (Leyes 27 y 40 a la 46) de forma distinta a como lo hicieron las Partidas para la sucesión a la Corona, supuesto que aquéllas permiten que el fundador establezca el orden sucesorio y las condiciones que tenga por conveniente. La voluntad del fundador se considera «Ley en la materia» y para el caso de no disponer nada respecto al citado orden, se aplican los principios de primogenitura y representación tanto en las líneas rectas descendentes como en las colaterales, perfilándose así un orden totalmente distinto al regulado en la Ley de Partidas. En 1792, cuando se produce el establecimiento de una nueva cabeza de línea en la sucesión del título de Conde de Lerena, se admitía la posibilidad de variar el orden de sucesión de una dignidad nobiliaria con respecto al consignado en el Título en casos de ausencia de descendientes legítimos, como consecuencia no sólo de la realidad histórica del momento y la costumbre, sino también al reconocimiento de dicha facultad con respecto a los mayorazgos en la Ley XLIV de Toro. Además era necesario que concurriese la autorización real para la variación en el orden de sucesión, como así sucedió.

No retroactividad de la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804 con respecto a títulos otorgados con anterioridad.—En 1792 cuando se produce el establecimiento de una nueva cabeza de línea por designación testamentaria, existía dicha libertad de disposición sobre los títulos en caso de ausencia de descendientes. El derecho vigente en aquel momento, tal y como señaló la STS de 24 de febrero de 1981 reconocía dicha permisibilidad, conforme a la realidad histórica y a la costumbre, práctica a la que quiso poner fin Carlos IV con la mencionada Real Cédula de 29 de abril de 1804, declarando vinculadas todas las gracias y mercedes de los Títulos de Castilla que se concedieran en lo sucesivo, pero respetando la concesión de títulos que hubieran tenido lugar con anterioridad. El carácter vinculado de la sucesión conllevaba que se siguiera el orden de sucesión consignado en el título. Dicha Real Cédula no resulta aplicable en el caso de cambio de línea con autorización regia, por sucesión testada y ante la falta de testamento, ya que el nuevo cabeza de línea tomó posesión del mismo tras la muerte del primer conde sin descendencia en 1792. La aplicación de la misma sólo sería posible

con respecto al primer cabeza de la nueva línea, ya que la Real Cédula no contiene ninguna disposición que anule o modifique los efectos jurídicos de los actos realizados con anterioridad.

Incongruencia en supuestos de sentencias absolutorias.—El juicio de congruencia se resume en una confrontación o contraste entre el suplico de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, y que también debe tomarse en consideración la posición del demandado porque supone incongruencia dar menos de lo que pedido en la demanda (FD 2.º, STS de 21 de diciembre de 2001, RJ 2001/10054). En este sentido es reiterada la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 22 de diciembre de 1993, RJ 1993, 10108; 26 de julio de 1994, RJ 1994, 6779; 25 de enero de 1995, RJ 1995, 166; 15 de noviembre y 21 de diciembre de 2001; y de 21 de mayo de 2002) en el sentido de negar que exista incongruencia en sentencias absolutorias de la parte demandada, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas. Las únicas excepciones admitidas a dicha regla vienen dadas por aquellos supuestos en los que el demandado se conforme total o parcialmente con la pretensión actora; cuando se dejen de resolver pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; cuando se altere la *causa petendi* o soporte fáctico de la cuestión debatida (SSTS de 25 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7654], 24 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 9779] y 28 de enero de 1995 [RJ 1995, 387]); en caso de transformación del problema litigioso (SSTS de 25 de octubre de 1993 y 28 de enero de 1995); y finalmente, o la absolución se produzca por haberse apreciado una excepción no alegada ni susceptible de estimación de oficio (SSTS de 24 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1251], 19 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8538] y 28 de enero de 1995), ninguno de los supuestos excluyentes concurren en este caso FD 3.º, STS de 21 de mayo de 2002, RJ 2002/5250). **(STS de 5 de julio de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—En 1791 fue otorgado a don P. L. de L. y C. el título de Conde de Lerena, título que a su fallecimiento sin descendientes en enero de 1792, tal y como designó en su testamento, pasó a su hermano A., estableciéndose en él una nueva cabeza de línea. Doña M. L. de . y F. demandó por los trámites del juicio de mayor cuantía a don G. G. C. y R., sobre el mejor derecho al título nobiliario de Conde de Lerena, solicitando la nulidad de todo acto o disposición contrario a la ley de creación de tal título, incluida la real carta de Sucesión otorgada a favor del demandado. Por su parte, don G., en la contestación de la demanda solicitó la desestimación de la demanda al ostentar mejor derecho genealógico para usar y poseer el título noble de conde de Lerena, la validez de la designación efectuada por don P. así como la usucapición adquisitiva del título en la línea de don A., de la que desciende el demandado, durante más de cuarenta años desde 1792. Desestimada en primera instancia, la Audiencia Provincial igualmente desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma. La representación legal de la parte demandante interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, la aplicación indebida de la Ley XLIV de Toro, Ley II de la Partida Segunda e inaplicación de la Real Cédula de Carlos III de 14 de mayo de 1789.

NOTA.—El Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos no entra a analizar si con el establecimiento de una nueva cabeza de

línea por designación testamentaria ante la ausencia de descendientes, se constituye o no un mayorazgo, por considerar que es una cuestión nueva que se suscita en casación. Señala el Tribunal Supremo, *obiter dicta*, que si bien la Real Cédula de Carlos III de 14 de mayo de 1879 prohibía la constitución de mayorazgos sin autorización regia, la hipotética nulidad del mayorazgo que en su caso hubiera constituido don P. en su testamento, no excluye el problema en la sucesión del Título, puesto que «*resulta extravagante pretender que la infracción de la Real Cédula de 1789, con su efecto de atribuir a los parientes más inmediatos del constituyente del mayorazgo lo que fue su objeto, [...] lo que es explicable refiriendo al aspecto patrimonial es claro que no lo es si se pretende aplicar a un bien inmaterial producto de la gracia real como el Título Nobiliario*». (FD 3.º). (R. D. O.)

21. Legitimación activa para promover la declaración de incapacidad. Criterio restrictivo de interpretación respecto a las personas designadas por la Ley.—El derogado artículo 202 del Código Civil, así como su correlativo vigente, artículo 756.1 LEC de 2000, establecía un régimen de legitimación activa en cuanto reconocía únicamente al cónyuge o descendiente del presunto incapaz y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del mismo. Por su parte, el derogado artículo 203 CC, cuyo contenido encontramos hoy vigente en el artículo 757, apartados 2 y 3 LEC de 2000, establecía las condiciones precisas para que fuese el Ministerio Fiscal quien promoviese la declaración de incapacidad. Si atendemos al tenor literal de la Ley, donde no caben interpretaciones extensivas, la demandante, sobrina carnal de las presuntas incapaces, carece de legitimación para pedir su incapacidad; falta de legitimación que en ningún caso queda subsanada por la intervención del Ministerio Fiscal en cuanto que mostró ciertas reservas a la incapacidad declarada en las instancias anteriores. (STS de 7 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Promovida la declaración de incapacidad de tres hermanas por una sobrina carnal suya, hija de otra hermana fallecida antes de la interposición de la demanda, la sentencia de primera instancia acordó la incapacidad absoluta de aquéllas para su autogobierno patrimonial, que no personal, acordando la constitución de la curatela, y recurrida dicha sentencia en apelación por demandante y demandadas, el tribunal de segunda instancia confirmó la incapacidad pero sustituyendo la curatela por tutela plena de incapaces aunque limitada a los bienes de las demandadas sin extenderse a sus personas. Contra la sentencia de apelación se interpuso recurso de casación por la representación común de las demandadas una de las cuales falleció durante la tramitación del mismo alegando falta de legitimación activa de la solicitante de la declaración de incapacidad. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida sin que ello suponga prejuzgar la existencia o inexistencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico en las demandadas.

NOTA.—Los procesos sobre capacidad de las personas están impregnados de un fuerte carácter de orden público, carácter que ha de

traducirse en un reforzamiento de las facultades del juzgador para velar por su regularidad. Este marcado carácter de orden público puede verse enfrentado con el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la CE a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, por lo tanto limita el primero un interés que en abstracto puede considerarse legítimo pero que la ley no lo considera como tal.

En la sentencia anotada la demandante ejercita una acción de incapacidad, acción personalísima, es decir, intransmisible por cualquier título, para la que no está legitimada activamente según el tenor literal del texto legal. Aunque el derecho a la tutela judicial y efectiva pudiere reconocerle, en un principio, esta legitimación, posteriormente, la configuración de la acción normativamente se la deniega. (*M. F. N. C.*)

22. Principio de protección del presunto incapaz.—«Implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto de la realidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial; siempre ésta se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, como trasunto de la realidad de la persona lo que debe inspirar aquella decisión judicial; ésta siempre se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba que exige el artículo 208 CC y toda aquella que sea precisa y siguiendo siempre un criterio restrictivo; la situación, pues, de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada, aplicando el artículo 210 en el sentido de fijar adecuadamente la extensión y límites de la incapacitación (SSTS de 31 de diciembre de 1991, 31 de octubre de 1994 y 16 de septiembre de 1998)».

«Enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí mismo».—Un accidente vascular cerebral puede ser la causa de un síndrome de cautiverio, el cual si tiene carácter permanente y definitivo, impidiendo a la persona el ejercicio de tareas físicas y habituales de la vida diaria, necesitando la ayuda y supervisión de otra persona. A ello abunda que «el autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no solo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guardia de la propia persona, o como dice un autor “el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a la propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial”». (**STS de 30 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Betanzos se formuló demanda por la representación de la demandante solicitando la declaración de incapacidad de E. G. T. tanto para el autogobierno de su persona como para regir y administrar sus bienes, así como el régimen de tutela o guarda a que hubiera de quedar sometido el incapacitado. Igualmente se solicita la revocación de un poder general otorgado por el demandado a su hermano el 15 de septiembre de 1995. La representación de la parte deman-

dada se opuso alegando la falta de concurrencia de causa física o psíquica que influyera en la capacidad volitiva y de decisión del demandado por encontrarse el mismo plenamente capaz.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de incapacitación y nombra tutor del incapaz a su hermano C. G. T. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de La Coruña revoca parcialmente la sentencia recurrida manteniendo la declaración de incapacidad de E. G. T. para regir su persona y sus bienes, pero determina que el proceso no es el adecuado para el nombramiento del tutor, así como para revocar el poder otorgado en su momento a favor del hermano del incapaz. Contra esta sentencia se interpuso por la parte demandada recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Desde el punto de vista médico el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades: la patrimonial —autonomía e independencia en la actividad socioeconómica—; la adaptativa e interpersonal— entendiéndose por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y la manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural— y la personal —en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado. El accidente vascular sufrido por el demandado no afectó a las funciones psíquicas superiores que se mantienen totalmente conservadas, sin embargo, la afasia le impide expresar su voluntad de forma libre. Por lo tanto, es dueño de sus propios actos y tiene capacidad suficiente para tomar decisiones en todos los órdenes de la vida. Sin embargo, al quedar limitada su facultad de comunicación a los ojos y a un tablero con un abecedario donde puntea las letras para la formación de las palabras y así poder comunicarse impide el autogobierno desde la dimensión personal mencionada. (M. F. N. C.)

23. Doctrina del levantamiento del velo.—En el conflicto entre la seguridad jurídica (reconocimiento de personalidad jurídica a una determinada entidad mercantil) y la justicia, ambos valores consagrados en la Constitución Española (arts. 1.1 y 9. 3 CE), corresponde según los casos y las circunstancias, por vía de la equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7 CC), penetrar «... en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC)» (SSTS de 24 de marzo de 1997, reiterando la doctrina de las SS de 28 de mayo de 1984, 12 de febrero y 1 de abril de 1993, 11 de diciembre de 1995, así como las de 25 de octubre de 1997, 31 de enero, 30 de mayo y 9 de noviembre de 1998, 11 de octubre de 1999, y 30 de julio de 2002, entre otras).

La tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal y patrimonial de las entidades o sociedades, debe utilizarse cuidadosamente, es de aplicación limitada, pues lo normal «... es el obligado respeto a la forma legal», y sólo excepcionalmente y de manera subsidiaria, cuando quede probado que la forma esconde una ficción, y que por tanto se produce un fraude de ley y un

abuso de la personalidad jurídica, se puede utilizar la doctrina del levantamiento del velo» (FD 1.º de la STS de 17 de octubre de 2000).

Administración social irregular del patrimonio social y doctrina del levantamiento del velo. Distinción de ambos supuestos.—No es posible, como sucede en la sentencia de primera instancia, que se confunda lo que es una administración social perjudicial para los acreedores sociales, como se ha producido en el caso, con la finalidad de la confusión de patrimonios sociales y particulares de los socios. Así pues, «... una cosa es que la sociedad se revele como una forma de actuar en el tráfico de su socio único, que quiere limitar así su responsabilidad [...] o como instrumento para defraudar a terceros o incumplir sus obligaciones» (FD 1.º), supuestos en los que procede el levantamiento del velo; y otra muy distinta, como es el caso, que haya tenido lugar una consciente o inconsciente mala administración de la sociedad, ya que hasta la época de crisis de la misma, su funcionamiento era el normal de cualquier ente societario, tanto frente a sus trabajadores, como frente a sus acreedores, respondiendo el patrimonio social de las deudas de una y otra clase que se generaban. Así pues, en los supuestos en los que no nos encontremos ante un abuso de derecho en la creación de la persona jurídica, sino ante un supuesto de administración irregular, cual es cargar al patrimonio social deudas que lo eran del matrimonio, correspondería el ejercicio de las acciones sociales o individuales contra los administradores puesto que la solución al perjuicio causado «no ha de venir por vía de la negación de la personalidad jurídica a la sociedad» (FD 1.º).

La responsabilidad de los administradores en sede de sociedades de responsabilidad limitada se rige, conforme al artículo 69 de la ley reguladora de las mismas, Ley 2/1995, de 2 de marzo, por los artículos 127, 133.1 y 135 del TRLSA. Abstrayéndonos de la artificiosa distinción de la responsabilidad si la reclama un socio o un tercero, pues ambos, como señaló la STS de 19 de mayo de 2003, RJ 2003/5213, pueden ser perjudicados por la actuación maliciosa de un administrador, los administradores sociales responderán frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, «la cual se mensura de modo objetivo con arreglo al estándar, o patrón de comportamiento, de la que debe observar un ordenado empresario (art. 127 LSA). Se trata de una acción indemnizatoria que asiste a los terceros por los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses» (STS de 30 de diciembre de 2002, RJ 2002/332). **(STS de 19 de mayo de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—La sociedad *GR, S. L.*, fue constituida en el año 1973 por don L. G. L. y por su cuñado don M. R. T., de cuyas participaciones se desprendió en 1980 mediante permuta de las mismas por una finca rústica ganancial del otro partícipe. En virtud de escritura pública de fecha 27 de diciembre de 1982, quedan como socios únicos don L. y su esposa, período durante el cual, don L. en su cualidad de administrador cargó a la sociedad gastos no sociales sino del matrimonio, tales como la construcción de un chalet, adquisición de varios vehículos, pago de los estudios de la hija de ambos, etc. A partir de enero de 1993, la hija de ambos doña Camino, vino a ocupar el cargo de administrador de la mencionada entidad. Debido al impago de una serie de suministros, fueron demandados tanto doña C. como administradora y la entidad *GR, S. L.*,

solicitando la condena solidaria de ambos al pago de la suma 124.440.533 pesetas. La parte demandante invocó la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y con base a la misma se estimó la demanda. Recurrida dicha sentencia en apelación, fue revocada parcialmente y se absolvió a doña C., puesto que en la época en la que se efectuaron los suministros que resultaron impagados no era administradora. La representación legal de los esposos don Luis y doña M.^a P. interpusieron recurso de casación por infracción indebida de la doctrina del «levantamiento del velo».

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el Tribunal Supremo claramente distingue entre los supuestos en los que corresponde la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de aquellos en los que estamos ante una mala gestión de los administradores. El Alto Tribunal llama la atención sobre el incorrecto planteamiento de la litis en primera instancia. Como hemos señalado en los hechos, en la demanda origen del pleito la parte demandante únicamente solicitó la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, sin la precaución de ejercitar subsidiaria o alternativamente acciones propias del ámbito societario, en concreto la acción social o individual de responsabilidad contra los administradores, quedando limitado sin necesidad el objeto de la litis, de modo que «... la Sala, no tratándose de una cuestión de orden o interés público, no puede decir sobre la responsabilidad del administrador, sino sobre la de los socios en cuanto tales por deudas de la sociedad». Como acertadamente señala el ponente de la sentencia, el profesor Gullón, ni la finalidad que los socios pretendieron con la constitución de la sociedad fue crear una pantalla a efectos de responsabilidad tanto para limitar la personal de cada uno de ellos, ni defraudar los intereses de los acreedores de la sociedad o incumplir sus obligaciones con respecto a ellos. (*R. D. O.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

24. Simulación absoluta.—Existen dos tesis en torno a esta figura jurídica: aquella que considera la simulación absoluta como un vicio de la voluntad, en concreto, como una manifestación de la discordancia entre la voluntad real y la declarada; esta tesis ha sido superada por aquella que defiende su calificación como un supuesto de vicio en la causa negocial, con la declaración imperativa de nulidad, por inexistencia de causa.

Simulación relativa.—Tiene lugar cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado.

Negocio fiduciario. Concepto y teorías.—Nos encontramos ante un negocio fiduciario cuando quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. El fiduciario no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuera suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia, cuya causa se encuentra en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad.

En el negocio fiduciario existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego.

La naturaleza y efectos jurídicos del negocio fiduciario cuentan con dos tesis: la, ya superada, tesis del doble efecto, que lo concibe como un negocio de naturaleza compleja, producto de dos contratos independientes, uno real, con transmisión plena del dominio y eficaz frente a todos, y otro obligacional, válido entre las partes, en virtud del cual el adquirente ha de actuar sujeto a lo convenido, de forma que no impida el rescate de los bienes por el transmitente; la segunda tesis entiende que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal conservando el fiduciante la titularidad real. La jurisprudencia ha sostenido en repetidas ocasiones, conforme a esta segunda tesis, que mediante el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe adquirentes por título oneroso, con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante.

Diferencias entre simulación absoluta y negocio fiduciario.—El negocio simulado es ficticio, simple y absolutamente nulo; mientras que el negocio fiduciario es real, complejo y válido.

Venta en garantía.—Se trata de un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*: el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario. El fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, sino que debe devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia.

La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía. De no ser así, se vulneraría la prohibición del pacto comisorio. El fiduciario, en caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención. (STS de 26 de julio de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don D. J. L. vendió, en escritura pública, tres fincas de su propiedad a los demandados en garantía de un préstamo, con el compromiso verbal de retrotraer la operación de venta a la cancelación del préstamo recibido.

La comisión liquidadora de la comunidad de bienes de don D. J. L. solicita la nulidad de la compraventa. En primera instancia se desestima la demanda, estimándose en apelación. La Audiencia declara la nulidad del contrato de compraventa ordenando a los demandados la devolución de las fincas.

El Tribunal Supremo reconoce el derecho de retención de los demandados sobre las fincas hasta el completo pago del préstamo, cuyo cumplimiento garantiza la venta de tales fincas. (B. F. G.)

25. Contratos. Interpretación. Función del Juez a quo: revisión casacional.—Corresponde al juzgador de instancia, como función soberana, la hermenéutica contractual, la cual sólo es revisable en casación cuando se

revele contraria a la Ley o a la lógica (SS de 16 de julio de 2002, 11 de marzo y 23 de diciembre de 2003, 29 de enero y 20 de mayo de 2004), de tal manera que si bien debe prosperar la denuncia casacional cuando la exégesis realizada en la instancia contradice abiertamente al espíritu o la letra del texto interpretado (S de 20 de mayo de 2004 y cita), sin embargo debe prevalecer la apreciación efectuada cuando no se da esa abierta contradicción aunque no sea la única posible (S de 19 de febrero de 2001), o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (SS de 10 de octubre de 1959, 17 de noviembre y 7 de diciembre de 1961, 15 de febrero de 2002).

Contrato. Cláusula penal: diferencia con la prestación indemnizatoria pactada (arrendamiento de obra).—La cláusula penal supone una obligación accesoria en relación de dependencia con otra principal, sin que tenga aquella condición la prestación indemnizatoria, la cual tiene carácter principal para el caso de que se causen unos determinados daños, sin que obste que se halle sujeta a la condición suspensiva —hecho futuro e incierto— de que se produzca el evento, y sin que quepa configurar una hipotética obligación principal —negativa— en torno al compromiso de no causar daños, pues una abstención de tal índole no deriva del contrato, sino del principio general del derecho que veda dañar a otro, sancionado en diversos preceptos del derecho positivo. El alcance de la cláusula indemnizatoria supone, por un lado, un compromiso implícito de la posible perjudicada de no paralizar la obra por la amenaza del riesgo previsto además de la renuncia a la reparación específica; y, por otro lado, la determinación cuantitativa de la responsabilidad para los casos previstos del derribo total o daños de imposible reparación, que opera como máximo y como mínimo a indemnizar. (STS de 25 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña R. N. F. interpuso demanda contra la entidad *Inmobiliaria Begamar, S. A.* solicitando se condene a la demandada a indemnizar a la actora los daños ocasionados en el inmueble de su propiedad a consecuencia de las obras efectuadas por la entidad demandada en el predio colindante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

26. Acción de indemnización por daños y perjuicios contractuales y extracontractuales. La responsabilidad contractual y extracontractual son la base de la sentencia condenatoria de los codemandados.—La responsabilidad del codemandado don J. O. deriva del incumplimiento del deber de fidelidad que le alcanzaba como mandatario del contrato de mandato representativo que le vinculaba con el demandante don J. L.: artículo 1101 CC.

La responsabilidad de la codemandada doña M.ª L. I. es extracontractual, es la obligación de reparar el daño causado a la persona —en este caso, el demandante— con la que no se halla vinculada por relación jurídica alguna: artículo 1902 CC.

El auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria en el proceso penal no producen efecto de cosa juzgada con respecto a la reclamación de la responsabilidad civil, que puede hacerse en el procedimiento opor-

tuno.—La actuación de la recurrente fue ciertamente objeto de un proceso penal, pero no concluyó con sentencia condenatoria atinente al fondo del asunto y productora de cosa juzgada, sino auto de sobreseimiento provisional relativo a la inexistencia del delito; por lo cual, la acción civil queda inalterada y se ha ejercitado en el presente proceso. Tal como advierte la parte demandante, recurrida en este recurso, la conclusión del proceso penal mediante sobreseimiento (arts. 637 y 641 LEC) o sentencia absolutoria, omite necesariamente pronunciamiento sobre la existencia o no de responsabilidades civiles y, consecuentemente, no satisface la pretensión reparadora del dañado en el orden civil con la consiguiente facultad para ejercer la acción de esta naturaleza, que permanece incólume. No hay pues, infracción de los artículos mencionados como infringidos en este primer motivo.

La casación no es una tercera instancia, por lo que no cabe hacer supuesto de la cuestión fáctica.—En este motivo se ignora la función de la casación, que no es una tercera instancia (así, S de 31 de mayo de 2000), ni revisa el soporte fáctico, sino que valora la correcta aplicación del ordenamiento (S de 12 de abril de 2003), sin que quepa hacer supuesto de la cuestión, es decir, alterar los datos fácticos sin combatir la apreciación de la prueba siempre que haya una norma legal de valoración (SS, entre otras muchas, de 9 de mayo, 13 de septiembre y 21 de noviembre de 2002).

La necesidad de motivar la sentencia exige que se razone la decisión judicial, pero no una argumentación pormenorizada de todos los extremos que puedan relacionarse con ella.—No hay falta de motivación, ya que ésta exige que se razone la decisión judicial y se explique el porqué (*sic*) se llega a la misma, lo que permitirá a la parte conocer la razón de la resolución y fundamentar un recurso, pero no exige la argumentación pormenorizada relativa a todos los extremos que puedan relacionarse (SSTC 187/2000, de 10 de julio y 214/2002 y 8 de julio de 2002). En el presente caso, se ha razonado con suficiente detalle la cuestión fáctica, explicando su prueba y la cuestión jurídica, acertadamente. No hay falta de motivación, ni tampoco falta de claridad, lo que no cabe confundir con la concordancia con el interés de la parte.

No cabe en casación combatir la relación de hechos declarados probados por la sentencia de instancia, sino sólo la aplicación de normas jurídicas.—Como en el caso del motivo segundo de la codemandada y también recurrente, se mantiene la inexistencia de nexo causal, combatiéndose la cuestión fáctica declarada en la sentencia de instancia. El rechazo del motivo se debe, pues, a que no se combate la aplicación de la norma jurídica, sino la relación de hechos que, conforme a la sentencia de instancia, ha dado lugar a la aplicación de la misma; lo que no es otra cosa que hacer supuesto de la cuestión.

El incumplimiento del deber de fidelidad a que está obligado todo mandatario, justifica la indemnización por daños y perjuicios comprensiva del lucro cesante, que debe ser probado y que incluye beneficios concretos dejados de percibir y no hipotéticos o imaginarios.—Mediando un contrato de mandato, mandato con representación, el mandatario —actual recurrente— incumplió el deber de fidelidad, dando lugar a la responsabilidad contractual; por lo cual, se han aplicado correctamente los artículos 1718 y 1719 y, consecuentemente, el artículo 1101 CC. En esta responsabilidad se ha incluido el lucro cesante, respecto al cual no cabe combatir en casación la detallada valoración de la prueba que hace la sentencia de instancia; ciertamente, la doctrina jurisprudencial es clara respecto al lucro cesante, la resu-

me la S de 5 de noviembre de 1998 en estos términos: «El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, S de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, S de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, S de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, S de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, SS de 8 de julio y 21 de octubre de 1996)». Y en este caso, se ha acreditado suficientemente la cuantía del mismo. (STS de 28 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos hermanos –hombre y mujer– constituyen una sociedad limitada para explotar una agencia de patentes y marcas con sede principal en Barcelona, ciudad para la que contratan a un agente. Pasado un tiempo, la sociedad se disuelve, continuando el hermano con la explotación de la agencia como persona física individual, centrando su actividad principalmente en Valencia y otras ciudades. El agente de Barcelona –que había continuado prestando sus servicios a la agencia tras la disolución de la sociedad–, haciendo uso del poder que como mandatario se le había conferido, contrata a un tercero para que fotocopie los ficheros y expedientes de los clientes de la agencia, datos que pone a disposición de la antigua socia. Tras ser despedido dicho agente por el titular de la agencia, se produjo un traslado en bloque tanto de los empleados de este último como de sus clientes, a la nueva agencia que había montado su hermana y antigua socia, lo que provocó que su hermano la demandase a ella y a su colaborador reclamándole el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda que fue acogida íntegramente por la Audiencia Provincial al revocar la sentencia del anterior. Interpuestos sendos recursos de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a los mismos. (M. C. B.)

27. Indemnización por daños y perjuicios. La cifra reclamada en concepto de daños y perjuicios puede diferirse al momento de dictarse sentencia o a la fase de ejecución, siempre y cuando en la demanda se proporcionen las bases para su cuantificación.—La excepción de defecto legal en la demanda no prevalece, porque la recurrida en una exposición completa la desecha y sus argumentos se comparten por este Tribunal, al decirse en su FJ 2.º: «... En la demanda se concreta con suficiente claridad lo que se pide, frente a quien se pide y el porqué de esa pretensión, es decir, se

da cumplimiento a los requisitos básicos de toda demanda exigidos por el artículo 524 LEC, cuya omisión conllevaría la estimación de la excepción del núm. 6 del artículo 533. No es cierto que no se concreten en ella las bases para cuantificar los daños y perjuicios pues, aunque esquemáticamente, se alude al valor de reposición de los muebles, al precio de las habitaciones y a los gastos de la industria de hospedaje, que son de los que parte para, con mayor o menor corrección –lo que no es ya objeto de esta fase previa–, solicitar la condena de los demandados. No existe ningún obstáculo, por otra parte, para que no se concrete en ese primer momento la cifra a la que asciende lo reclamado, siendo cuestión pacífica en la jurisprudencia la de que es posible diferir la determinación de la cuantía bien al momento de sentencia, bien a la fase de ejecución...»; y, además, porque la amplitud del *petitum* al especificarse que la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados se diferirá al trámite de ejecución de sentencia, es compatible con la precisión del objeto del litigio y su pretensión indemnizatoria.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que el Juez de instancia puede cuantificar la indemnización por daños y perjuicios sin esperar a la fase de ejecución, aunque la parte sólo haya solicitado que se sienten las bases para determinarla.—«... Es doctrina jurisprudencial reiterada (SS entre otras, de 7 de junio y 29 de septiembre de 1986, 21 de abril y 10 de octubre de 1992, 5 de julio de 1994 y 18 de marzo de 1996) que el Juez de instancia puede cuantificar lo debido aunque la parte sólo haya solicitado que se sienten las bases para determinar la indemnización siempre y cuando en las actuaciones existan datos suficientes que hayan sido objeto de actividad probatoria, sin aplazar esta tarea para la ejecución, pues, no se puede ni se debe impedir a los Jueces que procuren en sus sentencias de condena, en cuanto sea posible, la fijación de cantidades líquidas en beneficio de la más rápida conclusión del asunto, siempre y cuando guarden coherencia plena con lo pedido. Decae así también el último de los defectos denunciados, relativo a la congruencia de la sentencia de primera instancia». (STS de 26 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de un inmueble en el que explotaba un negocio de hostelería reclama a los propietarios del mismo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las humedades y otros vicios que presentaba el local y que llegaron a afectar a su mobiliario. El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente las pretensiones del demandante condenando a varios de los codemandados a pagar una cantidad que posteriormente fue reducida por la Audiencia Provincial en la correspondiente sentencia de apelación. Los propietarios condenados recurrieron sin éxito en casación. (M. C. B.)

28. Presunción de fraude de acreedores del artículo 1297.1 CC.— Aunque la rescisión parezca presentar un carácter subsidiario, sin embargo el artículo 1297.1 CC claramente completa la causa de rescisión por fraude de acreedores, que expresa de forma genérica el artículo 1291.3 CC. Se establece una presunción *iuris et de iure*, incumbiendo a los demandados la carga de probar la existencia de otros bienes para satisfacer las responsabilidades (SSTS 18 de enero de 1991 y 2 de julio de 1992.) La presunción *iuris*

et de iure de fraude se establece en los supuestos de enajenaciones a título gratuito.

Virtualidad del documento privado.—El artículo 1227 CC recoge la carencia de virtualidad de la fecha de un documento privado frente a terceros, contándose desde el día en que se entrega a un funcionario público por razón de su oficio. (STS de 29 de septiembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Banco P.* demandó ante el Juzgado de Primera Instancia sobre nulidad de transmisión de una finca que fue donada por sus deudores al hijo de éstos y su esposa, solicitando diversas acciones acumuladas: declaración de deuda y reclamación de cantidad, la nulidad de la donación por inexistencia de causa, o subsidiariamente por causa ilícita, o subsidiariamente la rescisión de dicha transmisión por realizarse en fraude del *Banco P.*, reponiéndose en la titularidad a nombre del deudor transmitente. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por la sociedad, declarando la existencia de la deuda contraída por los demandados con el *Banco P.*, y declarando asimismo la rescisión, por haberse celebrado en fraude de acreedores, de la donación efectuada a su hijo y su esposa. Recurrido en apelación, la Audiencia desestimó el recurso. En el recurso de casación ante el Tribunal Supremo se planteó que la escritura de donación a favor del hijo y su esposa hacía referencia a la atribución del uso de la vivienda conyugal y del ajuar familiar, según un supuesto convenio regulador en documento privado, en el que todavía no habían vencido las pólizas. Sin embargo tal convenio fue rechazado en ambas instancias, porque aunque no estuviesen vencidas en la fecha de la suscripción del convenio, la póliza del crédito registraba una deuda de más de veintitrés millones y medio de pesetas, produciéndose una masiva devolución de efectos. El Tribunal Supremo declara no ha lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia anotada refleja una postura discordante en torno al carácter subsidiario de la rescisión. No aborda la cuestión, sino que se centra en la aplicación de la normativa del fraude por la presencia de un negocio a título gratuito, que deriva necesariamente en la rescisión, sin tener en cuenta la posibilidad de aplicación de otro recurso legal. (P. S. S.)

29. Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social: antecedente jurisprudencial.—Con anterioridad a la legalidad que hoy desarrolla el privilegio de la Seguridad Social, el Tribunal Supremo se había manifestado sobre la concurrencia entre ciertos créditos y los derivados de descubiertos en la cotización por seguros sociales y mutualismo laboral. En este sentido, la S de 3 de noviembre de 1958 dijo: «antes de la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1958, con arreglo a la letra A) del número 3.º del artículo 1924 CC, los créditos que sin privilegio especial constasen en escritura pública, como los de autos, gozan de preferencia sobre las cuotas laborales, habiendo sido necesario para poner fin a esta situación, que la citada Ley, que no tiene efecto retroactivo, haya declarado la preferencia de los créditos por descubiertos en la cotización por seguros sociales y mutualismo laboral, incluyendo como inciso E) del número 3.º de

dicho artículo 1924, las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral, por el año último, siempre que no tenga reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo 1923 del propio cuerpo legal».

Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social. Régimen actual.—El artículo 22 de la Ley de la Seguridad Social, texto refundido promulgado por Real Decreto Legislativo de 20 de junio de 1994, dispone: «Prelación de créditos.—Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquellos procedan, gozarán, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que en los créditos a que se refiere el apartado 1.º del artículo 1924 CC y el párrafo D) del apartado 1.º del artículo 913 CCO. Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del mismo orden de preferencia establecido en el apartado 2.º, párrafo E) del artículo 1924 CC y en el apartado 1.º, párrafo D) del artículo 913 CCO». Por otro lado, el artículo 36 de la Ley de 30 de diciembre de 1997 (RCL 1997\3106 y RCL 1998, 1636), de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, (la llamada «Ley de Acompañamiento»), añadió un tercer párrafo al artículo 24 de la citada Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994\1825), cuyo texto completo actual conviene transcribir: «Transacciones sobre derechos de la Seguridad Social.—No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir directamente los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos en la secciones 1.ª y 8.ª del Título XII del Libro Segundo y en la sección 6.ª del Título XIII del Libro Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. El carácter privilegiado de los créditos de la Seguridad Social, en los términos establecidos en el artículo 22 de esta Ley, otorga a la Tesorería General de la misma el derecho de abstención en los procedimientos concursales. Sin embargo, la Tesorería General podrá, en su caso, suscribir acuerdos o convenios concertados en el curso de los procesos concursales, para lo que requerirá únicamente autorización del órgano competente de dicha Tesorería General».

Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social. Fundamento.—El fundamento del privilegio parece evidente: se trata de garantizar un régimen público de Seguridad Social que asegure la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad.

Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social: extensión.—La jurisprudencia ha señalado (SS de 24 de mayo de 2001 y 10 de julio de 2002), que se ha de estar a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, que tras su nueva redacción en el año 1990 estableció que los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquellos procedan, gozarán respecto de la totalidad de los mismos, sin limitación temporal alguna, de igual preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 1.º del artículo 1924 CC.

Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social. Certificación de descubierto: valor.—El derecho de la Tesorería General del Estado hay que referirlo a la certificación de descubierto, la

que, conforme al artículo 11 de la Ley 40/1980, constituye título ejecutivo suficiente para iniciar la vía de apremio, al acreditar el débito a la Seguridad Social y resulta determinante la fecha de la misma, por considerar que es la que fija el momento en que ha de entenderse ha nacido el crédito de la Seguridad Social. Así lo ha declarado la jurisprudencia (S de 26 de enero de 1995 recogiendo la línea doctrinal marcada por las de 2 de marzo y 22 de septiembre de 1990 y 14 de noviembre de 1992), que el título es la certificación del descubierto y ha de estarse a la fecha de su expedición y no a los períodos temporales que corresponde por los impagos que refleja, a efectos de su confrontación con el título de la entidad demandada. (STS de 20 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La Tesorería General de la Seguridad Social interpuso demanda contra las entidades *Pastas Alimenticias La Catalana, S. L.* y *Unión Industrial de Cereales y Derivados, S. A.* solicitando se dicte sentencia declarando el mejor derecho de la actora para hacer efectivo su crédito con preferencia al de *Pastas Alimenticias La Catalana, S. L.* sobre el metálico que se obtenga de la subasta a celebrar en su día; todo ello en virtud de procedimiento de apremio contra *Unión Industrial de Cereales y Derivados, S. A.* por impago de cuotas a la Seguridad Social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Guadix dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

30. Prelación de créditos. Preferencia del acreedor hipotecario sobre el escriturario en el sobrante de la suma obtenida en la subasta: justificación.—A falta de una norma que regule con absoluta claridad este supuesto, dada la redacción de los artículos 131 LH y 1512 LEC/1881, deben ser tenidos en cuenta los siguientes datos: A) El artículo 1927 CC establece que los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles, excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble a que la preferencia se refiera, añadiendo en su regla 2.^a que los hipotecarios y refaccionarios y los preventivamente anotados por embargos, secuestros o ejecución de sentencias gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de los correspondientes asientos registrales. B) Por otra parte, la finalidad de la purga atiende exclusivamente al interés del adjudicatario en subasta del bien hipotecado, teniendo como objetivo concreto que el derecho adquirido por el nuevo propietario se vea exento de todas las cargas establecidas con posterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca que se ejecuta. Evidentemente, no se perturba tal finalidad con la conservación de las prioridades que establece el artículo 1923 CC si bien referidas al sobrante de la suma obtenida en la subasta. C) A esta conclusión ha llegado la reciente S de 15 de octubre de 2003, al afirmar que la culminación de la ejecución hipotecaria no implica necesariamente la extinción de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a las del actor, pues si bien éstas dejan de afectar al bien realizado, pasan a recaer directamente sobre el sobrante del precio de remate. En análogos términos se ha expresado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 27 de julio de 1988. D) La solución mencionada permite conceder una especial

protección al acreedor que ha realizado un superior esfuerzo, actuando con mayor diligencia para procurar una más efectiva garantía de su derecho, mediante la constitución de hipoteca sobre un determinado bien del deudor y la consiguiente inscripción registral del gravamen, con relación a aquel otro que se limitó a consignar en póliza intervenida por Corredor de Comercio el préstamo que concedía. Por ello el plus de actividad desarrollada y de gastos realizados hace que no pueda considerarse equitativo reconocerles la condición de meros acreedores escriturarios equiparándolos a quienes se abstuvieron de actuar con análoga diligencia. E) Finalmente, la LEC/2000, aunque evidentemente no es aplicable a la controversia que nos ocupa, ha venido a eliminar la imprecisión de la alusión a los «acreedores posteriores» que anteriormente contenían los artículos 131, regla 16.^a, LH y 1572 LEC/1881 lo que constituye una importante pauta interpretativa. El artículo 672 de la nueva norma ordena que el remanente del precio de remate se retenga no para el pago a cualesquiera acreedores, sino concretamente a aquellos que tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante, con evidente referencia a cuanto previenen los apartados 3.º y 4.º del artículo 1923 CC y la regla 2.^a del artículo 1927 del mismo Cuerpo legal. **(STS de 23 de julio de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don V. B. B., don R. P. L., don P. M. O. O., don F. T. L., don M. I. O., don R. R. A., don I. C. G., don I. A. A., don E. M. R., don A. C. G., don I. M. G. interpusieron demanda contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad social (Unidad recaudatoria número 1), señor Recaudador de Tributos de la Diputación Foral de Guipúzcoa, departamento de Hacienda y Finanzas, Dirección General de Hacienda, Oficina Tributaria, don A. A. O., don J. E. I., *Banco de Santander, S. A., Caja Laboral Popular, Sociedad Cooperativa de Crédito Limitada, Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián y Asesores Unidos de Guipúzcoa, S. A.*, solicitando se declare la preferencia de los actores sobre la cantidad sobrante existente en autos del procedimiento del artículo 131 LH por ser los acreedores posteriores y primeros tras el actor en orden de prelación, en el referido procedimiento del artículo 131 LH, a excepción de los salariales a que se refiere el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 32-1, reclamados por los demandados, don A. A. O., don J. E. I., y en la medida que los mismos justifiquen su existencia. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, en el sentido de declarar la preferencia del crédito de los actores sobre la cantidad sobrante de existentes en Autos del Procedimiento del artículo 131 LH, una vez abonados los créditos salariales que ostentan don A. A. O. y don J. E. I., frente a los cuales se desestima la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de San Sebastián resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

31. Tercería de dominio y tercería de mejor derecho. No es incongruente la sentencia que, declarando no haber lugar a las acciones de tercería de dominio y de mejor derecho ejercitadas, no se pronuncia

acerca de la propiedad de unos terceros no comparecidos sobre los bienes embargados.—El motivo primero de casación (art. 1692.3.º LEC precedente) denuncia incongruencia omisiva de la sentencia recurrida por infracción de los artículos 359 y 361 de la dicha Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 CE. Según la argumentación del recurrente, la sentencia debió pronunciarse acerca de una pretendida propiedad de los bienes embargados por otros terceros (que en ningún caso han comparecido), cuestión introducida incuestionablemente, mediante escrito formulado al amparo del artículo 342, con ocasión de la valoración de la prueba ordenada. Tal cuestión en nada desvirtúa la congruencia de la sentencia que declara no haber lugar a las acciones de tercería de dominio y de mejor derecho ejercitadas, en perfecta coherencia con las pretensiones oportunamente deducidas por la entidad actora y recurrente, ahora, en casación. En concreto, la sentencia impugnada que desestima el recurso de apelación, confirma, por tanto, la desestimación de la demanda, declarando no haber lugar a las acciones de tercería de dominio y tercería de mejor derecho ejercitadas. A mayor abundamiento la justificación del motivo, como explica el impugnante, carece de todo apoyo en autos, ya que de ninguna manera puede sostenerse que los adquirentes de las viviendas que se habían subrogado en los préstamos hipotecarios tuvieran la titularidad de las cantidades embargadas, pues la subrogación que se realiza frente a la entidad que había concedido el préstamo hipotecario forma parte del precio de la compraventa y tales titulares sólo se obligan a pagar la hipoteca pero ningún derecho tienen sobre las cantidades que *Industrial Mercantil y de Obras, S. A.* tenía que percibir del préstamo hipotecario concertado con Caja de Ahorros de Extremadura. Consecuentemente, el motivo decae.

La orden del prestatario a la entidad bancaria de transferir cantidades a una cuenta del tercerista no supone la titularidad de éste sobre dichas cantidades, puesto que ello no supone una cesión del crédito del prestatario contra la entidad prestamista.—La recurrente basa la titularidad de las sumas embargadas en la referida acta de manifestaciones, por el que la sociedad *Industrial Mercantil y de Obras, S. A.*, ordenaba a la entidad bancaria que había concedido el préstamo hipotecario para que efectuara transferencias del mismo a una cuenta abierta a nombre del hoy tercerista. La sentencia de instancia claramente lleva a cabo una interpretación y valoración de dicho documento en su fundamento jurídico segundo, para concluir que el mismo no es un título que justifique el dominio del tercerista sobre las cantidades embargadas. No se trata de una verdadera cesión de crédito: lo que dicha acta de manifestaciones contiene, es tan sólo una virtual orden de pago, de entrega de dinero mediante transferencias bancarias, que el dicho documento refiere al concreto derecho a percibir cantidades pendientes a entregar por la entidad bancaria, o sea, no se cede el conjunto de derechos y obligaciones que forman el contenido de la relación jurídica derivada del crédito garantizado con hipoteca, pues además de faltar el requisito constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad, la recurrente no se colocaría en el lugar del prestatario ni asumiría la obligación de devolver el dinero ni sujetaría sus bienes con hipoteca, todo porque en realidad no se transmitía ningún derecho, de forma que el dinero seguía formando parte del patrimonio del prestatario *Industrial Mercantil y de Obras*, si bien sometido a la condición suspensiva establecida para la recepción de determinadas cantidades en función de las certificaciones de obra que se expidieran, por estar así pactado expresamente en la escritura de préstamo. Por ello, el motivo se desestima.

La preferencia que otorga un crédito refaccionario recae sobre los inmuebles objeto de la refacción y no sobre unas cantidades de dinero embargadas.—La sentencia recurrida explica, con suma claridad por qué el crédito concedido por *Caja de Extremadura a Industrial Mercantil y de Obras, S. A.* no tiene la naturaleza de refaccionario, de manera que no es posible invocar, ni la preferencia del artículo 1923.3.º, ni, por otras razones, en las que abunda, el artículo 1922.1.º En efecto, según ya se expresa, procede analizar —razona la sentencia— que no existe cesión alguna del crédito hipotecario ni en su titularidad activa ni pasiva luego en modo alguno podemos hablar de que el constructor haya recibido de la entidad bancaria adelanto alguno para las tareas de construcción. Precisamente es el promotor *Imosa* quien paga al constructor previa presentación de la certificación de obra aunque materialmente, como es habitual, la transferencia se haga a través de un banco, si estamos en el caso del artículo 1923.5.º, precisamente por ser contradictorio con lo dispuesto en el artículo 1922.1.º La jurisprudencia al amparo también de lo establecido en el artículo 59 LH viene privilegiando asimismo al contratista que realiza la obra y va pagando a los trabajadores, suministradores de material, etc., por entender que constituyen un anticipo que el contratista hace al propietario (SSTS de 21 de mayo de 1987 y la citada por ella). Ahora bien, la preferencia recae exclusivamente «sobre los inmuebles a que la refacción se refiera» según se lee en el citado precepto, luego no es el caso que nos ocupa en el que el bien embargado ha sido el dinero y no los pisos construidos y objeto, por tanto, de refacción (STS de 9 de julio de 1993). Perece, en suma, el motivo.

La prioridad a efectos de la tercería no viene determinada por la fecha de la póliza intervenida por Corredor de Comercio, sino por la de la liquidación fehacientemente intervenida.—La STS de 27 de diciembre de 1985 ya nos enseña que «la prioridad a efectos de la tercería no viene determinada por la fecha de la póliza intervenida por Corredor de Comercio, sino por la data de la liquidación fehaciente intervenida (SSTS de 21 de septiembre de 1984, 4 de julio de 1989, 19 de junio de 1995, 22 de marzo de 1994, etc.)». Por ello carece de importancia que efectivamente la simple acta notarial de protesto de las letras por impago, por no ser una escritura pública que recoja la concorde voluntad de las partes para crear una obligación o, al menos, el reconocimiento de la misma por el deudor, no cree preferencia alguna (STS de 18 de marzo de 1993, 14 de junio de 1988 y todas las citadas por ella). Razones, en definitiva que, como se decidió, conducen a la desestimación del motivo. (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad bancaria *Caja de Extremadura* concedió un préstamo a una sociedad dedicada a la construcción. Las cantidades de las que aún no se había dispuesto por el prestatario fueron embargadas por un acreedor del mismo, embargo al que se opuso otro acreedor, ejercitando en el oportuno procedimiento una tercería de dominio y, subsidiariamente, de mejor derecho sobre dichas cantidades, alegando poseer un crédito refaccionario y, por tanto, preferente sobre el del acreedor ejecutante. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación desestimaron ambas pretensiones, con la única diferencia de que la sentencia de apelación revocó un pronunciamiento aclaratorio que se hacía en la de primera instancia.

El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el tercerista contra esta segunda decisión. (M. C. B.)

32. Cesión de créditos. La cesión de crédito es un negocio jurídico bilateral entre cedente y cesionario que no requiere consentimiento del deudor cedido, sino únicamente que se le notifique como requisito de eficacia para obligarle con el nuevo acreedor.—La cuestión jurídica esencial que aquí se plantea es la cesión de créditos, derecho de 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 el del deudor —cedido— al cual debe notificársele la cesión (art. 1527 CC) como requisito de eficacia para obligarle con el nuevo acreedor, el cesionario; a su vez, 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 S de 15 de julio de 2002.

Producida la cesión del crédito a un tercero, pierde el cedente el derecho a reclamarlo a su antiguo deudor, que sólo permanece obligado con respecto al cesionario.—Se ha producido una auténtica cesión del derecho de crédito de la entidad *Tonaheer, S. L.* a la *Caja de Ahorros y préstamos de Carlet*, derecho de crédito consistente en el derecho a la indemnización por razón del siniestro —incendio— frente a la entidad aseguradora *Aegón*. Por lo cual, aquella sociedad ha dejado de ser acreedora, carece del derecho de crédito, por haberlo cedido y esta entidad aseguradora, deudora de la indemnización, no debe cumplir su obligación de pago a la misma, cedente, sino en su caso, a la Caja cesionaria. Así, *Tonaheer, S. L.* no tiene derecho a reclamar aquella indemnización y la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, al no entenderlo así, ha infringido el artículo 1281 CC respecto a la interpretación del negocio jurídico de cesión del crédito, los artículos 347 CCO y 7 de la Ley de contrato de seguro relativos a tal cesión y, en definitiva, el artículo 1257, párrafo 2.º, CC.

Por tanto, se debe desestimar la demanda de *Tonaheer, S. L.* por carecer del derecho de crédito y así lo declara esta Sala, asumiendo la instancia, tal como dispone el artículo 1715.1.3.º LEC. Al estimar el motivo segundo del recurso de casación y desestimar la demanda de *Tonaheer, S. L.*, no tiene interés el examen de los demás motivos de casación. (STS de 13 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El dueño de una nave industrial alquilada demanda a su arrendatario y a la compañía aseguradora de éste reclamándoles la responsabilidad derivada del incendio sufrido por el inmueble y su contenido. A su vez, la sociedad arrendataria, que había cedido su crédito por la indemnización derivada del siniestro a una entidad bancaria, también demanda a la compañía aseguradora, procediéndose por el órgano juzgador a la acumulación de los autos. La sentencia de primera instancia estimó en ambas demandas falta de litisconsorcio pasivo necesario, lo que fue revocado por la Audiencia Provincial que acogió parcialmente ambas demandas. Inter-

puesto por la compañía aseguradora el recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, dado que la sociedad arrendataria de la nave, tras ceder su crédito contra la aseguradora, carecía de legitimación para reclamarle el pago de la correspondiente indemnización. (M. C. B.)

33. Contrato de factoring. Modalidades: factoring con recurso y factoring sin recurso.—El Tribunal Supremo, principalmente, en las SS de 18 de enero de 2001, 24 de enero de 2003 y 18 de mayo de 2004 (la de 18 de febrero de 2003, también lo hace, pero muy tangencialmente), y por ellas, en general, se viene a decir que la doctrina admite dos modalidades, el *factoring* con recurso, en que los servicios prestados por el factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente al que puede ir unido o no un servicio de financiación, modalidad ésta en que la cesión de los créditos cumple la misma función económica que el contrato de descuento, considerándose la cesión como una gestión de cobro; y el *factoring* sin recurso o *factoring* propio en que, a los servicios que caracterizan al *factoring* con recurso, incluido el de financiación al cliente, se añade un servicio de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, del empresario al factor, de forma que, producida la insolvencia, en los términos pactados en el contrato de *factoring*, ésta no recae sobre el cedente, sino sobre el factor cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados; es decir, en el *factoring* propio o sin recurso, se produce una transmisión plena del crédito al cesionario, cesión que tiene una causa onerosa, como es el pago al cedente del importe del crédito cedido, con las deducciones prestadas y en el plazo contractualmente previsto.

Contrato de factoring. Subrogación en el cobro y la colaboración: carácter accesorio.—La subrogación en el cobro y la colaboración no son significativas de una mera «cesión de cobro» pues tal sustitución no es sino una consecuencia natural de la transmisión de la titularidad, en tanto que la colaboración es lógica al resultar en realidad el deudor cliente del cedente; por último, que el riesgo sea a cargo del cedente en absoluto desnaturaliza la cesión al ser materia disponible por las partes.

Contrato de factoring. Factoring con recurso: eficacia traslativa de los créditos cedidos.—Tanto si se admite que el *factoring* con recurso y con financiación constituye una modalidad del descuento, o se considera como un préstamo o una compraventa de créditos, procede aceptar que las cesiones de crédito realizadas en el espacio de este contrato transmiten de forma plena la propiedad de los créditos objeto de las mismas al factor, por lo que las cesiones de crédito efectuadas en virtud del contrato de *factoring* se estiman como plenas en atención a los artículos 1529 y 348 CC, que caracterizan la asunción del riesgo de insolvencia por el cesionario como materia dispositiva, y por consiguiente, entregada a la autonomía de voluntad, y sin influencia sobre la naturaleza jurídica de la operación; en definitiva, excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de su cobro, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring*, originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos.

Contrato de factoring. Eficacia de la cesión de créditos y requisitos: antecedentes legislativos.—La Ley de 14 de abril de 1994, sobre adaptación de la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la 2.^a Directi-

va Comunitaria de Coordinación Bancaria, el RD de 26 de abril de 1996, sobre Régimen jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, y de forma más detallada (como ya anticipa la señalada S de esta Sala, de 28 de mayo de 2004), la Ley de 5 de enero de 1999, de Entidades de Capital-Riesgo y de sus Sociedades Gestoras, en su Disposición Adicional 3.^a Ateniéndonos a esta última regulación, ya en la Exposición de Motivos de la misma, se anticipa que «la Ley incorpora una Disposición Adicional que, sin estar estrictamente relacionada con el capital-riesgo (propio de su regulación), persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como *factoring*: con la presente disposición se refuerza especialmente la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente, y atendiendo ya a dicha Disposición Adicional 3.^a, que se rotula como «régimen de determinadas cesiones de crédito», se dice en su texto que esta disposición se aplicará a las cesiones de crédito que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes disposiciones: 1) Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial; 2) Que el cesionario sea una entidad de crédito; 3) Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato no tengan por deudor a una Administración Pública; 4) Que los créditos objeto de cesión, al amparo del contrato, existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores; 5) Que el cesionario pague al cedente al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del servicio prestado; 6) Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento. (STS de 6 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Catalana de Factoring, S. A. EFC* promovió demanda contra la Agencia Estatal de Administración Tributaria y contra *Grupo IN, S. A.* sobre tercería de dominio solicitando se ordene el alzamiento del embargo trabado sobre los bienes propiedad del actor e indebidamente trabados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tarragona dictó sentencia estimando la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Tarragona resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

34. Perfección del contrato de compraventa y transmisión de la propiedad.—La compraventa en nuestro sistema se perfecciona por el mero consentimiento, sin requerir para ello la entrega del bien objeto del contrato. El contrato es generador de obligaciones desde el momento de la perfección, sin embargo no transmite la propiedad, sino que para ello requiere, tal y como expresa los artículos 609 y 1095 CC, la *traditio*, a través de las distintas modalidades previstas en el Código, entre ellas la tradición instrumental, haciendo equivaler la escritura pública a la entrega del bien.

Efecto traditorio de la escritura pública de compraventa. Equiparación del documento privado al público en el artículo 1225 CC.—El documento privado carece de efecto traditorio. Aunque parezca que esta afirmación contradice lo expuesto en el artículo 1225 CC, en el que se reconoce el

mismo valor al documento privado y a la escritura pública entre los contratantes y sus causahabientes, no es así. La equiparación del mencionado precepto alude a la eficacia probatoria (STS 29 de mayo de 1997) debido a que los artículos 1225 y 1218 CC son preceptos de valoración de prueba, sin que sea posible interpretarlos con eficacia sustantiva o refiriéndose a la eficacia documental genérica. Según el Tribunal, «el hecho de que el documento privado no ofrezca duda acerca de su autenticidad, o que su fecha esté plenamente constatada, no le atribuye efecto real» (FD 3.º) En el supuesto del contrato de compraventa reflejado en documento privado, el comprador no ejercita una acción reivindicatoria cuando exige la entrega al vendedor sino una acción personal de cumplimiento contractual (SSTS 25 de abril de 1949, 28 de noviembre de 1989, 18 de mayo de 1998).

La incorporación del documento privado a oficina o registro público no es suficiente para considerar producida la transmisión del dominio (SSTS 22 de diciembre de 1986, 7 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1998).

Por ello se le niega la posibilidad de cualquier efecto traditorio al documento privado, sin que sea suficiente para transmitir la propiedad, precisando acreditar para ello la concurrencia de alguna de las modalidades de entrega (SSTS 28 de abril de 1997, 21 de marzo, 18 de mayo y 14 de julio de 1998, 20 de febrero de 1999, 18 de abril de 2000, 20 de junio de 2002).

Imposibilidad legal del carácter retroactivo de la escritura pública en cuanto al aspecto traditorio.—La escritura pública no tiene carácter retroactivo, en la medida en que se considerase producida la transmisión desde la fecha del contrato privado, debido a que el Código civil atribuye a su otorgamiento «la ficción de equivaler a una entrega material» sin que esto signifique que sea posible retrotraerla al momento de la formalización del documento privado. (STS de 20 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Por contrato de compraventa reflejado en documento privado, los demandantes adquirieron una vivienda en construcción en junio de 1988 de una sociedad mercantil, requiriéndole a ésta dos años más tarde la entrega de la vivienda así como la elevación a escritura pública del contrato, mediante carta enviada por conducto notarial, y posteriormente a través de demanda judicial, en septiembre de 1990. Contra la misma entidad mercantil se sigue un procedimiento ejecutivo por el Banco Central, en el que se acuerda el embargo de la vivienda expresada, decretando la traba el 10 de junio de 1991, anotando en el Registro de la Propiedad el 25 del mismo mes. El 14 de julio de 1993 se dictó sentencia por el Juzgado que condenaba a la entidad demandada a entregar la vivienda así como a elevar el contrato a escritura pública, formalizándose el 4 de mayo de 1994. Con la finalidad de alzar el embargo, los demandantes formulan tercería de dominio, dictando sentencia el Juzgado de Primera Instancia en diciembre de 1994, por el que estima la demanda, entendiéndose que al tiempo de presentarse la demanda, los demandantes ya habían celebrado un contrato válido, restableciendo el equilibrio alterado con efecto *ex tunc*. Fue confirmado en apelación, determinándose en la sentencia que los efectos de la escritura debían retrotraerse a la fecha de la interposición de la demanda (11 de septiembre de 1990). Se recurre en casación por el Banco Central, alegando que los terce-

ristas adquirieron el dominio con posterioridad al embargo que grava la vivienda, estimando el recurso de casación. (P. S. S.)

35. Prioridad registral y exigencia de buena fe en la doble venta.—

En el supuesto de doble venta de un inmueble en el que el comprador más antiguo en el tiempo no inscribe (prioridad sustantiva civil), y sí realiza la inscripción a su nombre el posterior, se otorga la propiedad a este último, en cuanto medie buena fe. Ésta consiste en un estado de conocimiento y no de conducta como ocurre en obligaciones y contratos (SSTS 16 de febrero de 1981, 23 de enero de 1989, 12 de junio de 1996).

Consideración de la doble venta.—Para la determinación de la doble venta, se hace necesario que la primera venta aún no se haya consumado cuando se perfeccione la segunda venta. Ello supone cierta coetaneidad cronológica entre ambas. En el supuesto en que la primera concertada se hubiese consumado por el comprador por pago íntegro del precio y entrega por parte del vendedor, se produce una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta del objeto (SSTS de 3 y 25 de marzo y 2 de julio de 1994, 24 de julio, 25 de noviembre y 5 de diciembre de 1996, 10 de diciembre de 1999, 21 de junio, 19 de diciembre y 22 de diciembre de 2000).

Concepto de *traditio fictia*.—Ha de rechazarse la idea de tradición real del bien objeto de la venta. Es el caso en el que un tercero esté en posesión del mismo, atribuyéndose su titularidad dominical, y esto posibilita la admisión de prueba en contrario para combatir la discordancia entre la tradición instrumental con la realidad jurídica material existente. O el supuesto en el que de la misma escritura resulte claramente lo contrario (STS 25 de abril de 1949). (STS de 15 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad *El Torreón R.* formuló demanda por la que ejercitaba acción reivindicatoria respecto de nueve pisos que había adquirido a la sociedad *Paraje F. N.*, mediante escritura pública el 28 de diciembre de 1988, inscrita en el Registro de la Propiedad en agosto de 1993. Tanto en el momento de la adquisición como de la inscripción, los pisos se hallaban ocupados por los demandados. Estos habían adquirido las citadas viviendas mediante contratos privados otorgados a su favor por don A. L. A., que actuaba en nombre de la sociedad *Paraje F. N.*, siendo de fecha anterior a la mencionada escritura pública. Se acumulan los autos en los que los demandados accionan contra las dos entidades. En primera instancia se desestimó la demanda formulada por la sociedad *El Torreón* y se estimó la reconvencción de una de las ocupantes, así como la demanda acumulada, por lo que se declaraba la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre las dos sociedades, así como la vigencia de los contratos celebrados. Recurrida en apelación, la Audiencia estimó parcialmente el recurso de *El Torreón*, revocando la sentencia en cuanto a la condena de otorgar escritura pública, confirmándose lo restante. Se presentó recurso de casación con base en la falta de apoderamiento del representante que hacía nulo tres de los nueve contratos, así como la prioridad registral. El Tribunal Supremo declaró no ha lugar al recurso de casación, en cuanto que tal representación quedaba constatada por

los hechos fehacientes de que la sociedad admitía y aceptaba la actuación del que fuera representante.

NOTA.—La resolución anotada muestra en primer lugar la delimitación existente entre la prioridad sustantiva civil y la prioridad registral. En el caso de dos ventas de un mismo objeto, aún cuando el segundo comprador hubiese inscrito su título, si ha existido transmisión de la propiedad en la primera venta, mediante *traditio ficta*, la prioridad civil determina la adquisición del dominio del primer comprador, independientemente del funcionamiento registral.

Por otro lado, destaca la distinción entre doble venta y venta de cosa ajena, aunque la resolución se encuadra entre las que afirman que los supuestos de una segunda venta, cuando en la primera ha existido transmisión de la propiedad, cabe la nulidad de la misma por falta de objeto. (P. S. S.)

36. Compraventa de viviendas. Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.—Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 57/1968, de 27 de julio, las normas contenidas en la misma tienen carácter preventivo en aras al aseguramiento y garantía tanto de la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y los futuros usuarios a la construcción de su vivienda, como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a cabo. La garantía de las cantidades entregadas a cuenta puede tener lugar bien por aval solidario o mediante contrato de seguro, prestados en cualquier caso por entidad debidamente inscrita y autorizada en el registro correspondiente, y en cualquier caso para el supuesto en el que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido. Así pues, cuando se aplica la Ley 57/1968, se han de contemplar, dos negocios jurídicos, el originario —compraventa de la vivienda— y el derivado —formalización de un seguro de caución—, cuya concatenación tiene como única finalidad la defensa del comprador en el aspecto de ser reintegrado de sus anticipos del pago del precio para el caso en que la vivienda no se construya o no se pueda ocupar» (FD 1.º, STS de 8 de marzo de 2001, RJ 2001/2731).

Rescisión del contrato de compraventa conforme al artículo 3.1 de la Ley 57/1968.—En caso de expiración del plazo establecido para la iniciación de las obras o de la entrega de la misma sin que haya tenido lugar ninguna de dichas circunstancias, la resolución que no rescisión, del contrato no opera imperativamente, puesto que se otorga al adquirente la posibilidad de optar por ella o de conceder un nuevo plazo. En cuanto a la resolución, la norma no exige que la resolución tenga que ser necesariamente judicial ni que la misma quede supeditada a la operatividad del aval (FD 1.º, STS de 9 de abril de 2003, RJ 2003/ 2957).

Devolución de las cantidades anticipadas. Demora de la entidad aseguradora sin causa justificada.—El recargo del 20 por 100 no hay que entenderlo referido al retraso en cuanto a la entrega de la vivienda sino a la demora de la entidad aseguradora al pago de la cantidad adeudada. El impago es sólo imputable a la compañía aseguradora, de ahí el recargo del 20 por 100 y se debe «al hábito mimético de las aseguradoras de rechazar las reclamaciones de los asegurados» (FD 2.º). La demora en la que incurrió la aseguradora es injustificada e imputable a la compañía y no a que los adquirentes

hubieran realizado el ingreso en cuenta especial, cuando no existía tal obligación. (STS de 19 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Cierta grupo de consumidores realizaron diversas compraventas de bienes inmuebles a la empresa *Atlántica de Construcciones e Inmuebles, S. A.*, anticipando desde el año 1988 las cantidades convenidas, correspondientes al precio, mediante letras de cambio a la orden de la entidad financiera *BBV*. En un primer momento, dicha entidad garantizó la solvencia de la operación y la devolución de las cantidades depositadas en la cuenta-aval especial núm. 21610-2. Posteriormente, los avales fueron sustituidos en 1990 por pólizas individuales para cada comprador que la entidad *Atlántica Construcciones e Inmuebles* concertó la *Aseguradora CC, Seguros y Reaseguros de Caución y de Crédito, S. A.*, fijándose en las correspondientes pólizas como cuenta especial la núm 7.298.7 en la entidad *BBV*, y a la que se traspasaron los apuntes efectuados en la cuenta anterior. Incumplida la obligación de entrega, los adquirentes demandaron a las entidades *ACC, Seguros y Reaseguros, S. A.*, a las cantidades entregadas más el interés anual del 20 por 100 sobre dicha cantidad, y alternativa y subsidiariamente se condene solidariamente por los mismos conceptos a *BBV* y a *Atlántica de Construcciones e Inmuebles, S. A.* Estimada íntegramente la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación frente a la misma. La representación legal de la entidad *ACC* interpuso recurso de casación alegando entre otros motivos, la infracción de los artículos 1101, 1255, 1258 y 1091 CC, artículo 1.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación al artículo 7.2 de la LCS así como el artículo 20 de la LCS.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo nuevamente analiza un caso contra la entidad *ACCV, Seguros y Reaseguros de Caución y Crédito, S. A.* y en el que igualmente está implicada la entidad *Atlántica de Construcciones e Inmuebles, S. A.* como ya lo hizo en las SS de 22 de septiembre de 1997 y de 30 de diciembre de 1998. En el caso que hoy nos ocupa el problema no es la no constitución de la cuenta especial que exige la ley 57/1968, una vez iniciados los desembolsos a cuenta del precio por parte de los adquirentes de vivienda, sino la negativa a responder por parte de la entidad aseguradora sobre la base de un error en la numeración de la cuenta. En líneas generales el supuesto que nos ocupa sí es continuista con la jurisprudencia anterior en el sentido de no hacer recaer sobre el consumidor los problemas relativos a las cuentas utilizadas por la aseguradora, en concreto, en aquellos la no apertura y en el actual, el cambio de numeración ya que en el contrato de compraventa, en ambos casos, no se previó como obligación del comprador pagar por cuenta especial. (*Vid.* el comentario a la mencionada S de 30 de diciembre de 1998, de Marín López, J. J., en *CCJC*, núm. 50, abril-agosto de 1999, pp. 745-780).

Puesto que concurrían los requisitos necesarios para iniciar el juicio ejecutivo, tanto desde el punto de vista puramente procesal (carácter ejecutivo del documento, conforme al art. 3, párrafo 2, de la Ley 57/1968; la responsabilidad era de carácter pecuniario y

líquida conforme al antiguo art. 1435 I LEC de 1881, ya que como se señala en la sentencia que anotamos, FD 2.º, «en las diversas pólizas se incorporaron las cantidades a reintegrar, resultando cantidades perfectamente líquidas»; la deuda se encontraba vencida y superaba el importe de 50.000 ptas), como sustantivo al concurrir los presupuestos del artículo 3 de la Ley 57/1968 (acreditación fehaciente de la no iniciación de las obras o no entrega de la vivienda), llama la atención que los demandados, sin embargo, optasen por un procedimiento declarativo ordinario, que se ha dilatado en el tiempo desde la interposición de la demanda en Primera Instancia más de trece años, cuando además la demanda inicial no contenía ningún otro pedimento sino únicamente la condena al pago de las cantidades adeudadas. (R. D. O.)

37. Acción resolutoria del artículo 1504 CC. Interpretación del contenido del acta notarial.—Establece el mencionado precepto que «en la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiese estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». Un requerimiento notarial que se exprese en los siguientes términos ¿se corresponde con el referido por el artículo 1504 CC? «Que por medio de la presente, requiere a la entidad mercantil demandada a fin de que en el término de cuarenta y ocho horas desde la recepción de la presente acta se consigne en esta Notaría el total de las cantidades adeudadas por el principal, intereses moratorios, intereses pactados e intereses de intereses adeudados, sirviendo la presente como completo requerimiento de pago a los efectos del artículo 1504 CC y ello en moneda de curso legal». Se observa en el citado requerimiento la inserción de una cláusula solicitando el pago previo de la cantidad adeudada. Esta inclusión ¿desvirtúa el requerimiento? Encontramos pronunciamientos judiciales que se pronuncian a favor y en contra. Entre la jurisprudencia para quien la interpelación al pago adeudado previo a la resolución de la relación contractual podemos citar la STS de 26 de febrero de 1985 que establece que el requerimiento «constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, más no un requerimiento o intimidación para el pago del precio, es decir, un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho de resolución contractual, constituido por una declaración de voluntad unilateral a la que el pacto o la ley anuda el efecto jurídico de la resolución con sus efectos consiguientes, de la que solo podrá escapar si paga o cumple antes de recibir esa comunicación no después, que, por ello, tiene naturaleza recepticia, o sea, necesidad de ser conocida por el comprador (STS de 23 de mayo de 1981) para saber a qué atenerse». Sin embargo, en la práctica diaria es frecuente que la notificación de pago se incorpore al requerimiento «sin que se desvirtúe su eficacia obstativa y resolutoria porque, siendo normal, no hay objeción jurídicamente atendible para considerar el requerimiento como acto jurídico complejo y porque el condicionamiento de su eficacia obstativa no choca tampoco contra ningún postulado de ilicitud de las condiciones ni del ejercicio de los derechos (SSTS de 26 de junio de 1978 y 10 de enero de 1981)». La concesión de un plazo de estas características, conforme al *pacta sunt servanda* que consagra el artículo 1255 CC «no es contrario a las leyes,

ni a la moral, ni al orden público, de manera que pasado ese breve período de tiempo entra en juego el carácter obstativo al pago del requerimiento (SSTS de 14 de noviembre de 1997 y 28 de enero de 1999).

Interpretación del incumplimiento que genera la resolución del contrato.—El análisis de la jurisprudencia casacional nos muestra una evolución al respecto. En su día el Tribunal Supremo impuso para que tuviese lugar la facultad resolutoria la voluntad «deliberadamente rebelde» del deudor de no pagar el precio pactado. Esta exigencia hoy se encuentra más ponderada habiéndose dulcificado en las SSTS de 7 de mayo de 2003 que establece que «no es exigible que se detecte una voluntad de incumplir para que se justifique la resolución; no hay que buscarla, sino solo el hecho objetivo del incumplimiento... no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución» y en la de 15 de julio de 2003 cuyo pronunciamiento alude a la moderna doctrina jurisprudencial ya que no exige para «la estimación de una situación de incumplimiento una patente voluntad rebelde (SSTS de 10 de octubre de 1994, 3 de abril y 26 de septiembre de 2000, 26 de julio de 2001, 13 de noviembre y 23 de diciembre de 2002, 13 de febrero y 7 de mayo de 2003) ni siquiera exigible una voluntad de incumplir, sino solo el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución».

Efectos de la resolución del contrato.—«La resolución contractual produce sus efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no son efectos *ex nunc* sino *ex tunc* lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiese concluido (STS de 11 de junio de 1991)». «Al tratarse de un bien inmueble, precisa se lleve a cabo el requerimiento previo que establece el artículo 1504 CC, que produce efectos resolutorios *ipso iure* por lo que solo habrá de acudir a la vía judicial cuando el incumplidor lo desatiende y no se allana al mismo (STS de 7 de noviembre de 1996)». (STS de 18 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de marzo de 1995 la entidad demandada —*Orpedo, S. L.*— como parte compradora y el demandante —P. A. G.— como parte vendedora formalizan un contrato de compraventa teniendo por objeto un inmueble pactándose un precio total de 8.500.000 ptas. del que quedaba aplazada la suma de 4.000.000 de ptas. El 27 de noviembre de 1996 a instancia de la parte demandante se hizo requerimiento notarial en el domicilio social de la entidad demandada entregándose la cédula de requerimiento, dirigida a dar término a la compradora para satisfacer el precio pendiente más los intereses, bajo apercibimiento de resolución, a una vecina que, perfectamente identificada, se comprometió a hacer llegar la cédula a sus destinatarios. El requerimiento notarial tenía como fin reclamar las cantidades adeudadas que debían ser satisfechas en el término de cuarenta y ocho horas desde la recepción del acta notarial sirviendo además como requerimiento de pago a los efectos del artículo 1504 CC. La parte demandada alega en su defensa falta de forma en el requerimiento notarial, pues así realizado no resulta un acto idóneo para resolver el contrato, pues no ha de dar oportunidad alguna para el pago, ya que únicamente ha de conminar al comprador a que se allane a resolver la obligación, sin previo requerimiento de pago. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La sentencia

de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestima los recursos de apelación interpuestos por ambas partes. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación. (M. F. N. C.)

38. Incongruencia procesal.—Se ha de afirmar que las sentencias absolutorias en su totalidad no resultan incongruentes, aun cuando no contengan detallados los pedimentos que se rechazan. Para ello, no resulta necesaria la declaración pormenorizada del fallo (STS de 7 de febrero de 1995).

Donación encubierta en un contrato de compraventa formalizado en escritura pública.—La inexistencia de precio en la compraventa acarrea la falta de causa y determina un supuesto de simulación contractual. Si la causa verdadera y lícita consiste en una donación, se supedita su validez a que reúna los requisitos estructurales establecidos en el artículo 1261 CC, cumpliéndose las formalidades legales previstas. La cuestión jurídica estriba en si la escritura pública del simulado contrato de compraventa cubre o no la exigencia legal de forma para la donación del artículo 633 CC, en cuanto es necesario que conste el *animus donandi*, y la aceptación del donatario (en la misma escritura o en otra separada) (STS de 1 de febrero de 2002.) Y todo ello partiendo de la voluntad real de los intervinientes de realizar un negocio jurídico de donación, ya que a la intención de beneficiar del donante debe corresponder la de aceptar a título de liberalidad del donatario (SSTS de 7 de diciembre de 1948 y 7 de enero de 1975).

Corrientes doctrinales de validez o ineficacia de la donación encubierta.—Una corriente doctrinal contraria a admitir la eficacia de dicha donación se fundamenta en que «no puede hacerse indirectamente lo que está prohibido hacer directamente» (FD 2.º), sin que la escritura pueda aportar los elementos que se exigen en el artículo 633 CC, ya que no refleja el ánimo de donar, la aceptación y el título de liberalidad. Otra corriente doctrinal se manifiesta a favor de la eficacia de la donación, en cuanto las partes se presentan como fingidos compradores y verdaderos donatarios, y mediante la aplicación del principio de conservación del contrato.

Tesis mantenida por la jurisprudencia.—En sentido contrario a su validez se manifiestan las SSTS 3 de marzo de 1931, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1953, 29 de octubre y 5 de noviembre de 1956, 5 de octubre de 1957, 7 de octubre de 1958, 19 de octubre y 9 de diciembre de 1959, 10 y 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1965, 14 de mayo de 1966, 22 de abril de 1970, 4 de diciembre de 1975, 6 de octubre de 1977, 24 de febrero de 1986, 24 de junio de 1988, 7 de mayo y 23 de julio de 1993, y 10 de noviembre de 1994. Posicionándose a favor de su validez, las SSTS 29 de enero de 1945, 19 de enero y 24 de marzo de 1950, 13 de febrero de 1951, 2 de junio y 16 de noviembre de 1956, 15 de enero de 1959, 22 de marzo y 26 de junio de 1961, 16 de octubre de 1965, 20 de octubre de 1966, 10 de marzo de 1978, 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1989, 21 de enero, 29 de marzo, 20 de julio y 13 de diciembre de 1993, 6 de octubre de 1994, 14 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1998, 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1999. Existe una orientación intermedia en la jurisprudencia, con un régimen permisivo para las donaciones remuneratorias. Parece que tiende el Tribunal hacia la validez de la donación cuando ésta es remuneratoria, siendo criticable porque la exigencia de forma recogida en el artículo 633 CC también es exigida en las donaciones

remuneratorias, con lo que también le es aplicable la exigencia de ánimo de liberalidad (SSTS de 24 de octubre de 1985, 27 de septiembre de 1989, 16 de febrero de 1990, 7 de mayo de 1993). Con todo, se hace imprescindible el análisis de las circunstancias del caso concreto (SSTS de 19 de noviembre de 1987 y 30 de diciembre de 1998.) (STS de 7 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En el Juzgado de Primera Instancia se presentó demanda solicitando la declaración de inexistencia por nulo del contrato de compraventa simulado de manera absoluta, mediante escritura pública en junio de 1991 por el que el marido de la demandante como vendedor transmitía cinco inmuebles de su propiedad a su hermana y su cuñado, con precio muy inferior al estimado por Hacienda en su liquidación. Además se incluía entre los pedimentos la restitución de lo recibido sin causa al patrimonio del vendedor ya fallecido, y por tanto a su herencia, a excepción de uno de los inmuebles, transmitido a terceros de buena fe, por lo que se solicitó la reintegración del importe de su venta. En la contestación a la demanda, los demandados solicitan se declare la validez de la compraventa, o alternativamente estimar la existencia de una simulación relativa, declarándose válida la donación remuneratoria. La sentencia desestima la demanda interpuesta, así como en la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no ha lugar al recurso de casación porque existe un acuerdo de voluntades entre donante y donatario, sin haberse probado que con ello se persiguiese defraudar las perspectivas hereditarias de la demandante.

NOTA.—La presente sentencia hace referencia al supuesto de donación encubierta de bien inmueble bajo la apariencia de contrato de compraventa. Dos son las cuestiones que la jurisprudencia debate en estos casos: de un lado, la posible validez de la escritura de la compraventa simulada para cubrir la exigencia legal de forma de la donación del artículo 633 CC; de otro, la validez o ineficacia de la donación por la intención de defraudar derechos hereditarios. Esta segunda cuestión no es analizada por el Tribunal, en tanto que no fue pedida, ni comprobada. En lo que respecta al cumplimiento del requisito legal de la forma de la donación, la sentencia analizada, tras reflejar las distintas posturas de la jurisprudencia (recogida en la STS de 1 de febrero de 2002), parece enmarcarse entre las que aceptan la eficacia de la escritura pública de la compraventa simulada para la donación, ya que afirma que nos hallamos ante un caso de donación, según lo establecido en el artículo 618 CC. Aunque no se posiciona de manera clara y concisa, ni siquiera en torno al requerimiento o no del carácter remuneratorio de la donación. La simple afirmación del Tribunal de que nos encontramos sin duda ante una actuación voluntaria de las partes dirigida a la realización de un acto de mera liberalidad, y con ello desestimando el recurso, posiciona la presente resolución entre las que aceptan la escritura de la compraventa para cubrir la forma de la donación encubierta, y dar así eficacia a la misma. (P. S. S.)

39. Responsabilidad por vicios ruinosos ex artículo 1591 CC. La sentencia que ignora por completo el contenido de dos actas notariales

infringe lo dispuesto en el artículo 1218 CC.—Pues bien, visto el contenido de ambas actas notariales ha de concluirse que procede estimar el motivo porque la sentencia impugnada, al omitir cualquier referencia a dichos documentos públicos prescindiendo de los hechos notarialmente constatados, infringió efectivamente el párrafo primero del artículo 1218 CC, ya que tanto los defectos reseñados en el primero de esos documentos como las fotografías cotejadas en el segundo muestran un estado de la vivienda del actor-recurrente tan manifiestamente lamentable que, en verdad, no se alcanza a comprender cómo el tribunal sentenciador puede llegar a cuestionarse la propia existencia de los defectos alegados en la demanda, como parece desprenderse del fundamento jurídico de la sentencia impugnada, pues aunque la falta de prueba pericial permitiera abrigar dudas sobre la causa de tales defectos, sin embargo la propia existencia de éstos ha de entenderse más que suficientemente probada, máxime cuando, más o menos explícitamente, vino en realidad a ser admitida por las dos partes demandadas en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, ya que de otra forma no se entendería la defensa de la promotora imputando los defectos de la vivienda a obras clandestinas emprendidas por el actor ni el empeño del arquitecto por desplazar sobre la constructora «inequívocos vicios o defectos de construcción» que el propio arquitecto declaró conocer a raíz de ser requerido por la promotora para comprobarlos y uno de los cuales es definido por él mismo como «cedimiento del patio trasero» debido «a una inadecuada compactación del terreno recayente a dicha zona, lo que en materia de obras constituye una elemental técnica conocida por el más modesto de los constructores».

Es doctrina reiterada de esta Sala la objetivación de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, mediante una presunción de culpa de los partícipes en la edificación, una vez probados los defectos por el demandante.—El presente motivo también ha de ser estimado porque la sentencia impugnada, al desestimar la demanda por no haber propuesto el actor hoy recurrente prueba pericial, infringió el artículo 1214 CC en su interpretación y aplicación jurisprudencial a los procesos sobre responsabilidad decenal del artículo 1591 del mismo Cuerpo legal, ya que según doctrina reiterada de esta Sala, que tiene como punto de partida la objetivación de dicha responsabilidad mediante una presunción de culpa de los partícipes en la edificación (SS de 17 de febrero de 1982, 28 de octubre de 1989, 30 de septiembre de 1991, 27 de junio de 1994 y 15 de marzo de 2001), una vez probados los defectos por el demandante incumbe a los demandados demostrar su falta de responsabilidad en aquéllos (SS de 17 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994, 19 de octubre de 1998, 25 de junio de 1999 y 5 de noviembre de 2001). De ahí que tuvieran sentido las pruebas periciales propuestas por ambos demandados para exonerarse de responsabilidad y de ahí, también, que la omisión de su práctica no deba perjudicar al actor recurrente sino a esos mismos demandados, pues la carga probatoria del primero había quedado suficientemente satisfecha mediante las actas notariales y el informe luego ratificado, en cuanto suficientemente demostrativos del lamentable estado de la vivienda y su relación causal, al menos en gran parte, con el proceso de edificación.

Existiendo ruina funcional, dada la inutilidad de la vivienda para cumplir su fin, y no habiendo demostrado su falta de culpa, deben responder el promotor y el arquitecto solidariamente con base en el artículo 1591 CC, sin perjuicio de su eventual derecho de repetición contra otros partícipes en el proceso de edificación.—Estimados los dos motivos hasta ahora examinados, también ha de prosperar el restante,

numerado como primero y fundado en infracción del artículo 1591 CC, porque probado el lamentable estado de la vivienda del actor recurrente antes de transcurrir dos años desde su entrega, mereciendo calificarse tal estado de ruina funcional conforme a la constante doctrina de esta Sala que entiende por tal la inutilidad de la vivienda para cumplir su fin (SS de 28 de octubre de 1989, 30 de septiembre de 1991 y 27 de junio de 1994, entre otras muchas), pues no de otra forma cabe considerar el hundimiento progresivo de la casa y sus muchas humedades, teniendo su origen ese estado en el proceso de edificación por más que también pudieran contribuir las deficiencias del alcantarillado y, finalmente, no habiendo probado su falta de culpa el arquitecto demandado ni la promotora igualmente demandada, asimilada a la constructora según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo SS de 21 de febrero de 2000, 24 de enero, 8 de febrero y 13 de marzo de 2001), ambos demandados habrán de responder solidariamente frente al actor recurrente sin perjuicio de su derecho de repetición contra otros partícipes en el proceso de edificación, conforme a doctrina de esta Sala tan conocida y reiterada que huelga su cita. (**STS de 22 de julio de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un *bungalow* con vicios ruinógenos demanda a la promotora-vendedora de la urbanización y al arquitecto autor del proyecto y director de la obra con base en el artículo 1591 CC. La demanda fue desestimada en primera instancia por acogerse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, decisión que fue revocada por la sentencia de apelación que, entrando ya en el fondo del asunto, absolvió a los demandados. Interpuesto por el demandante el correspondiente recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo y estima íntegramente la demanda del recurrente. (*M. C. B.*)

40. Responsabilidad por vicios ruinógenos ex artículo 1591 CC. El arquitecto no cumple su función con la mera redacción del proyecto de obra, sino que asume la dirección de la misma, sin someterse en su misión a las órdenes del dueño de la obra, por lo que es también responsable de la mala ejecución de ésta.—La jurisprudencia de esta Sala de casación civil mantiene una línea jurisprudencial bien definida para delimitar las responsabilidades de los arquitectos, teniendo en cuenta que aquí se trata de múltiples defectos externos perfectamente visibles y detectables y así se ha declarado que el arquitecto no cumple por entero su misión con la redacción del proyecto de obra, sino que cuando asume su dirección se alinea como protagonista principal en el proceso material de su ejecución, lo que le impone modificar, corregir y cumplimentar el proyecto en aquellos aspectos que suponen omisiones, insuficiencias o incorrecciones y si alguna pauta constructiva quedase sin revisar debidamente en el proyecto deberá adoptar las previsiones necesarias que se adecuasen a la obra (S de 10 de julio de 2001), correspondiéndole también como función principal, al ser el encargado de la obra y por imperativo legal, la superior dirección y control de la misma y el deber de vigilar que su ejecución sea lo más correcta posible (S de 19 de noviembre de 1996), lo que no obsta el ejercicio de funciones convergentes atribuidas a los integrantes de otros cuerpos técnicos en las respectivas actividades que les incumben (S de 15 de abril de 1991), ya que los arquitectos son

responsables últimos como realizadores y directores del proyecto y por tal razón no basta con que se limiten a hacer constar en el Libro de órdenes las imperfecciones que aprecien, pues se les impone un plus mayor en su gestión directora superior, ya que deben en todo momento comprobar las rectificaciones o subsanaciones ordenadas y antes de emitir el certificado final aprobatorio de la construcción, único medio de garantizar a los posteriores adquirentes que no resulten defraudados en sus aspiraciones a una habitabilidad posible, segura y cómoda, conforme a las directrices que sienta la S de 12 de noviembre de 2003 (que cita las de 16 de marzo de 1984, 5 de julio de 1986, 9 de marzo de 1988 y 19 de noviembre de 1996).

El motivo no prospera, pues a mayores razones no ha de dejarse de lado que los arquitectos y demás técnicos intervinientes en el proceso constructivo no se hallan vinculados –y por ello subordinados de modo total– a las órdenes del dueño de la obra en lo que es propiamente su misión, lo que determina sus responsabilidades cuando se desvían de lo que es exigible por su prestación y da lugar a vicios constructivos (S de 8 de noviembre de 2002). (STS de 25 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de unas viviendas que presentan humedades y falta de estanqueidad generalizadas causadas por la mala ejecución de la obra, demandan a la promotora-constructora y a los arquitectos técnicos y superiores que dirigieron el proyecto. La sentencia de primera instancia acoge parcialmente la demanda, condenando a la promotora-constructora y al arquitecto técnico y absolviendo a los arquitectos superiores. Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial la revoca parcialmente, condenando también de modo solidario a los arquitectos superiores a la subsanación de los defectos de construcción. Estos últimos interponen contra esta decisión el recurso de casación al que el Alto Tribunal declara no haber lugar. (M. C. B.)

41. Culpa médica: casos en que el médico asume obligación de resultado: doctrina general: vasectomía: deber de información.—Si bien el contrato que vincula al médico y al paciente por lo general es de prestación de servicios, ya que aquél no se obliga a la curación de éste, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin, como obligación de actividad o de medios, la jurisprudencia admite que en ciertos supuestos en la actuación médica se da el contrato de obra con obligación de resultado, así en casos de cirugía estética (SSTS de 21 marzo 1950, 28 junio 1997 y 22 julio 2003), odontología (SSTS de 28 junio 1999 y 11 diciembre 2001), oftalmología (STS de 2 noviembre 1999), y asimismo en la intervención de vasectomía, respecto de la cual apunta la STS de 11 febrero 1997 que «no cabe duda que el “resultado” en el segundo aspecto examinado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo, supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud eleva a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una “cirugía

asistencial” que identificaría la prestación del profesional con la *locatio operarum* y una “cirugía satisfactiva” que identifican aquella con la *locatio operis*, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso. En este orden ha sido, también, una demanda por incumplimiento contractual en atención a que la operación de vasectomía no produjo los resultados esperados, lo que originó la reclamación resuelta por esta Sala en S de 31 enero 1996. En el presente caso, no es que el resultado no se haya obtenido, sino que en una intervención correcta se puede producir una recanalización espontánea que da lugar a una fertilidad, situación que se produce en un mínimo porcentaje en estas intervenciones y que tiene que dar lugar a una veraz paternidad. El deber de información aplicable en este caso consiste en que el médico informe al paciente de los riesgos previsibles que comporta la intervención, esencialmente el del porcentaje de supuestos en que la vasectomía puede no resultar eficaz por razón de una recanalización espontánea; el cumplimiento de tal deber no se ha probado y esta Sala ha reiterado que el médico sufre la carga de la prueba de su cumplimiento.

Prueba de la fertilidad: inaplicación de la presunción de paternidad.—Como estableció la STS de 11 de febrero de 1976, al ponerse en litigio la fertilidad o infertilidad del sujeto, con resultado posiblemente perjudicial para un tercero, si se demuestra el resultado defectuoso de la vasectomía, los presupuestos de la presunción del artículo 116 CC ceden, pues, de otro modo, quedaría, en muchos casos, indefenso el demandado que, además, carece de legitimación para la impugnación de la filiación legítima; en consecuencia, la lógica interna de los hechos que se debaten, exige en buena hermenéutica una decadencia de aquellas presunciones y la necesidad de probar como hecho constitutivo de la pretensión la paternidad. En definitiva, el criterio que ahora se ratifica es que la acción de indemnización por razón del fracaso del resultado de intervención de vasectomía, tan sólo puede prosperar si se ha acreditado que el paciente y reclamante es el padre del fruto del embarazo (STS de 29 de octubre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Cuando se invocan las pruebas biológicas en materia de filiación se piensa inmediatamente en un conflicto entre los posibles progenitores, casados o no, que venga a aclarar irrefutablemente las dudas. Sin embargo la sentencia anotada muestra otra aplicación de tales pruebas cuando la prueba de la filiación —paterna, en este caso— es *conductio iuris* de una acción indemnizatoria contra tercero. Es convincente la exigencia de tal prueba en este caso (Pte.: O’Callagan Muñoz) cuya falta hace fracasar la reclamación. (G. G. C.)

42. Nulidad radical de los contratos de préstamo usurario, que impide la validez de su novación subjetiva.—Es doctrina jurisprudencial emanada de sentencias de esta Sala la que determina que la nulidad de los contratos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley de 1908, es la radical ya que no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes y como consecuencia de ello, si la convención inicial que aparece en el contrato en cuestión es radicalmente nula, la novación no puede operar su consolidación por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 CC

en relación al artículo 6.3 de dicho Cuerpo legal; cabe por tanto decir, con frase jurídicamente aceptada, que en estos casos la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar –por todas las SS de 26 de octubre de 1959 y 30 de diciembre de 1987–. (STS de 28 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.–El demandante formuló demanda contra el prestamista y el cesionario del crédito solicitando la declaración de la nulidad de préstamo por usurario, así como la nulidad del procedimiento de ejecución iniciado por el cesionario del crédito. El Juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad del préstamo usurario, pero la desestimó en cuanto rechazó la declaración de nulidad del procedimiento seguido por el cesionario del crédito. Apelada la sentencia, fue estimado el recurso, absolviendo de la demanda al cesionario de crédito. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, dictando una sentencia semejante a la del Juez de primera instancia. (L. F. R. S.)

43. Responsabilidad contractual del Graduado social: negligencia en la reclamación contra el Fondo de Garantía Social (FOGASA): incumplimiento de contrato de mandato.–Resulta acreditada la responsabilidad del Graduado social al dejar transcurrir el plazo de prescripción de la reclamación contra FOGASA, pues su relación con los obreros representados tiene semejanza con la figura del procurador de los Tribunales y aparece, por tanto, derivada de un contrato de mandato representativo de los artículos 1718 y 1719 CC, como señaló la STS de 7 de abril de 2003. En efecto, el referido Graduado Social tenía que haber reclamado al Fondo nada más haber obtenido las sentencias favorables a los trabajadores, o, al menos, provocar el ejercicio de ejecución del crédito contra el deudor principal, y es lo cierto que habían transcurrido casi dos años cuando hizo la reclamación mientras el plazo de un año entre la firmeza de la sentencia y la solicitud de ejecución había caducado; ordena el artículo 1719 CC que el mandatario, a falta de instrucciones del mandante, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia; pero al no haber instrucciones concretas sobre la reclamación al Fondo y sobre su prontitud, pues los actores resultan legos en tales menesteres, surge la obligación de actuar como buen padre de familia.

Quantum indemnizatorio.–Dado el retardo en la reclamación al Fondo se han perdido las cantidades que tal entidad debiera abonar a los trabajadores, pero la responsabilidad del Gestor no puede extenderse a la insolvencia de la empresa, conocida aunque no declarada con anterioridad. Por tanto el *quantum* indemnizatorio se circunscribe exclusivamente a las indemnizaciones por extinción contractual y por salarios que hubiera correspondido abonar al FOGASA. (STS de 29 de septiembre de 2004; ha lugar.) (G. G. C.)

44. Eficacia transaccional del documento suscrito entre las partes.–Estas frases entrecomilladas son un fiel reflejo, sin duda para esta Sala, por un lado de la independización del documento de enero con respecto al de diciembre, y con su formulación transaccional (anulación que se sigue), se prohíbe, conforme a la jurisprudencia antes explicada, cualquier indagación

de antecedentes, como el del expresado documento, por lo que no hay que acudir a él para explicar o justificar éste; y, por otro lado, que latente una reclamación (posiblemente judicial) con él se crea un título, en cierto sentido de valor abstracto para evitar la misma, con «renuncia a cualquier tipo de reclamación posterior», «quedando totalmente saldada la deuda y subsanado el perjuicio por la defectuosa fabricación del material afectado», dicho todo esto con respecto a cualquier reclamación que pueda derivar de ésta. (STS de 20 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad demandante reclamó la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia del material defectuoso suministrado por la demandada. Ésta se opuso alegando la existencia de un documento transaccional, que impedía la reclamación actual. El Juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, al considerar que la actual reclamación se refiere a daños de iguales características producidos en fechas posteriores al documento antes mencionado. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación modificando las bases para determinar la cantidad a resarcir. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, absolviendo a la demandada. (L. F. R. S.)

45. Culpa extracontractual: muerte de trabajador en accidente de trabajo: competencia civil: doctrina general.—Aunque la jurisprudencia de la Sala 1.^a Tribunal Supremo no es pacífica y del todo conforme, la más unánime, reiterada y actualizada es la que proclama la Jurisdicción civil como la competente pues no sólo se demandó a la empresa estatal *TRAGSA*, sino a la entidad propietaria de la excavadora y a su conductor, así como a la subcontratista de la obra y a la entidad aseguradora. Como declara la STS de 12 mayo de 1997, es procedente la compatibilidad de las indemnizaciones por accidentes laborales y las derivadas del acto culposo en su dimensión civil, al no producirse enfrentamiento entre ambas jurisdicciones que resultan conciliables desde el momento en que las prestaciones propiamente laborales nacen del régimen de la Seguridad Social y por causas del contrato de trabajo, coexistiendo con la responsabilidad extracontractual por surgir de diferentes fuentes de obligación (SSTS de 21 de noviembre de 1995, 15 de junio y 19 diciembre de 1996, 10 de febrero de 1998 y 2 de julio de 2001). La reserva que la jurisprudencia lleva a cabo a favor del orden jurisdiccional civil se hace teniendo en cuenta que la jurisdicción laboral viene determinada para las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo y aquellas relacionadas con los conflictos colectivos (SSTS 2 octubre 1994, 31 mayo 1995, y 11 diciembre 1997). La STS 10 abril 1999 declara que se produjo un hecho luctuoso como consecuencia de llevar a cabo el operario quehaceres laborales que exceden de la específica órbita del contrato laboral, lo que permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo. En análogo sentido se pronuncian las SS de 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 2 de julio de 2001; la S de 8 de octubre de 2001 se refiere a la reparación íntegra del daño, y la de 31 de octubre de 2003 se apoya en la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

Responsabilidad de la empresa pública contratista de las obras de abastecimiento de agua a viviendas rurales: el obrero accidentado era

empleado suyo.—La jurisprudencia viene declarando en forma reiterada que no se da falta de elementos culpabilísticos en la conducta de la empresa que se adjudica plenas funciones de contratista, pues tal actividad lleva consigo la asunción de una responsabilidad general respecto a todas las vicisitudes, incidencias y eventualidades que pueden ocurrir en las obras a ejecutar, derivada de la interdependencia de las distintas unidades de trabajo (SSTS de 29 de marzo y 22 de julio de 1994, y 17 de febrero de 1999).

Subcontratación: no altera las reglas de responsabilidad extracontractual.—Los contratos que se celebren para llevar a cabo la ejecución de determinada obra actúan en el ámbito de las relaciones internas de los que los otorgan y operan cuando se produce algún incumplimiento contractual, pero no alteran las reglas generales que autorizan a aplicar la responsabilidad extracontractual que, en todo caso, resulte atribuir a la empresa que contrata. Por otra parte, la observancia de la normativa sobre seguridad en el trabajo, permanece en los contratos principales sin delegación posible, a efectos exonerativos, por lo que no es válido argumentar que se produce desconexión de la sociedad recurrente respecto a aquellos accidentes que ocurren en el desarrollo de su actividad.

Culpa exclusiva de la víctima.—Se desestima el criterio mantenido por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estableció como presunción que la víctima había invadido voluntariamente el espacio de operaciones de la máquina excavadora para buscar refugio a efectos de poder encender una pipa de fumar, ya que ésta fue encontrada con un mechero debajo del cadáver; la Audiencia Provincial con muy buen criterio rechazó esta solución y sentó como probado que el trabajador era conocedor de los riesgos que conllevaba acercarse a la máquina, sin perjuicio de lo cual, por razones de su trabajo, se vio obligado a merodear en sus proximidades, no precisamente para vigilar que nadie se acercase a la máquina, sino para comprobar profundidades, marcar el replanteo de los tajos y controlar las horas de trabajo de la excavadora. No cabe en casación argumentar con apoyo en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que la Audiencia Provincial revocó, y menos tratar de imponer a esta Sala una prueba de presunciones que no se empleó en la sentencia recurrida en casación.

Pluralidad de responsables: solidaridad: riesgo asumido.—*TRAGSA* como sociedad estatal realizaba las obras de abastecimiento de agua potable y para la ejecución de las mismas subcontrató con *Excavaciones JUMAR, S. L.* que aportó a la obra una excavadora autopropulsada, que fue el instrumento material que ocasionó el fallecimiento del marido de la actora; el conductor de ésta llevaba a cabo su actividad sin la adecuada ayudantía para la vigilancia y control de sus evoluciones, funciones que no le correspondían al fallecido, lo que pone de manifiesto que se creó un indudable riesgo que ha de reputarse asumido por *TRAGSA*, como principal interesada en que los trabajos se ejecutasen con la mayor seguridad posible; su responsabilidad concurre en forma solidaria con las demás subcontratadas que resultaron condenadas. Estuvo presente una situación de riesgo que puede calificarse de efectivo riesgo potencial por darse todas aquellas circunstancias que razonablemente hacía previsibles la producción de un accidente, ya que eran actuaciones en una obra al tránsito de operarios, llevadas a cabo por una potente máquina manejada por una sola persona sin el auxilio de nadie para dirigir y vigilar sus evoluciones; para excluir de toda responsabilidad al empresario ha de tratarse de riesgos normales o razonablemente previsibles (SSTS de 31 de diciembre de 2003 que recoge la doctrina contenida en SSTS de 28 de octu-

bre de 1988, 21 de marzo de 1991, 11 de febrero de 1992, 8 de marzo de 1994, 8 y 18 de octubre de 1998, 8 y 16 de octubre y 6 de noviembre de 2001 y 31 de marzo de 2003), lo que aquí no sucede, y la culpa contractual ha quedado demostrada al no cumplirse todas las medidas de seguridad.

Responsabilidad de subcontratista: culpa *in eligendo*.—Una empresa subcontratista de TRAGSA que, a su vez, subcontrató con *Excavaciones JUMAR, S. L.*, propietaria de la excavadora causante del accidente mortal, deriva su responsabilidad concurrente en aquél de su inmersión en el proceso de ejecución de la obra y concatenación de imprudencias plurales, correspondiéndole *culpa in eligendo*.

Concurrencia de culpa de la víctima.—La concurrencia de actuar negligente o imprudencial por parte del trabajador no elimina por completo la responsabilidad extracontractual de una empresa subcontratista y de los otros demandados que fueron condenados. (STS de 4 de octubre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—La viuda de un trabajador fallecido en accidente laboral reclama una indemnización de veinte millones pesetas (suma que debe considerarse moderada) a la empresa principal y demás subcontratadas en la realización de las obras de abastecimiento de agua potable a viviendas rurales. Desestimada la acción por el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial al resolver la apelación otorga aproximadamente la tercera parte solicitada. El Tribunal Supremo en ajustada sentencia del Ponente Villagómez Rodil, rechaza el recurso de casación. El difundido fenómeno de la subcontratación —aplicado no sólo a las grandes obras públicas sino también a las modestas, como es el caso—, dificulta con frecuencia la exigencia de responsabilidades por culpa extracontractual. La sentencia extractada las analiza certeramente y sienta la responsabilidad solidaria de todas las empresas intervinientes a título principal o en calidad de subcontratadas. Más difícil de combatir es la consabida imputación a la víctima de culpa exclusiva del accidente. El Tribunal Supremo se refugia —sobre todo, en ausencia de pruebas concluyentes— en el remedio equitativo de la concurrencia de culpas, al precio de reducir el *quantum*. (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: exoneración de responsabilidad al comitente que contrata la obra.—No procede imputar responsabilidad por muerte de obrero accidentado a los dueños de un edificio que se limitan a encomendar la realización de determinados trabajos en aquél a la empresa contratista que actúa con los debidos asesoramientos de arquitecto y aparejador, limitándose a cumplir sus obligaciones de pago sin que intervenga o actúe dentro del campo estricto de la ejecución de la obra; por ello no es responsable cuando el accidente se produce por negligencias tanto en el manejo de la grúa como en la falta de vigilancia de la operación. Se comparte así la recta tesis del Juzgado de Primera Instancia cuando afirma que la empresa comitente se limitó a contratar la ejecución de la edificación con personas que se suponían capacitadas, y con la titulación profesional adecuada al efecto —como fueron un arquitecto, un aparejador y diversos encargados parciales de la obra—, sin que aquélla tuviera ningún tipo de intervención en la ejecución de los trabajos, ni consta tuviese conocimiento de la situación de riesgo que provocó el accidente. Por ello no puede exi-

gírsele ningún tipo de responsabilidad. Se invoca a este respecto la STS de 9 de agosto de 1984. (STS de 14 de octubre de 2004; ha lugar en parte.)

NOTA.—Según STS de 9 de agosto de 1984 no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los medios inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometién-dolos a su vigilancia. Supuesto que no se da en este caso.

Los hechos coinciden sustancialmente con los de la STS de 4 de octubre de 2004 (publicada en este mismo fascículo del ADC). Aquí la causa material de la muerte fue el golpeo en la cabeza y costado derecho de la víctima que trabajaba en la cubierta de un edificio en construcción por el contrapeso de una grúa que sobresalía metro y medio de la cubierta, precipitándose al vacío el obrero a través de un hueco abierto en la cubierta. La solución jurídica sólo es parcialmente coincidente pues sólo se condena al propietario y empleado de la grúa que había sido subcontratado por la constructora tampoco coinciden las indemnizaciones reclamadas (40 millones reclamadas en el Juzgado de Primera Instancia, que condena a quince millones, y confirma la Audiencia Provincial). El recurso de casación se limita a dilucidar la responsabilidad de la empresa dueña de la obra, condenada en apelación y cuyo recurso acoge el Tribunal Supremo, al tiempo que confirma las restantes condenas. (G. G. C.)

47. Responsabilidad de abogado: negligencia por presentar demanda fuera de plazo: cambio de puesto de trabajo: pérdida de oportunidad.—Para la adecuada compensación de los daños y perjuicios causados por la actuación negligente de un Letrado, han de ser examinadas las posibilidades de que la acción hubiese prosperado en caso de ser temporáneamente ejercitada, pero no puede pretenderse sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser tarea imposible. Como se dijo ya en STS de 8 de abril de 2002 parece aconsejable tener, más bien, en cuenta la llamada «pérdida de la oportunidad», que se ha ocasionado a la interesada, al habersele impedido, por la falta de diligencia del Letrado, acceder a los Tribunales en las condiciones precisas para demandar ante los mismos la tutela de sus intereses.

Letrado designado por sindicato para empleada afiliada.—El sindicato encomendó la tarea que solicitaba su afiliada a persona que, por sus títulos académicos y su pertenencia a un Colegio de Abogados, acreditaba sus conocimientos técnico-científicos en la medida necesaria y suficiente, por lo cual, como declara la STS de 19 de julio de 1993, concurre el presupuesto legal exculpativo prevenido en el artículo 1903, último párrafo, CC, en orden a exigirle responsabilidad por la actuación negligente del abogado. (STS de 9 de julio de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La actora, que ocupaba el puesto de secretaria del jefe de compras fue notificada de que se modificaba su puesto de trabajo pasando a ocupar el de peón especialista, con cambio de jornada y trabajo a turnos. Acudió a su sindicato para que defendie-

ra sus derechos, y éste designó a un letrado vinculado al sindicato por un contrato laboral. La demanda laboral fue rechazada por haber sido presentada fuera del plazo legal de veinte días. La actora reclamó quince millones de pesetas por haber actuado negligentemente el letrado, demandando conjuntamente a éste y al sindicato. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, aunque redujo la cuantía a dos millones de pesetas en conceptos de daños morales, siendo confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo, con base en la sentencia extractada (Pte.: Romero Lorenzo) absuelve libremente al sindicato y confirma la condena al letrado, con base en la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre pérdida de oportunidades. Sobre el tema en general, *vide* la excelente monografía de M.^a Carmen Crespo Mora, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, 2005, así como su detallado análisis sobre la eventual responsabilidad –contractual o extracontractual– del abogado de un sindicato frente a los afiliados de éste, que niega radicalmente esta sentencia y que doctrinalmente es dudosa. (G. G. C.)

48. Responsabilidad médica: embarazo normal y parto con problemas: secuelas: minusvalía del 33%: responsabilidad del pediatra y del anestesista: principio de la culpa.—Es doctrina jurisprudencial, reiterada por STS de 10 de noviembre de 1997, que para que pueda surgir la responsabilidad sanitaria o del centro del que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicable a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que, en la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general, queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse en una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una conducta culposa o negligente en tal aplicación.

Prueba pericial y su valoración: doctrina general.—La STS de 8 de octubre de 2003 recoge la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de la prueba pericial, según la cual es de libre apreciación no vinculando al Juez o Tribunal de instancia el informe del pleito, no estando sometida a control casacional salvo cuando se aprecie que resulta ilógica u omite dato y conceptos que figuran en el informe, en consecuencia sólo podrá casarse tal valoración, como ha recogido la STS de 20 de febrero de 1992 y repetido la STS de 19 de julio de 2001, cuando el órgano de instancia tergiverse las conclusiones de forma ostensible o falsee arbitrariamente sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas.

Responsabilidad del anestesista: actuación conforme a la *lex artis*.—En el presente caso la prueba pericial manifiesta que la conducta del anestesista, desde el primer momento en que fueron requeridos sus servicios, fue ajustada a la *lex artis*, adoptando las medidas adecuadas y ordenadas a la correcta atención del recién nacido, por lo que ha de calificarse de ilógica la valoración que de esa prueba pericial se realiza en la instancia, sin que existe en autos elemento probatorio alguno que permita afirmar que el demandado descuidó la vigilancia del recién nacido y que debió ordenar su traslado al servicio de Neonatología cuando se estabilizase la temperatura de aquél. No existe prueba alguna

en los autos que acredite que la permanencia del recién nacido en la incubadora determinó un incremento del daño producido por el sufrimiento fetal.

Responsabilidad del pediatra: inexistencia.—La valoración que la juzgadora de instancia hace del informe pericial se funda en una distinción semántica entre lo que era «adecuado» y lo que era «prudente» ante el estado de la gestante, disquisición que no puede aceptarse ya que al ordenar el ginecólogo la realización de una monitorización fetal para el siguiente día 31, si la paciente no comenzaba su parto en horas posteriores a la exploración, realizada en la tarde del día 30, no infringió norma alguna de conducta profesional ya que nada indicaba en el estado de la paciente la necesidad de proceder a esa monitorización fetal el mismo día 30 por la tarde; no aceptándose la valoración de la prueba pericial realizada por el Juzgado de Primera Instancia, que también se admitió por la de la Audiencia Provincial, habiendo lugar a estimar el recurso al no apreciarse por esta Sala una conducta negligente en el ginecólogo demandado. (STS de 19 de julio de 2004; ha lugar.)

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta por los padres en nombre del hijo menor nacido con graves secuelas, condenando a ambos facultativos, y a *Sanitas* al abono de una indemnización algo superior a 35 millones de pesetas. Pero la sentencia extractada (Pte.: González Poveda), estima el recurso con base en la doctrina extractada, y absuelve a todos los demandados. El ginecólogo, del cuadro de *Sanitas*, asumió el seguimiento y control del embarazo, siendo la gestante de edad de cuarenta años, habiendo atendido tres años antes a la gestante, practicándole un legrado, teniendo él mismo conocimiento de los abortos naturales padecidos por aquélla en año y medio; a los 30 días del embarazo hubo un amago de aborto que se controló con Prepart y cuatro días de reposo; durante el segundo trimestre del embarazo la gestante padeció un cólico nefrítico, del que tuvo noticia el médico. Pese a estas incidencias, el embarazo fue clínicamente calificado de normal. El Tribunal Supremo, pese al criterio contrario de las sentencias de instancia, ha considerado correcta tanto la actuación del ginecólogo y del anestesista en el alumbramiento, de modo que no imputa a éstos las graves secuelas sufridas por el niño al nacer, impugnando la valoración de la prueba pericial hecha en la instancia. No creo que esta sentencia signifique un paso atrás en la jurisprudencia de la Sala 1.^a sobre responsabilidad por daños en una deficiente actuación ginecológica (cfr. en este sentido el comentario de Lourdes Tejedor Muñoz a la STS de 23 de noviembre de 2004 de sentido condenatorio, en *RCDI* 2005, p. 668 y ss.), sino más bien una advertencia a la progresiva tendencia que va dibujándose en el foro de reclamar a los médicos por cualquier resultado adverso de toda intervención médica. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

49. Prescripción adquisitiva del aprovechamiento y disfrute de las aguas.—La usucapión de las concesiones administrativas sobre aprovechamiento de aguas concedidas al amparo de la Ley de 13 de junio de 1879, de Aguas, se rige por los artículos 409 CC y 149 de la precitada Ley de Aguas.

Ambos preceptos permiten usucapir el aprovechamiento de aguas públicas disfrutado durante veinte años sin oposición de la Autoridad o de tercero. Así ha sido aceptado por la jurisprudencia: STS de 5 de mayo de 1961. Ahora bien, la adquisición por prescripción del derecho de aprovechamiento de aguas públicas en base a la mentada normativa debe ser entendida en base al posterior régimen jurídico establecido por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, cuya DT 1.^a (primer párrafo) limitó tales derechos a un plazo máximo de setenta y cinco años a contar desde el 1 de enero de 1986. Se eliminaron de este modo, los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad incompatibles con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público consagrados en el artículo 132.1 de la CE (STC 227/1988, FJ 8.º).

Necesidad de que la prescripción sea acreditada.—El segundo párrafo de la DT 1.^a de la Ley de Aguas de 1985 establece que para la aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo de dicha disposición transitoria es necesario que la prescripción sea «acreditada», esto es, que el aprovechamiento se encuentre debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad por el cauce del artículo 65 del Reglamento Hipotecario. La misma disposición favoreció la legalización de los aprovechamientos de aguas públicas mediante la exención total en el pago de los tributos derivados de la inscripción durante los tres primeros años a contar desde el 1 de enero de 1986. Transcurridos los tres años se pierden las ventajas fiscales pero no el derecho a inscribir el aprovechamiento correspondiente (RDGRN de 29 de junio de 1978 y STS de 28 de septiembre de 1993). **(STS de 20 de julio de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—Al amparo de la Ley de Aguas de 1879 el Ayuntamiento de Carcabuey (Córdoba) y algunos vecinos de la localidad celebraron un negocio jurídico, en virtud del cual se cedían a algunos vecinos «pajas» o «plumas» de agua a cambio de un precio o canon que pagaron al Ayuntamiento. Dicha concesión administrativa se realizó mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 28 de mayo de 1927. Transcurridos algunos años, el Ayuntamiento consideró que los concesionarios estaban disfrutando gratuitamente del derecho al suministro de agua y negó el carácter perpetuo del derecho derivado de la concesión otorgada en el año 1927. Por ello, el Ayuntamiento interpuso demanda ante el Juez de Primera Instancia de Priego (Córdoba) para hacer valer sus pretensiones. Desestimada la demanda, el actor interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, la cual estimó en parte dicho recurso, en el sentido de fijar los términos y límites del derecho adquirido por los demandados. Finalmente, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante.

NOTA.—La Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas fue derogada por el vigente Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (BOE de 24 de julio de 2001). Es interesante señalar que la DT 1.^a del actual Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, se pronuncia en términos idénticos a como lo hacía la DT 1.^a de la Ley de Aguas de 1985. Por ello, lo mantenido en la presente sentencia sigue siendo de aplicación a los titulares de derechos sobre aguas públicas derivados de la Ley de 13 de junio de 1879.

Por otra parte, el artículo 409 CC preceptúa que «el aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere: 2.º por prescripción de veinte años». A pesar de que ni la Ley de Aguas de 1985 ni la actualmente en vigor han derogado el precepto, la sentencia que comentamos lo considera derogado por ser incompatible con el texto del artículo 50.2 de la Ley de Aguas de 1985 que nos dice: «No podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico». Es cierto que la Ley de Aguas de 1985 ha sido derogada, pero también lo es el hecho de que «por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado» (art. 2.2 *in fine* CC). (J. D. S. C.)

50. Requisitos para el ejercicio de la acción declarativa de dominio.—Para el ejercicio de la acción declarativa de dominio es preciso: 1) que se acredite el título de dominio y la identificación del objeto demandado; y 2) tiene que haber existido una negativa o simplemente puesta en duda del derecho alegado o de cualquier otro acto que haga precisa la defensa que con la acción se pretende (SSTS de 21 de marzo y 10 de julio de 2003, entre otras).

Respecto del primer requisito, para que prospere la acción declarativa resulta necesario la identificación inequívoca de la finca. Dicha identificación constituye una cuestión de hecho, por lo que su determinación corresponde al tribunal de instancia. Sin embargo, esta exigencia no significa que determinadas circunstancias, como las diferencias de cabida o que no se consignen los linderos, acarreen su indeterminación, pues lo relevante es que se acredite que el terreno litigioso es aquel al que el título dominical se refiere.

En cuanto al segundo presupuesto, la acción declarativa exige un interés en accionar respecto de los demandados, es decir, algún tipo de contradicción, pues dicha acción tiene por finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo irroga (SSTS de 21 de febrero de 1941 y 10 de julio de 2003, entre otras). Debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela, de manera que el interés desaparece si no hay inseguridad jurídica o si la parte contraria no se opone al derecho. Además, no es preciso que haya habido una perturbación material, sino que basta la perturbación jurídica. (STS de 26 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita una acción declarativa de dominio por el actor, don C. T. M.. Cabe destacar la celebración de dos contratos de compraventa de dos parcelas colindantes segregadas de una finca matriz denominada «La Palma», entre el actor y don A. P. L. y su esposa. El primero se documenta en escritura pública y el segundo en documento privado, hallándose el actor comprador en posesión de ambas fincas. La razón del pleito radica en que, según el actor, don A. y su esposa pretendían la venta de una parte de la finca a los codemandados (don D. N. S. y doña V. L. B.) desconociendo los límites de su dominio y desatendiendo de tal modo el contenido del documento firmado por el señor P. protocolizado notarialmente.

Don C. interpuso demanda contra don A., su esposa, doña V. y don D., solicitando que se condene a los demandados a reconocer el

dominio del actor sobre la finca litigiosa, y la cancelación del asiento de inscripción de la finca de doña V. y don D., en todo lo que se oponga al derecho de propiedad del actor. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

Dicha decisión es recurrida en apelación, donde la Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por don C., declarando a éste propietario único y absoluto de la parcela objeto del litigio y cancelando las inscripciones contradictorias de los codemandados.

Finalmente, los demandados recurren en casación. El Tribunal Supremo deja sin efecto el pronunciamiento de la sentencia recurrida referente a la cancelación de las inscripciones contradictorias que los codemandados tienen sobre esa parte de terreno, pero mantiene en la parte restante la sentencia recurrida, es decir, mantiene al actor como único y absoluto propietario de la parcela litigiosa, con la descripción de lindes establecida en uno de los documentos que acompañaban a la demanda. (*S. L. M.*)

51. Efectos jurídicos de los acuerdos contrarios a los Estatutos o a la Ley de Propiedad Horizontal.—Respecto a los acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos, la postura mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia es que hay que diferenciar entre: *a)* Los acuerdos que afectan a la propia Ley de Propiedad Horizontal y los Estatutos, que sólo podían ser anulados, en su caso, mediante la impugnación en el plazo correspondiente; y *b)* las decisiones que infringen otras leyes imperativas, las cuales había que considerar radicalmente nulas, a no ser que en las mismas se determinara efecto distinto. Los actos contrarios a la ley son nulos de pleno derecho, salvo que las mismas prevean un efecto distinto para su contravención (art. 6.3 CC). Y esto es lo que hacía la regla 4.^a del antiguo artículo 16 LPH: determinar la necesidad de impugnar contra las posibles infracciones de la Ley o los Estatutos. Los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los Estatutos de la comunidad pueden ser anulables, pero no radicalmente nulos. (**STS de 28 de octubre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El 10 de agosto de 1991 se celebra junta ordinaria de propietarios del edificio TAO II y en el apartado de ruegos y preguntas, a propuesta de don J. M., se votó por los propietarios lo siguiente: «propone que para evitar molestias y suspicacias y de conformidad con el artículo 1709 CC y artículo 33 de los Estatutos, se solicita que las representaciones vayan dirigidas al presidente y que además contengan la firma del titular autenticada ante un fedatario público de forma que deban contener ambos requisitos para ser válidas». Dicho acuerdo fue aprobado. Los copropietarios doña E. N. R. G., don F. P. P., don F. R. B. y don J. R. G., asistentes a la junta, sin que conste en el acto su oposición a la aprobación del anterior acuerdo, formularon demanda por juicio declarativo de menor cuantía en el que interesaban se dictara sentencia con diversos pronunciamientos, de los que sólo tiene relevancia el referido a la pretensión de declaración de nulidad del acuerdo que se ha transcrito.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente todas las pretensiones deducidas en la demanda. Frente a la misma, los demandantes interpusieron recurso de apelación, donde la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia apelada, declarando nulo el acuerdo de referencia.

Finalmente se recurre en casación por la junta de propietarios demandada. Aquí el Tribunal Supremo entiende que, atendidas las fechas de la Junta y de la interposición de la demanda (transcurren tres años), el recurso debe ser estimado, absolviendo a la comunidad de propietarios recurrente de las pretensiones deducidas en la demanda. (S. L. M.)

52. Propiedad horizontal. Acuerdos de la Junta de propietarios contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los estatutos de la Comunidad de propietarios: anulabilidad.—El Tribunal Supremo recuerda en esta sentencia que existe una reiterada y reciente doctrina jurisprudencial que declara que cuando se infringe algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los estatutos de la comunidad de propietarios, los acuerdos de la Junta de propietarios son anulables (y no nulos de pleno derecho).

Propiedad horizontal. Acuerdos de la Junta de propietarios que vulneran normas imperativas o prohibitivas o son contrarios a la moral, al orden público o implican fraude de ley: nulidad de pleno de derecho.—Reiterada jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 24 de septiembre de 1991, 2 de marzo de 1992, 26 de junio de 1993, 19 de noviembre de 1996, 10 de marzo de 1997, 7 de marzo y 2 de julio de 2002) declara que en estos casos los acuerdos de la Junta de propietarios son nulos de pleno derecho, salvo que se establezca expresamente por la ley un efecto distinto para el caso de contravención. (STS de 23 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. M. H. interpuso una demanda contra la comunidad de propietarios de la zona residencial «La Ginesta» sita en Lleida, solicitando se condene a la parte demandada a suprimir las puertas y los carteles que impiden el acceso a los viales que se comunican con las calles La Mercè y Joc de la Bola, dejando la zona en su situación originaria.

Asimismo, don M. M. H. interpone otra demanda contra el presidente la Comunidad de propietarios de la zona residencial «La Ginesta» de Lleida, en la que solicita se declare la nulidad del acuerdo de la Junta de propietarios adoptado en julio de 1994, referente a la ratificación del inexistente acuerdo de instalación de cerramientos en la zona comunitaria exterior.

Mediante un Auto de 26 de febrero de 1997, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Lleida acordó la acumulación de ambos procesos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, condenando a la comunidad de propietarios a suprimir las puertas y los carteles que impiden el acceso a los viales interiores. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda, declarando

válidos los acuerdos de la Junta de propietarios de julio de 1994, por caducidad de la acción. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que los artículos 10.4 y 16.4 LPH, preceptos a los que se hace referencia en los Fundamentos de Derecho de esta sentencia, han sido modificados, respectivamente, por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal.

Así pues, la cita de ambos preceptos debe entenderse realizada a la redacción que tenían con anterioridad a la entrada en vigor de las mencionadas reformas legislativas. (*M. J. P. G.*)

53. Interpretación de las cláusulas estatutarias.—Respecto de actividades prohibidas por los estatutos de una comunidad de propietarios, es cierto que la interpretación de cualquier cláusula estatutaria que impida la libertad del derecho dominical ha de ser interpretada restrictivamente. Pero otra cosa es que se haga mención a una determinada prohibición que es posible conforme a la Ley.

Distinción entre el destino de las viviendas y el destino de los pisos.—El Tribunal Supremo distingue entre el destino de viviendas y el de pisos (STS de 23 de noviembre de 1995). Las primeras son objeto solamente de morada, habitación, hogar. Mientras que los pisos son susceptibles de un aprovechamiento variado. Ese destino se ha de establecer en la escritura hecha por los promotores o los comuneros. No cabe, de ninguna manera, destinar el piso o local a actividades que están prohibidas por el estatuto, con independencia de que resulten objetivamente molestas, insalubres, inmorales o peligrosas. Puede que no sean nada de esto, pero si hay prohibición en el título, el propietario no tiene facultad para utilizar de esta manera su finca o arrendarla o ceder a terceros a los mismos fines, pues esta actuación sería contraria a la Ley y llevaría consigo la sanción correspondiente.

Obligatoriedad de los acuerdos legalmente adoptados por la comunidad.—La Ley de Propiedad Horizontal, si bien se integra por normas de derecho necesario, no obstante la libertad de contratación que reconoce el artículo 1255 CC y la obligatoriedad de los pactos y de los acuerdos legalmente adoptados, con todas las consecuencias que de ellos se deriven según su naturaleza, y sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, tiene plena aplicación a esta esfera jurídica. El Tribunal Supremo viene admitiendo la obligatoriedad de los acuerdos, en tanto que lo consientan las disposiciones legales y no contravengan las normas de derecho necesario (STS de 8 de marzo de 1994).

Legitimación activa de un comunero para la defensa de los intereses de la comunidad y de los intereses que le son propios.—El Tribunal Supremo admite, en el caso de urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios. Ambas están sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento, al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal. Sin embargo, no existe inconveniente legal ni jurisprudencial en admitir que la defensa de aquellos intereses comunitarios que, por

extravasar los propios y exclusivos de cada edificio, afecten a la generalidad o a una gran mayoría de los componentes del conjunto urbanístico, pueda asumirla la expresada comunidad de la urbanización (SSTS de 26 de junio de 1995 y 5 de julio de 1996).

Cualquiera de los condueños está legitimado procesalmente para ejercitar acciones en beneficio de todos los comuneros (SSTS de 9 de febrero de 1991 y 15 de julio de 1992). Cualquiera de ellos puede, en legítima defensa de sus intereses, promover acciones o excepcionar cuantos medios jurídicos a su alcance puedan asistirle, habida cuenta de que a tenor de esa misma doctrina los resultados perjudiciales no vinculan a los demás copropietarios. Además, no es preciso que los copropietarios sometan la cuestión a la junta de propietarios con carácter previo, pues ningún precepto lo establece así y no puede imponérseles tal limitación.

Requisitos para la aplicación de la doctrina del abuso de derecho.—El abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado (SSTS de 11 de mayo de 1991 y 13 de febrero de 1995, entre otras). (STS de 14 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco Jiménez González interpone demanda contra *Sánchez Macías Comunidad de Bienes* y contra la entidad mercantil *Complejo Atlántico, S. A.*, en la que solicita: 1) El cese en la explotación de la actividad de «cafetería pastelería con horno punto caliente» en el local de negocio situado en uno de los bajos de la Urbanización *Complejo Atlántico*; 2) La demolición total y a su costa de la construcción adicional realizada en la terraza de dicho local; 3) La retirada del letrero luminoso y de los aparatos de aire acondicionado instalados en la fachada del edificio y terraza lateral.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, motivo por el cual los demandados recurren en apelación. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, en el sentido de mantener el primer pronunciamiento de la sentencia de instancia, pero revoca los referidos a la demolición de la construcción adicional realizada en la terraza de dicho local y el referente a la retirada del letrero luminoso y de los aparatos de aire acondicionado.

Los demandados interponen sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos al entender que: 1) El local de negocio está situado en una urbanización de carácter residencial y la actividad expresada está calificada como actividad molesta, además de incumplir uno de los artículos de los Estatutos; 2) El demandante instó la acción en su propio nombre e interés de la comunidad de propietarios del *Complejo Atlántico* y tiene legitimación para ello; 3) Al recurrente se le prohíbe la actividad desarrollada en el local de negocio, pero eso no implica que no pueda desarrollar otra distinta no comprendida en la prohibición estatutaria. (S. L. M.)

54. Modificación o alteración de elementos comunes.—De acuerdo con constante doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 28 de abril de 1986 y 28 de abril de 1992), el acuerdo unánime que la Ley de Pro-

iedad Horizontal exige para la modificación o alteración de los elementos comunes ha de demostrarse de un modo concluyente, admitiendo para ello el consentimiento tácito de los copropietarios, que puede deducirse de los actos inequívocos de los mismos.

Obras realizadas en terraza interior propiedad de la comunidad.—El concepto de «cerramiento» de terraza, al ir acompañado del término «totalmente», da a entender que la delimitación del espacio lo es en las tres dimensiones: es decir, colocación del tejado de uralita no transparente y la instalación de los parámetros que cierran totalmente el espacio objeto de la autorización. (STS de 23 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En julio de 1981 una comunidad de propietarios autoriza a los copropietarios de una vivienda, por unanimidad, «a cerrar totalmente» con uralitas no transparentes treinta y cinco metros cuadrados de la terraza interior de la comunidad, a la que éstos tienen acceso a través de su vivienda. Sobre la base de esta autorización, los propietarios proceden al cerramiento de la terraza. Pese a que la obra se desarrolla a la vista de los comuneros, durante más de diez años éstos no formulan objeciones y sólo cuando, tiempo después, los copropietarios inician nuevas obras en el patio, son cuestionadas todas en su conjunto. La comunidad de propietarios, representada por su presidente, promueve demanda contra los copropietarios por la que solicita que se declare la ilegalidad de las obras llevadas a cabo por éstos y que se proceda, en consecuencia, a la demolición de la obras realizadas y a la reposición de la terraza a su estado originario, todo ello a cargo de los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda, pues exceptúa de la declaración de ilegalidad la colocación de un tejado de uralita no transparente sobre una superficie de terraza de treinta y cinco metros cuadrados. Esta sentencia es revocada parcialmente en grado de apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios. (M. C. C. M.)

55. Propiedad horizontal. Representación del Presidente de la Comunidad de propietarios.—Su contenido básico es la ejecución de los acuerdos de la Junta de Propietarios sobre asuntos de interés general para la comunidad. Así pues, la representación del Presidente no sirve para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones, no tiene un «contenido en blanco»: el Presidente no puede suplir, corregir o anular la voluntad de la Junta, que es quien acuerda lo conveniente a los intereses de la comunidad. (STS de 20 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La actora, una comunidad de propietarios, acuerda por unanimidad interponer demanda por vicios en la construcción contra *Benimex, S. A.* El Presidente de dicha comunidad no sólo demanda a la citada sociedad, sino también a otras personas, físicas y jurídicas, que habían participado en la edificación y contra las cuales la Junta de Propietarios no había acordado interponer demanda.

El Tribunal Supremo, en el recurso de casación interpuesto por dos de los demandados, afirma que no se había otorgado al Presidente poder suficiente para interponer la demanda contra ellos. (B. F. G.)

56. Para que sea aplicable el artículo 34 LH es necesario que el acto adquisitivo del tercero protegido sea válido.—Si el acto adquisitivo del tercero protegido por el artículo 34 LH es nulo, se aplicaría el artículo 33 LH el cual establece que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. La protección de la fe pública registral entra en juego cuando, cumplidos los requisitos del artículo 34 LH, se anula o resuelve el derecho del transmitente. Por el contrario, nunca se aplicará el artículo 34 LH cuando el derecho que se anula o resuelve es el del propio tercero protegido (STS de 25 de julio de 1996, FJ 7.º).

Interpretación del supuesto de doble venta del artículo 1473 CC.—A pesar de que el segundo párrafo del artículo 1473 CC no incluye en su supuesto de hecho la buena fe, la aplicación de esta norma está supeditada a que la inscripción en el Registro de la Propiedad se haya realizado de buena fe. En virtud de los artículos 433 y 1950 CC se considera que la buena fe consiste en el desconocimiento en el segundo comprador de que la misma cosa ha sido objeto de una venta anterior. Para la aplicación del supuesto de doble venta es necesario que en el momento en el que se perfeccionó la segunda venta, la primera no haya sido aún consumada, pues de lo contrario estaríamos ante una venta de cosa ajena o ante una compraventa nula por falta de objeto.

El requisito de la «buena fe» en el artículo 34 LH.—Como se establece en el propio supuesto de hecho del artículo 34 LH, la buena fe es condición *sine qua non* para la aplicación del precepto (STS de 23 de octubre de 1964, 25 de mayo de 1974 y 28 de noviembre de 1996). La buena fe tiene dos vertientes: una *positiva*, que consiste en la creencia de que la persona que transmite la finca es dueña de la misma y puede transmitir su dominio; y otra *negativa*, consistente en ignorar o desconocer los posibles vicios invalidantes en la titularidad del que transmite (SSTS de 2 de julio de 1965 y 5 de enero de 1977, entre otras). El requisito de la buena fe es una cuestión de hecho que ha de ser apreciado por el juzgador de instancia. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe lo contrario. (SSTS de 12 de junio de 1987, 22 de diciembre de 2000, 17 de mayo y 28 de diciembre de 2001).

Diferencias entre el principio de exactitud registral del artículo 34 LH y 38 LH.—En el caso del artículo 34 LH la exactitud registral se presume *iuris et de iure* mientras que en el artículo 38 LH, el principio de legitimación registral sí admite prueba en contrario, esto es, opera como una presunción *iuris tantum*. (STS de 25 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don V. D. T. y doña M. T. D. M. interponen demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra don J. L. R. B. y *Promociones Agrícolas y Urbanas, S. A.*, don J. A. F. L. y doña I. L. O., en la que se interesaba la nulidad de una escritura de hipoteca. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda y ordena la cancelación de las inscripciones y anotaciones causadas por aquella en el Registro de la Propiedad. En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso declarando válida la hipoteca. Finalmente, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. D. S. C.*)

57. Interpretación del artículo 38.2 LH.—En un primer momento, la jurisprudencia mantuvo una interpretación rigorista del precepto exigiendo el

ejercicio previo, o al menos coetáneo, de la acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, con la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Sin embargo, dicha interpretación ha sido superada por la moderna doctrina jurisprudencial que en la actualidad mantiene que, en aquellos casos en los que se ejercita una acción contradictoria del dominio sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, tal petición se considera implícita y no puede ser motivo para denegar la acción.

El artículo 34 LH consagra los principios de fe pública registral y de inoponibilidad.—El primero de ellos protege al tercero que adquiere del titular registral, de manera que no le afecta la posterior declaración de nulidad del contrato de quien transmite. El artículo 34 LH enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción concesoria y cualesquiera otras acciones reales, protegiendo así al adquirente de las consecuencias derivadas de la anulación o resolución del derecho del transmitente (SSTS de 17 de octubre de 1989 y 15 de noviembre de 1990). El principio de inoponibilidad impide oponer al tercero que adquiere aquellos actos que siendo inscribibles no han tenido acceso al Registro de la Propiedad. (**STS de 4 de octubre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. F. G., don J. A. P., don J. S. M., don J. R. A. y don L. R. B., formularon demanda contra don T. C. L. y otras ciento veinte personas en la que solicitaban la validez y eficacia de los contratos de compraventa suscritos con los demandados así como la declaración de que los demandantes habían cumplido con las obligaciones derivadas de tales contratos. Los actores pedían además que se condenara a los demandados al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa a favor de los demandantes. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial, por su parte, desestima el recurso de apelación interpuesto por algunos de los demandados confirmando la sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, se declara haber lugar al mismo. (*J. D. S. C.*)

58. Retracto de colindantes: finalidad.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 22 de enero de 1991 y 18 de abril de 1994) que la finalidad del retracto de colindantes (art. 1523 CC) es facilitar un remedio a la división excesiva de la propiedad rústica (minifundios), que constituye, sin duda, un impedimento para el desarrollo de la riqueza y obstaculiza la producción agrícola.

Retracto de colindantes: naturaleza jurídica.—Afirma la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que el derecho de retracto de fincas rústicas colindantes (art. 1523 CC), como todos los retractos legales, son limitaciones al derecho de propiedad privada, a modo de cargas de Derecho público, pues aunque puedan beneficiar a los particulares, su justificación última se encuentra en razones de interés general. (**STS de 20 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G. V. S. S. ejercita la acción de retracto de colindantes e interpone una demanda contra don F. A. S. y su esposa doña J. A. C., en la que solicita que se declare que el demandante

tiene derecho a retraer la finca litigiosa y se condene a los demandados a que otorguen escritura pública de venta en las mismas condiciones en que adquirieron la citada finca.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima en parte, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en materia de costas y confirmándola en todo lo demás. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

59. Bienes gananciales: venta simulada; incongruencia omisiva: inexistencia.—Se basa este motivo en que la sentencia de apelación no ha tratado el tema de la simulación absoluta del negocio, tal como se pidió en la reconvencción, plasmada en la falta de precio, dado que la Audiencia Provincial resolvía conforme al artículo 1324 CC sobre la confesión de uno de los cónyuges que favorece al otro. No es de admitir dicho motivo, pues está sobradamente dicho por esta Sala y el Tribunal Constitucional —ya que lo aquí motivado se reitera con asiduidad tanto en los recursos civiles de casación como en los de amparo constitucional— que la falta de correspondencia entre los argumentos jurídicos de la sentencia con los traídos al proceso, siempre que esa discrepancia no sea esencial y no afecte a la causa de pedir ni a los hechos debatidos que sean base de la misma, no supone incongruencia alguna omisiva; y en el presente caso lo que realmente se discute es si constituye efectivamente venta del marido a la mujer la declaración hecha por aquél en el documento público correspondiente, pues si se da por existente, el negocio no sería nulo por simulado, y si se llega a la conclusión de que en tal documento no se vendió nada, sí procedería la nulidad contractual que se pide.

Prueba: presunción de ganancialidad.—Si bien el artículo 1361 CC establece, como regla general, a falta de otra prueba o declaración al respecto, la presunción de ganancialidad de los bienes *existentes* en el matrimonio, debiendo probar la parte que pretenda la privación de los mismos, o de alguno de ellos, que en realidad lo son del cónyuge que así lo exija, existen otras normas, no obstante, que permiten alterar esta regla, como son las del artículo 1355 CC, por un lado, que autoriza a los citados cónyuges a establecer, de común acuerdo, la facultad de atribuir esa condición de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera sea la procedencia del dinero; y por otro, la del artículo 1324 CC que, a su vez, permite mediante *confesión* (declaración unilateral válida en derecho), hecha por el que de ello puede resultar perjudicado, que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aun perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otro, con las limitaciones que el precepto fija.

Interpretación jurisprudencial del artículo 1324 CC.—La STS de 25 de septiembre de 2001 dice que el artículo 1324 CC atribuye valor de *confesión inter partes*, es decir en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, y más concretamente de uno frente a otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos y de los acreedores, para no *blindar* situaciones de posibles fraudes; pero tal prevalencia confesoria no es absoluta y caben pruebas en

contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes, como declaró la STS de 18 de julio de 1994. Se trata de una fuerte presunción legal que se establece por encima de la regla común del *onus probandi*, y que evita tener que acudir a la prueba corriente de presunciones, si bien no con el carácter del artículo 1250, dándosele más bien el carácter de la confesión, con el valor del artículo 1232 y asimismo con el que le confiere el artículo 1239. Esa fuerza de poder eludir la regla del artículo 1361, hace que situaciones como aquellas en que se produzca la falta de precio, permitiéndose que sin él la causa de tal traspaso de propiedad sea la mera declaración de voluntad del perjudicado, o la precariedad o desproporción del mismo, no afecten a la validez de la declaración, salvo que exista una prueba muy fuerte y eficiente en contrario, o se produzca el error, el dolo o el engaño o la falta de capacidad del que la hace.

La regla del consentimiento se aplica tanto a los bienes gananciales como a los privativos.—El artículo 1324 CCda eficacia de prueba, por sí sola, a la declaración que se hace, para enervar así la pretensión contraria a que no valga lo declarado, y, lógicamente, es aplicable no sólo a los casos de obtención de la privatividad de bienes que en relación con su adquisición serían gananciales, sino también a los supuestos contrarios, como regla de justa correspondencia, así como a supuestos similares como el del pleito en el que el marido, dueño privativo de toda la finca, concede en escritura pública la mitad indivisa a la mujer, dando origen a una situación privativa compartida, o cuando el marido concurre a una adquisición realizada por la mujer confesando que el dinero que ésta da en pago es privativo de ella. (STS de 8 de octubre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Interesante supuesto relativo a un pleito entre cónyuges de los que no consta estén divorciados ni separados por sentencia firme, aunque sí enfrentados por motivos patrimoniales; datando las compraventas aquí enjuiciadas de 1990, cabe conjeturar la existencia actual de algún modo de separación de hecho, o, incluso, de reconciliación posterior. Hay demanda de la mujer y reconvencción del marido sobre supuesto similar. La esposa ejercita la *actio communi dividundo* de finca que inicialmente era privativa del marido y de la que en 26 de abril de 1990 la mujer adquirió una mitad indivisa, declarando el marido que el dinero que aporta es privativo de ella. El marido se opone y reconviene solicitando que se declare ganancial la mitad del piso adquirido por su mujer el 24 de marzo de 1990, en cuyo otorgamiento el marido concurrió declarando que el precio pagado por su mujer por el piso era igualmente privativo; pretensión a la que ahora se opone su mujer. Nada consta de la motivación de ambas adquisiciones ni de la relación entre ambas. El Juzgado de Primera Instancia da plenamente la razón al marido, desestimando la demanda y estimando la reconvencción. Pero la Audiencia Provincial estima la apelación y da la razón a la mujer. El Tribunal Supremo desestima la casación interpuesta por el marido en cuidada sentencia (Pte.: Ruiz de la Cuesta Cascajares) de la que cabe destacar la, en cierto modo, *revalorización sustantiva del artículo 1324 CC*, y la franca admisión del libre juego de la autonomía de los cónyuges a la hora de calificar como privativos o comunes las adquisiciones de bienes realizadas durante el matrimonio.

Tuve ocasión de sostener hace algunos años que la norma del artículo 1355 CC es reversible, y que funciona en ambas direcciones, por lo cual cabe el pacto de considerar privativos los bienes adquiridos durante el matrimonio con dinero ganancial, viendo una de sus manifestaciones en el artículo 1353; y que la nueva redacción dada al artículo 95.4 RH se ha puesto en armonía con el artículo 1324 CC al disponer que todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión (García Cantero en Castán, V-1.º, 12.ª ed., Madrid, 1994, pp. 451 y 534). Esta interpretación amplia del artículo 1324 CC sigue manteniéndose por Rams Albesa en Lacruz *et alii*, 2.ª ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 188 y s.: «La solución actual es, sin duda, la más justa y práctica. En efecto, habiendo bienes privativos, ¿cómo acreditar, transcurridos muchos años, la propiedad de los aportados por cada esposo (o recibidos por título privativo constante matrimonio), sino mediante el reconocimiento del otro? La posibilidad de fraude que envuelve el reconocimiento de créditos conyugales o titularidades privativas no es argumento suficiente para rechazar la validez de aquél en cualquier caso; cosa distinta es que dicho reconocimiento no tenga eficacia definitiva». Otras opiniones en sentido diverso están recogidas en Castán *op. et loc. cit.*, p. 433, n. 29. En cuanto a la eficacia sustantiva de tal confesión por parte de alguno de los cónyuges, hasta el punto de equipararla a la causa del negocio dispositivo, no creo que se acepte, sin más, por la doctrina. (G. G. C.)

60. Nulidad del reconocimiento de complacencia.—Son argumentos en pro de la tesis del Motivo, los siguientes:

a) Que sin perjuicio de la normativa en torno al evento impugnatorio de un reconocimiento «pro forma», que en el caso del litigio siguió la pauta del artículo 120-1.º 1, esto es, ante el Encargado del Registro Civil, y que, por ello su posible impugnación habría de cumplir con los requisitos, en cuanto a la legitimación activa, según el artículo 140, que lo cumple el actor, al tratarse en rigor, de una impugnación de una filiación extramatrimonial —S de 26 de noviembre de 2001— (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), ha de resaltarse que, en el recurso se debate una problemática concernida al llamado reconocimiento de complacencia (*recitius* de conveniencia interesada), esto es, cuando los intervinientes en ese acto formal están de acuerdo o admiten (si bien no lo expliciten —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.

b) Así son relevantes circunstancias, como las acreditadas, en las que, incluso, aparece el móvil económico del cambio de actitud del actor, que si bien es reprochable en cualquier otro campo moral o social, no debe eludirse para robustecer aún más que el acto aparente confirma que los mismos demandados no han negado en ningún momento esa contradicción entre la

verdad material y la formal y, que hasta la misma inexistencia de la impugnación del recurso lo avala.

c) Así las cosas, no puede omitirse las sanciones sobre la prevalencia de la verdad material en las cuestiones de estado civil que prescribe el artículo 39 CE, y cuyo significado es obvio, ha de coonestarse, incluso, con el beneficio de los propios hijos, objetivo que, en el presente recurso, no puede decirse que se cumpla con la declaración judicial recurrida, porque, ni se respeta la primacía de aquella verdad, ni tampoco es atendible que la misma reconocida sólo aduzca en su defensa que se contrarreste ese móvil económico de su falso progenitor y, que por ello, por la misma se aferra a impedirlo.

d) Esta Sala, en definitiva, entiende que, pese a los desvíos de una conducta acorde con los modelos de asunción de lo antes querido, y su reprobación en los planos de la sociología al uso, dentro del campo del Derecho y de la legalidad imperante, sería una clamorosa irregularidad mantener un reconocimiento de filiación en contra de lo así sabido por los mismos interesados, evitando que de este modo se prolongue *sine die* ese evidente estado civil pugnante con el personal designio de los afectados. (STS de 12 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante impugnó el reconocimiento de una hija, puesto que en el momento de reconocer sabía perfectamente que no era suya y lo hizo por complacer a la madre. El asunto se planteó con motivo de la separación matrimonial del reconociente y la madre de la hija reconocida. El Juez de primera instancia estimó la demanda, declarando la nulidad del reconocimiento. La Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación, desestimando la demanda, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia del juez de primera instancia. (L. F. R. S.)

61. Doctrina de respeto al principio de verdad biológica por encima del plazo formalmente establecido. Inaplicabilidad a un reconocimiento voluntario.—En diversas sentencias (sirvan de ejemplo, las SSTS de 23 de marzo de 2001, 3 de diciembre de 2002, 15 de septiembre de 2003 y 4 y 17 de junio de 2004), el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta una serie de circunstancias para rechazar la caducidad de la acción de impugnación de la filiación (*v. gr.*, el descubrimiento tardío de la esterilidad por el padre registral o la revelación tardía por parte de la madre de quién es el padre biológico), primando la verdad biológica por encima del plazo establecido por el Código civil. Tal doctrina, sin embargo, no se ha de aplicar a un supuesto de reconocimiento voluntario por parte de un progenitor que, en el momento de llevarlo a cabo, sabía que el hijo no era suyo o podía no serlo. Allí donde no haya razones suficientes o válidas, lo aconsejable será no apartarse de un régimen legal que se ha de respetar, puesto que atiende al interés del hijo tal y como el legislador ha considerado más conveniente protegerlo.

Revocación del reconocimiento de un hijo.—Se rechaza categóricamente la posibilidad de revocar el reconocimiento de un hijo a voluntad del que lo llevó a cabo (STS de 26 de marzo de 2001). Tal conducta constituiría un intento de disponer del estado civil, lo que es rechazado por la ley (art. 741 CC). (STS de 14 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. A. M. R. y doña A. R. C. contrajeron matrimonio el 8 de febrero de 1992. Cuatro días más tarde, el 12 de febrero, don A. A. M. R. compareció ante Notario y reconoció como hija suya a doña M. M. R., nacida en 1988 de su ahora esposa, doña A. R. C. El reconocimiento se anotó en el Registro civil el día 14 del mismo mes. Años más tarde, iniciado procedimiento de separación conyugal a instancias de la esposa, don A. A. M. R. asumió de nuevo plenamente su paternidad, al contestar a la demanda, el 26 de julio de 1996. La sentencia del pleito sobre separación recayó el 18 de abril de 1997 y en ella se acordaba, entre otros pronunciamientos, una pensión de alimentos para la hija.

El 2 de marzo de 1998, don A. A. M. R. presentó demanda sobre impugnación de la filiación de doña M. M. R., contra doña A. R. C., solicitando al mismo tiempo la rectificación de los correspondientes asientos del Registro civil. Alegaba en la demanda que llevó a cabo el reconocimiento de su paternidad por presiones o coacción de doña A. R. C., puesto que ésta no se casaría con él si no reconocía a su hija. La demanda fue desestimada en primera instancia, por caducidad de la acción, con base en el artículo 141 CC. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial entendió que, en realidad, se ejercitaba una acción de impugnación de la filiación (no del reconocimiento) y que el precepto aplicable era el artículo 136 CC, cuyo plazo había transcurrido con creces. Pese a ello, la sala *a quo* estimó el recurso de apelación de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo que prima la verdad biológica sobre el plazo formalmente establecido; doctrina que estimaba aplicable al caso.

Frente a esta sentencia, interpuso recurso de casación doña A. R. C., por inaplicación de los artículos 120 y 141 CC. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, por lo que casó la sentencia de instancia y confirmó el fallo de primera instancia. (A. M. M.)

62. Filiación matrimonial: matrimonialidad subsiguiente a reconocimiento de hijo: fallecimiento del padre: impugnación por hijos de matrimonio anterior: incongruencia omisiva.—Constituye un supuesto de incongruencia omisiva el defecto de exhaustividad por omisión de pronunciamiento, cuando éste hubiese sido efectivamente pretendido y el silencio no deba entenderse, tras la correspondiente labor hermenéutica, como una desestimación tácita. La STS de 28 de febrero de 2003, con cita de la de 4 de febrero de 2000, destacó la trascendencia constitucional del referido defecto, dado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 de la Carta Magna, exige que la sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente. En el presente caso el Tribunal de apelación no dio respuesta a la impugnación de la filiación por no responder a la realidad biológica.

Negativa injustificada de la madre a la prueba biológica sobre el menor.—Esta Sala ha declarado con reiteración que la negativa injustificada a someterse a la práctica de la prueba biológica de paternidad no constituye un supuesto de *ficta confessio* (al modo de comportamiento concluyente de significado unívoco y decisivo, favorable a la pretensión del proponente). Antes bien, se le atribuye el valor de indicio para declarar o negar la paternidad,

valioso pero no exclusivo ni aislado, sino a conjugar con los demás que ofrezca el proceso y los medios de prueba practicados en él. El Juzgado de Primera Instancia valoró la injustificada negativa de la demandada a que la prueba se practicara con datos extraídos directamente del cuerpo de su hijo menor; pero, correctamente, no le dio más valor que el de un indicio que, en combinación con las pruebas practicadas en el proceso, le llevó a entender no demostrado el hecho constitutivo de la acción de impugnación en sentido estricto ejercitada en la demanda y, finalmente, a aplicar las reglas del *onus probandi*.

Reconocimiento de paternidad no viciado: convivencia con la madre al tiempo de la gestación: plena investigación de la paternidad en el proceso.—El Juzgado dio un significado especial al reconocimiento de paternidad, previo al matrimonio, sin vicio alguno en la formación o exteriorización de la voluntad, ni constancia del propósito de disimular una realidad contraria o de la emisión de declaración posterior en sentido distinto; así como a las declaraciones de determinados testigos, cualificados por la razón de ciencia que ofrecían y de las circunstancias en ellos concurrentes, sobre la convivencia de aquél con la madre de H. en la época de la gestación y sobre las declaraciones emitidas por el padre respecto a su efectiva paternidad. Con la sentencia recurrida no se violan los artículos 14 CE (pues la valoración que aquí se hace de la conducta procesal de la madre del menor elimina cualquier tratamiento desigual de los litigantes), 18 (pues la desestimación de la demanda de impugnación no puede afectar al honor e intimidad familiar de los actores), 39.2 (ya que la paternidad de H. ha sido investigada en el proceso con plenitud, aunque sea con un resultado no querido por los recurrentes) y 39.3 CE (ya que la negativa de la madre nada tiene que ver con las prestaciones de asistencia de los padres). (STS de 5 de julio de 2004; ha lugar en parte.)

NOTA.—Supuesto de hecho novedoso sobre acciones de filiación en el que están implicadas *prima facie* personas pertenecientes, sin duda, a dos civilizaciones y religiones tan dispares como el Cristianismo y el Islam, pareciendo advertirse en la sentencia cierta quiebra en la unánime doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, hasta ahora aplicada sobre la negativa a las prácticas biológicas. Tampoco es frecuente que los hijos de un matrimonio anterior impugnen la legitimidad del hijo nacido del nuevo matrimonio de su padre, después de la muerte de éste. Menos todavía que la segunda mujer sea musulmana que se avino a celebrar matrimonio *coram ecclesiae* (ulteriormente anulado canónicamente después de iniciado este proceso, sin que la sentencia se haya homologado). Parece deducirse de los autos que la madre fue declarada procesalmente rebelde por el Juzgado de Primera Instancia, permaneciendo en esta situación a lo largo del proceso, sin prestar ninguna colaboración para que fuese averiguada la verdad biológica sobre la paternidad de su hijo. Pese a esta situación pasiva ha triunfado en sus lógicas pretensiones de que se mantenga el *statu quo* registral. No obstante, la sentencia extractada (Pte.: Ferrándiz Gabriel) admite uno de los motivos del recurso relativo a la incongruencia omisiva, casando la sentencia de la Audiencia Provincial porque no se había pronunciado sobre la acción de impugnación de la filiación del menor por no responder a la realidad biológica. En verdad, victoria

pírrica de los recurrentes que ven rechazados los motivos basados en una reiterada jurisprudencia sobre la negativa a la práctica de la prueba biológica, basándose en meros indicios para fundar la matrimonialidad del menor. Como previo a la matrimonialización per subsequens el presunto padre reconoce al hijo dado a luz por la mujer conviviente, y la sentencia enfatiza sobre la ausencia de vicios de tal declaración de voluntad (cosa fácil de sostener cuando ha fallecido el reconecedor), afirmándose (FD 3.º) que la paternidad de H. ha sido investigada en el proceso con plenitud, lo que no parece cierto pues ni siquiera los Juzgadores pudieron comprobar por sí mismos el parecido físico con el presunto padre, ni sus rasgos raciales al oponerse radicalmente la madre. (G. G. C.)

63. Filiación no matrimonial: reclamación de la paternidad: negativa injustificada a la práctica de la prueba biológica: doctrina general.—Las partes de un litigio en que se ejercitan acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas admitidas por el Tribunal competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 CE, al impedirle justificar su pretensión mediante la utilización de un medio de prueba pertinente y admitido (STC de 31 mayo de 1999). Se produce, en tal caso, una colisión entre derechos fundamentales de las partes del litigio (STC de 17 de enero de 1994), que ha de resolverse tomando en consideración, por un lado, que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una barrera para facilitar el desconocimiento de las cargas y deberes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto a posibles vínculos familiares (STC de 17 de enero de 1994 y ATC de 9 marzo de 1990) y, por otro lado, que si a la voluntad obstruccionista injustificada se le atribuyen consecuencias jurídicas, como medio de llegar a juicios de valor por equivalencia, quedará excluida la indefensión que, en otro caso, habría sufrido la parte proponente de la prueba. En relación con esas consecuencias de la negativa injustificada, esta Sala ha declarado con reiteración que aunque la misma no constituye una *ficta confessio*, tiene el valor de indicio razonable en conjunción con otras pruebas de las que exulte la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción. En el presente el miedo a las inyecciones no es causa justificada de la negativa, y la razonable probabilidad de relaciones sexuales entre los litigantes a partir de la demostración de la convivencia hasta fechas próximas a la concepción. (STS de 6 de julio de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

64. Pertinencia de la práctica de una prueba biológica de paternidad acordada para mejor proveer.—No es justificable la negativa a colaborar en la práctica de la prueba biológica aduciendo una inutilidad o falta de garantías de la misma, por la posibilidad de una mezcla de restos, puesto que este temor carece de fundamento científico. Según el Tribunal Supremo, las partes no pueden erigirse en dueñas de la prueba y, por ello, no puede aceptarse el planteamiento del recurrente, que supone tanto como arrogarse la facultad de decidir sobre la pertinencia de una prueba biológica, sustrayéndola indebidamente al juzgador; más aún cuando la propuesta de la prueba la hizo el juzgador de instancia y no el recurrente.

Valoración conjunta de la prueba en casación.—Cuando no existe arbitrariedad o falta de lógica en la sentencia impugnada, no puede acometerse

en el recurso de casación una valoración conjunta de la prueba, ya que excede de los límites consustanciales de tal recurso. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el recurso de casación no permite sustituir la valoración probatoria del tribunal sentenciador por presunciones propias del recurrente. (STS de 15 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1998, don F. G. R. interpone demanda sobre reclamación de filiación extramatrimonial, e impugnación de la filiación matrimonial contradictoria, contra don F. G. G., marido de su madre, así como contra los herederos de don L. C. P., presunto padre biológico, fallecido en 1954. Alega el demandante que, a través de una serie de cartas de su madre, escritas en 1995, había descubierto tardíamente que su verdadero padre era don L. C. P., tío de su progenitora, que vivía en la casa colindante a la de ella. Según el actor, la paternidad biológica se había mantenido en secreto, por estar casado don L. C. P. y gozar de gran prestigio social en el pueblo, si bien éste se había hecho cargo de los gastos de educación de don F. G. R., estableciendo incluso una serie de disposiciones para su pago tras su muerte. Presenta también como pruebas una serie de testimonios indirectos de amigos, el hecho de que no se inscribió su nacimiento en el Registro civil sino hasta pasados diez años (coincidiendo aproximadamente con la fecha de la muerte de don L. C. P.), así como las manifestaciones de don F. G. G. (cuya prueba de confesión no solicita), en las que éste no niega tampoco categóricamente que don F. G. R. fuera hijo suyo, ni afirma, como pretende el demandante, que hubiera huido a Francia para escapar de la presión social existente en el pueblo — donde, según el actor, era sabido por todos, pese al secreto, la verdadera paternidad de don F. G. R.—; más bien sostiene don F. G. G. que el motivo de su huida fue su voluntad de divorciarse.

Propuesta por el Juzgado de Primera Instancia la prueba biológica de paternidad, como diligencia para mejor proveer, el actor se niega a someterse a la misma, alegando la falta de garantías que dicha prueba ofrecía, al haberse exhumado recientemente los restos de su presunto padre biológico para trasladarlos, desde su ubicación original, al cementerio, donde fueron enterrados junto a los restos de su esposa y un hermano. Por otra parte, obra en autos un informe pericial caligráfico sobre las cartas de la madre, en el que se pone en duda su autenticidad.

El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda, por la negativa del demandante a someterse a la prueba biológica y por haber presentado éste, a su vez, únicamente pruebas indirectas, que no ofrecían ningún dato del que se pudiera inferir la paternidad que se reclamaba. Interpuesto recurso de apelación y solicitada por el recurrente la práctica de la prueba biológica, se rechaza esta solicitud, por falta de amparo legal, y se desestima el recurso por el mismo motivo. Don F. G. R. interpone entonces recurso de casación sobre tres motivos diferentes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

65. Prueba de paternidad biológica. Valor de la negativa a someterse a la misma.—De acuerdo con reiterada doctrina (entre otras, SSTS de 1

y 11 de octubre de 1999, 29 de marzo, 24 de abril, 24 y 30 de mayo de 2000, 3 de noviembre y 27 de diciembre de 2001, 17 de julio de 2002 y 2 de julio de 2004), la negativa a someterse a pruebas biológicas, aunque no tiene el valor probatorio de una *ficta confessio*, ha de considerarse como un indicio especialmente valioso, que, en unión con otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado.

Prueba de paternidad. Fiabilidad.—Son varias las sentencias en que se reitera la alta fiabilidad de las pruebas de paternidad, quedando recogido el fundamento científico de las mismas y sus parámetros de probabilidad en la acreditación de la paternidad (SSTS de 18 de mayo de 2000 y 2 de julio de 2004).

Prueba de paternidad biológica. Derechos fundamentales de la persona.—Las pruebas biológicas de paternidad no vulneran el derecho a la intimidad o a la integridad física —salvo que entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas—, ni pueden considerarse degradantes o contrarias a la dignidad de la persona.

Prueba de paternidad biológica ordenada en segunda instancia como diligencia para mejor proveer.—Según el Tribunal Supremo, en los procedimientos sobre filiación se ve envuelto el interés público superior, pues afectan al estado civil de las personas, motivo por el que debe prevalecer en ellos la verdad biológica. Esto determina que la realización de la prueba biológica de paternidad no sólo sea pertinente en este contexto, sino también necesaria. De hecho, en esta misma línea, la nueva legislación procesal desvincula esta prueba del principio de aportación de parte (art. 752.1 LEC).

Uso de la prueba de presunciones por el juzgador de instancia.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTS de 3 de diciembre de 1988, 22 de febrero, 7 de julio y 2 de noviembre de 1989, 21 de diciembre de 1990, 17 de julio de 1991 y 7 de abril de 2004) que el juez está autorizado, pero no obligado, a utilizar la prueba de presunciones. Por ello, cuando el juzgador de instancia no hace uso de dicha prueba para fundamentar su fallo, sino que se apoya en lo que resulta de las pruebas directas practicadas en el proceso, no queda infringido el artículo 1253 CC, pues no era necesario acudir, además, al medio indirecto de las presunciones.

Control en casación del uso de la prueba de presunciones.—En la prueba de presunciones es preciso un enlace preciso y directo entre el hecho base y la consecuencia que de ello se extrae. Ahora bien, esto no significa que la deducción sea unívoca, pues, de serlo, no se trataría propiamente de una presunción, sino de *facta concludentia*. Por el contrario, en las presunciones puede seguirse del hecho base distintos hechos consecuencia. Por ello, existe numerosa jurisprudencia que recoge la doctrina de que sólo puede someterse al control casacional la operación deductiva llevada a cabo cuando no se ajuste a las reglas de la lógica (entre otras muchas, SSTS de 23 de abril de 1980 y 5 de junio de 1986). Junto a ello, el control en casación del uso de la prueba de presunciones por el juzgador de instancia se producirá cuando se haya omitido su empleo, habiendo sido propuesta la prueba por las partes y discutida en el pleito (SSTS de 23 de abril de 1980 y 20 de abril y 11 de octubre de 1990). (STS de 16 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a A. R. C. interpone demanda sobre reclamación de filiación extramatrimonial contra don M. B. P., acumulando una reclamación de alimentos contra este demandado y contra la propia madre de la demandante, doña J. R. C. Por medio de

diversos documentos y de la confesión del propio demandado, queda acreditado en autos, que don M. B. P., famoso torero, mantuvo unas relaciones sentimentales con la madre de la actora en la fecha de concepción de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y el demandado, don M. B. P. interpone contra dicho fallo recurso de apelación. La Audiencia Provincial, de acuerdo con el artículo 340 LEC, ordena, como diligencia para mejor proveer, la práctica de la prueba de paternidad biológica; pero don M. B. P. se niega a someterse a dicha prueba, alegando que, dada la relevancia o fama social de que goza, no puede estar sometido constantemente a pruebas biológicas exigidas por cualquiera de las señoras con que se haya relacionado en los ambientes en que se desenvolvía. Dicha negativa, junto con los indicios evidentes que ofrecen las demás pruebas practicadas, es suficiente, a juicio de la Audiencia Provincial, para estimar la realidad de la procreación extramatrimonial, por lo que se desestima el recurso de apelación.

Interpuesto recurso de casación por don M. B. P., el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

66. Prueba de paternidad biológica. Valor de la negativa a someterse a la misma cuando existen otras pruebas.—De acuerdo con reiterada doctrina (entre otras, SSTs de 1 y 11 de octubre de 1999, 29 de marzo, 24 de abril, 24 y 30 de mayo de 2000, 3 de noviembre y 27 de diciembre de 2001 y 17 de julio de 2002), la negativa a someterse a pruebas biológicas, aunque no tiene el valor probatorio de una *ficta confessio*, ha de considerarse como un indicio especialmente valioso, que, en unión con otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado.

Prueba de paternidad. Fiabilidad.—Son varias las sentencias en que se reitera que la fiabilidad de estas pruebas de paternidad es la pertinente, quedando recogido el fundamento científico de las mismas y sus parámetros de probabilidad en la acreditación de la paternidad (SSTs de 18 de mayo de 2000 y 2 y 16 de julio de 2004).

Prueba de paternidad biológica. Derechos fundamentales de la persona.—De acuerdo con el Tribunal Constitucional (STC de 31 de mayo de 1999), las pruebas biológicas de paternidad no vulneran el derecho a la intimidad o a la integridad física, ni pueden considerarse degradantes o contrarias a la dignidad de la persona.

Admisión de las demandas sobre filiación.—Según el Tribunal Supremo, es constante una línea jurisprudencial que afirma que la exigencia del artículo 127 CC de presentar un principio de prueba, para poder admitir la demanda sobre filiación, se cumple con que, en el contexto de la acción, exista un contenido de razonabilidad para la pretensión fáctica que se sustente, lo que luego se compulsará en modo en el proceso (STS de 1 de febrero de 2002).

Uso de la prueba de presunciones por el juzgador de instancia.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTs de 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990, 17 de julio de 1991 y 16 de julio de 2004) que el juez está autorizado, pero no obligado, a utilizar la prueba de presunciones. Por ello, cuando el juzgador de instancia no hace uso de dicha prueba para fundamentar su fallo, sino que se apoya en lo que resulta de las pruebas directas practicadas en el proceso, no queda

infringido el artículo 1253 CC, máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones (sirvan de ejemplo las SSTS de 22 de febrero, 16 de marzo y 24 de mayo de 1989).

Control en casación del uso de la prueba de presunciones.—En la prueba de presunciones es preciso un enlace preciso y directo entre el hecho base y la consecuencia que de ello se extrae. Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, esto no significa que la deducción sea unívoca, pues, de serlo, no se trataría propiamente de una presunción, sino de *facta concludentia*. Por el contrario, en las presunciones puede seguirse del hecho base distintos hechos consecuencia. Por ello, existe numerosa jurisprudencia que recoge la doctrina de que sólo puede someterse al control casacional la operación deductiva llevada a cabo excepcionalmente: cuando no se ajuste a las reglas de la lógica (entre otras muchas, SSTS de 23 de abril de 1980 y 5 de junio de 1986); es decir, si no se aplica una presunción cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera con fuerza lógica la realidad de otro.

Infracción del precepto sobre carga de la prueba.—Considera el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre otras, SSTS de 14 de noviembre de 1980, 25 de marzo de 1983, 19 de noviembre de 1988 y 15 de junio de 2004) que el artículo 1214 CC (actualmente derogado y sustituido por el artículo 217 LEC) no es una norma valorativa de prueba, por lo que sólo es susceptible de casación como infringido cuando se acusa al órgano jurisdiccional de instancia de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, invirtiendo lo que a cada parte corresponda. (STS de 1 de septiembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña L. C. L. N. trabajó durante 1970 en un consultorio médico bajo las órdenes de don C. R. S., médico de profesión. Según ella, mantuvo una única relación sexual en su vida y ésta tuvo lugar con el citado doctor. Fruto de este único encuentro sexual, nació don J. L. N., que fue inscrito en el Registro civil con los apellidos de su madre. Pese a que doña L. C. L. N. atribuyó la paternidad de su hijo a don C. R. S. ante varias personas, mantuvo en secreto la filiación frente a su hijo hasta que, al parecer, con veinticuatro años de edad, éste tomó conocimiento de la misma. A partir de ahí, don J. L. N. interpuso demanda de reclamación de la paternidad extramatrimonial contra don C. R. S. y doña L. C. L. N., solicitando que se declarara que el primero era su padre y se rectificaran los asientos correspondientes en el Registro civil.

La demanda fue estimada en primera instancia, fallo contra el que interpuso recurso de apelación don C. R. S. La Audiencia Provincial solicitó la práctica de la prueba biológica, como diligencia para mejor proveer, y, ante la negativa del recurrente a someterse a la citada prueba y ante las demás pruebas practicadas, desestimó el recurso. Planteó entonces don C. R. S. recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El artículo 127 CC quedó derogado por la LEC 1/2000, cuyo artículo 767.1 recoge también actualmente la exigencia de la presentación con la demanda de filiación de un principio de prueba. (A. M. M.)

67. Valoración judicial de la negativa a someterse a las pruebas biológicas por parte de los descendientes del padre procreante premuerto.—«La negativa a someterse a las pruebas biológicas, aunque no tiene el valor probatorio de una *ficta confessio*, sí ha de considerarse como un indicio especialmente valioso que, en unión a otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Estas pruebas no vulneran el derecho a la intimidad o a la integridad física, salvo que entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, ni pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona», si bien, en su lugar, se puntualizará la específica razón o argumento en cuanto que por la condición de premuerto del padre procreante que emerge en este pleito, dicha prueba debía haberse verificado en torno a sus directos descendientes o hijos del mismo.

Utilidad de la prueba biológica realizada a los hijos del procreante premuerto.—La constatación de la identidad en la progenie demandada, asimismo, se alcanza cuando por aquel fallecimiento, restan hijos del premuerto que, en su composición psicosomática ostentan signos acreditativos de una identidad de progenie que, en el experimento de contraste pueden y deben conducir al esclarecimiento del enigma biológico planteado, ya que, por el decurso del *ius sanguinis* esa analítica científica propende al mismo objetivo.

Otros argumentos para la compulsión de la prueba biológica sobre los descendientes del procreante premuerto.—Finalmente, cabe añadir los siguientes argumentos para la compulsión de la prueba biológica sobre los causahabientes del progenitor premuerto y su relevancia jurídica en caso de negativa:

1.º Que en el plano de la formalidad decisoria, la práctica de esa prueba responde a un principio de proporcionalidad en pos del objetivo acreditativo de progenie, sobre todo, cuando existen, en plenitud, otros elementos probatorios —primer sumando—.

2.º Que el cientifismo del ADN y su inmisión corporal, permite la obtención de los citados Predicados de Hummel.

3.º Que no es defendible una negativa de los deudos —en su bastardía de irrelevancia— porque haya premuerto el progenitor demandado, porque: a) su cualidad sucesoria no les atribuye, en puridad, defensas de la intimidad/integridad del premuerto; b) porque, en buena lid, impeditiva de conductas elusivas o de fraude, han de colaborar con la Justicia en pos del repetido objetivo (STC 7/1994, de 17 de enero, y Auto 103/1990, de 9 de marzo).

4.º Y, sobre todo, que esa negativa —si es que se sostiene su irrelevancia en el *onus* probatorio— determinaría consecuencias tan absurdas como las siguientes:

a) Que su voluntarismo de rechazo equivaldría a un cierre del principal instrumento probatorio, con lo que quedaría indefenso el actor.

b) Provocar una peor situación en estos litigios, porque, si vive el progenitor su negativa equivaldría, junto con las demás pruebas, a la imposición de la paternidad y, si fallece el mismo, la negativa de sus deudos produciría el citado cierre o imposibilidad de averiguar la verdad biológica y con ello la elusión del artículo 39 CE. (STS de 16 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandados formularon demanda de declaración de filiación no matrimonial contra la viuda y los hijos del procreante premuerto. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda

y declaró la filiación extramatrimonial de los demandantes, a pesar de haberse negado los demandados a realizar las pruebas biológicas. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por la Audiencia Provincial. En el recurso de casación, los recurrentes sostenían que los hijos del procreante premuerto no estaban en el mismo caso que éste cuando se negaban a realizar las pruebas biológicas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (L. F. R. S.)

68. Filiación no matrimonial: acción de reclamación con oposición del padre: exclusión de efectos de la filiación declarada según artículo 111 CC: motivación de la sentencia.—En el caso no se ha infringido ningún requisito formal de la sentencia, suficientemente motivada, tanto en el aspecto fáctico como jurídico, expresando las razones que han conducido a la Sala de instancia a pronunciar el fallo combatido; la Sala no ha omitido los hechos alegados por las partes como fundamento de sus pretensiones valorándolos en uso de sus privativas facultades y habida cuenta que la motivación de la sentencia no exige una exposición detallada y exhaustiva de todos los argumentos y alegaciones de las partes.

No hay indefensión de la parte condenada.—La indefensión con efectos jurídico-constitucionales y, consiguientemente la lesión de los derechos del artículo 24.1 CE, se produce si se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional de sus derechos o intereses, bien mediante la incoación del proceso correspondiente o, una vez en trámite, de realizar en el ámbito del mismo las adecuadas alegaciones y pruebas y también cuando se establecen obstáculos que dificulten gravemente las actividades mencionadas (por todas, STS de 26 de mayo de 1999); en el presente caso no se ha causado indefensión alguna al demandado-recurrente, que no ha visto impedido su derecho a formular las alegaciones que estimó pertinentes a su defensa ni de proponer y practicar las pruebas que consideró oportunas.

Prueba: negativa a prueba biológica.—El demandado, no obstante reconocer haber tenido relaciones sexuales con la demandante, apoya su pretensión absolutoria en el hecho de no haber mantenido con ella una relación seria y estable y no haber convivido con la madre entre febrero y abril de 1991, cuando la convivencia con la madre en la época de la concepción es sólo uno de los medios de prueba indirectos que establecía el derogado artículo 135 CC, sustituido por el artículo 769, párrafo 3.º, LEC 2000; no puede olvidarse, además, la oposición formulada por el demandado a la admisión de la prueba biológica propuesta por la actora cuando de todos es sabido que un resultado negativo de la misma es exacto al cien por cien.

Exclusión de la patria potestad: alcance y fundamento: interés del menor.—El artículo 111.2 CC excluye de la patria potestad del progenitor cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición; exclusión que según la STS de 2 de febrero de 1999 se impone por ministerio de la ley, y no por sentencia, y ello se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso; matizando la STS de 20 de julio de 2001 que esta liberación así impuesta sólo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a

nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundados seriamente. No cabe decir, como apunta la STS de 2 de febrero de 1999, que la solución que surge de esta interpretación legal perjudica al menor, cuyo interés debe ser siempre prevalente, puesto que la exclusión del ejercicio no equivale a privación, pues el artículo 111 CC dice que *quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*, y con el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio materno de la patria potestad queda cubierto el interés preponderante del menor; amén de que las restricciones podrán cesar, como también prevé el artículo 111. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Es de aprobar la desestimación del recurso de casación interpuesto por un padre que reconoce haber mantenido relaciones sexuales con la madre, aunque las niega al tiempo de la concepción; y en el proceso se niega a la práctica de la prueba biológica; postura procesal con buena dosis de ingenuidad. En todo caso la sentencia extractada nos enfrenta a la exégesis de ese poco simpático artículo 111 CC, perteneciente al reducido grupo de normas exclusivamente punitivas en el Código civil, cuya justificación en el caso de la sentencia penal firme pocos discuten. Escribí en la actualización de la 10.^a ed. de Castán V-2, 1995, p. 92, que la *ratio legis* de estas exclusiones podrían radicar en el elevado porcentaje de presuntos padres extramatrimoniales que tratan de eludir sus obligaciones legales (dos tercios del total según las estadísticas del momento). Habría que comprobar si esa elevada *ratio* se mantiene, o ha descendido notablemente. Es una norma claramente favorable a las madres solteras con hijos extramatrimoniales. ¿Sigue estando justificada una norma de tan acusado tenor sancionatorio? Por otra parte las penas del Código civil son susceptibles de amplia remisión por el particular (así, en el caso, la madre pide, y logra, que los apellidos del padre consten en la inscripción registral). Parece claro que esa oposición prevista en el supuesto 2.º ha de compaginarse con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, a favor del progenitor demandado, que se concreta en el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundados seriamente, como recoge la STS de 20 de julio de 2001, aquí reproducida, que no podrán identificarse exclusivamente con el allanamiento ni la rebeldía. Recordando la conocida doctrina jurisprudencial cabrá sostener que la oposición a la demanda por parte de un demandado que colabora con el Tribunal para averiguar la verdad biológica no podrá ser sancionada. Quedan sin resolver otros temas: ¿perderá el excluido el derecho de visita respecto del menor a cuya paternidad se ha opuesto? Opina negativamente Rivero Hernández, en Com. Ministerio Justicia, I, p. 436. (G. G. C.)

69. Patria potestad: filiación no matrimonial: privación por incumplimiento de los deberes paternos: doctrina general.—El artículo 170 CC vincula al incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad la privación total o parcial de la misma, respecto del padre o madre incumplidor. Pero dicha privación no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del

menor (STS de 31 de diciembre de 1996); si bien este carácter discrecional de la medida que reduce el ámbito del control casacional de su aplicación por los Tribunales de instancia (SSTS de 11 de octubre de 1991, 20 de enero de 1993 y 5 de marzo de 1998), no es, sin embargo, absoluto ya que la norma establece unos límites que la decisión ha de respetar; de un lado, ha de adoptarse en beneficio de los hijos, en cumplimiento del artículo 39.2 CE que asumen los artículos 154 y 170.2 CC, en cuanto exigen un ejercicio de la patria potestad en interés de los hijos, y condicionan su recuperación al beneficio de ellos; de otro, la privación total o parcial no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persistencia de la causa que la motivó. Así se justifican las decisiones adoptadas por SSTS de 5 de marzo de 1988 (privación a instancia de la madre) y 23 de febrero de 1999 (padre que abandona a la hija durante dos años de enfermedad de la madre que culminó con su fallecimiento y obligó a que la hija fuera acogida por los tíos), determinada por el interés del menor, valorado en cada caso, a la luz de las circunstancias concurrentes.

Derecho de visita del padre, condicionado al cumplimiento de un programa de seguimiento psicológico.—El derecho de los padres que no ejercen la patria potestad a relacionarse con sus hijos menores está regulado por el artículo 160 CC. El artículo 93 de la Convención sobre los derechos del Niño de 1989, establece que los Estados-partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. La STS de 17 de septiembre de 1996 recuerda que el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al Juzgador de modo que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que sea manipulado y buscando su formación integral y su integración familiar y social. La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento sobre el régimen de visitas contenido en la del Juzgado de Primera Instancia; esta última, tras declarar el derecho del padre, remitió la determinación de las circunstancias integrantes a la fase de ejecución, una vez que un equipo de psicólogos llevara a cabo un programa de seguimiento, en el marco del cual estaba previsto precisar los tiempos y las demás circunstancias del régimen. No cabe apreciar que la Audiencia Provincial infringiera la regla que le imponía procurar el beneficio del menor al establecer el régimen de visitas, tanto más si, como pone de relieve el Fiscal, la recurrente no señala circunstancia alguna de entidad bastante para eliminar lo acordado en primera instancia.

Audiencia del menor que no ha cumplido doce años.—Aunque el artículo 160 CC no lo dice expresamente, la necesidad de oír al menor con anterioridad a la decisión judicial resulta del artículo 9 de la Ley de 1996, de protección jurídica del menor, y figura en el artículo 159; en el presente caso el hijo común no había alcanzado los doce años en el momento en que hubiera correspondido hacerlo ni hay constancia de que su suficiencia de juicio lo exigiera, y, por lo demás, el régimen de visitas ha de concretarse en fase de ejecución de sentencia. (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Aunque los datos fácticos de la sentencia prescinden de los pormenores, parece que una pareja de hecho tiene una hija nacida el 7 de febrero de 1988, y que se separan quedando ésta al cuidado de

la madre sin que el padre contribuyera al sostenimiento de aquélla. En 1997 este último obtiene sentencia favorable reconociéndosele un derecho de visita, condicionado al cumplimiento de un programa de seguimiento dirigido por un Equipo de Asesoramiento Técnico de la Generalidad de Cataluña; simultáneamente la sentencia desestima la petición de la madre de que se prive de la patria potestad al otro progenitor por incumplimiento de sus deberes durante varios años. La Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y el Tribunal Supremo, en bien argumentada sentencia (Pte.: Ferrándiz Gabriel), rechaza el recurso de la madre. Mientras tanto la menor ha alcanzado ya los dieciséis años.

Entra dentro de lo normal que al cumplir el hijo común nueve años de edad, el padre tratara de enmendar su anterior conducta y deseara empezar a cumplir sus deberes paternos; y la autenticidad de su propósito se manifiesta claramente en el hecho de pedir al Juez que fije a su cargo una pensión de alimentos. También resulta comprensible que la madre se opusiera y que contraatacara solicitando la privación de los derechos paternos debido a lo dilatado del incumplimiento de los deberes que recaen obre el otro progenitor. Lo que parece increíble es que unas decisiones judiciales tan bien y bellamente argumentadas alcancen firmeza cuando la menor está a punto de llegar a la mayoría, habiendo crecido ciertamente bajo la exclusiva influencia (¿manipuladora?) de la madre, que los Jueces deben evitar para cumplir el deber constitucional de la *protección integral* del menor, según artículo 39.2 CE (STS de 17 de julio de 1997 *dixit*). (G. G. C.)

70. Patria potestad: privación a instancia de Diputación: interés de la menor dada en acogimiento preadoptivo.—La jurisprudencia de esta Sala concibe a la patria potestad en beneficio de los hijos, y resulta de la prueba practicada que el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma. El interés superior del menor es el bien jurídico protegido en esta materia, tal como se deriva de la Convención de 1989 y de la Ley de Protección del Menor de 1996, y acreditado aquél en autos, no puede ser objeto del recurso de casación. (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Al parecer los cinco hijos de un matrimonio están tutelados por la Diputación de V. y la menor de ellos está dada en acogimiento preadoptivo, solicitando aquélla que se prive de la patria potestad sobre la misma a sus padres. La demanda se acoge por el Juzgado de Primera Instancia y recurrida por los padres, se rechaza la apelación, desestimándose igualmente la casación. No son muchos los datos fácticos que fundamentan la privación, pero los que se alegan por los padres al oponerse hacen surgir algunas dudas. El Ayuntamiento donde reside la familia ha acordado derribar la vivienda que habitan (lo que hace presumir su falta de condiciones de habitabilidad), ofreciéndoles una vivienda de protección; alegan los padres que ante la demolición inminente de la vivienda no han

procedido a su reparación por habérseles prohibido toda obra. Razonan que no hay incumplimiento de deberes paternos en tales circunstancias. La intervención administrativa respecto de los cinco hijos del matrimonio hacen presumir alguna conducta habitual de los padres que justificara aquélla, pero la jurisdicción civil es la última garantía de los derechos de los padres y no mera ratificadora de la actuación administrativa. Alegar que el interés de la menor acogida por una familia cuyos requisitos controla la Diputación aconseja que siga con esta familia al comparar con las condiciones de la vivienda amenazada de ruina en que vive su familia biológica es una simplista valoración de aquél que inquieta al comentarista (el dualismo familia-rica, familia-pobre enturbia el esquema legal). Cfr. el comentario de otras sentencias en la materia, de Isabel de la Iglesia Monje, en *RCDI*, 2005, pp. 1433-1439. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

71. Sustitución vulgar. Concepto. Finalidad.—La sustitución vulgar consiste en una disposición testamentaria por la que el testador nombra a un segundo o ulterior heredero o legatario, en previsión de que el anterior heredero instituido o legatario llamado no llegue a serlo efectivamente por no poder o no querer. Mediante esta figura jurídica se concede al testador el medio de lograr que le suceda un heredero de su libre elección, con preferencia a los posibles titulares del derecho de acrecer y al heredero determinado por la ley en orden de la sucesión intestada.

Sustitución dispuesta sin expresión de casos. Repudiación de herencia por los herederos instituidos y por sus descendientes en primer grado.—La sustitución dispuesta sin expresión de casos, expresada en el artículo 774.II CC, comprende todas las ocasiones en que el heredero no llegue a serlo, tanto si no quiere, como si no puede; de esta forma, cabe que el llamado no sea heredero por no quererlo (repudiación) o por carecer de aptitud para serlo (premorienza, indignidad para suceder, no nacimiento de un concebido, nulidad de la institución, incumplimiento de la condición suspensiva impuesta al primer llamado o su fallecimiento antes de cumplirse, ausencia declarada al tiempo de la acción, etc.). Así las cosas, la renuncia de los instituidos determinará la sustitución a favor de sus descendientes. Solamente en el caso de que no existan sustitutos vulgares podrá entrar en juego el derecho de acrecer y, subsidiariamente, se procederá a la apertura de la sucesión intestada. (STS de 22 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña I. T. T. R. otorga testamento en el que dispone que los dos herederos universales instituidos en el mismo serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes. Posteriormente, la herencia es repudiada tanto por los dos herederos como por los descendientes en primer grado de éstos. Instada declaración de herederos abintestato, don B. T. I. (hermano de doble vínculo de la causante) es declarado su heredero, sin perjuicio del usufructo vitalicio de la herencia a favor de doña A. F. B. Esta última promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre revocación de Auto de declaración de herederos abin-

testato. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia estima el recurso interpuesto y declara la revocación de la declaración de herederos abintestato de doña I. T. T. R. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. C. C. M.*)

72. Partición de herencia. Operaciones particionales realizadas por los herederos. Reglas aplicables.—Se rigen por las de las obligaciones y contratos. Deben, por ello, concurrir todos los herederos designados, para mostrar su voluntad y dar su consentimiento, libremente emitido, a las mismas.

Preterición de heredero. Derechos del preterido.—Son los correspondientes a la legítima estricta, de modo que los actos de los demás herederos no pueden perjudicarla.

Rescisión de las operaciones particionales.—Su declaración por el Tribunal exige el reconocimiento de haber actuado los herederos con mala fe o dolo. (**STS de 6 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El causante, casado y con tres hijos matrimoniales, instituye a éstos como herederos legítimos por terceras e iguales partes, legando a su esposa el usufructo vitalicio sobre todos los bienes de la herencia.

Los herederos realizan las operaciones particionales, que protocolizan en escritura notarial, haciendo constar que no ajustan la partición a lo acordado en el testamento, por los desfases que se producirían al haberse vendido en vida del testador algunos de los bienes comprendidos en ella, y asignan a los bienes repartidos un determinado valor.

La actora interpone demanda contra los herederos y la esposa del causante solicitando que se declare su condición de hija no matrimonial de este último, con todos los derechos que ello comporta en el ámbito familiar y sucesorio.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia estiman la demanda, diferenciándose los dos fallos únicamente en la cantidad a percibir por la actora en concepto de legítima.

Parece significativo señalar que, aunque la actora, hija extramatrimonial del fallecido, compartió con éste y con sus hijos su condición de hecho de tal, no fue reconocida como hija hasta que lo solicitó legalmente en el mismo proceso del que trae causa la sentencia que extractamos. El Tribunal Supremo observa que, por esta razón, en el momento en que se llevó a cabo la partición de la herencia, la actora no reunía la condición de heredera, no pudiendo, así, intervenir en dicha operación. (*B. F. G.*)

DERECHO MERCANTIL

73. Competencia desleal. Consumidor. Concepto: definición legal: necesidad de adecuarla a la especialidad del caso.—La definición legal de «consumidor» protegible, en general, conforme al artículo 1.3 LGCU, es la de

ser los mismos «aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, actividades o funciones como destinatarios finales de los mismos», hay que adecuar tal definición a la especialidad de que aquí se trata, es decir, a quién va destinado finalmente el producto vendido o servido en instalaciones sanitarias de colectividades, para las que se diseña un modelo de duración prolongada, a pesar del mal uso y de ser el mismo múltiple (intensidad y variado elenco de usuarios: escuelas, hospitales, grandes residencias, etc.), pues depende de las cualidades definitorias que afecten a los mismos, bien se trate de auténticos especialistas o de un público indefinido (caso de viviendas individuales y similares).

Competencia desleal. Consumidor: determinación.—En un caso de colectividades, no debería considerarse «consumidor» al último adquirente de los inmuebles, sino al promotor o constructor, pues parece que tal tesis debería fundarse en la variabilidad que se suele producir en las calidades de estos elementos, en relación al producto final y respecto a los costes finales, puesto que la elección puede ser que quede constreñida a dicho constructor o promotor, que vende el inmueble o entrega la obra como un todo, sin que tenga especial incidencia en ella un elemento como el aquí fabricado, dentro de una posible relación de fabricados similares, en los que no se precisa, de cara al adquirente, de una calidad muy concreta, como pudiera ocurrir, por el contrario, en los casos de viviendas (sin perjuicio de que sí la tendría en los supuestos de auténticas diferencias de calidades, que estuvieran en relación con sus prestaciones).

Competencia desleal. Consumidor. Especialista en la materia: efectos.—El «consumidor» último en estos casos, es el que debe prestar atención a una calidad general ajustada a la venta que se hace, y respecto al producto total, puede ser, y así parece, un especialista en la materia, que no tiene por qué hacer la elección en relación a la propaganda ofrecida sino a la marca en la que confía, pues conoce perfectamente las distintas prestaciones de entre las ofrecidas en el mercado, y por ello, no le debería afectar la posibilidad de asociación como confusión que se produzca, en el sentido de la que el público consumidor pueda atribuir a esas diversas prestaciones. (STS de 6 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Presto Iberica, S. A.* interpuso demanda contra *Industrias Montserrat, S. A.* sobre competencia desleal, publicidad ilícita e indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de la fabricación de unos grifos temporizados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 60 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió estimar el recurso planteado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

74. Propiedad industrial. Patentes. Requisito de novedad: concepto y precisión jurisprudencial.—La novedad, en el Estatuto de la Propiedad Industrial, es un concepto relativo, en cuanto basta un avance de creación industrial, no alcanzado con anterioridad y que tenga suficiente trascendencia para reputarse sustancial (SS de esta Sala de 3 de marzo y 11 de septiembre de 1986, entre otras), concepto que, en cierto modo puede asimilarse al contenido en el artículo 8.1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, en cuanto establece que

«considera que una invención implica una actividad inventiva si aquella no resulta del estado de la técnica, de una manera evidente para un experto en la materia»; y la de 29 de enero de 1988 establece que «como proclaman las SS de esta Sala, entre otras, de 29 de noviembre de 1958, 25 de enero de 1959, 11 octubre de 1960 y 3 de diciembre de 1966, a efectos de posibilidad de patente industrial, el legislador atiende más que al resultado o producto, al procedimiento para obtenerlos, al estimar al respecto las modificaciones de aquél con el fin de obtener lo que con amplio criterio ha de calificarse de «algunas ventajas sobre lo ya conocido» y sin que la apreciación de novedad requiera que lo sea en la integridad del objeto de la patente, sino simplemente que sea significativamente revelador de modificación de condiciones esenciales de un procedimiento anterior con las finalidades antes indicadas de obtener algunas ventajas sobre lo ya conocido, ponderadamente apreciado, con base en los diversos medios probatorios aportados al debate en cuestión, por el Tribunal que dictó la sentencia a que se contrae este recurso», criterios que se reiteran en la S de 20 de abril de 1989, según la cual «como de manera reiterada viene declarando nuestra jurisprudencia en materia de propiedad industrial, cualquiera que sea el criterio que se mantenga sobre el fundamento del derecho de patente, manifiesto es, que, por esencia, se asienta en la realidad indudable de una actividad creadora o, cuando menos, divulgadora de lo no conocido y rebatida, como tal, de una característica positiva, pues si bien el artículo 46 del Estatuto no requiere la completa novedad para hacerla patentable, es menester que la perfección del procedimiento técnico ya conocido signifique una mejora importante y no secundaria y de detalle.

Propiedad industrial. Patentes. Requisito de novedad: cuestión de hecho.—La declaración de novedad es cuestión fáctica, cuya apreciación corresponde a los órganos de instancia; en parecidos términos se pronuncia la Sentencia de 8 de julio de 1991, insistiendo las de 18 de noviembre de 1991, 11 de noviembre de 1996, entre otras. (STS de 18 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Material Auxiliar de Juego, S. A.* interpuso demanda contra *Valenciana de Productos Eléctricos, S. A. e Interpretel, S. A.* solicitando cesen en todos los actos que lesionan y violan los derechos de exclusiva derivados de la patente de invención; absteniéndose de fabricar, ofrecer, introducir en el mercado, utilizar o poseer los comprobadores automáticos de cartones que se intenta comercializar con el nombre de «Quick-Bingo» o bajo cualquier otra denominación. Se condene a las demandadas, con carácter solidario, a abonar a la actora la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Además, se decrete el embargo de los comprobadores automáticos producidos violando el derecho de patente y de los medios destinados exclusivamente a tal producción, para su atribución en propiedad a la actora. Todo ello con la publicación de la sentencia, a costa de los demandados en dos periódicos de ámbito nacional y en dos de ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana, y la notificación de la misma a costa de los demandados, a todas las salas de bingo de la Comunidad Valenciana. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió desestimar el recurso planteado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

75. Contrato de agencia. Indemnización por clientela: interrupción de la prescripción.—No puede considerarse interrumpida la prescripción para reclamar la indemnización por clientela derivada del contrato de agencia, por la reclamación hecha por el recurrente ante el Juzgado de lo Social cuando en ella no se ejercitó acción alguna tendente a conseguir indemnización por clientela ni por daños y perjuicios derivados del preaviso, por lo que aquella demanda carece de eficacia para interrumpir el plazo prescriptivo.

Contrato de agencia. Obligación de garantía: concepto y admisión de pacto tácito (régimen del art. 272 CCO).—La más solvente doctrina mercantilista entendió que la asunción por el comisionista de la obligación de garantía de responder del cumplimiento por el tercero de sus obligaciones derivadas de la venta, de acuerdo con el artículo 272 del CCO, bajo cuya vigencia se estipuló el contrato litigioso, tal asunción, podría nacer de un pacto expreso o tácitamente bajo la forma de un sobreprecio.

Contrato de agencia. Obligación de garantía: irretroactividad de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de contrato de agencia.—No obstante el contenido de la DT de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, su eficacia no puede extenderse a imponer el requisito de la mención expresa de la comisión a percibir que establece su artículo 19 a contratos concertados bajo la vigencia y aplicación del Código de Comercio, cuyo artículo 272 fue interpretado por la doctrina en el sentido antes dicho. (STS de 21 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. F. B interpuso demanda contra la entidad mercantil *Jotún Ibérica, S. A.* solicitando se declarase que la resolución unilateral por la demandada del contrato de agencia que les unía, lo ha sido sin justa causa y se condene a la misma al pago al actor de las comisiones devengadas y no abonadas por la demandada; por deducción indebida de impagados, y a una cantidad a fijar en sentencia o la que se determine en ejecución de la misma por los conceptos de falta de preaviso e indemnización por clientela derivados de la resolución unilateral del contrato de agencia por tiempo indefinido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao dictó sentencia estimando parcialmente la demanda declarando que la resolución unilateral del contrato de agencia lo ha sido sin justa causa, condenando a *Jotún Ibérica, S. A.* a pagar al actor la suma reclamada por deducción indebida de impagados, declarando la nulidad del párrafo 2.º del pacto octavo del contrato. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya resolvió desestimar el recurso planteado por Don A. F. B., y estimar parcialmente el interpuesto por *Jotún Ibérica, S. A.* en el sentido de excluir por improcedente la declaración de nulidad del párrafo segundo del pacto octavo del contrato. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

76. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: supuestos excluidos.—Cuando la mora del asegurador esté fundada en una causa justificada, como acontece si no están determinadas las causas del siniestro (determinación necesaria para saber si está o no comprendido dentro de la cobertura del asegurador), si se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador, si determinadas las

causas del siniestro (por ejemplo, que el incendio ha sido provocado), surgen claras sospechas de que puede haber sido ocasionado por el propio asegurado etc. se está ante casos en los que no puede aplicarse la normativa de la mora del asegurador.

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: atenuación jurisprudencial.—El rígido sistema legal del artículo 20 LCS, no obstante, se ha visto moderado por los Jueces y Tribunales ante la justicia del caso concreto, bien mediante la estimación de que concurría un supuesto en el que el retraso del asegurador estaba fundado en una causa justificada o que no le fuera imputable o bien retrasando el cómputo de los intereses a la interposición de la demanda, a la fecha de la sentencia de la primera instancia o al de su firmeza. Dejando a un lado estos últimos casos, la jurisprudencia nos ofrece algunos supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios. Como es el supuesto referido a que cuando la determinación de la causa de la obligación del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la pertinencia o la realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas de un siniestro y esto es determinante de la indemnización por su cuantía, cuando exista discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización, sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro.

Contrato de seguro. Gastos del artículo 38.9 LCS y costas procesales.—A la suma indemnizatoria y al interés legal, el artículo 38.9 LCS añade: *y en todo caso, con el importe de los gastos originados al asegurado por el proceso, a cuya indemnización hará expresa condena la sentencia, cualquiera que fuera el procedimiento judicial aplicable.* La interpretación literal podría conducir a que el asegurado, tenga o no razón en su *causa petendi*, deba ser indemnizado en todos los gastos originados en relación al proceso. Frente a esta posición cabe pensar con mejor criterio que el pensamiento del legislador ha sido imponer la condena en costas procesales de acuerdo con el criterio del vencimiento objetivo, en lugar del principio tradicionalmente seguido en el momento de la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro de la temeridad. **(STS de 22 de octubre de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don V. P. M interpuso demanda contra la entidad *Sociedad Anónima Commercial Unión Vida, Seguros y Reaseguros* solicitando se condene a la demandada a satisfacer la indemnización por invalidez permanente, con el recargo por mora del 20 por 100, más los intereses legales. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Quart del Poblet dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió estimando parcialmente el recurso, en el sentido de que confirmó los pronunciamientos de la sentencia apelada, excepto en lo que concernía al pago de intereses moratorios y al de costas, que dejaba sin efecto, acordando que no procedía hacer expresa condena en costas en ninguna de las dos instancias. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

77. Responsabilidad civil por accidente de caza: acción directa contra aseguradora: lesiones en ojo de menor por disparos de balines: acto de caza: cobertura del riesgo.—Los padres del menor lesionado se diri-

gen contra el autor del disparo de una escopeta de balines, alcanzando uno de ellos el ojo derecho de aquél, causándole lesiones y restándole secuela, y también contra la aseguradora ejercitando la acción directa. En la póliza se describe la cobertura del riesgo asegurado en los siguientes términos. *Responsabilidad del asegurado en su cualidad de cazador por daños causados con ocasión del ejercicio legal y reglamentario de la caza, tanto menor como mayor, y demás actividades cinegéticas.* Como las sentencias de instancia declaran probado que la lesión fue causada al menor por el codemandado y que ésta se produjo en la *actividad de la caza*, el hecho dañoso queda cubierto por la mencionada cláusula. Ello no obsta a que la cláusula segunda aluda a los accidentes causados por la *utilización de armas de fuego*, calificación que, sin duda, no puede aplicarse a una escopeta de balines, aunque ello resulta irrelevante en el caso. (STS de 21 de septiembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar (Pte.: O'Callaghan Muñoz) ya que, por ejemplo, una batida autorizada contra alimañas quedaría cubierta por la póliza aunque las lesiones se produjeran al manejar cepos. (G. G. C.)

78. Culpa extracontractual: almacenamiento exterior de materias fácilmente inflamables: póliza aseguradora del riesgo de incendio con relación a tal actividad: daños por autocombustión espontánea.—El día de autos se declaró un incendio en un callejón adyacente a la nave industrial en que desempeña su actividad la empresa asegurada dedicada a la fabricación de espuma de poliuretano; dicho incendio se originó por la autocombustión espontánea de varios bloques de gomaespuma colocados para su secado en dicho lugar, lo que unido al fuerte viento determinó la rápida extensión del incendio a naves colindantes situadas al final de aquél, propiedad de otra empresa perjudicada; ambas empresas aludidas son personas jurídicas distintas si bien sus dueños se encuentran unidos por vínculos familiares y comerciales; al tiempo de producirse el incendio estaban en vigor pólizas de seguro de incendio concertadas individualmente por cada una de las empresas con la misma aseguradora, habiendo abonado ésta un total de casi 107 millones y medio de pesetas ejercitándose acción de regreso contra la empresa propietaria de los bloques de gomaespuma descontando el capital asegurado en su póliza. La demanda estimada por el Juzgado de Primera Instancia fue revocada en apelación, cuya sentencia adicionó como hechos probados que la actividad desarrollada por la demandada era la normal, sin que se desviara del proceso de fabricación que habitualmente seguía; se preveía expresamente en el contrato de seguro y en el de la empresa colindante, estimando la aseguradora que era adecuado dicha forma de secado así como las medidas de seguridad existentes en el recinto; el día del incendio se levantó un fuerte viento según certificado del Servicio de Meteorología, que vino a ser la causa del incendio y de sus grandes dimensiones; los vigilantes del depósito detectaron inmediatamente el incendio y acudieron a sofocarlo con extintores, y al no lograrlo avisaron a los bomberos; todo ello demuestra que la combustión de esa materia estaba contemplada en la póliza como riesgo normal no sólo para la empresa sino para la aseguradora. En el presente pleito esta última aparece como perjudicada, no siendo un tercero ajeno a la actividad del causante del daño, sino precisamente la aseguradora consciente del riesgo, y que en la

relación contractual exigió determinadas medidas de seguridad que la asegurada ha cumplido; por ello no es posible desligarse de esa situación consentida y tolerada a unos efectos, para colocarse en un plano de total distanciamiento de esa realidad, como un tercero extraño que no se es.

Regreso de la aseguradora que pagó a terceros perjudicados por la diferencia sobre el capital concertado: inaplicación de la doctrina sobre la teoría del riesgo, inversión de la carga de la prueba, agotamiento de la diligencia en evitación de daños y presunción de culpa.—La aseguradora ejercita la acción de regreso subrogándose en los terceros perjudicados por haberles abonado sumas elevadas en virtud de la segunda póliza contra la empresa que inicialmente considera responsable del incendio, amparándose en el artículo 43.1 LCS que autoriza la subrogación de la aseguradora, tras pagar a los damnificados, en cuanto exista un culpable por el que haya pagado a éstos. Tal subrogación está bien hecha siendo así posible que el asegurado en la primera póliza aparezca como tercero en cuanto agente al que puede imputársele la causación del daño, pero de ahí no deriva sin más que dicho asegurado sea culpable, ya que tal posible culpabilidad hay que demostrarla, sin que, en principio, sea posible mantenerla como responsabilidad objetiva. De la prueba practicada resulta que ambas partes conocían que la actividad industrial de la asegurada era peligrosa y excepcional, pero se trataba contractualmente como normal, poniendo de acuerdo los medios adecuados para evitar la producción del evento, sin que pueda aplicarse la objetivación de la culpa ni tampoco la inversión de la carga de la prueba es aplicable por existir prueba de la diligencia de la empresa, ni siquiera el agotamiento de la diligencia pues no se indica qué clase de medidas debían adoptarse, salvo la de estar los operarios vigilando permanentemente el depósito exterior de poliuretano, lo que parece de imposible realización. (STS de 14 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Importante sentencia no sólo por la cuantía elevada de las sumas reclamadas sino por la complejidad y rareza del supuesto que, a mi juicio acertadamente, ha clarificado la sentencia extractada (Pte.: Ruiz de la Cuesta Cascajares). Una compañía de seguros contrata pólizas con dos empresas, colindantes en su situación, dedicadas a la fabricación de gomaespuma, materia que se somete a un proceso de secado al exterior, con riesgo frecuente de autocombustión. Las pólizas reconocen aquella circunstancia y sujetan a las aseguradas a determinadas medidas de seguridad, que aquéllas cumplen, no obstante lo cual se origina en el exterior de una de ellas un incendio por autocombustión, favorecido por el fuerte viento, causándose daños ligeramente superiores a tres millones en una de ellas y excedentes los cincuenta y cuatro millones en la colindante, que son abonadas por la aseguradora. La demanda se basa en una sutil distinción entre «persona asegurada» y «tercero causante del daño» atribuyendo con esta última cualidad a la misma persona la doctrina jurisprudencial en materia extracontractual que últimamente ha ido elaborando la Sala 1.^a Tribunal Supremo pero que se rechaza en el caso. Me parece acertada la argumentación empleada para desestimar el recurso. (G. G. C.)

79. Contrato de seguro sobre robo de cajas de seguridad. Cláusula «a primer riesgo»: interpretación.—El contrato de seguro sobre robo de cajas de seguridad lo es «a primer riesgo», en base a ello, la aseguradora sólo

responde, en caso de siniestro, hasta el límite de la suma asegurada por caja, aunque en el momento del siniestro hubiera bienes por valor superior. En la aplicación de dicha cláusula, y ateniéndonos a la modalidad del seguro acordado, «a primer riesgo», el mismo se caracteriza, según la jurisprudencia, entre otras, de la S de 22 de julio de 1991, «por la existencia de una pluralidad de intereses asegurados en un solo seguro, en el que se establece una suma asegurada que trata de cubrir el valor más elevado», con lo que procede conceder la cantidad máxima asegurada, sin precisarse de exigir la valoración del contenido, de imposible o muy difícil prueba.

Contrato de seguro sobre robo de cajas de seguridad. Cláusula de exclusión de las pérdidas de monedas, dinero o billetes de curso legal.—Esta cláusula, en principio prohibitiva, no tiene un carácter limitativo del objeto asegurado por expresa voluntad de las partes, en un contrato usual, pues la práctica y el uso o costumbre (corrección de las «ambigüedades», si éstas existieran, que no lo están, del art. 1287 CC) hacen tener por no depositable el dinero en estas Cajas (para ello, y por su carácter eminentemente fungible, basta para su depósito con la existencia de cuentas corrientes o de ahorro con la entidad de que se trate), con lo que no se trata de una propia limitación o exclusión que deba ser autorizada, sino de una cláusula usual, que delimita el verdadero contenido del objeto del contrato. (STS de 19 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. L. P. interpuso demanda contra la entidad aseguradora *Aurora Polar de Seguros y Reaseguros, S. A.* a consecuencia de la contratación de una caja fuerte por el actor, produciéndose con posterioridad un robo en la entidad bancaria, en el que se abrieron múltiples cajas de seguridad y se llevaron el contenido de las mismas, entre ellas, la alquilada por el actor. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

80. Contrato de transporte marítimo de mercancías. Regulación normativa.—En nuestro ordenamiento, existe un doble régimen de regulación normativa del contrato de transporte marítimo de mercancías. Por un lado, está el Código civil, por otro la que controla el transporte marítimo internacional y que se rige por la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, que introdujo las reglas contenidas en el Comercio de Bruselas el 25 de agosto de 1924, y cuyo régimen legal se ha modificado en virtud de los protocolos de 23 de febrero de 1968, que contiene las denominadas «Reglas de Visby» y de 21 de diciembre de 1979, que han supuesto una ampliación del ámbito de la Ley de 1949, posibilitando, entre otras cosas, que el contrato se rija por las normas del Convenio de Bruselas cuando así figure pactado en el conocimiento de embarque, tras la modificación del artículo 10 aprobado por el referido protocolo de 1968. Tal estipulación, conocida como cláusula de categoría suprema o «cláusula Paramount», ha sido explícitamente admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así SSTs de 21 de junio de 1980, 30 de mayo de 1984, 14 de mayo de 1992 y 18 de junio de 1996). (STS de 17 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La aseguradora *Hércules Hispano, S. A.* interpuso demanda contra la entidad mercantil *Sea Land Services Inc.* solicitando se declare a la demandada responsable de daños al cargamento de *Pescafina, S. A.* cuyo transporte y custodia tenía encomendado. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Algeciras dictó sentencia desestimando la demanda por falta del presupuesto previo de la protesta en plazo para el ejercicio de la acción. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz resolvió desestimando parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

81. Contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Convenio de Ginebra: aplicación.—El Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 de contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), ratificado por España por instrumento de 12 de septiembre de 1973 y publicado en el BOE de 7 de mayo de 1974, forma parte del ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.5 CC. Su artículo 1 dispone: *El presente Convenio se aplicará a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, siempre que el lugar de la toma de carga de la mercancía y el lugar previsto estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, independientemente del domicilio y nacionalidad de las partes del contrato.*

Contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Convenio de Ginebra: responsabilidad del transportista por pérdida o avería.—Con arreglo a lo establecido en el artículo 17.1, *el transportista es responsable de la pérdida total o parcial o de las averías que se produzcan entre el momento de recepción de la mercancía y el de la entrega, así como del retraso en la entrega;* cuya exoneración, es contemplada en el artículo 17.2: *el transportista está exonerado de esta responsabilidad si la pérdida, avería o retraso ha sido ocasionado por culpa del que tiene derecho sobre la mercancía o por una instrucción de éste no derivada de una acción culposa del transportista, por vicio propio de la mercancía o por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir.*

Contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Convenio de Ginebra. Artículo 23.4: exclusión de los daños y perjuicios: alcance.—El artículo 23.4 del Convenio de Ginebra señala que *serán además reembolsados el precio del transporte, los derechos de la Aduana y demás gastos incurridos con ocasión del transporte de la mercancía, en su totalidad en caso de pérdida total y a prorrata en caso de pérdida parcial; no así los daños y perjuicios.* Al respecto, la norma excluye los daños y perjuicios, pero no así el precio del transporte que se contempla explícitamente como indemnizable y el precio del seguro que debe encuadrarse dentro de los demás gastos que asimismo prevé. (**STS de 25 de octubre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Lipedan, S. L.* interpuso demanda contra la entidad *Kühne & Nagel, S. A.* solicitando se condene a la demandada a satisfacer el importe correspondiente al valor de la mercancía extraviada, el transporte abonado y no realizado, y la póliza de seguro suscrita para dicho transporte, asimismo al abono de los intereses legales de dicha cantidad y a las costas causadas en

este juicio El Juzgado de Primera Instancia núm. 240 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

82. Competencia del orden civil para conocer de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración.—Afirma el Tribunal Supremo la competencia de la jurisdicción civil para conocer de una reclamación de responsabilidad dirigida contra un particular y, solidariamente, contra la Administración, cuando la demanda se planteó en el año 1993. Esto es así porque, en tal momento, no se había producido aún la reforma del artículo 9.4 LOPJ, a partir del cual la competencia para conocer de tales casos se atribuye al orden contencioso-administrativo. Por ello, ha de aplicarse la doctrina jurisdiccional anterior a la reforma (entre otras, SSTS de 7 de marzo, 23 de octubre y 18 de diciembre de 2000, 17 de enero y 26 de marzo de 2001, 7 de marzo y 21 de octubre de 2002 y 20 de febrero y 29 y 30 de abril de 2003) y ha de reconocerse la competencia del orden civil (entre otras razones, por las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica e, incluso, de la tutela judicial efectiva, puesto que, en el momento en que se planteó la demanda, predominaba la doctrina de la *vis attractiva* de la jurisdicción civil). Tal solución no queda contradicha por el hecho de que se haya absuelto en ambas instancias al particular codemandado, cuando existía una apariencia razonable de responsabilidad por parte del mismo que justificaba, *a priori* dirigir contra él la demanda. (**STS de 22 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En abril de 1987, don J. V. F., que se encontraba realizando unas reparaciones en la vivienda donde pasaba sus vacaciones, se cayó del andamio al que se había subido y se fracturó la pierna izquierda. Fue ingresado en el Hospital Militar de Sevilla, donde fue sometido a diversas intervenciones quirúrgicas a cargo de un cirujano del centro hospitalario. A consecuencia de las mismas, sufrió una infección que derivó en la necesidad de que se le amputase el tercio inferior de la pierna lesionada.

Ante tales hechos, en 1993, don J. V. F. interpuso ante la jurisdicción civil demanda de responsabilidad contra el Hospital Militar de Sevilla y contra el cirujano que intervino en las operaciones. En contestación a la demanda, el Abogado del Estado alegó la excepción de incompetencia de jurisdicción, pues consideraba competente a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la demanda, relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, resultando condenado únicamente el Hospital Militar de Sevilla. Se desestimó la excepción planteada por los demandados, por haberse planteado también la demanda frente a un particular. Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y rechazó la excepción de incompetencia del orden civil. Planteó a continuación el Abogado

del Estado recurso de casación, en el que se examinaba de nuevo la competencia de la jurisdicción civil para conocer del pleito. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

83. Municipalización en régimen de monopolio de los servicios funerarios. Competencia de los Municipios.—De acuerdo con la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (arts. 12.2 y 25), el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (art. 46.1) y el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen local (art. 109), los Municipios son competentes para establecer servicios funerarios en régimen de monopolio, con el fin de satisfacer las necesidades de los residentes en el término municipal respectivo. Sin embargo, para el establecimiento de este régimen de monopolio respecto de servicios funerarios que afectan a varios términos municipales, es necesario el acuerdo de todos los Ayuntamientos que ejerzan sus competencias sobre los términos municipales afectados. Por este motivo, constituye un desbordamiento de las previsiones legales en materia competencial de los municipios, que la adjudicataria del monopolio establecido por un municipio pretenda subsumir en dicho monopolio los servicios que tienen lugar fuera de los lindes del término municipal y que se lleven a cabo, además, en beneficio de personas no residentes en el mismo.

Cuestión prejudicial. Competencia del orden jurisdiccional civil para resolver sobre una cuestión propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.—Afirma la Sala 1.^a del Tribunal Supremo su competencia para conocer de una cuestión propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de necesaria resolución para responder a la cuestión principal. Se trata de una cuestión prejudicial cuya resolución compete al juzgador civil, a los solos efectos de resolver el proceso ante él planteado, ya que en el orden civil las únicas cuestiones que tienen carácter devolutivo son las de naturaleza penal (arts. 362 y 514 LEC y 10 LOPJ). (STS de 26 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1927 y en 1932, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián adoptó en pleno dos acuerdos por los que se municipalizaron, en régimen de monopolio, los servicios de pompas fúnebres y traslado y conducción de cadáveres, adjudicando los mismos a la entidad benéfica de carácter popular actualmente denominada como *Junta de Patronato de Zorroaga*. Habiéndose hecho efectiva dicha municipalización y monopolio sólo respecto del servicio de pompas fúnebres, el 10 de julio de 1981 el Pleno del citado Ayuntamiento municipalizó en régimen de monopolio el servicio de traslado y conducción de cadáveres, adjudicándosele, de nuevo, a la entidad conocida en la actualidad como *Junta de Patronato de Zorroaga*. En ambos casos, se estableció que el monopolio se extendía a los servicios que se prestaran dentro del término municipal de San Sebastián.

Pese a la existencia del mencionado monopolio, la *Funeraria Obegorzo* realizó diversos traslados de cadáveres, desde centros hospitalarios radicados en el término municipal de San Sebastián, a las localidades de residencia de los fallecidos, ubicadas a lo largo de la provincia. Llevó a cabo tales traslados de acuerdo con el encargo efectuado al efecto por los familiares de los finados. El 16

de diciembre de 1991, el Alcalde del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián emitió una resolución por la que prohibía al titular de la *Funeraria Obegozo* la prestación de los mencionados servicios dentro del término municipal de San Sebastián, por tener municipalizado tal servicio de transporte y conducción de cadáveres en régimen de monopolio.

Ante tales hechos, la *Junta de Patronato Zorroaga* interpuso demanda solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por *Funeraria Obegozo* como consecuencia de la irregular ejecución del servicio de transporte y conducción de cadáveres. La demanda fue desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, éste fue rechazado por la Audiencia Provincial. Planteó a continuación la *Junta de Patronato Zorroaga* recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (A. M. M.)

84. Motivación de las sentencias.—La motivación de las sentencias constituye, además de un deber constitucional de los jueces, un derecho de quienes intervienen en el proceso, que se encuentran protegidos por aquélla. La exigencia de motivación está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho y con el carácter vinculante que tiene la Ley para Jueces y Magistrados, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. La motivación cumple tanto la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho, como la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución por medio del sistema de recursos previsto en el ordenamiento. Según la STC 196/2003, el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad, exige que ésta contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Sin embargo, como destaca la STC 165/1999, el mencionado derecho no faculta a las partes a exigir una argumentación jurídica exhaustiva, que alcance a todos los aspectos de la cuestión que se decide; para cumplir el deber de motivar las sentencias es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en derecho de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso. Por ello, a estos efectos, resulta adecuada tanto una motivación escueta como una fundamentación por remisión. (STS de 20 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A. E. interpone demanda contra doña M. J. O. Z. y los herederos de J. R. O. Z., para que se les condene conjunta y solidariamente a abonar al demandante el resto adeudado del precio de construcción de dos viviendas. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta y condena a los demandados a que abonen al actor más de siete millones de pesetas. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto, confirmando, de esta forma, la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados. (M. C. C. M.)

85. Acción de resolución de contrato por incumplimiento. La falta de motivación de una sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial

efectiva e incurre en tal defecto la sentencia que no se pronuncia sobre el incumplimiento más importante que, según la parte demandada y apelada, justifica la resolución del contrato.—Con esos antecedentes y con la evidencia de que la Audiencia Provincial negó entidad resolutoria a los incumplimientos atribuidos a la demandante en el pago del precio convenido, pero no se refirió en la motivación de la sentencia al más importante de los afirmados en el escrito de contestación, no cabe sino estimar el primer motivo y, con él, el propio recurso.

En efecto, según declaró el Tribunal Constitucional (en la interpretación de los arts. 24 y 120.3 CE), así en la sentencia 224/2003, 15 de diciembre, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exige que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes, o, en su caso, la decisión de inadmisión de las mismas, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en Derecho. La S 213/2003, de 1 de diciembre, recordó la doctrina de dicho Tribunal sobre la doble función que cumple la exigencia constitucional de motivación, como deber constitucional de los órganos judiciales y como derecho de quienes intervienen en el proceso, pues está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE), a la vez que tiene un alcance subjetivo, al formar parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, como garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.

Ello impone que las sentencias estén motivadas, es decir, que contengan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.

Es cierto que, cual declaró la STC 165/1999, de 27 de septiembre, el deber de motivar las sentencias no faculta a las partes a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que puedan tener de la cuestión que se decide, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas las resoluciones judiciales que vengán apoyadas en argumentos que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales en que se fundamenta la decisión, es decir, su *ratio decidendi*.

En el caso que se enjuicia el defecto de motivación es manifiesto, ya que si no hay duda de que para el Tribunal de apelación los retrasos en el pago del precio aplazado, en que incurrió la compradora demandante, carecen de entidad resolutoria por la escasa duración de la situación infractora, se desconoce si la conclusión ha de ser la misma o no en cuanto al impago del millón quinientas mil pesetas, incumplimiento al que, como se dijo, se atribuyó en el escrito de contestación la condición de justificante de la resolución del vínculo contractual decidida unilateralmente por la demandada.

Ese defecto de argumentación, que no se elimina con la sola mención que sobre la obligación se hace en el FD 3.º de la sentencia recurrida y que no se puede suplir ahora con una mera integración del *factum*, sin examinar el fundamento de la oposición en él fundado, determina, en aplicación del artículo 1715.1.2.º LEC 1881 y como ha hecho esta Sala en ocasiones semejantes (SS de 16 de mayo y 21 de septiembre de 2000), a declarar la nulidad de las actuaciones, que habrán de llevarse al momento inmediatamente anterior a dictarse la sentencia recurrida, para que el Tribunal de apelación dicte otra debidamente motivada.

No procede, por tanto, entrar en el examen de los restantes motivos del recurso. (STS de 27 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Las partes en litigio habían celebrado un contrato complejo en el que se combinaban una compraventa de cosa actual —varios miles de litros de vino—, una compraventa de cosa futura —parte de varias cosechas de uva aún por recolectar— y el arrendamiento de cosas —un inmueble y aparatos para la elaboración de vino—, todo ello a cambio del pago aplazado de determinadas sumas de dinero, entre ellas una que se destinaría por la vendedora —según explicitaba el propio contrato— a adquirir una máquina necesaria para la elaboración del vino. La parte compradora-arrendataria se retrasó varias veces en los pagos, si bien el retraso fue siempre de pocos días, pero se negó a entregar la cantidad destinada a la adquisición de la máquina, ofreciendo en su lugar una máquina de segunda mano que la parte vendedora se negó a aceptar. Ante esta situación, la parte vendedora decidió resolver unilateralmente la relación contractual, alegando los previos incumplimientos de su contraparte, que interpuso demanda reclamando la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasionó la resolución unilateral del contrato, pretensión que fue desestimada por la sentencia de primera instancia y parcialmente acogida por la de apelación. Contra esta última decisión interpone la parte vendedora recurso de casación, al que el Tribunal Supremo declara haber lugar, decretando la nulidad de las actuaciones y devolviendo el rollo al órgano de instancia para que dicte nueva sentencia con suficiente motivación. (M. C. B.)