

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: 90,00 € (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: 28,00 € (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.: 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LX, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2007

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2007

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://www.060.es>

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

NIPO (BOE): 007-07-048-4
NIPO (M. de Justicia): 051-07-003-4
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

La transformación del concepto de matrimonio
en Derecho civil español tras las reformas
de julio de 2005, (Breve estudio legislativo)

LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

A la vista de las reformas del Código Civil español introducidas por las Leyes 13/2005 y 15/2005, es necesaria una nueva definición del matrimonio en nuestro Derecho Civil: la presencia del matrimonio homosexual y del divorcio por voluntad unilateral parece vaciar el matrimonio de sus rasgos definitorios esenciales, de modo que no es posible saber cuándo dos personas quieren verdaderamente casarse y cuándo no, pues no sabemos qué es exactamente querer casarse y, por tanto, cuándo se pretende simular un matrimonio. Para indagar el citado concepto se recurre a la historia de la figura. La figura jurídica del matrimonio nace cuando la ley atribuye la paternidad del hijo nacido de una mujer al varón que vive con ella: pater est quem nuptiae demonstrant. Tras recorrer los diversos regímenes del matrimonio y del divorcio acaecidos a lo largo del tiempo, se llega al presente, en el que cualquiera de los cónyuges puede extinguir el matrimonio unilateralmente (mediante sentencia judicial) y en el que es jurídicamente posible la unión matrimonial entre personas del mismo sexo. A la vista de ello, debemos considerar el matrimonio como la decisión de dos personas, del mismo o diferente sexo, de constituir una relación personal estable entre ellas.

ABSTRACT

Due to the reforms fulfilled by the Acts 13/2005 and 15/2005 in the Spanish Civil Code, it is necessary to present a new definition of marriage in Spanish Civil Law: as a result of the existence of homosexual marriage and divorce by decision of only one of the spouses, it seems that the distinctive essential features of marriage have been abolished. Therefore, nowadays it is difficult finding out when two persons want truly to get married and when they don't wish it, because we can't know what «to want to marry» exactly means and, therefore, when someone tries to simulate a marriage. In order to

inquire into this concept, we look at the history of the figure. Marriage legal figure appears when the Law imputes the fatherhood of a son to the man who lives with his mother: pater est quem nuptiae demonstrant. After the description of several regulations of marriage and divorce all through the time, we arrive to the present time, where whoever of the spouses can suppress the marriage (through judge`s sentence) and homosexual marriage becomes legally possible. As a result of this, we should define marriage as the decision of two persons, of same or of different sex, to create a steady personal relationship between them.

Es importante saber qué es el matrimonio en un determinado Ordenamiento jurídico no sólo por motivos culturales y científico-jurídicos, sino también por motivos estrictamente técnico-jurídicos, en concreto atinentes a la correcta aplicación del Derecho: la pregunta acerca de qué es hoy el matrimonio según el Código Civil español puede surgir, por ejemplo, cuando, a la vista de la interesante y curiosa Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia (*BOE* de 17 de febrero), un funcionario se ve obligado a averiguar si unas concretas personas que comparecen ante él manifestando su intención de contraer matrimonio entre sí verdaderamente quieren contraerlo o si sólo desean aparentar que lo contraen, es decir, si pretenden simularlo, por ejemplo para que una adquiera la nacionalidad de la otra, un permiso de residencia o cualquier otro efecto ajeno a la voluntad de celebrar nupcias. La Instrucción da pautas para detectar la verdad o mentira de los comparecientes (por cierto, pautas que, estudiadas por el abogado de los interesados, no evitarían el engaño y podrían facilitarlos), consistiendo el núcleo de la cuestión en que habrá simulación si los comparecientes no desean realmente casarse. Pero aquí radica lo más peliagudo del tema: ¿Qué es hoy, en Derecho español, querer casarse? ¿Cuál es el contenido de la intención de contraer matrimonio? ¿Basta, para contestar a esta pregunta, una remisión a un concepto sociológico? ¿Es, por el contrario, procedente afirmar que matrimonio será, jurídicamente, la relación jurídica compuesta por los efectos consagrados en los actuales artículos 66 y siguientes del Código Civil? Obsérvese que, ya desde la reforma introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, la impotencia sexual dejó de ser impedimento matrimonial; que, tras la reforma introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la heterosexualidad deja de ser un requisito para casarse; y que, tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, cualquiera de los cónyuges puede provocar la disolución del matrimo-

nio por voluntad unilateral; desprovisto, por tanto, el matrimonio de los ingredientes de sexualidad, de heterosexualidad y de una mínima estabilidad, ¿Qué elementos quedan para definirlo? Si un hombre declara ante el funcionario que desea contraer matrimonio con otro, que así obtendrá, por ejemplo, la nacionalidad del primero, y manifiesta simultáneamente que ninguno de ellos piensa relacionarse sexualmente con el otro y que probablemente separarán con carácter definitivo sus vidas la siguiente semana, pero que piensan observar escrupulosamente hasta entonces los artículos 66 y siguientes del Código Civil, ¿Qué razones deberá invocar el mencionado funcionario para decir al solicitante que *eso* que pretende no es matrimonio?

En otras palabras, necesitamos, como dije, saber qué es hoy jurídicamente el matrimonio. Pero, para indagar ese concepto en nuestro actual Derecho positivo, es imprescindible entender éste como la etapa final de una evolución histórica que, a grandes rasgos, debo describir. Tras hacerlo y situarnos de nuevo en el presente, intentaré sugerir algunas ideas que puedan orientarnos acerca del problema planteado. En la exposición de la mencionada evolución repetiré sucintamente en parte lo que ya expresé en dos artículos, procedentes de sendas conferencias, publicados hace ya algún tiempo: «Hacia una nueva concepción del matrimonio» (*La Ley*, 1983, pp. 1289 ss.) y «Lo que sí es y lo que no es el matrimonio» (*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XII, 1996, pp. 259 ss.), artículos cuyos pronósticos han recibido cumplimiento a través de la Ley 15/2005. Curiosamente la Ley 13/2005 se aleja de ellos y, en cierto sentido, casi se les opone. Vayamos a la raíz de la cuestión.

Al parecer, en un determinado momento de la Historia o de la Prehistoria el ser humano descubre que el embarazo de una mujer es consecuencia de haber realizado el acto sexual con un hombre. Por ello, el Ordenamiento de esa comunidad en la que tal hallazgo sucede establece un vínculo jurídico del hijo *también* con ese hombre, además del que contemplaba respecto de la madre. Dicho vínculo consiste en unos deberes recíprocos, siendo especialmente relevantes los establecidos a cargo del padre a favor del hijo. Pues bien, para facilitar y automatizar la identificación del padre, se opta por obligar a la mujer a comunicar al responsable de la comunidad o tribu el nombre del varón con el que decide convivir (o con el que el padre o la madre de la mujer deciden que ésta conviva), ahorrándose de este modo la entonces peliaguda tarea que luego se denominaría «investigación de la paternidad». A esa figura de la comunicación, al responsable del grupo, del hombre escogido se la

convirtió en una institución social nuclear y se le llamó «matrimonio»: *pater est quem nuptiae demonstrant*, decían los textos romanos. El matrimonio, instrumento para identificar organizadamente al padre y vinculado a la determinación de la filiación paterna (*mater semper nota est*), deviene asimismo instrumento estabilizador de la sociedad, en cuanto que distribuye funciones (el hombre caza, la mujer atiende al hijo, salvo en las sociedades agrícolas matriarcales) y transmite unos valores.

Dicho cometido del matrimonio se ejecuta en la Historia mediante dos fórmulas jurídicas diferentes: la que podríamos denominar el matrimonio como acto jurídico permanente y la que llamaríamos el matrimonio como acto jurídico vinculante.

Describamos el primer modelo, que viene a coincidir con el matrimonio romano, tanto *cum manu* como *sine manu*. Según la doctrina romanística hoy claramente dominante, el matrimonio en Roma, antes de la influencia del Cristianismo, no surge por el consentimiento inicial, sino que es necesario el continuo y permanente, de modo que, cuando falta la intención de ser marido y mujer (*affectio maritalis*), cesa el matrimonio. Esta concepción del matrimonio implica una concepción singular del divorcio, que, lejos de ser una ruptura de un vínculo controlada por una autoridad (por ejemplo, un juez), se nos presenta como la extinción de la relación conyugal al cesar la *affectio*; el divorcio en esta concepción no es una ruptura del vínculo sencillamente porque no existe vínculo. En la mentalidad romana anterior a la penetración del Cristianismo hay matrimonio mientras hay *affectio* en el hombre y en la mujer, mientras ambos quieren continuar casados: no se trata de que se casen el día X del año Y y de que a partir de entonces queden insertos en una relación duradera de la que sólo pueden salir en determinadas condiciones y con determinadas aprobaciones, sino que siempre están prestando consentimiento y no están cumpliendo deberes derivados de un consentimiento previo, al menos tal como se concebirán más tarde; no están *casados*, sino siempre *casándose*, sólo se mantiene el participio cuando subsiste el gerundio. Por ello sus actos, en principio, son producto de sus sentimientos y de su voluntad libre, no de su voluntad impelida por el deseo de cumplir un deber.

Frente a este modelo se ha dado el del matrimonio como acto jurídico vinculante, que he denominado «hebreo-cristiano». Según él, el matrimonio es un vínculo. La técnica empleada por los juristas y moralistas que elaboraron el modelo consiste en la descomposición del evento matrimonial en dos fases: 1.^a Creación del vínculo mediante el acuerdo, y 2.^a Cumplimiento de ese acuerdo.

La primera fase es instantánea: consiste en una declaración de voluntad de los contrayentes, sometida o no a una determinada forma, acompañada o no de relación sexual; para algunos autores, se trata de un contrato, siendo tal denominación rechazada por otros, partidarios de reservar ese nombre a los acuerdos de contenido preferentemente patrimonial o de no aplicar al matrimonio un régimen de disolución que les parece excesivamente flexible y permisivo.

La segunda fase es duradera; deriva de la anterior y consiste en una relación jurídica estable, indisoluble o sólo controladamente disoluble, en la que los cónyuges ejercitan derechos y cumplen deberes (el *débito* conyugal y otras obligaciones, en sentido amplio). Como apunté en textos anteriores utilizando imágenes, surge así el amor como acto debido, como *pago* en sentido técnico. La consecuencia es fácilmente imaginable: el matrimonio se desconecta del amor y del sexo, canalizándose éstos por vías diferentes del matrimonio, proporcionando moralistas y juristas a la Literatura su tema favorito. Obsérvese que el modelo se define por la existencia de vínculo, disoluble o indisoluble, concurriendo tanto en el caso extremo del matrimonio indisoluble canónico como en el del aparentemente opuesto del disoluble por mutuo consentimiento y por el acaecimiento de causa de divorcio, pues en todos estos supuestos un cónyuge necesita o el consentimiento del otro o la presencia de un hecho ajeno a él para evadirse de la relación conyugal, que, por estos motivos, le *vincula*.

Los autores de esta configuración del matrimonio no actuaron torpemente, sino que consiguieron los fines que pretendían; en principio, y con la salvedad, que luego se hará, relativa a profundas motivaciones teológicas del matrimonio cristiano, el modelo no protegía el amor ni la personalidad de los miembros de la familia, sino la consolidación de un control social ejercido sobre la familia, por la familia y a través de ella. En este contexto el divorcio actúa como válvula de escape para que no estalle el recipiente, acudiéndose con frecuencia a la nulidad del matrimonio como técnica para obtener un efecto divorcista si los principios del Ordenamiento de que se trate impiden la admisión del divorcio vincular.

En precedentes escritos, antes citados, he sostenido, a propósito de la fórmula en cuestión, que, si bien la estabilidad del matrimonio constituye un beneficio para la familia, si esa estabilidad se impone jurídicamente, se obtiene muchas veces un resultado que no merece el nombre de «estabilidad» ni el calificativo de «familiar». Carece de sentido obligarse a mantener un sentimiento, pues éste, en gran medida, no depende de la voluntad; o, alternativamen-

te, a mantener una relación que requiere la subsistencia de tal sentimiento, subsista o no éste: yo puedo obligarme a pagar mil euros o a reparar un televisor, pero no a amar, no permitiendo, por otra parte, la autoestima de otra persona que me comprometa a vivir con ella como si la amase aunque no la ame. No se me escapa que el lector o la lectora canosos sonreirán tiernamente al leer estas últimas palabras.

Llegados a este punto, surge la necesidad de una importante aclaración: no aludo aquí a la posibilidad de concebir el matrimonio, al modo cristiano, como medio de recibir y transmitir la Gracia y, por tanto, como una decisión de aceptación del plan divino sobre el destino de dos personas; dicha concepción es una cuestión ajena al Derecho de un Estado no confesional, siendo, por ello, improcedente imponer modelos inspirados en dicha concepción a los ciudadanos de dicho Estado. Materia, no obstante, de una reflexión ajena a ésta sería, entre otras, la vinculación que deba o no existir entre dicha concepción y la indisolubilidad cuando se permiten las segundas o ulteriores nupcias o la conveniencia (que no me atrevo a defender) de inspirarnos en algunas formulaciones católicas para elaborar modelos jurídico-civiles concurrentes con el vigente para quienes deseen acogerse a ellos. No deja de ser curioso que en la encíclica *Deus Caritas est* (apartado 17), Benedicto XVI haya afirmado, en oposición a lo antes propuesto en el presente texto, que el amor no es solamente un sentimiento. Apasionante asunto que en esta sede no puedo desarrollar.

Añado otra aclaración, cuyo contenido saldrá a colación casi inmediatamente: he formulado los dos modelos esquemáticamente, para presentarlos con la mayor claridad posible. En la Historia del Derecho se presentan con múltiples matices, si bien parece posible, a la vista de cualquier Derecho positivo atinente al tema, adscribir ese Derecho a uno o a otro.

Y vayamos precisamente a la Historia, provistos ahora de esta necesaria clarificación conceptual: podemos advertir que, desde el siglo IV después de Cristo, y más claramente desde el XVI, partiendo de modos rígidos del modelo del matrimonio vinculante (matrimonio indisoluble, salvo en caso de muerte), los diversos Ordenamientos jurídicos van pasando, a través de regímenes más suaves (divorcio por determinadas causas, generalmente «divorcio-sancción»), al umbral del otro modelo, que no se atreven a admitir explícitamente, disfrazándose, con frecuencia, el «divorcio-decisión» o disolución por voluntad unilateral de divorcio con control judicial. Veamos el caso de España. Prescindiendo del inciso de la legislación divorcista de la Segunda República, desde Felipe II

hasta 1981 el matrimonio civil es indisoluble, incluso en el brevísimo periodo de tiempo en que fue obligatorio para todos los españoles que deseaban casarse. Tras la Constitución de 1978, dos tendencias divorcistas se enfrentan a la hora de elaborar la nueva regulación: una, más «conservadora» (concretada aproximadamente en el llamado «Proyecto Caveró») y otra, más «progresista» (concretada aproximadamente en el llamado «Proyecto Fernández Ordóñez»), caracterizándose la primera por responder, a grandes rasgos, a la idea del «divorcio-sanción» y la segunda por acercarse al modelo del «divorcio-remedio» o incluso del «divorcio-ruptura». Según aquélla, el matrimonio se puede disolver, además de por muerte o declaración de fallecimiento, a instancias de un cónyuge inocente ante la concurrencia de determinadas conductas del otro; según ésta, el matrimonio debe disolverse también cuando el juez detecta la ruptura irreversible de la comunidad de vida conyugal, sin necesidad de indagar antijuridicidades ni culpabilidades, ruptura que, en la versión más extrema, puede inferirse de la misma decisión concorde de los dos cónyuges de disolver el vínculo. Obsérvese que vínculo existe en los dos modelos, pues un cónyuge no puede liberarse por sí solo de la relación. Como es sabido, se llegó, mediante el texto de 7 de julio de 1981, a una solución de transacción, pero con predominio de la segunda opción, pues cabía divorciarse, casi siempre tras previa separación, por justa causa (de la separación), o, pasado un periodo de tiempo desde la prestación del consentimiento nupcial, por acuerdo de ambos cónyuges si además ambos firmaban un convenio regulador; entre las causas de separación que conducían al divorcio había algunas que consistían en conductas antijurídicas de uno de ellos y había otras que sencillamente dificultaban la unión o impedían la convivencia, resultando un sistema divorcista híbrido entre el divorcio-sanción y el divorcio-ruptura, si bien más cercano a este último modelo, pues, por añadidura, la causa del divorcio era irrelevante a la hora de determinar los efectos, por ejemplo, de establecer o cuantificar la pensión o atribuir el cuidado de los hijos menores. La reforma constituyó un avance respecto del régimen precedente, pero, como sistema vinculante y además farragoso en su formulación y carente de coherencia, generó efectos negativos, entre ellos los dos siguientes: 1.º Si uno de los cónyuges quería separarse o divorciarse y el otro no quería y no incurría en causa de separación, el primero quedaba atrapado en el matrimonio. 2.º Si uno de los cónyuges quería separarse o divorciarse y el otro lo aceptaba o si los dos estaban de acuerdo en separarse o divorciarse, pero no lo estaban en algún punto del convenio regulador (por ejemplo, en materia económi-

ca), ya no cabía separación o divorcio por mutuo acuerdo, quedando ambos atrapados en el matrimonio si ninguno de ellos había incurrido en causa de separación, lo que movía a cada uno de ellos a invocar alguna de esas causas aunque no concurriera, generándose absurdos enfrentamientos que previamente no existían. Ante dicha situación, había jueces que aducían una causa nueva, la pérdida de *affectio maritalis*, pero, al no hallarse dicha causa incluida textualmente en el Código, otros juzgadores no la acogían, generándose una agobiante inseguridad jurídica.

La reforma introducida por la Ley de 8 de julio de 2005 altera radicalmente el régimen: a la vista de los nuevos artículos 81 y 86 del Código Civil, un solo cónyuge, desde que hayan transcurrido tres meses desde la prestación del consentimiento matrimonial (en algunos casos, sin el requisito del transcurso de dicho plazo), puede provocar la disolución del matrimonio, sin necesidad de convenio regulador (párrafo final del art. 81). Ciertamente es que la disolución se produce mediante sentencia firme (art. 89); pero, si cualquiera de los cónyuges solicita el divorcio con arreglo a la ley, el juez no puede negarse a decretarlo (art. 86). ¿Qué ha sucedido? Algo totalmente nuevo: el matrimonio deja de ser un vínculo, aunque pretenda disfrazarse, mediante la exigencia de sentencia, de ruptura controlada; se ha saltado al modelo «romano», pues basta la declaración de un cónyuge, sin alegar causa, ni conductas antijurídicas ni culpables del otro, y sin necesidad de obtener la anuencia de éste, para que el juez *tenga que* decretar la disolución. Mi pronóstico de 1983 y 1996 se ha cumplido: mirando con atención la evolución del problema, no era demasiado difícil acertar, aunque agradezca las recientes felicitaciones públicas de algunos compañeros por mi condición de profeta. *De lege ferenda* (como ya apunté en 1983), tal vez cabría, para mitigar los riesgos de una decisión precipitada, exigir, para la disolución unilateral del matrimonio, en lugar de una sola declaración de voluntad, dos declaraciones separadas por un plazo mínimo de X meses. Que la segunda declaración (como ahora la única) deba contenerse en una demanda se explica porque, mediante la sentencia y mediante el proceso, el juez regula los efectos de la disolución.

El nuevo matrimonio se nos presenta, pues, con rasgos novedosos: no existe vínculo, aunque sí los efectos jurídicos previstos en la ley, especialmente los deberes de los artículos 66 y siguientes del Código Civil, deberes no coercibles, pero tampoco jurídicamente inexistentes, aunque su incumplimiento ya no sirve para sustentar la separación o el divorcio. Los deberes en cuestión se transforman en otros si me separo o me divorcio y no cabe descartar responsabi-

lidad civil derivada de su incumplimiento, luego no podemos calificarlos de simples obligaciones morales o sociales. No es materia de este breve estudio la reflexión sobre la naturaleza de esta nueva situación jurídica y la descripción pormenorizada de estos efectos: he ahí un tema atractivo para los investigadores.

Pero no olvidemos la otra gran reforma del año 2005, la introducida por la Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Cabe compatibilizar esa novedad con el concepto de matrimonio que se infiere de la evolución anteriormente expuesta? Recordemos que, probabilísimamente, lo que llamamos matrimonio es una figura que nace históricamente con una precisa finalidad: averiguado el hecho de que el embarazo es debido a la intervención de un hombre y decidido que éste debe responsabilizarse de ello, los legisladores deciden atribuir automáticamente la paternidad del niño nacido de una mujer al varón que conviviera con ésta, ahorrándose la investigación de la paternidad que en los demás casos sería necesaria; a esa convivencia se le llamó *matrimonio*. Pues bien, si conviven establemente dos hombres, no parece que estemos ante la misma figura, pues ninguno de ellos puede quedar embarazado; y, si conviven dos mujeres, tampoco estamos ante dicha figura, pues, si una de ellas queda encinta, no podemos atribuirle la paternidad a la otra: es cierto que ésta podrá asumir ese rol u otro similar a través del régimen de la reproducción asistida o de la adopción, pero entonces nos salimos de la atribución automática de la paternidad por vía natural, pues dicha paternidad o doble maternidad será técnicamente determinada de otro modo, lo que implica que el matrimonio homosexual y el heterosexual no tienen los mismos efectos aunque la ley lo proclame textualmente (por ejemplo, en el nuevo art. 44 del Código Civil), pues esta misma ley lo desmentirá fatalmente al regular la filiación, que es la clave del problema (arts. 115 ss. del Código Civil). Los redactores de la Ley 13/2005 lo advirtieron: después de proclamar que el matrimonio tiene los mismos efectos independientemente del sexo de los contrayentes, tuvieron que reconocer lo contrario (aunque no lo dijeran expresamente) en el párrafo penúltimo de la Exposición de Motivos, cuando afirmaron que «...Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales». Exacto; luego el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque se proclame lo contrario en varios textos de la misma reforma, no tiene los mismos efectos que el otro, sencillamente

porque es imposible. Y no sólo esto: es que precisamente éstos son los efectos que *definen* el matrimonio, para ellos nació la figura; en rigor, el concepto de matrimonio *implica* la heterosexualidad. Y, como en correcta técnica jurídica, dos figuras no pueden recibir el mismo nombre si no pueden recibir idéntico régimen jurídico, sería procedente o dejar de llamar matrimonio a la unión estable de personas del mismo sexo o buscar otro nombre para designar la unión estable de personas de distinto sexo; o llamar a uno matrimonio A y al otro matrimonio B, o viceversa. No obstante, es posible que utilizar el nombre de matrimonio para la unión homosexual sea un buen instrumento para preservar la dignidad de ese colectivo, facilitando su inserción efectiva en la vida social, al no excluirle de la fórmula más representativa para canalizar la afectividad y la solidaridad dentro del ámbito privado. Pero tengan en cuenta los operadores jurídicos y los investigadores que técnicamente se trataría de una figura diversa del matrimonio heterosexual. Adviértase, no obstante, por el momento, que para definir el matrimonio en nuestro nuevo Derecho civil positivo debemos comprender en él la unión homosexual estable.

Y a ello vamos. Regresemos al principio: a la vista de nuestro Derecho positivo, ¿Cabe simular hoy un matrimonio? ¿Quiere verdaderamente casarse el compareciente del que hablábamos al comienzo de este ensayo, cuando retábamos al funcionario a que, aplicando la Instrucción de 31 de enero de 2006, invocase un argumento para sostener que lo que le proponían no era matrimonio? Pues bien, a mi juicio, el funcionario aludido debe denegar su aprobación, porque los solicitantes del ejemplo no proyectan una convivencia estable: en eso precisamente consiste la función que debe entenderse querida por los dos contrayentes, de modo que, si dicen quererla y realmente no la quieren, haya simulación. Si hay proyecto común de convivencia estable con el propósito de observancia de los deberes, antes mencionados, establecidos en el Código, hay voluntad de contraer matrimonio. Otra cosa es que luego, *sobrevenidamente*, uno o los dos esposos se arrepientan, puede ser que sólo tras una semana. Por tanto ya sabemos qué es querer casarse: la decisión de dos personas, del mismo o diferente sexo, de constituir una relación personal estable entre ellas. El matrimonio es el acto jurídico cuyo contenido es el de esa decisión.

Así queda el escenario, de momento, tras las reformas del año 2005. No me atrevo a formular, al menos en este pequeño estudio, más profecías, si bien la revisión del denominado «sistema matrimonial» podría ser un próximo evento.

La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código civil de Cataluña*

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

RESUMEN

El artículo 522-8 CCCat regula la adquisición de buena fe de los bienes muebles, constituyendo su regulación una de las novedades que aporta el Libro V del Código Civil de Cataluña. Este precepto determina que cuando el adquirente lo es a título oneroso, se convierte de forma directa e inmediata en titular del derecho en que se basa su concepto posesorio, por más que esta consecuencia no se producirá en los casos de pérdida, hurto, robo o apropiación indebida del bien mueble. En tales supuestos, el propietario originario del mismo lo sigue siendo y, por tanto, podrá reivindicar el bien de su poseedor; a no ser que éste lo hubiese adquirido en subasta pública o en un establecimiento mercantil. Pese a la aparente claridad de estas disposiciones, su significado suscita dudas al intérprete, en particular con relación al ámbito de aplicación de la regla o principio general que proclama la norma, así como por lo que respecta al alcance de la excepción que asimismo establece. El trabajo se orienta a poner de relieve estas dificultades interpretativas, tratando de aportar criterios que permitan resolverlas.

ABSTRACT

Article 522-8 of the Catalan Civil Code is one of the innovations brought about by the enactment of Book V, on Property Rights. It provides that the purchaser for value without notice of movables will immediately acquire the legal title that corresponds to his or her possession, except in cases of loss, theft, robbery or embezzlement. In these cases, the original owner retains

* Este trabajo –que se enmarca dentro del Proyecto de Investigación SEJ 2006-14875-C02-01/JURI del Ministerio de Educación y Cultura– desarrolla el que se presentó como comunicación a las *XIV Jornades de Dret civil català a Tossa*, celebradas los días 21 y 22 de septiembre de 2006, a cuyos organizadores agradezco su autorización para publicarla reelaborada.

legal title and therefore will be able to vindicate the movable from the possessor, unless the latter acquired it at a public auction or at a commercial establishment open to the public. Although these provisions may appear to be clear, they do raise a number of construction problems, such as those concerning the scope of the rule, the general principle it establishes or the extent of the exclusions. This paper highlights these construction issues and aims to propose criteria to solve them.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La regla general del artículo 522-8 CCCat:* 1. El supuesto de hecho. 2. La eficacia real prevista por la norma. 3. La eficacia personal prevista por la norma.—III. *La excepción a la regla general:* 1. La reivindicabilidad de las cosas perdidas. 2. La reivindicabilidad de las cosas hurtadas, robadas o apropiadas indebidamente.—IV. *La excepción a la excepción.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades que aporta el Libro V del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), relativo a los derechos reales, publicado en el *DOG* núm. 4640, de 24 de mayo de 2006 y que ha entrado en vigor el 1 de julio de este mismo año, es la regulación de la adquisición de buena fe de la posesión de bienes muebles. Se refiere a ella el artículo 522-8 CCCat y, de acuerdo con lo que explica al respecto el *Preàmbul* del Libro V, dicho precepto «*configura l'adquisició de bona fe de béns mobles com a mecanisme transmissor del dret sobre el bé posseït*»¹. En ocasión anterior me había ocupado ya de este «*mecanisme transmissor*», tal y como se configuró originariamente en el Proyecto publicado en el *BOPC* núm. 451, de 30 de julio de 2003²; el presente estudio supone, pues, una nueva aproximación al tema, una vez culminado el proceso de codificación de los derechos reales en el derecho civil catalán, tratando de destacar y analizar las modificaciones introducidas a lo largo del proceso de elaboración del Libro V CCCat y que han determinado la redacción del vigente artículo 522-8 CCCat.

Con el artículo 522-8 CCCat, se ha querido incorporar al ordenamiento jurídico catalán un precepto similar al artículo 464 CC

¹ Cfr. *Preàmbul*, III, 4.

² Con motivo de la presentación del *Projecte de Llibre V del Codi civil de Catalunya*, me fue encargada una ponencia sobre el tema en el *2^{on} Congrés de Dret civil català: el Codi civil de Catalunya*, celebrado en Tarragona el 1 y 2 de octubre de 2003, que fue posteriormente publicada: *vid.* Santiago ESPIAU ESPIAU, «La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya», *La Notaria*, 11-12, noviembre-diciembre 2003, pp. 13-26.

español³, evitando las ambiguas expresiones —«equivalencia de la posesión a título», «privación ilegal»— utilizadas por dicho precepto, con la pretensión de obviar o soslayar los problemas interpretativos que dicho precepto suscita. De este modo queda zanjada toda posible discusión acerca de la aplicabilidad o no del artículo 464 CC en Cataluña, si bien —a mi juicio— de este modo se pone también de manifiesto que, con anterioridad, este artículo no era aplicable en Cataluña⁴. Ahora bien, el problema que plantea el artículo 522-8 CCCat no es el de si esta incorporación es procedente o no; el problema es que se ha realizado de manera especialmente desafortunada, agravando las dificultades que origina la interpretación de las disposiciones contenidas en el artículo 464 CC. Y lo que es aún más criticable es que a este resultado se ha llegado por modificar sin justificación alguna la redacción originaria del texto que inspira el actual artículo 522-8 CCCat, que precisamente había conseguido aclarar en buena medida —se estuviese o no de acuerdo con la solución adoptada— las dudas planteadas por el precepto del Código civil español.

II. LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 522-8 CCCat

El artículo 522-8 CCCat parte de la siguiente regla o principio, que proclama su párrafo primero:

L'adquisició de la possessió d'un bé moble de bona fe i a títol oneros comporta l'adquisició del dret en què es basa el concepte

³ En junio de 2003, casi simultáneamente a la publicación del Proyecto en el *BOPC*, el «Observatori de Dret Privat de Catalunya» publicó también los *Treballs preparatoris del Llibre cinqué del Codi civil de Catalunya. «Els drets reals»*, Barcelona, 2003, en los que se recogen el texto articulado de lo que entonces era Anteproyecto y los correspondientes comentarios explicativos de los miembros de la *Secció de Dret Patrimonial* encargados de su redacción. Pues bien, en estos comentarios, los redactores del Anteproyecto apuntan como fuente de inspiración del artículo 522-5 Anteproy. [actual 522-8 CCCat] los artículos 3:86 y 3:87 CC holandeses; sin embargo, la referencia al artículo 464 CC es constante y, en última instancia —y como los propios comentaristas reconocen—, la finalidad del precepto es regular el conflicto que se suscita entre el propietario privado de su posesión y el poseedor que la adquiere, cuestión de la que —como es sabido— se ocupa precisamente el artículo 464 CC. Cfr. *Treballs preparatoris*, p. 61.

⁴ Tesis mantenida en Santiago ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del artículo 464 CC en Cataluña*, Barcelona, 2004. Ciertamente y contra lo que se dice en el texto, también podrá pensarse que el artículo 522-8 CCCat confirma y explicita dicha aplicación, que, por tanto, se producía ya bajo la legislación anterior; pero como ponía de relieve en dicho trabajo, tal aplicación sólo sería factible a través de la supletoriedad del Código civil español y ésta se excluía expresamente cuando la disposición de que se trate fuera contraria —como era el caso— a los principios generales que informan el derecho civil catalán: cfr. DF 4.º CDCC y el actual artículo 111-5 CCCat.

possessori, encara que els posseïdors anteriors no tinguessin poder de disposició suficient sobre el bé o el dret.

Guiado por el propósito de incorporar el artículo 464 CC español al ordenamiento jurídico catalán, el legislador ha querido acoger la solución propugnada por la denominada interpretación germanista del mismo⁵, que es la que actualmente prevalece en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶ y la que defiende también de forma mayoritaria la doctrina⁷. Sin embargo y ya de entrada, se aprecia –aparte la distinta formulación de sus disposiciones– una diferencia importante entre el artículo 464 CC español y el artículo 522-8 CCCat, que afecta al mismo supuesto de hecho de la norma: mientras el artículo 464 CC la predica de la adquisición de la posesión de buena fe, sin más, el artículo 522-8 CCCat añade la exigencia de que tal adquisición se haya producido a título oneroso. Con esta exigencia –que creo improcedente⁸– se pone de manifiesto que los principios que inspíran uno y otro precepto son distintos: mientras que la regla de la equivalencia de la posesión al título que establece el artículo 464 CC es una regla posesoria, que se basa en el mero hecho de la posesión de buena fe y opera en abstracto, con independencia del carácter oneroso o gratuito del título adquisitivo, la regla del artículo 522-8 CCCat no se basa tanto en la posesión como en la inatacabilidad del título adquisitivo, razón por la cual el sujeto protegido no lo es por ser un poseedor de buena fe, sino por ser un adquirente a título oneroso, con relación al cual el requisito de la «buena fe» tiene carácter secun-

⁵ Cfr. *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: els drets reals*, p. 61. De la solución o interpretación germanista del artículo 464 CC español, se dice que se adopta «*tot i que aquesta no és, potser, la més arrelada en el Dret civil de Catalunya*»: a mi juicio, no es que dicha solución no sea «*la més arrelada en el Dret civil de Catalunya*», sino que no puede estarlo en absoluto, porque es contraria a los principios inspiradores del derecho civil catalán, máxime teniendo en cuenta que tanto el derecho romano como el derecho canónico –cuyos principios han informado tradicionalmente el ordenamiento jurídico catalán– protegen al propietario no poseedor frente al poseedor no propietario y nunca admitieron la regla «*possession vaut titre*» que recoge esa solución germanista. De hecho, Bourjon, uno de los principales valedores de la regla, cuida de destacar que la misma se aparta y es contraria a los principios del derecho romano: *vid. François BOURJON, Le droit comùn de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1770, t. I, Liv. III, Tit. II, VI, p. 459.

⁶ *Vid. así*, STS 25 febrero 1992, con cita de otras anteriores; como es sabido, la postura inicial del Tribunal Supremo español –reflejada en la conocida STS 19 junio 1945– fue contraria a la teoría germanista, acogiendo, en cambio, la denominada tesis romanista.

⁷ Cfr. Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, t. III, Barcelona, 2002, pp. 114 ss.; José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros), *Elementos de Derecho civil*, t. III, Madrid, 2000, pp. 200 ss.; Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1995, pp. 673 ss. Con todo, autorizados autores se han manifestado en contra de esta teoría: *vid.*, en este sentido, José M.^o MIGUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979.

⁸ Por las razones que expongo en «La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya», pp. 15-16, y en *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del artículo 464 CC en Cataluña*, pp. 208 ss.

dario, puesto que no opera siempre, sino sólo presupuesta la onerosidad del título adquisitivo: si éste es gratuito, la «buena fe del adquirente» es absolutamente irrelevante⁹.

1. EL SUPUESTO DE HECHO

Como destaca ya de entrada la rúbrica del artículo 522-8 CCCat, el supuesto de hecho que regula se configura a partir de la adquisición de la posesión de un bien mueble. Esta adquisición presupone la existencia de un modo de adquirir de carácter derivativo, que se concreta en un negocio dispositivo, tal como ponen de relieve las referencias a «*els posseïdors anteriors*» del apartado primero del precepto y, sobre todo, a «*les persones que els van transmetre el bé*» a las que se alude en el apartado segundo.

La existencia de un negocio dispositivo no basta, por sí sola, para configurar el supuesto de hecho del artículo 522-8 CCCat, que exige que dicho negocio sea, además, oneroso. La adquisición de la posesión realizada con la finalidad de adquirir la titularidad del derecho que legitime su ejercicio precisa –para que se produzcan los efectos previstos por la norma– la existencia de una contraprestación por parte del adquirente, radicando aquí –como ya se ha apuntado– la gran diferencia entre el principio de la «equivalencia de la posesión al título» que inspira el artículo 464 CC español y el principio que subyace en la regulación del artículo 522-8 CCCat.

Ahora bien, presupuesta la onerosidad del negocio dispositivo, el artículo 522-8 CCCat todavía exige la concurrencia de un ulterior requisito: que la adquisición de la posesión se haya realizado de «buena fe». El concepto de «buena fe» en materia de posesión se recoge en el artículo 521-7 CCCat¹⁰ y de dicho precepto puede deducirse que adquiere la posesión de buena fe «quien cree de forma justificable ostentar la titularidad del derecho en cuyo con-

⁹ En este sentido, pues, el fundamento del artículo 522-8 CCCat no se encuentra tanto en la solución germanista del artículo 464 CC español como en el principio de la protección al adquirente a título oneroso de buena fe, que –éste sí– es un principio informador del ordenamiento jurídico catalán, que inspiraba originariamente los artículos 275 y 209 CDCC (recogidos actualmente en los arts. 64 y 241 CS) y que inspira ahora también el artículo 60 CF. Este principio es el que justifica la protección del adquirente de buena fe y la irreinducibilidad de las cosas adquiridas en los supuestos de la enajenación de bienes hereditarios realizada por el heredero aparente y el heredero fiduciario, supuestos en lo que –incorrectamente, a mi juicio– se han querido ver otras tantas manifestaciones de la aplicación del artículo 464 CC español: sobre la cuestión, *vid.* ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del artículo 464 CC en Cataluña*, pp. 153 ss. y pp. 160 ss.

¹⁰ Con redacción no excesivamente afortunada, el párrafo primero de dicho precepto señala que «*[l]a bona fe en la possessió és la creença justificable de la titularitat del dret. En cas contrari, la possessió es de mala fe*».

cepto posee»¹¹. La buena fe presupone, pues, la existencia de un título adquisitivo a partir del cual el poseedor pueda creer –de forma *justificable* y no necesariamente *justificada*– que es titular del derecho formalmente transmitido a través de ese título y que ejercita de hecho como poseedor; y en la exigencia de que esta creencia sea «justificable» cabe apreciar la necesidad de que el poseedor ignore la existencia de vicios o de defectos que impidan la adquisición efectiva del derecho del que cree ser titular¹².

El artículo 521-7 CCCat destaca, además, que «[l]a bona fe es presumeix sempre», estableciendo de este modo una presunción de continuidad en la misma, que se mantiene mientras no se destruya dicha presunción, siendo necesario acreditar para ello que «els posseïdors saben, o poden saber raonablement, que no tenen dret a posseir». Ahora bien, a los efectos del artículo 522-8 CCCat no es necesario que la buena fe se mantenga más allá del momento de la adquisición de la posesión: como destaca el precepto, basta que la buena fe exista cuando se adquiere la posesión de la cosa mueble para que el adquirente se convierta en titular, careciendo por tanto la mala fe sobrevinida de trascendencia a este respecto.

En definitiva, pues, el supuesto de hecho del artículo 522-8 CCCat hace referencia a un negocio dispositivo oneroso, potencialmente apto o idóneo para transmitir o constituir un derecho de contenido posesorio –preferentemente, el derecho de propiedad– sobre un bien mueble, que, por más que sea ineficaz o insuficiente para ello, legitima sin embargo la adquisición de su posesión y justifica la buena fe del poseedor que la adquiere, comportando –como consecuencia de todo esto– «l'adquisició del dret en què es basa el concepte possessori» y convirtiendo al adquirente en titular del mismo.

Pero como ya ocurría con el texto originario del precepto, la configuración del supuesto de hecho posibilita una doble interpretación que afecta a su mismo ámbito de aplicación¹³. En primer lugar, puede pensarse que el artículo 522-8 CCCat se aplica en los supuestos en los que el transmitente no es titular de derecho alguno sobre la cosa que transmite o carece de poder de disposición sobre ella. En efecto, el hecho de que la adquisición del derecho se realice a través de la intervención de un «poseedor anterior» que no tiene poder de disposición suficiente supone que tal poseedor, o

¹¹ En la redacción originario del Proyecto de 2003, el artículo 521-7 Proy. predicaba el concepto de «buena fe» del poseedor y del inicio de su posesión y decía a este respecto que «[l]a persona posseïdora és de bona fe si, en començar la seva possessió, creu justificadament que és titular del dret que exercita».

¹² Cfr. ESPIAU ESPIAU, «La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya», p. 17.

¹³ Cfr. ESPIAU ESPIAU, «La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya», pp. 18-19.

bien no es titular del derecho que transmite, o bien que, aun siéndolo, no puede disponer libremente del mismo ¹⁴. En el primer caso, se trataría de un supuesto de enajenación de cosa ajena; en el segundo, de aquél en que el transmitente es titular, pero carece de poder de disposición o lo tiene restringido, al afectarle una prohibición o limitación de disponer ¹⁵. Pero tanto en uno como en otro caso, se trata de supuestos de ineficacia que, atendido el carácter oneroso de la adquisición y la buena fe del adquirente, el artículo 522-8 CCCat subsana atribuyendo a este último la titularidad del derecho en cuyo concepto posee.

Ahora bien, el precepto admite una segunda interpretación que amplía su ámbito de aplicación. La afirmación de que la adquisición de la posesión comporta la adquisición del derecho «encara que els posseïdors anteriors no tinguessin poder de disposició suficient

¹⁴ La referencia expresa y la calificación de quien realiza la entrega como «*poseïdor anterior*» también suscita alguna duda. En efecto, y puesto que el CCCat distingue entre «*possessió*» y «*detenció*» (cfr. art. 521-1.2 CCCat), ¿qué sucede si la persona que entrega el bien mueble no es un *poseedor* sino un mero *detentor*? A mi juicio, la pregunta admite –al menos– tres posibles respuestas. En primer lugar, cabría pensar en aplicar la solución prevista en el precepto tanto al poseedor como al detentor; con todo, a esta solución podría objetarse que la detentación sólo produce los efectos que la ley expresamente le atribuye (art. 521-1.1 CCCat) y, por tanto, si el precepto no se refiere al detentor, no procede su aplicación. En segundo lugar, cabría entender que los efectos de la detentación o tenencia no afectan ni perjudican al dueño, razón por la cual el artículo 522-8 CCCat no se aplica, y, al no estar el adquirente protegido en este caso por el mencionado precepto, deberá recurrir a la usucapión para convertirse en titular, pudiendo el dueño del bien mueble –que lo sigue siendo– reivindicarlo mientras esta usucapión no se consume. Y, por último, cabría también considerar que el detentor que enajena la cosa deja de serlo y pasa a actuar como poseedor (cfr. art. 521-1.2 CCCat y su referencia a la «*voluntat aparent externa d'actuar com a titular del dret*» como criterio distintivo entre el poseedor y el detentor), convirtiéndose por tanto en el «*poseïdor anterior*» de que habla el artículo 522-8 CCCat, por lo que este precepto será de aplicación en beneficio del adquirente, siempre que se cumplan los demás requisitos establecidos.

En mi estudio sobre el Proyecto de 2003 –«La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya», pp. 19-20– me inclinaba por esta tercera solución. Ahora creo que no hay que descartar la segunda: si quien realiza la entrega es un mero tenedor o detentor, no llega a crearse la apariencia de titularidad que comporta la posesión y que justifica la buena fe del adquirente, razón por la cual éste difícilmente puede llegar a creer de forma justificable que ostenta la titularidad del derecho en cuyo concepto posee; en consecuencia, no procede la aplicación del artículo 522-8 CCCat y el adquirente sólo podrá convertirse en titular por usucapión. De todos modos, y dada la amplitud con la que el apartado tercero del artículo 522-8 CCCat regula ahora la reivindicabilidad de los bienes muebles en poder del adquirente a título oneroso de buena fe, la cuestión ha perdido buena parte de su trascendencia.

¹⁵ En el ámbito del derecho civil catalán esta situación se produce, p. ej., respecto de los bienes muebles de uso ordinario de la vivienda familiar, con relación a los cuales el cónyuge o miembro de la unión estable de pareja que sea titular exclusivo de los mismos no puede disponer de ellos sin el consentimiento de su consorte o del otro miembro de la pareja: cfr. artículo 9 CF y artículos 11 y 28 de la *Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella*, y, sobre el primero de dichos preceptos, Santiago ESPIAU ESPIAU, «La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)», *La Notaría*, núm. 4, abril 2001, pp. 17 ss., en particular, p. 34.

sobre el bé o el dret» significa que tal consecuencia se produce *siempre* que el adquirente lo sea a título oneroso y de buena fe, *incluso* en aquellos casos en los que el transmitente carezca de titularidad o de poder de disposición. Por tanto, el artículo 522-8 CCCat no se refiere sólo a los supuestos de ineficacia del título transmisivo, sino que puede referirse también a los supuestos de invalidez (anulabilidad por falta de capacidad de obrar del transmitente o por vicios del consentimiento), de resolución y de rescisión (por ejemplo, por fraude o lesión de derechos de terceros), en los que el enajenante es titular de los bienes muebles de los que dispone y el título adquisitivo es eficaz, pero con una eficacia claudicante. Desde este segundo punto de vista, el artículo 522-8 CCCat protege a cualquier adquirente a título oneroso de buena fe de bienes muebles, que se convierte en titular definitivo del derecho en que se basa su concepto posesorio, razón por la cual, aunque con posterioridad a su adquisición se impugne el contrato anulable, resoluble o rescindible en cumplimiento del cual se le entregó la cosa, su adquisición es inatacable.

2. LA EFICACIA REAL PREVISTA POR LA NORMA

Desde el punto de vista real, la consecuencia jurídica que establece el artículo 522-8 CCCat consiste en atribuir al adquirente a título oneroso y de buena fe de un bien mueble la condición de titular del derecho en cuyo concepto posee. En este sentido, el precepto no sólo atribuye eficacia real a un título adquisitivo ineficaz, sino que también confirma el título adquisitivo impugnabile, impidiendo que pueda ser atacado, aún cuando sea anulable, resoluble o rescindible, e, incluso, que la adquisición pueda enervarse cuando el título se impugne efectivamente. El artículo 522-8 CCCat protege *a todo adquirente de bienes muebles*, siempre que lo sea *a título oneroso y de buena fe*, cuando su adquisición se produzca en virtud de un negocio transmisivo que no es susceptible de producir efectos reales o que los produce con carácter provisional o claudicante: si se trata de un negocio ineficaz, la ley –el art. 522-8 CCCat– subsana la falta de titularidad o de poder de disposición del transmitente y convierte al adquirente en titular; mientras que si se trata de un negocio impugnabile, la ley –el art. 522-8 CCCat– convierte en inatacable la adquisición y atribuye firmeza al derecho del que ya era titular el adquirente. De este modo, pues, el artículo 522-8 CCCat no es tanto una *norma de protección de terceros*, como una *norma de protección de adquirentes*.

En definitiva, el artículo 522-8 CCCat atribuye con carácter general al adquirente a título oneroso y de buena fe de un bien mueble la titularidad «*del dret en què es basa el concepte possessor*», configurando –como avanzaba ya el *Preàmbul* del Libro V– la adquisición onerosa de buena fe de bienes muebles «*com a mecanisme transmissor del dret sobre el bé posseït*». El legislador catalán, evitando utilizar una de las fórmulas más ambiguas y discutidas del artículo 464 CC español –«equivalencia de la posesión al título»–, se ha decantado directamente por una de sus posibles interpretaciones: la que sostiene que, como resultado de tal equivalencia, el adquirente poseedor se convierte en titular. Ahora bien, con ello, el artículo 522-8 CCCat –a diferencia del art. 464 CC– no crea un «título por equivalencia»¹⁶, sino que sanciona de forma directa e inmediata la adquisición legal de la titularidad del derecho en cuyo concepto se posee.

3. LA EFICACIA PERSONAL PREVISTA POR LA NORMA

Junto a esta eficacia real, el artículo 522-8 CCCat prevé asimismo la producción de efectos de carácter personal, imponiendo al adquirente la obligación –en rigor, carga– de facilitar al propietario –«propietario inicial»– que se ve privado de su derecho los datos de que disponga para identificar al transmitente, posibilitando de este modo que dicho propietario pueda dirigirse contra éste y reclamarle la indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la pérdida de su derecho¹⁷.

En este sentido, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito del artículo 464 CC español, en el que el dueño de la cosa mueble sólo tiene acción frente al transmitente, exonerando totalmente al adquirente¹⁸, el artículo 522-8 CC vincula a este último y le obliga a proporcionar al propietario los datos –de identificación y localización– que le permitan reclamar al transmitente. Si el adquirente

¹⁶ Sobre el significado de esta expresión, cfr. Fernando BADOSA COLL, «Justo título», *N.E.J.*, t. XIV, Barcelona, 1971, pp. 660 ss., especialmente pp. 686 ss.

¹⁷ En efecto, el apartado segundo del artículo 522-8 CCCat establece que «*[e]ls adquirents han de facilitar als propietaris inicials, si els ho requereixen fefaentment, les dades que tinguin per a identificar les persones que els van transmetre el bé. Altrament, responen de la indemnització pels danys i perjudicis que els hagin ocasionat*». La disposición, que constituye también una novedad frente a la regulación del artículo 464 CC, procede del artículo 3:87 CC holandés, según apuntan los comentaristas de los *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*: cfr. *op. cit.*, p. 62.

¹⁸ Aunque el artículo 464 CC no lo establezca de forma expresa, de su regulación se deduce que el dueño de la cosa, si bien nada puede reclamar del adquirente, puede evidentemente dirigirse contra el transmitente y exigirle le resarza de los daños y perjuicios que le haya ocasionado la pérdida de su titularidad.

proporciona los datos que se le reclaman, queda exonerado de toda responsabilidad y ello aunque la acción del propietario contra el transmitente –por el motivo que sea– no prospere. Pero si no proporciona estos datos, entonces es el adquirente quien responde frente al propietario por los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado la pérdida de su titularidad. Ciertamente, la acción del propietario es de carácter personal y, además, la posición del adquirente es inatacable, razón por la cual este último conserva en todo caso su condición de titular, sin que tenga que restituir la cosa: pero, al menos y dada su negativa a colaborar con el «propietario inicial», deberá indemnizarle ¹⁹. De ahí que la vinculación del adquirente al dueño originario no se oriente sólo a facilitar el ejercicio de la acción indemnizatoria de éste frente al transmitente, sino también y sobre todo a imponer al adquirente –a modo de carga– la asunción de las consecuencias de la pérdida de la titularidad por parte del dueño originario.

III. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

Después de proclamar que el adquirente a título oneroso de buena fe de un bien mueble se convierte en titular del derecho en cuyo concepto posee, el propio artículo 522-8 CCCat introduce en su apartado tercero una excepción a esta regla: en los casos en que la cosa mueble la hubiera perdido el «propietario inicial», le hubiese sido hurtada o robada o alguien se la hubiere apropiado indebidamente, la adquisición de la posesión no comporta la adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio y, por ello, dicho propietario puede reivindicarla de quien la posea ²⁰. En tales casos, el adquirente, aunque lo sea a título oneroso y de buena fe, no se convierte en titular por el hecho de adquirir la posesión, sino que es un simple poseedor que debe recurrir a la usucapión para convertirse en propietario, de modo que mientras esta usucapión no se consume, el dueño de la cosa lo sigue siendo y podrá reivindicarla ²¹.

¹⁹ En cualquier caso, esta obligación de indemnizar suscita –en ocasiones– cierta perplejidad: así, por ejemplo, no se entiende demasiado que el adquirente tenga que proporcionar al «propietario inicial» los datos que permitan *identificar* al transmitente en los supuestos en los que éste hubiera recibido la cosa o el derecho del propio «propietario inicial».

²⁰ El artículo 522-8.3 CCCat, en efecto, establece en su inciso inicial que *«[e]ls propietaris d'un bé moble perdut, furtat, robat o apropiat indegudament el poden reivindicar dels posseïdors que en tenen la possessió efectiva»*.

²¹ En este sentido y a efectos de lo apuntado en el texto, conviene destacar que la buena fe del poseedor es irrelevante, no sólo por lo que respecta a la adquisición del dere-

En esta excepción radica la principal novedad que introduce el artículo 522-8 CCCat con relación al texto originario presentado al *Parlament de Catalunya* en julio de 2003 y el problema que suscita es que la excepción es tan amplia que hace inviable la regla, sobre todo por lo que respecta a su aplicación a los supuestos relativos a las cosas hurtadas, robadas o apropiadas indebidamente, en los que el transmitente carece de poder de disposición.

1. LA REIVINDICABILIDAD DE LAS COSAS PERDIDAS

Por lo que respecta a la reivindicabilidad de los «bienes muebles perdidos», el artículo 522-8.3 CCCat no hace sino recoger una regla ya tradicional en esta materia²². Aunque el CCCat no define expresamente lo que debe entenderse por «cosas perdidas», de sus disposiciones –concretamente, de las contenidas en los arts. 542-21 y 542-22.1 y 2 CCCat– puede deducirse que se trata de objetos muebles corporales carentes de valor especial, que, teniendo propietario y siendo habitualmente poseídas por alguien, no se encuentran en poder o posesión de nadie por causas ajenas a la voluntad de su dueño²³. Tales objetos, de acuerdo con el artículo 522-8.3 CCCat, pueden ser reivindicados por sus propietarios «*del posseïdors que en tenen la possessió efectiva*», por más que la hayan adquirido a título oneroso y de buena fe. Ahora bien, con relación a esta reivindicabilidad, el artículo 542-22.5 c) CCCat suscita alguna cuestión, toda vez que –en contradicción con lo establecido por el art. 522-8.3 CCCat– niega tajantemente la reivindicatoria del propietario: «*Els propietaris no tenen acció contra els trobadors de bona fe o els adjudicataris per a reivindicar la cosa perduda*».

cho en cuyo concepto posee, sino con relación a la propia usucapión: el CCCat, fiel a la tradición del derecho civil catalán, prescinde de la buena o mala fe del poseedor *ad usucapionem* y establece un único plazo de usucapión en el que dicha circunstancia es absolutamente irrelevante (cfr. arts. 531-24 y 531-27 CCCat).

²² La recoge el artículo 464 CC, que –a su vez– la toma del artículo 2279 *Code*. Por lo que a este último respecta, la reivindicabilidad de las «cosas perdidas» constituye, sin embargo, una novedad con relación a la doctrina elaborada en torno a la máxima «*possessio vaut titre*», que, al formular la excepción de reivindicabilidad, no aludía expresamente a ellas y se refería sólo a las «*choses furtives*». Ahora bien, en su discurso de presentación del título del *Code* correspondiente a la prescripción ante el *Corps Législatif*, Bigot-Prémeneu justifica la posibilidad de reivindicar las «cosas perdidas» en las disposiciones del derecho romano justiniano y en las del propio derecho francés histórico: cfr. Pierre Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, Paris, 1827 [rep. anastática, Osnabrück, 1968], p. 600.

²³ Sobre el concepto de cosas perdidas que se recoge en el texto, cfr. ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del artículo 464 CC en Cataluña*, p. 182; aunque este concepto se elaboró a partir de los artículos 24.1.c), 24.2.a), 25 y 26.1 y 2 *Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació*, actualmente derogada, creo que sigue siendo válido y puede igualmente obtenerse de los preceptos del CCCat apuntados.

Con todo, la contradicción es sólo aparente. El artículo 542-22.5 c) CCCat se refiere a una cosa perdida que –cumplidos los requisitos legalmente establecidos– ha sido entregada a quien la encontró o a quien la adquirió en la correspondiente subasta pública, por lo que, atribuyéndose a uno u otro su propiedad, el dueño –que, en rigor, ya no lo es– no puede ya reivindicarla. Pero el precepto no impide que, antes de esa adjudicación, el propietario de la cosa perdida –que lo sigue siendo– pueda presentarse en el ayuntamiento donde se halle consignada y –como le autoriza el mismo art. 542-22.3 CCCat– reclamar su restitución o –como sanciona el art. 522-8.3 CCCat– reivindicarla de quien la posea.

2. LA REIVINDICABILIDAD DE LAS COSAS HURTADAS, ROBADAS O APROPIADAS INDEBIDAMENTE

El problema que plantea la excepción a la adquisición del derecho sancionada por el artículo 522-8 CCCat lo suscita la reivindicabilidad de los «bienes muebles hurtados, robados, o apropiados indebidamente»²⁴. Por lo que a ellos respecta, el origen –y, sobre todo, el alcance– de la excepción se encuentra en la interpretación de la expresión «privación ilegal» del artículo 464 CC²⁵. Precisamente para evitar que la excepción impidiera la aplicación de la regla de la equivalencia de la posesión al título, los defensores de la teoría germanista del artículo 464 CC consideran que la «privación ilegal» ha de entenderse en sentido estricto, incluyendo los supuestos de «hurto» y de «robo», pero no el de «apropiación indebida»²⁶. Por eso, en caso de que la cosa adquirida por el poseedor de buena fe hubiera sido «hurtada» o «robada», su dueño puede reivindicarla, mientras que si hubiera sido objeto de «apropiación indebida» no procedería la reivindicatoria, siendo entonces cuando opera y despliega todos sus efectos la equivalencia de la posesión al título²⁷. La explicación de esta diferencia de trato se justifica en

²⁴ La determinación de lo que debe entenderse por «bienes muebles hurtados, robados o apropiados indebidamente» se desprende de conceptos penalmente tipificados: cfr. artículos 234 CP (hurto), 237 CP (robo) y 252 CP (apropiación indebida).

²⁵ Como es sabido, después de establecer la equivalencia de la posesión al título, el artículo 464 CC añade inmediatamente a continuación que, «[s]in embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido *privado de ella ilegalmente*, podrá reivindicarla de quien la posea».

²⁶ Vid. Antonio HERNÁNDEZ GIL, «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal», *RDP*, 1944, pp. 413 ss., y, con carácter general, los autores que se citan en nota 7.

²⁷ La interpretación restrictiva de la expresión «privación ilegal» no es absolutamente convincente y no está exenta de crítica; pero es que probablemente sea imposible llegar a una explicación coherente de las disposiciones recogidas en el artículo 464 CC.

la distinta posición que ostenta el propietario de la cosa mueble en uno y otro caso: en los supuestos de «hurto» o «robo», se ha visto privado de la posesión de la cosa sin o contra su voluntad, siéndole arrebatada o viéndose despojado de ella; en cambio, en los supuestos de «apropiación indebida», es el mismo dueño quien se desprende voluntariamente de su posesión, cediéndola a un tercero, que –abusando de la confianza que en él ha depositado el propietario– la transmite a su vez a otra persona ²⁸.

De acuerdo con estas ideas, en la redacción originaria del artículo 522-8 CCCat, se reconocía expresamente que el propietario sólo podía reivindicar la cosa en los supuestos de pérdida, hurto o robo, sin hacer mención alguna a los de apropiación indebida ²⁹. La conclusión a la que entonces debía llegar era clara: cuando el transmitente carecía de poder de disposición suficiente, si la cosa había sido hurtada o robada, el adquirente –por más que lo fuera a título oneroso y de buena fe– era un mero poseedor que debía recurrir a la usucapión para convertirse en titular y, mientras ésta no se consumase, quedaba sometido a la reivindicatoria del dueño; en cambio, si la cosa había sido objeto de apropiación indebida, la adquisición de la posesión comportaba real y efectivamente la adquisición del derecho en que se basara el concepto posesorio. Con ello, el texto originario del artículo 522-8 CCCat proporcionaba una solución coherente al problema de la adquisición *a non domino* de los bienes muebles, sin incurrir en contradicción alguna entre sus disposiciones y soslayaba las dificultades interpretativas que plantea el artículo 464 CC ³⁰.

²⁸ De este modo, la exclusión de la acción reivindicatoria en estos supuestos constituiría, más que una medida de protección al adquirente de buena fe, una especie de sanción a la falta de cuidado o de diligencia del propietario en la elección de la persona a la que confió la posesión de la cosa. Claro que si este es el fundamento de tal exclusión, no resulta demasiado coherente permitir el ejercicio de la acción reivindicatoria al dueño en los supuestos de «pérdida de la cosa», en la que la misma o parecida negligencia puede serle achacada.

²⁹ En efecto, el texto del artículo 522-8 publicado en el BOPC núm. 451, de 2003, se limitaba a establecer simplemente que «[n]o obstant allò que s'estableix en l'apartat primer, la [persona] propietària d'una cosa moble perduda, furtada o robada, la pot reivindicar de la posseïdora actual».

³⁰ De hecho, así lo destacaban ya los propios redactores del precepto. Cfr. *Treballs preparatoris*, cit., p. 62: «No s'inclou el cas de l'apropiació indeguda o l'estafa; el propietari ja té les accions corresponents contra el dipositari o el comodatari deslleial. A més, cal tenir en compte que la regla de l'article 464.1 CC només es útil si es restringeix al màxim i de manera clara el concepte de 'privació' il·legal que utilitza. En aquest sentit, l'article 2279 CCF parla estrictament de pèrdua i robatori, 'vol', i l'article 3:86.3 CCN parla exclusivament de robatori. En definitiva, es recullen només els casos en què el propietari va perdre el control material de la cosa sense la seva voluntat. Això inclou la pèrdua, el furt o el robatori; no, en canvi, l'apropiació indeguda, cas en què el propietari va entregar la cosa de forma voluntària al dipositari, comodatari, creditor pignoratiu, etc.» [las cursivas son mías].

Sin embargo, en la redacción actual del precepto ya no sucede lo mismo. En efecto, y como se ha dejado apuntado, el artículo 522-8 CCCat establece ahora ³¹ que no sólo el dueño de una cosa mueble perdida, hurtada o robada puede reivindicarla de quien la posea, sino que también puede hacerlo el que lo sea de una cosa objeto de apropiación indebida. Con ello, ciertamente, el legislador no hace sino retomar y proclamar lo que ha constituido –desde siempre– la doctrina tradicional del derecho civil catalán, es decir, que para que se transmita la propiedad de un bien es necesario que el transmitente sea propietario y tenga poder de disposición sobre el bien cuya posesión traspasa, razón por la cual la enajenación de una cosa ajena o sobre la que no se tiene poder de disposición suficiente no transmite la propiedad y su adquirente no adquiere más que su posesión ³². Pero con ello también, se inutiliza prácticamente la regla proclamada por el propio precepto que convierte al adquirente en titular del derecho en que se basa su concepto posesorio, la cual casi nunca podrá ser de aplicación, al menos en los supuestos de transmisión por quien carece de poder de disposición ³³: el adquirente queda siempre sujeto a la acción reivindicatoria del propietario –que, además, es imprescriptible ³⁴– y sólo puede convertirse en titular si posee el tiempo necesario para que se consuma la usucapión por el transcurso de tres años, tal y como señala el artículo 531-27.1 CCCat ³⁵. Desde este punto de vista, el único supuesto en que procedería la aplicación de lo dispuesto en el artículo 522-8.1 CCCat, convirtiéndose el adquirente efectivamente en titular del derecho en cuyo concepto posee sin que su adquisición pueda ser atacada, sería el del «poseedor anterior»,

³¹ Sin que en ninguna de las distintas fases de elaboración del Proyecto se justifique la modificación.

³² Motivo por el cual el artículo 464 CC no era de aplicación a Cataluña, toda vez que, como ya se apuntó en la nota 4, de proceder ésta, sólo cabría por la vía de la supletoriedad y esta supletoriedad se condiciona a que la disposición de que se trate no contradiga los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico catalán; sobre la cuestión, ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del artículo 464 CC en Cataluña*, cit., en especial, pp. 205 ss.

³³ Sin que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del artículo 464 CC, sea posible recurrir a una determinada interpretación de las expresiones que utiliza el precepto para permitir una aplicación mínimamente coherente de sus disposiciones: mientras que el concepto de «privación ilegal» del artículo 464 CC admite una interpretación restrictiva que excluye –por discutible que sea esta interpretación– los supuestos de *apropiación indebida*, la mención expresa que hace ahora el artículo 522-8 CCCat a tales supuestos impide este recurso e impone su aplicación a los mismos, de la misma manera que la impone a los supuestos en los que se trata de un «*bé moble furtat o robat*».

³⁴ Cfr. artículo 544-3 CCCat.

³⁵ Siendo irrelevante –a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Código civil español– la buena fe del poseedor: de acuerdo con el artículo 531-24.1 CCCat, «*[p]er a usucapir, la possessió ha d'ésser en concepte de titular del dret, pública, pacífica i ininterrompuda i no necessita títol ni bona fe*».

propietario, que enajena una cosa propia, infringiendo una prohibición de disponer: en este caso, en efecto, el adquirente a título oneroso de buena fe se convertiría en dueño y el propietario originario no podría reivindicar porque no se habría producido ni un «hurto», ni un «robo», ni una «apropiación indebida»³⁶.

El otro supuesto en el que la regla que establece el artículo 522-8 CCCat puede tener algún sentido se referiría a los negocios transmisivos anulables, resolubles o rescindibles, con relación a los cuales sí puede afirmarse –a tenor de lo que dispone el propio precepto y con independencia de que se esté o no de acuerdo con la afirmación– que quien adquiere a título oneroso y de buena fe se convierte en titular del derecho en cuyo concepto posee y que su adquisición es inatacable, sin que le afecte la reivindicatoria del propietario, que no procedería al haber sido precisamente dicho propietario el que enajenó la cosa. También de este modo es posible salvar la contradicción y conciliar las disposiciones del artículo 522-8 CCCat; pero con ello se desvirtúa asimismo la regla o principio que presumiblemente quiso introducirse al amparo del artículo 464 CC español.

IV. LA EXCEPCIÓN A LA EXCEPCIÓN

Finalmente, y dentro del mismo apartado tercero, el artículo 522-8 CCCat introduce una excepción a la excepción de reivindicabilidad: aun en el caso de que se trate de cosas perdidas, hurtadas, robadas o indebidamente apropiadas, el propietario no podrá reivindicarlas si quien las posee las adquirió a título oneroso y de buena fe en subasta pública³⁷ o en un «*establiment dedicat a la*

³⁶ La consideración de este supuesto de aplicación del artículo 522-8.1 CCCat, que permite al adquirente convertirse en titular sin que opere la acción reivindicatoria del propietario, la debo a una observación –que agradezco sinceramente– de la Prof. Anna Casanovas Mussons, Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona.

³⁷ Entre los distintos supuestos imaginables de venta en pública subasta a que alude el artículo 522-8.3 CCCat no se encuentra –evidentemente– el contemplado en el artículo 542-22.5 b) CCCat, relativo a la venta de cosas perdidas. El artículo 522-8.3 CCCat se refiere a una subasta que se produce mientras el propietario de la cosa subastada lo sigue siendo; en cambio, la subasta del artículo 542-22.5 b) CCCat se produce una vez transcurrido y agotado el plazo legalmente establecido para que el propietario reclame la entrega de la cosa perdida, razón por la cual dicho propietario ha dejado de serlo, pudiendo por esta razón convertirse el adjudicatario de la subasta en dueño de la cosa que adquiere. Aunque tanto en uno como en otro caso la adquisición del adjudicatario es irrevindicable, el fundamento de esta irrevindicabilidad es distinto: en el primer supuesto obedece fundamentalmente a razones de seguridad jurídica, siendo cuestionable que el adjudicatario haya adquirido la propiedad de la cosa subastada, mientras que en el segundo esta consecuencia es indudable. De ahí, pues, que, en aquel caso, el propietario –aún siéndolo– no pueda reivindicar; en este último, aunque tampoco proceda la acción reivindicatoria, ello obedece simplemente a que ya no lo es.

venda d'objectes semblants i establert legalment», expresión con la que –sin duda– el legislador catalán ha querido referirse al «establecimiento mercantil». La disposición coincide con la originariamente redactada en el Proyecto presentado en julio de 2003 al *Parlament de Catalunya* y las observaciones que suscita son las mismas que ya planteaba su redacción primitiva³⁸.

En primer lugar, en este caso es absurda –o, cuando menos, innecesaria– la precisión de que el adquirente lo sea a «título oneroso», porque no de otra forma se puede adquirir en una subasta pública o en «*un establiment dedicat a la venda d'objectes semblants al dit bé i establert legalment*».

En segundo lugar, se ha omitido toda referencia al requisito –que condiciona el ejercicio de la propia acción– de que el propietario reivindicante abone al adquirente el precio que éste hubiere satisfecho, exigencia que, en cambio, imponía el derecho histórico catalán para las ventas en pública subasta³⁹, y que establece también ahora el artículo 464 CC para el supuesto de la «venta pública»⁴⁰.

Y, por último, y en cuanto a las consecuencias que derivan de esta excepción, puede entenderse, o bien que comporta la aplica-

³⁸ Cfr. ESPIAU ESPIAU, «La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya», pp. 24-26.

³⁹ En efecto, el cap. 24 del *Recognoverunt Proceres* [«*De re non petenda publica vendita per cursorem*»] establecía ya que, en las ventas en pública subasta por medio de corredor público, el dueño podía reivindicar las cosas adquiridas por el comprador, si bien tenía que restituírle el precio pagado por ellas.

Como es sabido, el *Recognoverunt Proceres* es un conjunto de privilegios otorgado por Pedro II a Barcelona durante las Cortes de 1283, cuya vigencia se extendió progresivamente a todo el Principado. Recogido en las *Pragmáticas y otras drets de Catalunya*, vol. II, Lib. I, Tit. XIII, la doctrina catalana del siglo XIX y de principios del siglo XX consideraba que se mantenía en vigor: cfr. Pedro Nolasco VIVES Y CEBRIA, *Traducción al castellano de los Usages y demas derechos de Cataluña, que no están derogados ó no son notoriamente inútiles*, t. IV, Barcelona, 1835, p. 73; Guillermo M.^a de BROCA–Juan AMELL, *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*, Barcelona, 1880, p. 269; Antoni M.^a BORRELL I SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. II, 1.^a Part, Barcelona, 1923, p. 155.

La doctrina clásica catalana se ocupó con cierto detenimiento de la disposición contenida en el capítulo 24 del *Recognoverunt Proceres*, cuyo fundamento «*est favor publicitii commercij*». En concreto, trató de puntualizar algunas cuestiones relativas a la extensión y a la procedencia de su aplicación. Así, *p. ej.*, por lo que respecta al carácter mueble o inmueble de las cosas adquiridas, la opinión mayoritaria se inclinaba por considerar dicha circunstancia irrelevante; en cambio, se insiste en la necesidad de que concurra buena fe en el comprador, que llega a protegerle incluso en el caso de que las cosas enajenadas hubieran sido robadas. Cfr., en este sentido, Michael FERRER, *Observantiarum Sacrii Regii Cathaloniae Senatus*, Barcinone, 1608, Pars III, Cap. 518, núm. 1; Iacobus CANCER, *Variarum Resolutionum Iuris Caesari, Pontificii, et Municipalis Principatus Cathaloniae*, Lugduni, 1626, Pars II, Cap. I, núm. 17; Ioannes Petrus FONTANELLA, *Decisiones Sacrii Regii Cathaloniae Senatus*, Lugduni, 1668, t. I, Decis. CCXVIII, núm. 3 ss.

⁴⁰ La razón de esta omisión es obvia y congruente con lo que dispone el propio artículo 522-8.3 CCCat, al negar en todo caso la acción reivindicatoria al propietario; en cambio y como queda apuntado, tanto el derecho histórico catalán como el artículo 464 CC admiten el ejercicio de la acción, si bien lo condicionan a que el propietario reembolse al adquirente el precio pagado.

ción de la regla general y que, por tanto, el adquirente se ha convertido en titular, o bien que supone tan sólo una *excepción a la reivindicabilidad* en sentido estricto, de manera que el adquirente no es titular, sino un poseedor *ad usucapionem* especialmente privilegiado, puesto que mientras conserve los bienes en su poder, el propietario –que lo sigue siendo– no podrá reivindicarlos ⁴¹. Creo más acertada esta segunda opción, que –por otra parte– abona el propio precepto al negar la posibilidad de reivindicar a «els propietaris d'un bé moble perdut, furtat, robat o apropiat indegudament», pese a su cualidad de propietarios y por razón de las circunstancias que rodean la adquisición de la posesión del bien mueble por el adquirente. Ahora bien, el hecho de que se trate de cosas perdidas, hurtadas, robadas u objeto de apropiación indebida –sin que, por supuesto, esta condición se subsane porque se vendan en subasta pública o en un establecimiento mercantil– impide en todo caso que el adquirente se convierta en titular del derecho en que se basa su concepto posesorio, debiendo recurrir a la usucapión para adquirir dicha titularidad. Por ello, el dueño lo sigue siendo y el adquirente a título oneroso de buena fe es tan sólo poseedor, por más que su adquisición y su posesión sean inatacables por razones de seguridad jurídica; de ahí que si, con posterioridad, dicho adquirente enajena la cosa a otra persona, el dueño podrá reivindicarla, siempre y cuando el nuevo adquirente lo sea a título gratuito o, siéndolo a título oneroso, haya actuado de mala fe, y siempre y cuando –evidentemente– no se haya consumado la usucapión del adquirente o de quien recibe de éste.

Ahora bien, en rigor, esto es así sólo por lo que se refiere a los supuestos de adquisición en subasta pública, puesto que cuando la adquisición se realiza en un establecimiento mercantil se produce la «prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas» que sanciona el artículo 85 CCO. En este caso, el comprador se convierte efectivamente en propietario de las cosas adquiridas en el establecimiento, por más que se trate de cosas perdidas, hurtadas, robadas o indebidamente apropiadas; pero ello no porque opere «*l'adquisició del dret en què es basa el concepte possessori*» que establece el artículo 522-8 CCCat, sino porque actúa la «prescripción de derecho» regulada por el artículo 85 CCO ⁴².

⁴¹ Se trataría, así, de uno de aquellos supuestos «*en què les lleis determinen la irrevindicabilitat*» a los que alude el artículo 544-2.1 CCCat y en lo que, como consecuencia de ello, no procede el ejercicio de la acción reivindicatoria.

⁴² Como es sabido, esta *prescripción* constituye una innovación que introdujo el Código de Comercio en 1885, y que su Exposición de Motivos justificó en los «intereses

La «prescripción de derecho» del Código de Comercio –que se contrapone a la «prescripción ordinaria» y a la «prescripción extraordinaria» del Código Civil– no deja de ser una ficción legal y encierra una contradicción si con ella se alude a una *prescripción instantánea*, puesto que toda prescripción comporta el transcurso de un plazo de tiempo más o menos largo. Con todo, es una expresión significativa, que se justifica en la relación de equivalencia de la posesión al título que inspira el artículo 464 CC, y que niega la idea de una adquisición de propiedad automática por parte del adquirente, exigiendo que éste –en congruencia con lo establecido en las restantes disposiciones del art. 464 CC– acuda a la prescripción adquisitiva para convertirse en dueño, siquiera sea una prescripción con las características excepcionales –«prescripción de derecho» o «prescripción inmediata»– que le atribuye el artículo 85 CCO⁴³. En este sentido, pues, podría apuntarse una cierta discordancia entre los principios que inspiran el artículo 85 CCO y el artículo 522-8 CCCat, puesto que en este último precepto la adquisición de la posesión comporta –como ya se ha visto– «*l'adquisició del dret en que es basa el concepte possessori*» de forma directa, inmediata y automática, y el adquirente no tiene que recurrir a la usucapión para acceder a la titularidad como exige –a mi juicio– el artículo 464 CC. Pero, evidentemente, tal discordancia no condiciona ni mucho menos excluye la aplicación del artículo 85 CCO y, por ello, el hecho de que el dueño de las cosas muebles perdidas, hurtadas, robadas o apropiadas indebidamente no pueda reivindicarlas del comprador que las haya adquirido «*en un establiment dedicat a la venda d'objectes semblants al dit bé i establert legalment*» no obedece a que dicho comprador se haya convertido en titular a través de «*l'adquisició del dret en que es basa el concepte possessori*», sino a que se ha convertido en titular en virtud de la «prescripción de derecho».

del comercio», que exigen que «todo comprador pueda adquirir las mercaderías que el vendedor tiene en su poder para la venta, con la plena seguridad de disfrutarlas tranquilamente, sin temor a que, una vez apoderado de la cosa comprada, mediante la tradición, se vea molestado por reclamaciones de un tercero, que pretenda tener el dominio o algún derecho real sobre la misma». El derecho mercantil vigente en aquella época, recogido todavía en las Partidas, era incompatible con la naturaleza de las operaciones del comercio y su derogación se consideraba de absoluta necesidad; de ahí que –concluye la Exposición de Motivos– «inspirándose el proyecto [de Código de Comercio] en los principios del Derecho moderno y en el espíritu que domina a las legislaciones de casi todas las naciones cultas, ha consignado la doctrina de que las mercaderías compradas al contado en almacenes o tiendas abiertas al público son irrevindicables». Sobre la cuestión, cfr. ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del artículo 464 CC en Cataluña*, pp. 109 ss., y en particular, pp. 112 ss.

⁴³ Vid. ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del artículo 464 CC en Cataluña*, pp. 110-112.

La acción contra el productor: el artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo¹

JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

RESUMEN

En este trabajo se estudia el régimen jurídico de la acción directa frente al productor en caso de falta de conformidad contemplada en el artículo 10 LGVBC. El legislador español ha decidido establecer una acción directa aunque la Directiva 1999/44/CE no le obligara. Se propone la reconstrucción de su régimen jurídico, oscuro e impreciso, a partir del fundamento de la acción directa y sus analogías con la acción del artículo 15 LCC, con la LRCPD y el contrato de fianza: el productor ocupa una posición de «garante». En particular, se examinan la subsidiariedad legal de la acción, su naturaleza contractual (con particular atención a las excepciones oponibles) y los casos en que procede el regreso.

SUMARIO: I. *Cuestiones generales:* 1. El fundamento de la acción directa. 2. Rasgos principales de su régimen jurídico. 3. La identificación del consumidor y el comprador. 4. La identificación del productor.—II. *La subsidiariedad de la acción directa:* 1. Las perspectivas de la subsidiariedad. 2. Los casos de carga excesiva e imposibilidad de ejercicio: A) La insolvencia del vendedor. B) Los casos de carga excesiva que no exigen requisito complementario alguno. C) La reclamación infructuosa frente al vendedor.—III. *La naturaleza «contractual» de la acción:* 1. El régimen general aplicable. 2. Las razones para inclusión de la reparación y la sustitución y para la exclusión de la reducción del precio y de la resolución. 3. El régimen de excepciones oponibles por el vendedor. 4. La exclusión necesaria de los bienes de segunda mano.—IV. *El derecho de regreso: régimen jurídico.*

¹ En el texto de la Ley 23/2003, de 1 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (LGVBC, en adelante) publicado en el *Boletín Oficial del Estado* (núm. 165, de 11 de julio de 2003) hay una errata aún no corregida. En el párrafo segundo de este precepto, en el que se dice «cesara» y no «cesará», texto que no se corresponde con la redacción definitivamente aprobada por el Congreso de los Diputados, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, A 117-17, 3 de julio de 2003.

I. CUESTIONES GENERALES

El legislador español ha optado por atribuir al consumidor una acción directa («directamente» dice el artículo 10.I LGVBC) contra el productor, con el propósito de mejorar su protección en caso de falta de conformidad o, como dice el artículo 8.2 de la Directiva 44/1999, para «*garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado*». La acción es legalmente subsidiaria respecto a las pretensiones contractuales que ostente el consumidor frente al vendedor, puesto que sólo podrá ejercerla cuando «*le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor*».²

El legislador comunitario en la Directiva 44/1999 no ordenó la acción «directa» contra el productor, aunque sí previno expresamente derechos de regreso entre los distintos componentes de la cadena de distribución para repercutir o distribuir entre ellos la responsabilidad soportada por el vendedor por la falta de conformidad, derechos de regreso que, por otra parte, se configuran como «disponibles», así en el artículo 4 y en el considerando 9.º de la Directiva 44/1999.

No obstante, el establecimiento de una acción de esta clase se había discutido profusamente en los trabajos previos a la Directiva, trabajos que reconocían su eficacia tuitiva para el consumidor, su justificación material y su congruencia con las normas sobre responsabilidad del fabricante. Aunque también se subrayaran las dificultades dogmáticas que entrañaba: sobre todo, la

² La Directiva 44/1999 no regula expresamente la acción directa aunque se muestra favorable a su establecimiento futuro. Así dice su considerando 23.º: «*la legislación y la jurisprudencia en este ámbito demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección; que, a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podría ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable*». En congruencia con este considerando, el artículo 12 dice lo siguiente: «*A más tardar el 7 de julio de 2006, la Comisión procederá al examen de la aplicación de la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo. Dicho informe examinará, entre otros elementos, si procede introducir la responsabilidad directa del productor y, si procede, irá acompañado de propuestas*». Me parece muy significativo que la Directiva sujete la procedencia de la acción a los «defectos de que [el productor] sea responsable», restricción que no está establecida con la contundencia esperable por el legislador español, lo que permite interpretar el precepto con un ámbito de aplicación más amplio, es decir, aquel que afirma que el productor asume «también» el riesgo de insolvencia del vendedor. En todo caso, la acción directa guarda una evidente conexión con la «garantía» convencional que típicamente promete el productor. Un exhaustivo panorama de los distintos Derechos de la Unión Europea puede verse en Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, t. I, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004, pp. 427 ss.

diversidad legal, o la de su acogimiento jurisprudencial, en los distintos Estados de la Unión Europea. Al margen de la probable resistencia de los fabricantes y/o importadores europeos a su establecimiento incondicionado. Estas limitaciones y dificultades, que a la postre han triunfado, aconsejaban posponer la decisión sobre su unificación y así se explica el artículo 12 de la Directiva 44/1999.

Entre las razones que justificaban su establecimiento se afirmaba en el *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* (1993) lo siguiente: «En las modernas sociedades de consumo, basadas en sistemas de producción y distribución masivos, la confianza que los consumidores depositan en los productos que compran, está más ligada a la competencia que atribuyen los fabricantes que a la de los vendedores ... Cuando el defecto de un bien está causado por la fabricación del producto, es injusto que el vendedor, que no influye en modo alguno en el proceso de fabricación y que, en muchos casos, ni siquiera habrá desembalado el producto, sea el único responsable contra quien el consumidor pueda recurrir»³.

³ *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* [COM (93) 509 final, 15 de noviembre de 1993] p. 89. Al amparo de estas razones se propugnó la inclusión de una acción directa en el *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo»* (DOCE C 066, 3 de marzo de 1997). Dictamen que en su artículo 1.4 decía: «La propuesta que ahora se presenta es mucho menos exhaustiva de lo que cabría esperar tras la larga fase preparatoria. En especial, en la propuesta de Directiva no se ofrece indicación alguna sobre las cuestiones que en los trabajos internos previos de la Comisión eran aún objeto de debate: la responsabilidad directa del productor en materia de derechos resultantes de la garantía legal, la definición expresa de la responsabilidad en caso de falta de duración de los productos y, finalmente, todo el conjunto de los servicios postventa». Y así proponía en su artículo 2.5: «Aunque entre productor y consumidor no existe por regla general ninguna relación contractual, la confianza que el consumidor deposita en la marca del fabricante es a menudo el estímulo determinante para la adquisición. Sin embargo, la propuesta de Directiva no concede al consumidor el derecho a recurrir directamente contra el productor. El Comité no ignora los problemas que plantearía esta concesión, especialmente en la elección de los recursos jurídicos. No obstante, el ejemplo de algunos Estados miembros [antes los ha mencionado y son Reino Unido, Grecia y Finlandia], en los que reglamentaciones de ese tipo han probado su eficacia, muestra que estos problemas pueden resolverse de un modo satisfactorio en la práctica. Por tanto, en caso de defectos cuya causa resida en la producción, el Comité propone que se conceda al consumidor el derecho a dirigirse directamente al productor o a su representante regional, cosa que sería especialmente importante en los casos en que el acceso al comerciante es particularmente difícil para el consumidor; como ocurre, por ejemplo, en las compras transfronterizas». Propuesta que no cuajó en la redacción de la Directiva 44/1999. Querría resaltar que se insistía, también en Dictamen, en vincular la responsabilidad del productor explícitamente a los «defectos cuya causa resida en la producción» cosa que no hace la ley española con semejante claridad. Entre nosotros, José Ángel TORRES LANA, «La garantía en las ventas al consumidor», *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (coord.), J. M.^o Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 791-807, en p. 796 justificaba la ampliación de la responsabilidad del fabri-

En realidad el *Libro verde* es un compendio de las razones de la acción directa, así como de los rasgos del régimen jurídico finalmente establecido por el legislador español ⁴.

De este modo, en primer lugar subraya la incongruencia que supondría establecer la responsabilidad del fabricante por daños (Directiva 1985/374/CE) pero no por el inadecuado funcionamiento del producto, más aún cuando la garantía comercial típicamente la ofrece el productor. También afirma, en segundo lugar, que la extensión de la responsabilidad mejora las probabilidades de resarcimiento del consumidor, esto es, supone una «mayor protección», con lo cual los responsables del defecto deberían ser vendedor y fabricante, aunque habría que diferenciar su responsabilidad según la apreciación del defecto (los que sean imputables a las conductas o declaraciones respectivas) distribución de responsabilidad entre ellos que conduce al establecimiento de derechos de regreso. La protección debe asegurarse frente al consumidor, sin detrimento de las reglas sobre la responsabilidad definitiva por el defecto, esto es, qué patrimonio deba soportar definitivamente el coste económico de la responsabilidad.

En tercer lugar, menciona los derechos del comprador frente al fabricante, en particular los derechos a la reparación y a la sustitución, y excluye específicamente la resolución del contrato y la reducción del precio, esto es, los sinalagmáticos.

Por último, califica la responsabilidad del productor como «cuasi subsidiaria» puesto que el consumidor no podrá demandar al fabricante «salvo que sea imposible demandar al vendedor o que esto constituya una carga excesiva», y pone como ejemplos las ventas transfronterizas, la desaparición del vendedor del mercado y su quiebra ⁵.

cante porque el vendedor no controla la producción ni su resultado final (falta de idoneidad de la que no responde el productor en razón del artículo 1257 CC), de modo que la responsabilidad del vendedor la juzga «desmesurada y hasta poco equitativa».

⁴ *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* [1993] pp. 90-91.

⁵ Desde el análisis económico de la Directiva, plantea Fernando GÓMEZ POMAR, «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo: una perspectiva económica», *Indret* 4 (2001) [www.indret.com], pp. 28-29, la polémica sobre las consecuencias de la acción directa, fundamentalmente en la distribución comercial: «*algunos analistas económicos tienden a favorecer la visión de que la responsabilidad directa del fabricante fomentaría los incentivos de aquellos que controlan en último lugar las decisiones sobre el riesgo de defecto del producto (es decir, el propio fabricante) y, además, daría al productor los incentivos adecuados para evitar inclinaciones perversas a hacer uso de minoristas infracapitalizados y potencialmente insolventes. Otros argumentan que los beneficios de subvertir el principio de relatividad del contrato en este ámbito son, como mucho, especulativos, mientras que los costes de transacción y los costes de litigios pueden incrementarse con mucha probabilidad: el riesgo de quiebra de los minoristas es típicamente bajo, y el nivel de las pérdidas de los consumidores debidas al funcionamien-*

Como puede observarse, la Ley española acoge con gran exactitud las conclusiones del Libro Verde y, con ellas, los defectos técnicos que cabe achacarle: en particular, la extrema dificultad para precisar la subsidiaridad de la acción directa (art. 10.I LGVBC, con detalle, *infra* II), los aspectos no resueltos de su régimen jurídico (*infra* III) y la oscuridad de la regla de atribución de responsabilidad contenida en el párrafo segundo, que, interpretada desde el fin de la norma, parece ser un caso de imposibilidad de ejercicio del regreso cuando paga el productor o un caso de regreso necesario cuando paga el vendedor (*infra* IV).

No obstante, debe afirmarse que entre nosotros ya fue propuesta una acción directa en estos casos por Miguel Pasquau, en la senda trazada por la jurisprudencia francesa ⁶.

Probablemente el principal problema de esta acción directa sea que al legislador le ha parecido excesivo reconocer a la garantía legal por la falta de conformidad (establecida en los artículos 4 a 9 y DA única LGVBC) un alcance «idéntico» al de la garantía comercial prevista en el artículo 11, cuando el garante de ésta sea el productor. Si éste puede ser el contenido máximo de la acción, los matices de contenido y requisitos de la acción complican sobremanera su régimen hasta el punto de que no sea exagerado afirmar que las condiciones que establece el artículo 10 son «incomprensibles» ⁷. Por este motivo mi tarea consistirá en «reconstruir» razonablemente (y en la medida de lo posible) el régimen jurídico de la acción. No obstante, el tenor literal de la norma permite una interpretación distinta del precepto (que abarque sin más el riesgo de insolvencia del vendedor) que, aunque se sustente en razones aten-

to defectuoso del producto es también bajo. Y si las relaciones contractuales entre fabricantes y minoristas habitualmente asignan a éstos últimos los costes de las reclamaciones del consumidor, la introducción de la responsabilidad directa del productor frente al consumidor equivaldría simplemente a un sustancial aumento de los costes de transacción y, eventualmente, de los costes de litigio entre los fabricantes y los minoristas.» Según Emilio GONZÁLEZ BILBAO, «La falta de conformidad en la nueva Ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *Estudios de Deusto* 51/2 (2005), pp. 153-169, p. 156, la repercusión sobre el vendedor de las faltas de conformidad provoca un «saneamiento de los circuitos comerciales», puesto que éste pretenderá mejorar su aprovisionamiento de productos y se alineará con aquellos fabricantes que ofrezcan garantía, calidad y servicio.

⁶ Miguel PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, Editora General de Derecho, Madrid, 1989, pp. 145 ss.

⁷ En este sentido se pronuncia, en su jugosa y breve columna, Ángel CARRASCO PERERA, «Redundancia y ruido en las ventas de consumo», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 591 (2003). Sobre el régimen jurídico de la acción directa del artículo 10, en general véase, Margarita CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 289-307 a la que su redacción le parece (p. 306) un «auténtico despropósito desde el punto de vista técnico-jurídico».

dibles (sobre todo al amparo del párrafo primero del artículo 10) a mi juicio no casa con la finalidad de la norma.

1. EL FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DIRECTA

El fundamento de la acción, el porqué se establece, no puede deslindarse de su régimen jurídico: la explicación y su alcance forman un todo inescindible, como le ocurre en general al resto de las variadísimas (en sus razones y régimen jurídico) acciones directas previstas en nuestro Derecho, aunque otra cosa sea que haya (que en este caso no la hay) una perfecta congruencia entre el fundamento de la acción y su régimen jurídico.

La utilidad del fundamento radica en que puede emplearse como herramienta interpretativa para cubrir las lagunas que arrostra el régimen jurídico de la acción (la denominada interpretación conforme a su fin de protección) sobre todo en las siguientes tres cuestiones.

En primer lugar, en lo relativo a la extensión de su ámbito de aplicación, en particular, para decidir si es aplicable también a las ventas de bienes de segunda mano. En segundo término, para determinar el alcance de la subsidiariedad, trascendente para la eficacia práctica de esta acción (art. 10.I). Por último, en la exposición de las excepciones que puede oponer el productor o los sujetos asimilados a éste (art. 10.III) frente al ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica (reparación y/o sustitución) por parte del comprador.

Pero sobre todo sirve para determinar cuál es el ámbito propio de la acción: si la responsabilidad subsidiaria del productor lo es frente a cualquier falta de conformidad o bien sólo cuando los defectos le sean imputables por defectos de fabricación, lo que el párrafo segundo refiere como faltas de conformidad que se justifican en el *«origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan»*.

No me parece que para averiguar el fundamento de esta acción tenga sentido la exposición de los distintos casos legales de acción directa, puesto que responden a razones heterogéneas (en todo caso extrañas a las que justifican la acción que examinamos) y su régimen jurídico, legal o jurisprudencial, está fuertemente influido por aquéllas y todas ellas lo están por el régimen de la acción directa prevista para la subcontratación en el contrato de obra, régimen

que se concentra exclusivamente en el riesgo de insolvencia (art. 1597 CC) ⁸.

Los intentos emprendidos para construir un modelo general para la acción directa, muy meritorios, no desconocen la variedad de sus razones y regímenes pero tampoco alcanzan resultados uniformes. En realidad estos intentos trasladan el problema a la consideración de en qué casos la unidad de la operación económica subyacente a la pluralidad contractual justifica el intercambio de pretensiones (rompiendo la barrera de la relatividad del contrato) y en cuáles debe mantenerse la inmunidad derivada del artículo 1257 CC. Es decir, trasladan el problema a preguntarse cuándo la «conexión contractual» es lo suficientemente relevante para que justifique el que se levante la barrera de la relatividad del contrato ⁹.

Si debemos buscar alguna semejanza de la acción regulada en el artículo 10 LGVBC con las otras acciones directas reguladas en nuestro Derecho (aquellas que permitan su ejercicio más allá del círculo de las partes contratantes) podemos hallarla con la acción «directa» que contempla el artículo 15.1 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC), precepto que permite que el consumidor pueda «*ejercer los derechos que le corresponden frente al proveedor*» también «*frente al empresario que hubiera concedido el crédito*», aunque someta esta posibilidad a ciertos requisitos, que luego enumera ¹⁰.

⁸ Sobre la acción directa en el artículo 1597 CC y en la subcontratación en general, véanse, Federico M. RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Tecnos, Madrid, 1992, cuya posición resume en los *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, sub artículo 1597 CC, pp. 1841-1844; y también Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, Dílex, Madrid, 2003, 4.ª edición, pp. 341-346.

⁹ Entre nosotros, excelente, PASQUAU, *La acción directa en el Derecho español*, 1989, *passim* [brevemente en: «Comentario a la STS 2 de julio de 1997», CCJC 45 (1997), § 1232, esp. pp. 1228-1229]; y luego, Ana LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 1994, pp. 304-318; ambos a partir de la noción «conexión contractual» (la unidad de la operación económica pese a la diversidad contractual) y aceptando, como límite, la acción directa contractual del consumidor/adquirente de bienes de consumo contra el productor. Últimamente, Mariano HERNÁNDEZ ARRANZ, *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, esp. pp. 29-39, subraya la función de garantía o protección del crédito de la acción directa. En nuestro caso, el titular de la acción puede dirigirse no sólo contra su deudor (el vendedor) sino contra un tercero (el productor) que vendrá, con los matices y restricciones que a cada caso convengan, obligado a satisfacer el mismo interés (la entrega de un bien sin defectos). De manera que se satisface un interés propio, nacido de un contrato, a través de la conducta de un tercero.

¹⁰ Este precepto ha sufrido una modificación reciente en la letra b) del número 1 en virtud del artículo 134. 2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social, dirigida a moderar la exigencia de «exclusividad». La ruptura de la regla de la inmunidad, propia de la relatividad de los contratos, necesita de

Aunque guarda con ella algunas diferencias, no son de tanta intensidad que alejen a ambas figuras. La diferencia más sobresaliente entre ellas es la siguiente: en el artículo 15.1 LCC el sujeto pasivo de la acción directa (el financiador o concedente de crédito) es parte contractual del contrato de préstamo y mantiene con el proveedor una específica relación de «exclusividad» o, al menos, un «acuerdo previo» [art. 15.1.b) y c)] relación que hace que pueda prevenir o controlar los riesgos que pesan sobre éste. En el caso de la distribución de bienes no es imprescindible que entre el vendedor final y el productor se haya celebrado contrato alguno (aunque éste sea posible), porque el vendedor puede haber adquirido de un suministrador intermedio. Pese a esta diferencia, la analogía con la acción del artículo 15 LCC nos servirá para justificar el sentido de la integración de las lagunas del artículo 10 LGVBC.

Para constatar esta semejanza expondré las funciones a las que atienden una y otra acción, aunque adelanto que ambas cumplen una función de «refuerzo» de la posición del comprador (acreedor de la conformidad) que puede reconducirse a la propia de las obligaciones fideiusorias y que significan la aplicación de algunas reglas del contrato de fianza ¹¹.

El artículo 10 LGVBC responde a la función de garantía del cumplimiento del contrato, esto es, el derecho al cumplimiento, a la conformidad, se satisface no sólo por el vendedor (obligado contractualmente) «sino también» por el productor, aunque se restrinja a ciertas faltas de conformidad y se someta legalmente al requisito de la subsidiariedad.

Debemos concluir que la acción directa desplaza matizadamente sobre un «tercero» (el productor) uno de los riesgos típicos que soporta el acreedor en cualquier contrato: el riesgo de incumplimiento (en rigor, de «algunos» incumplimientos). Justamente esto es lo que ocurre, según la interpretación más atendible, en el artículo 15.1 LCC, en el que se desplazan los riesgos de incumpli-

razones suficientes para que un contratante (el «tercero») tenga que soportar los riesgos derivados de un contrato que le es ajeno. Por eso el precepto regula la vinculación existente entre contratantes (que desvela la unidad material de la operación económica), vinculación que justifica la ruptura de la regla.

¹¹ También guarda semejanza con el fundamento de la responsabilidad incondicionada del promotor frente al adquirente en los casos que especifica el artículo 17 LOE, que por otra parte se agota en la relación externa frente al adquirente reconociéndose en la relación interna derechos de regreso. Así Encarna CORDERO LOBATO; Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2000, 2.^a edición, sub artículo 9, pp. 197-213, señala como fundamento (p. 204) el siguiente: «los futuros propietarios pueden razonablemente confiar en la idoneidad del inmueble cuando el mismo es el resultado de una actividad de mercado realizada por quien se presenta ante ellos como un profesional del mercado inmobiliario. Y quien participa en el tráfico está obligado a que el resultado de su actividad profesional satisfaga esta expectativa».

miento y también el de insolvencia del proveedor de los bienes o servicios financiados al concedente de crédito o prestamista, riesgos que típicamente soporta el comprador/prestatario.

Desde una perspectiva más amplia, la posición del productor es semejante a la del fiador, puesto que está obligado a pagar una deuda ajena ya constituida sin liberación del deudor originario, en definitiva se obliga (la fuente de su obligación es legal) «a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste» (art. 1822.I CC) ¹².

El examen sucesivo de las características de su régimen jurídico permite constatar la utilidad práctica y buen sentido de calificar la posición del productor como «garante».

En primer lugar, el nacimiento de la responsabilidad contractual del productor es accesoria de la del vendedor (es precisa en todo caso la falta de conformidad) y, en segundo lugar, se consagra una acción de regreso para obtener el reembolso de la obligación ajena satisfecha (arts. 10.IV LGVBC y 1838 CC) salvo que le corresponda definitivamente al productor el sacrificio, porque en la relación interna no haya un título para el reembolso, posibilidad que, como veremos, ocurre en el artículo 10.II, *in fine*, LGVBC cuando la falta de conformidad se «refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan». Si la falta de conformidad se debe a esta causa no nacerá derecho de regreso alguno, pero, simultáneamente, sólo en razón de defectos imputables a estas causas puede ejercerse la acción directa. Como veremos, la regulación del derecho de regreso debe restringirse a las relaciones entre vendedor (responde de una falta de conformidad que no le es imputable) y productor y no viceversa (*infra*, IV).

La confluencia de ambas perspectivas aleja a esta acción directa de las acogidas en nuestro Derecho, entre las más relevantes, las

¹² Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 244-250, desarrolla la cuestión del «incumplimiento y la insolvencia del vendedor como riesgo empresarial del prestamista», perspectiva que le conducirá derechamente a calificar la posición del prestamista como «garante» del vendedor, esto es, deudor de una obligación fideiusoria y sometido, por tanto, al régimen de la fianza, así más detalladamente, pp. 262 ss. y 294-298. Antes, en un sentido semejante en cuanto a la aplicación analógica de algunos preceptos sobre «fianza», Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz/Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 129-130. Últimamente sobre el artículo 15 LCC puede verse, Irene ESCUIN IBÁÑEZ, *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Comares, Granada, 2002, pp. 201-225. No hay asunción liberatoria de deuda (recordemos el regreso) y la asunción cumulativa de deuda impuesta por la ley carece de un régimen jurídico distinto al de la fianza. Sobre esta última afirmación, véase Xabier BASOZABAL ARRUE, «El contrato de asunción de deuda», ADC (2000) I, pp. 83-159, especialmente pp. 121-129. Resalta la función de garantía y su conexión con la fianza, en este caso «legal», HERNÁNDEZ ARRANZ, *La acción directa como instrumento de garantía*, 2005, pp. 135-149.

contempladas en los artículos 1597 CC (en general, en la subcontratación), 17 LOE y 76 LCS que, por otra parte, son exacerbadamente heterogéneas en su fundamento y configuración legal. También aleja a esta acción de las reglas construidas sobre la pluralidad de contratos cuando estamos en presencia de una operación económica única, que exige una propagación de la eficacia/ineficacia de uno de los contratos en el otro, para proteger a una de las partes contratantes, así en el caso del contrato de *leasing* o, antes de la Ley de ordenación de la edificación, en la adquisición de viviendas ¹³.

Por último, puede afirmarse que el fundamento de la acción es semejante, como acreditan los antecedentes del artículo 10 LGVBC en la Directiva 1999/44, al que justifica la atribución de legitimación pasiva como responsables en la responsabilidad civil del fabricante al propio productor y la exclusión del comerciante o intermediario.

Por una parte, el comerciante o intermediario ha perdido paulatina relevancia en el tráfico, sobre todo, carece de facultades de control sobre la utilidad o conformidad de los bienes. Por otra parte, se designa a un responsable fácilmente identificable y probablemente solvente y que puede, en su caso, asegurar su responsabilidad y repercutir el coste ¹⁴.

También en una razón de congruencia entre quienes serán típicamente los garantes [«los que figuren como tales», arts. 11.1 y 3.b) LGVBC] en la garantía comercial y quienes garantizan la conformidad según el régimen legal. Como se ha dicho, aunque formulado en particular sobre las declaraciones públicas del productor [ahora en el artículo 3.1.d) LGVBC]: «*el vendedor es, en la mayoría de los casos, un mero suministrador de bienes, sin apenas capacidad operativa en relación con los mismos, pues todas sus*

¹³ Así, para el *leasing*, se ha reconstruido la eficacia relativa del contrato a través de la subrogación o cesión de acciones y derechos, aun implícita o con justificaciones más o menos detalladas sobre la validez de cláusulas de exoneración de responsabilidad; véase, M.^a del Carmen GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001, especialmente, pp. 180-185 y 195-213. En el caso de las acciones del subadquirente de viviendas frente al promotor (causante del vendedor) la acción directa se ha admitido para evitar que la incomunicación contractual asegurara la inmunidad y la desprotección del adquirente; sobre ello, exponiendo las líneas jurisprudenciales anteriores a la Ley de ordenación de la edificación, un apunte en M.^a del Carmen PÉREZ CONESA, *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, sub artículo 1257 CC, pp. 1460-1462.

¹⁴ Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de bienes de consumo. Primera parte: Opciones, situación actual, condiciones de transposición y análisis de la Directiva» [1999, http://www.uclm.es/post_derecho/2000/materiales/civil/DirectivaGarantias1.doc], pp. 49-51, para quienes el establecimiento de una acción directa protege de la desaparición del mercado del vendedor y también previene su eventual insolvencia.

*características se hallan predeterminadas por el productor, que es, generalmente, quien ofrece la garantía y quien se encarga por tanto, a través de sus delegaciones, de llevar a cabo las reparaciones solicitadas en los bienes de consumo»*¹⁵.

2. RASGOS GENERALES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Las características de la acción directa prevista en el artículo 10 son las siguientes¹⁶. En primer lugar, es legalmente subsidiaria, esto es, el consumidor sólo podrá ejercerla si le es «imposible» o le supone una «carga excesiva» dirigirse contra el vendedor (art. 10.I LGVBC). En segundo lugar, es de naturaleza «contractual», en particular, sólo puede ejercerse la pretensión de cumplimiento en forma específica (reparación y/o sustitución) frente al productor en «*los mismos plazos y condiciones establecidos para el vendedor*», siempre que el defecto sea imputable al productor, esto es, siempre que la falta de conformidad «*se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*» (art. 10.II LGVBC).

Además se regula conjuntamente con la acción de regreso, como derecho con el que se trata de distribuir definitivamente la carga económica de la responsabilidad por la falta de conformidad (art. 10.IV LGVBC) aunque no pueda considerarse estrictamente como rasgo de su régimen jurídico, puesto que no disciplina en qué supuestos puede ejercerse sino cómo se reparten definitivamente entre productor y vendedor, sobre todo, las consecuencias económicas de su ejercicio.

De estos rasgos, la subsidiariedad es el que suscita mayores dificultades y es el que, a mi juicio, determinará en el futuro su eficacia práctica. La acción directa reduce el recurso al régimen de la responsabilidad extracontractual y por otra parte, simplifica la discusión procesal de la responsabilidad o, como se ha dicho con claridad: «*elimina esos inconvenientes, mediante una simplifica-*

¹⁵ CARRASCO/CORDERO/MARTÍNEZ ESPÍN, «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de bienes de consumo. Primera parte», 1999, pp. 109-110.

¹⁶ Por su parte, Mercedes VÉRGEZ SÁNCHEZ, *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 112-122, delimita sus rasgos atendiendo por un lado a los sujetos responsables; por otro al alcance y supuestos de la responsabilidad contractual; y por último al derecho de regreso. Una breve noticia de la acción directa en el artículo 10 puede verse en José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo», *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*, Juan Ignacio RUIZ PERIS (dir.), Estudios de Derecho Judicial 50, CGPJ, 2004, pp. 75-112, especialmente, pp. 104-105.

*ción procesal (permitiendo al interesado dirigirse contra el último eslabón de la eventual cadena de responsables, que no es sino el verdaderamente responsable desde un punto de vista material), y soslayando el riesgo de insolvencia de los deudores intermedios (responsables mediatos), y todo ello por cauces específicamente contractuales»*¹⁷.

Antes de dar cuenta de estos rasgos y del derecho de regreso, que desarrollaremos sucesivamente, deben precisarse dos asuntos que afectan a su ámbito de aplicación: uno es común a toda la Ley, y se refiere a la identificación entre consumidor y comprador (*sub 3*); el segundo se refiere a la identificación del productor (*sub 4*)¹⁸.

3. LA IDENTIFICACIÓN ENTRE EL CONSUMIDOR Y EL COMPRADOR

La mención al «consumidor» no supone la extensión de las facultades contractuales que ostenta el comprador, ni tampoco de la acción directa, a los usuarios materiales o subadquirentes por cualquier título del comprador, siempre que la compraventa no se califique como mercantil (en caso contrario, el comprador «no» es el destinatario final). Cosa distinta es la «garantía comercial» (art. 11) cuyo beneficiario puede ser un adquirente ulterior o el simple usuario, puesto que típicamente la garantía se vincula sin más al producto.

La repetida mención «consumidor» [así, en los artículos 1.I, 2.I, 3.1.c), 3.2, 3.3, 4, 5, 6.a), b), c), 7 y 9.1], en vez de la más exacta «comprador», responde a una finalidad concreta: determinar cuáles son los sujetos protegidos, que no son otros que los «destinatarios finales» (arts. 1.I LGVBC y 1.2 LGDCU). Es más, en

¹⁷ PASQUAU, *La acción directa en el Derecho español*, 1989, p. 129. Estas dos razones (simplicidad y protección frente a la insolvencia) explican también la acción del artículo 76 LCS, Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*; Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), Pamplona, Aranzadi, 2001, 2.ª edición, *sub* artículo 76, pp. 1298-1356.

¹⁸ Debe excluirse de su ámbito la responsabilidad contemplada en el artículo 3.1.d) LGVBC, en el que no hay «refuerzo» alguno sino responsabilidad «directa» y «exclusiva» del productor (por sí o por su representante) que es quien con sus «declaraciones públicas» ha hecho confiar a los consumidores en cuál era la utilidad esperada del bien. Esto es, aquí la conformidad es exigible exclusivamente al productor, de manera que no es una acción que concorra con la acción del comprador sino que el comprador sólo puede ejercer para satisfacer tal falta de conformidad la acción del artículo 3.1.d) LGVBC. Por su parte, para este caso señala que el único medio de que dispone el comprador para dirigirse contra el productor en este caso es la «acción directa» M.ª Rosa LLÁCER MATACÁS, «La garantía en les vendes de béns de consum: anàlisi de la Llei 23/2003, de 10 de juliol», *Revista Catalana de Dret Privat* 4 (2004), pp. 45-92, p. 87.

ocasiones el propio legislador ha mencionado explícitamente al «comprador» [art. 6.e) y f)] o la «decisión del comprador» [art. 3.1.d)] y no al «consumidor». En otras ocasiones, las reglas parten de la condición necesaria de parte contractual del consumidor: así ocurre con nitidez en los artículos 3.1.c) y 9.1.I, *in fine*, LGVBC. Es evidente que el legislador no traza entre consumidor y comprador diferencia alguna y que, por tanto, no debe extenderse a los usuarios o subadquirentes del comprador los derechos que competan al comprador.

4. LA IDENTIFICACIÓN DEL PRODUCTOR

El precepto delimita su ámbito de aplicación, con la «identificación del productor» en el artículo 10.III LGVBC [compárese con el artículo 2.1.d) de la Directiva 44/1999] con la inclusión, por razones atendibles, del «importador» a la Unión Europea y del conocido como productor aparente. Inclusión que es similar a las previstas en otras normas: así, específicamente, en los artículos 26 y 27 LGDCU y en los artículos 4.1.d) y 4.2 de la Ley 22/1994, de 6 de junio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (LRCPD) ¹⁹.

La identificación del «productor» no precisa de mayores comentarios y basta remitirse a aquellos que han expuesto las razo-

¹⁹ Su origen se halla en el artículo 3 de la Directiva 85/374/CE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (*DOCE*, L 210, 7 de agosto de 1985); sobre este precepto de la Directiva, Guillermo ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación al Derecho español)*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 87-114. Véanse, sobre el artículo 4 de la LRCPD, Domingo JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 257-282; M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Tratado de responsabilidad civil*; Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 1221-1229, y Miquel MARTÍN CASALS/Josep M.^a SOLÉ FELIÚ, «Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I)», *Práctica. Derecho de daños*, núm. 9 (2003), pp. 6-34, esp. pp. 30-34. La utilidad de la LRCPD es limitada, puesto que su ámbito objetivo de protección es diverso al de la LGVBC; aun así puede emplearse, por su semejanza, para la identificación de los sujetos responsables y para delimitar el régimen jurídico del derecho de regreso. Por su parte, el artículo 2.d) del Real Decreto 1801/2003, de 26 diciembre, de Seguridad General de los Productos (dentro de las definiciones «Productor»), tiene una delimitación semejante en su número 1.º («El fabricante de un producto cuando esté establecido en la Comunidad Europea. Se considerará también fabricante toda persona que se presente como tal estampando en el producto su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo, o toda persona que proceda al reacondicionamiento del producto») y 2.º («El representante del fabricante cuando no esté establecido en la Comunidad Europea o, a falta de representante establecido en la Comunidad, el importador del producto») pero no en el 3.º («Los demás profesionales de la cadena de comercialización en la medida en que sus actividades puedan afectar a las características de seguridad del producto»).

nes de la asimilación de otros sujetos del tráfico (importadores y productores aparentes, esto es, quienes se presentan al público como tales), así como su delimitación material precisa. No se incluye al «suministrador» (véase, en otro sentido, la DA única LRCPD), que, en nuestro caso, es el «vendedor», pero la discusión sobre la disciplina procesal de su concurrencia nos será útil al examinar la subsidiariedad de la acción directa, así como en la duración del derecho de regreso o reembolso, puesto que la duración es la misma en el artículo 10.IV LGVBC y en la DA única LRCPD y sustancialmente también es igual su *dies a quo* de cómputo.

Como veremos dentro de la acción de regreso, esta identificación del productor no supone una restricción en orden a identificar otros eventuales «responsables» de la falta de conformidad: entre otros, los distribuidores intermedios o los controladores de la producción; véanse, entre otros, los sujetos mencionados en los artículos 78 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes y 70 a 80 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. El ámbito del regreso no se restringe a las relaciones entre vendedor y productor sino también frente a cualquier tercero.

II. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DIRECTA

La acción directa es «subsidiaria», puesto que el consumidor sólo podrá ejercerla si, como dice el artículo 10.I LGVBC, le es «imposible» o le supone una «carga excesiva» dirigirse contra el vendedor. Esta subsidiariedad, que es, desde luego, su rasgo más sobresaliente, está borrosamente configurada, lo que repercute en su régimen de ejercicio sustantivo y procesal. Hubiera sido preferible que el legislador detallara algo más su contenido, sin que sea útil recurrir al artículo 15.1.e) LCC que es un modelo legal igualmente impreciso ²⁰.

²⁰ El artículo 15.1.e) LCC permite el ejercicio de la acción siempre que el consumidor «haya reclamado, judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho». Propiamente es un precepto que nada añade a su consideración como acción subsidiaria, puesto que la posibilidad del ejercicio extrajudicial depende de las reglas generales (las restricciones o exclusiones deben mencionarse explícitamente y además su admisión resulta de una interpretación más favorable para el consumidor, art. 1.1.I LGDCU) y la reclamación infructuosa o la insatisfacción del derecho es *condicio sine qua non* de cualquier acción subsidiaria. La mención a la acreditación por cualquier medio es puramente superflua: no están tasados los medios de prueba en general y además no se aparta de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba. Así se comprende que MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, pp. 313-317, 325-332, se centre en dotar de contenido específico al precepto. No parece que el legislador español haya hecho caso en el artículo 15 LCC al mandato del artículo 11.2.e), *in fine*, de la

Abordaremos sucesivamente las siguientes cuestiones: en primer término, los límites del problema y los argumentos normativos que pueden emplearse para dotar de contenido a la subsidiariedad (*sub* 1). En segundo lugar, la exposición circunstanciada de qué casos pueden considerarse como carga excesiva o imposibilidad para el comprador (*sub* 2). Por último, cómo se manifiesta la subsidiariedad en el régimen de excepciones oponibles por el productor, asunto que se verá dentro de la naturaleza «contractual de la acción» toda vez que tiene mejor acomodo dentro de la defensa frente a la pretensión aunque será inevitable la remisión a alguno de los argumentos que manejemos aquí (*infra* III.3).

1. LAS PERSPECTIVAS DE LA SUBSIDIARIEDAD

Como veremos inmediatamente, precisar los casos de imposibilidad o carga excesiva, su alegación y acreditación «dentro o fuera» del proceso (por quién y cómo) es una tarea cuyos resultados condicionan gravemente los efectos prácticos que pueda tener esta acción directa. Esta vaga configuración, me parece, augura su fracaso pero también se explica por las cautelas del legislador en la extensión de la responsabilidad contractual más allá de las partes del contrato. En definitiva, la subsidiariedad enfrenta a la acción directa con su propia razón de ser y con su principal obstáculo dogmático que no es otro que la relatividad del contrato (art. 1257 CC).

El legislador, en la senda dibujada por los antecedentes legislativos comunitarios del precepto, se inclina por la subsidiariedad tratando de conciliar los siguientes dos extremos, aunque, en sentido estricto, la acción directa se traza en el espacio intermedio.

Por un lado, la exclusividad de la responsabilidad contractual entre las partes contratantes exige que los derechos que deriven del contrato sólo puedan ejercerse entre sus partes (art. 1257.I CC), siendo radicalmente excepcional su extensión a terceros, con los que las partes, o el objeto del contrato, tengan alguna conexión. Y, por otro lado, la responsabilidad contractual directa del productor por la falta de conformidad, al que razonablemente le será imputable en la mayor parte de los casos la falta de conformidad (lo que el art. 10.II LGVBC menciona como «caso» parece ser, más bien, la «regla»), puesto que será quien controle de modo principal la producción y distribución de los bienes de consumo.

Directiva 87/102/CEE, sobre crédito al consumo del que trae causa: «Los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercer dicho derecho».

Todo ello, sin perjuicio del reconocimiento de eventuales derechos de regreso en el caso de que la falta de conformidad sea imputable a otros sujetos de la cadena de producción y/o distribución. El establecimiento de una responsabilidad incondicionada del productor probablemente alteraría los modos de distribución de los bienes y las reglas convencionales que se estipularían para su gobierno.

La subsidiariedad de la acción directa en este caso se separa de la configuración técnica de las acciones directas contempladas en nuestro Derecho que «no» son legalmente subsidiarias, asunto que dificulta sobremanera su alegación para la aplicación analógica ²¹.

Por otro lado, para dotar de significado a este rasgo podemos recurrir a los casos de subsidiariedad «legal», tanto de la acción subrogatoria como de la acción rescisoria por fraude de acreedores (arts. 1111 y 1294 CC, que es una subsidiariedad de remedios legales) y sobre todo al contrato de fianza, aunque convenga distinguir entre accesoriedad y subsidiariedad en la posición del fiador (arts. 1822.I y 1830 CC).

La subsidiariedad no se refiere exclusivamente al ejercicio de distintos remedios legales frente al mismo supuesto (caso de los arts. 1111 y 1294 CC), ni tampoco a que sea necesario agotar en primer término el patrimonio del deudor principal (el vendedor) para después dirigirse contra el deudor directo (el productor) como pudiera defenderse desde una perspectiva restrictiva en el contrato de fianza (art. 1830 CC). La subsidiariedad (patente en el artículo 1822.I CC) se refiere a que debe constataarse primero el incumplimiento de la obligación principal que soporta el deudor para poder exigir al garante el cumplimiento de su obligación, como dice el artículo 1822 I CC «*en caso de no hacerlo éste* [el deudor principal]». Como veremos más adelante, pueden establecerse distintos medios para tal constatación y en su delimitación podrá optarse por una interpretación más o menos favorable para el consumidor ²².

La accesoriedad significa que la subsistencia, validez y extensión de la obligación principal es condición para la subsistencia,

²¹ Aunque sea cierto que la acción directa del artículo 1597 CC exige la reclamación previa infructuosa o, para otros, la previa constitución en mora del deudor inmediato. La alegación analógica exige identidad de razón y semejanza de los supuestos de hecho (art. 4.2 CC): si, como hemos visto, la heterogeneidad de los fundamentos de las distintas acciones es su rasgo más sobresaliente, no lo son menos las diferencias que cabe apreciar entre sus respectivos regímenes jurídicos.

²² Sobre la distinción entre subsidiariedad, accesoriedad y la relación de la primera con el beneficio de excusión, véase, Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 68-69.

validez y extensión de la obligación accesoria, de modo que no puede nacer independientemente y debe constatarse su supuesto de hecho, que será el vencimiento y exigibilidad de la obligación (principal) garantizada.

Resulta extremadamente útil mencionar estos casos toda vez que, como hemos visto, ni el artículo 15.1.e) LCC, ni tampoco el artículo 11.3.b) (reparación «no satisfactoria») o la cláusula 9.^a (reparación que «no fuere satisfactoria o resultare imposible») de la DA 1.^a, ambos de la LGDCU, permiten establecer un listado de supuestos en que procede su ejercicio, porque es patente que el presupuesto necesario del ejercicio de las acciones frente a la falta de conformidad, sea frente al vendedor o frente al productor, dependen de la insatisfacción del interés del comprador. Más aún los últimos supuestos mencionados que, referidos a la reparación, tienen menor valor para nuestro caso en virtud de los vigentes artículos 5 y 6 LGVBC.

Me parece que el contenido de la subsidiariedad (ya se obtenga de su confrontación con las reglas de la acción subrogatoria, de la acción rescisoria por fraude o del mismo contrato de fianza) debe construirse desde la adecuada protección del interés al que pretende servir, protección que es ambivalente.

Por una parte, debe contemplarse el interés del consumidor a no soportar una «carga excesiva» en el ejercicio de la pretensión que satisface su interés primordial (el cumplimiento en forma específica) de manera que los límites a la reclamación previa frente al vendedor, o bien la constatación de su insolvencia, deben establecerse desde esta consideración, que podrían ordenarse también como casos en que le es «inexigible» al comprador dirigirse frente al vendedor, esto es, casos en los que no es razonable imponerle la reclamación previa.

Por otra parte, debe evitarse el riesgo para los productores de una sustitución plena de los vendedores en caso de falta de conformidad, por su (probable) mayor solvencia y (probable) mejor identificación, esto es, el interés de los productores en responder limitadamente, que es lo que la Ley establece. Tal vez, sea preferible atender a este interés en sede de excepciones oponibles a la pretensión del comprador antes que utilizarlo para construir la propia noción de subsidiariedad, sobre todo porque la noción de «imposibilidad» debe manejarse restrictivamente. En buena medida, ya se configure este interés como elemento de la subsidiariedad o bien como excepción oponible, su efecto práctico es semejante.

2. LOS CASOS DE CARGA EXCESIVA E IMPOSIBILIDAD DE EJERCICIO

Los trabajos previos a la Directiva se pronunciaron sobre la acción directa con un lenguaje que el legislador español ha incorporado al texto legal sin depurar ni confrontar dogmáticamente con nuestro Derecho de contratos.

Así el *Libro Verde* calificaba la responsabilidad derivada de la acción directa como «cuasi subsidiaria al no poder el consumidor demandar al fabricante salvo que sea imposible demandar al vendedor o que esto constituya una carga excesiva»; y ponía como ejemplos de esta «cuasi subsidiariedad» las ventas transfronterizas, la desaparición del vendedor del mercado o su quiebra ²³.

El dar cuenta de estos antecedentes tiene por único propósito exponer que el legislador español traslada al texto del artículo 10 LGVBC el fin perseguido con el establecimiento de la acción directa pero sin preocuparse por atribuirle un sentido técnico preciso. Es decir, la importancia de la cuestión exigía un esfuerzo en determinar los casos en que procede, para que sus efectos en la cadena de distribución fueran previsibles y asegurables en esa medida. Es probable que con la redacción vigente los productores aseguren todas las posibilidades y las repercutan a través del precio de los bienes de consumo.

Deben distinguirse varios supuestos matizando que la única pretensión disponible para el comprador es el cumplimiento en forma específica ²⁴: en primer lugar, los referidos a la «insolvencia» del vendedor en los que no podrá satisfacerse la pretensión de cumplimiento «a costa» del patrimonio del vendedor (*sub a*). En segundo término, los que pueden reconducirse a la imposibilidad, dificultad extrema o costes inaceptables de dirigir la pretensión contra el vendedor (*sub b*); y, por último, las que aborden específicamente la falta de conformidad y su reclamación frente al vendedor (*sub c*).

Me parece que el asunto es bastante más simple desde el régimen vigente (extraño a nuestra tradición) de la «carga de denun-

²³ *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* (1993), pp. 90-91.

²⁴ MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, pp. 313-317, 325-332, para quien la clave del entendimiento del artículo 15.1.e) LCC (parcialmente coincidente con el que examinamos) se encuentra en la configuración del prestamista (para nosotros en el «productor») como garante del proveedor (para nosotros el «vendedor») y que detalla los casos de reclamación previa «insatisfactoria», aunque en su caso es de contenido más amplio porque pueden ejercerse todos los derechos que se ostenten frente al proveedor (también los sinalagmáticos) y no sólo el cumplimiento en forma específica (sea la reparación o sea la sustitución).

cia» contemplada en el artículo 9.4.I LGVBC para que subsistan las acciones contra el vendedor aunque carezca legalmente de consecuencias específicas su infracción.

En resumen, y anticipo el sentido que me parece debe asignarse a la subsidiariedad: bastará como regla la reclamación extrajudicial previa insatisfactoria (o infructuosa) frente al vendedor, que se consumará con el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en sus formas de reparación y/o sustitución y con el transcurso de un plazo razonable para su satisfacción voluntaria. Reclamación superflua cuando se acrediten circunstancias que hacen segura (o muy probable) la insatisfacción: así en los casos de insolvencia o de desaparición material o jurídica del vendedor.

Tal vez hubiera sido sensato, desde la finalidad tuitiva de la Ley, enumerar de modo amplio los casos en que procede el ejercicio de la acción directa y reservar al productor la posibilidad de enervar la pretensión cuando lograra que el vendedor satisficiera la pretensión. Es decir, desplazar al productor la carga de acreditar la solvencia o de proceder a la identificación de los vendedores que se hallan bajo su círculo de control, directa o indirectamente.

A) La insolvencia del vendedor

Procederá el ejercicio de la acción directa cuando el consumidor acredite la insolvencia del vendedor, aunque no es razonable que los compradores deban pedir ni la declaración de concurso ni siquiera el reconocimiento de su crédito en el concurso, ni tampoco que deban acreditar la práctica infructuosa de embargos.

La situación de insolvencia del vendedor podrá constatarse por su declaración de concurso a instancia de terceros (o del propio vendedor); también por el fracaso de acciones ejecutivas emprendidas por terceros de las que el comprador tenga noticia o incluso el ejercicio de acciones que presuman la situación de insolvencia (reclamación frente a fiadores o ejecución de garantías reales prestadas por el vendedor). En materia de excepciones veremos cómo es posible que el productor señale bienes bastantes del vendedor (arts. 1832 CC y 589.1 LEC) para evitar la pretensión de cumplimiento en forma específica. Me parece que si aceptamos la suficiencia para el ejercicio de la acción directa de la reclamación infructuosa extrajudicial frente al vendedor, el único interés en examinar la cuestión de la insolvencia reside en detallar en qué casos es sencillamente innecesaria porque el deudor/vendedor es insolvente o es razonable deducirlo de sus circunstancias de tráfico.

B) Los casos de carga excesiva que no exigen requisito complementario alguno

En segundo lugar, aquellos casos que cabe calificar como «carga excesiva» para el comprador y que, acreditados, no exigen reclamación complementaria alguna: así, la desaparición jurídica o material del vendedor, bien sea por disolución, bien por cese de actividad, bien por deslocalización o porque su localización es ardua o muy difícil, como ocurre en los casos de venta transfronteriza. También debe entenderse incluidos los casos en que los «costes judiciales del ejercicio de la acción frente al vendedor» sean excesivos no tanto por su cuantía (que no satisfará el comprador cuando ejerza su derecho fundadamente, toda vez que rige el principio del vencimiento, art. 394 LEC) como por los costes temporales y de administración de la pretensión que le harán desistir probablemente de su ejercicio²⁵.

No parece necesario imponer un ejercicio judicial insatisfactorio frente al vendedor (ni siquiera en los casos de mayor valor de los bienes de consumo adquiridos) bastando la reclamación extrajudicial infructuosa o acreditando la falta de ejecución del laudo arbitral de consumo.

C) La reclamación infructuosa frente al vendedor

El supuesto más común de subsidiariedad se referirá al fracaso de la pretensión de cumplimiento en forma específica frente al vendedor (arts. 5, 6 y 10.II LGVBC) de manera que la reclamación es insatisfactoria o infructuosa. Las cuestiones que deben examinarse en este punto son dos: la primera, se refiere a si es necesario el ejercicio judicial o si basta el extrajudicial; la segunda consiste en fijar en qué casos debe considerarse «infructuosa» o «insatisfactoria» la reclamación²⁶.

En primer término, no hay razones para restringir la subsidiariedad a los casos de ejercicio judicial: en defecto de expresión legal expresa (y en razón del principio favorable también a su ejer-

²⁵ Salvo para el caso de arbitraje cuando éste se constituya en virtud de una declaración pública anterior del vendedor en razón de la gratuidad del arbitraje de consumo.

²⁶ Hay otra cuestión que es superflua y que ya hemos visto reflejaba en el artículo 15.1.e) LCC, me refiero a la acreditación de la reclamación contra el vendedor/proveedor. Es superflua porque su resolución no difiere de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba cuando las partes pueden disponer sobre la materia controvertida: artículos 216 y, sobre todo, 217 LEC.

cicio) debe entenderse suficiente el ejercicio extrajudicial que, en materia de consumo, será lo más común.

El segundo asunto es más complejo de decidir: cuándo la reclamación es «infructuosa», puesto que depende de la conducta del vendedor reclamado y del tiempo en que trate de cumplir. Será infructuosa la reclamación al menos en los siguientes casos: cuando haya negativa expresa o retraso inadmisibles en contestar por parte del vendedor; cuando la reparación sea defectuosa; cuando haya un retraso inadmisibles en la reparación o en la sustitución; o cuando sea evidente que le es imposible la reparación o sustitución porque o bien no tiene condiciones técnicas para hacerlo por sí mismo, para la primera, o bien carece de bienes disponibles, para la segunda.

III. LA NATURALEZA «CONTRACTUAL» DE LA ACCIÓN

El consumidor puede ejercer frente al productor exclusivamente la pretensión de cumplimiento en forma específica (reparación y sustitución, arts. 5 y 6 LGVBC) en «*los mismos plazos y condiciones establecidos para el vendedor*» (art. 10.II LGVBC)²⁷. En este punto deben examinarse las siguientes cuestiones.

En primer lugar, el régimen general aplicable a la acción que no es otro que el «contrato» entre comprador y vendedor (sin que se haya establecido limitación alguna a la aplicación de los artículos 5 y 6) o, con más precisión, el contrato integrado por el régimen legal imperativo solo si la falta de conformidad procede del «*origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*», de modo que la acción directa no puede ejercerse cuando las faltas de conformidad le son imputables al propio vendedor (manipulación) o a un tercero distinto del productor (transporte, instalación no controlada por él) (*sub 1*).

En segundo lugar, las razones para la inclusión de la pretensión de cumplimiento en forma específica (reparación y sustitución) y para la exclusión de los remedios sinalagmáticos por una parte, así como de la eventual indemnización de daños, por otra (*sub 2*).

²⁷ La mención del «vendedor» en el artículo 5. 2 LGVBC no es excluyente, puesto que el artículo 10 cumple también la función de señalar como obligado de la obligación de entrega de cosa conforme al «productor».

En tercer lugar, el difícil problema de las excepciones oponibles por el productor, problema que se vincula inmediatamente a los anteriores y que tiene repercusiones evidentes en el régimen de la acción de regreso (*sub 3*).

Y, por último, la aplicación (legal, puesto que no hay excepción expresa) o inaplicación (deseable y que tal vez puede lograrse a través de una interpretación que reduzca el sentido literal de la norma) de esta acción a las compraventas de bienes de segunda mano (*sub 4*).

1. EL RÉGIMEN GENERAL APLICABLE

El artículo 10.II LGVBC somete el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica (reparación y sustitución) a «*los mismos plazos y condiciones establecidos para el vendedor*»²⁸. Se remite, por tanto, al régimen jurídico establecido para la disciplina legal de las relaciones entre vendedor y comprador sin restricción alguna, tanto en la carga de denuncia como en la suspensión y transcurso de los plazos de garantía legal y prescripción de los derechos (art. 9 LGVBC). Como he afirmado más arriba, el comprador que pretenda ejercer esta acción debe haber informado sobre la falta de conformidad al «vendedor» en los dos meses siguientes a su conocimiento, porque la finalidad de la carga se limita a la salvaguardia de la posición del vendedor.

La remisión sin restricciones a este régimen supone la sustitución del productor en el lugar del vendedor en los diferentes supuestos que se acogen en los artículos 5 y 6 LGVBC: así, por ejemplo, para juzgar la desproporción de la forma de «saneamiento» (art. 5.2 LGVBC) debe referirse a la situación del productor y no a la del vendedor. En todo caso, no responde de toda falta de conformidad sino sólo de las que le sean imputables en razón del «*origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*» (art. 10.II LGVBC), excepción que es semejante a la establecida en el artículo 27.1.a) LGDCU.

²⁸ Son útiles las reflexiones de MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, pp. 344-349, sobre el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica por el comprador frente al prestamista/concedente de crédito distinguiendo entre la reparación y la sustitución.

2. LAS RAZONES PARA INCLUSIÓN DE LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN Y PARA LA EXCLUSIÓN DE LA REDUCCIÓN DEL PRECIO Y DE LA RESOLUCIÓN

Con la mención de los dos aspectos de la pretensión de cumplimiento en forma específica, se excluyen simultáneamente los remedios sinalagmáticos, esto es, la reducción del precio y la resolución, acogidos en los artículos 7 y 8 LGVBC. Se excluye también la indemnización de daños contractuales, indemnización esta última cuyo reconocimiento y alcance se decide conforme al Derecho de contratos común, según se advierte en el párrafo segundo de la DA única LGVBC.

Esto es, sólo se tutela la satisfacción del interés primordial del consumidor que se sustancia en la entrega de un bien conforme que será, probablemente, el derecho que se proteja con la garantía «comercial». En otros casos, el legislador se había inclinado por atender a «todos» los derechos e intereses derivados del contrato (como sucede en el art. 15.1 LCC) aunque en ellos concurre un grado de conexión económica mayor entre los sujetos afectados al probable en el supuesto que examinamos. Recuérdese que el artículo 15.1.b) LCC exige el «acuerdo previo» en las relaciones para las adquisiciones financiadas, haya o no concertación en «exclusiva». Aunque también puede afirmarse que no hubiera sido descabellado extender la acción directa a cualquiera de los remedios comprendidos en los artículos 4 a 8 LGVBC²⁹.

Con todo, pueden ofrecerse dos argumentos para justificar la exclusión de los remedios sinalagmáticos. En primer lugar, desde el fin perseguido por la acción directa, puesto que el control sobre la conformidad reposa, por hipótesis, sobre el productor (es un riesgo de su propio tráfico) y es a quien puede reclamarse que satisfaga el interés primordial del comprador. Más aún, típicamente las faltas de conformidad le serán imputables, esto es, lo frecuente serán los que cabe denominar «defectos de fabricación», por los únicos por los que responde (art. 10.II LGVBC).

En segundo lugar, desde la prohibición del enriquecimiento sin causa, toda vez que en los remedios sinalagmáticos se obligaría al productor al reembolso total o parcial de las prestaciones ya satisfechas por el comprador (sea restitución o bien reducción del precio, arts. 7 y 8 LGVBC y 1486 a 1488 CC) cuando el productor «no» las ha recibido.

²⁹ Por su parte, a CASTILLA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, 2005, pp. 296-297, le parece «injustificada» la exclusión de la reducción del precio y de la resolución.

Por otra parte, la exclusión de la indemnización del daño se justifica en una razón de pura congruencia normativa puesto que está excluida en general del régimen de la falta de conformidad (DA única párrafo primero LGVBC), exclusión que acarrea no pocas dificultades.

3. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL VENDEDOR

Un agudo problema es establecer cuáles serán las excepciones que pueda oponer el productor frente al ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica por el comprador. Es otro asunto no resuelto en el régimen jurídico de la acción directa, en el que, por otro lado, se evidencia la inutilidad práctica de recurrir a las acciones directas admitidas en nuestro Derecho en razón de su diversidad. A mi juicio, el asunto de las excepciones junto con la delimitación de la subsidiariedad son las dos claves de este precepto y de su eventual utilidad práctica.

La delimitación de las excepciones oponibles debe abordarse desde la consideración del productor como «garante» (sujeto pasivo de una obligación fideiusoria de fuente legal, arts. 1824, 1826, 1830 a 1835, 1842, 1845, 1847, 1849, 1851, 1852, 1853 y 1856 CC)³⁰ además de enumerar aquellas otras que se refieren a la propias condiciones de la acción, sobre todo su subsidiariedad.

En materia de excepciones oponibles, el productor puede rehusar el cumplimiento por las mismas razones que asistieran al vendedor (se justifica en la accesoriedad) en tanto que el régimen al que se somete la acción directa es el mismo, esto es, la acción directa por falta de conformidad se sujeta a «los mismos plazos y condiciones establecidos para el vendedor» (art. 10.II LGVBC). No obstante, en los casos en que la falta de conformidad no le sea imputable al productor deberá alegarlo como excepción y no debe establecerse como presupuesto de la propia acción directa, en razón de que, de hacerse de tal modo, el comprador soportaría una carga probatoria excesiva (debe bastarle la alegación de la falta de conformidad) y puede alegarse para justificar esta posibilidad las

³⁰ CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2002, pp. 81-86, califican expresamente como un caso de obligación fideiusoria de origen legal a la que soporta el concedente del crédito en el artículo 15 LCC, además de establecer cuáles son los preceptos aplicables a obligaciones de esta clase.

reglas que modulan la carga de la prueba, en particular el principio de facilidad probatoria (art. 217. 6 LEC)³¹.

Por su parte, la oponibilidad de las excepciones referidas a la validez del contrato o aquellas otras que puedan justificarse en título distinto (existente entre vendedor y consumidor o entre consumidor y productor) debe decidirse al amparo del fundamento de la acción, de su articulación técnica como subsidiaria y de las normas comunes (arts. 1148, 1302 y 1853 CC, sobre todo) en las que puede asimilarse al productor a un «garante» del vendedor.

El problema de las excepciones oponibles repercute en el alcance del derecho de regreso, esto es, existe una carga de ejercicio y/o comunicación previa para que no puedan ser opuestas a su vez en el ámbito de la acción de regreso (art. 1840 CC) (*infra* IV).

En resumen, el productor podrá oponer las excepciones relativas a la propia obligación garantizada (existencia, subsistencia y alcance) y las relativas a su propia posición, esto es, si concurren o no las condiciones para el nacimiento de su responsabilidad (*subsidiariedad*) y probando que el defecto no le es imputable.

Las excepciones que puede oponer en su condición de garante son las siguientes³²: en primer lugar, las excepciones que dependen de la naturaleza accesoria de su posición (arts. 1835, 1851 y 1852 CC). En segundo lugar, cuando concurren causas de extinción de la obligación principal que el vendedor no ha hecho valer (art. 1853 CC) aunque debe matizarse con las excepciones puramente personales del vendedor (arts. 1148, 1302 y 1824 CC), materia en la que hay que conciliar el artículo 1302 CC (que legitima al obligado subsidiario al ejercicio de la anulación contractual) con los artículos 1148 y 1824 CC que parecen restringir el ejercicio de excepciones puramente personales o cuya decisión sobre su ejercicio sea personalísimo al sujeto que padezca o sufra el vicio o circunstancia que justifique la anulación (el obligado principal). Por último pueden añadirse las que deriven de las relaciones entabladas por otro título entre productor y comprador.

Desde un punto de vista práctico, las excepciones que se opondrán por el productor se referirán a la subsidiariedad (si debe o no responder *iure proprio*) y a la existencia e imputabilidad de la falta de conformidad.

³¹ Por su parte, CASTILLA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, 2005, p. 305, funda la inversión de la carga de la prueba en la analogía del supuesto con el artículo 27.1.a) LGDCU.

³² Sigo la exposición de CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2002, especialmente, pp. 149-157, 175-181 y 225-249, y allí más referencias bibliográficas.

4. LA EXCLUSIÓN NECESARIA DE LOS BIENES DE SEGUNDA MANO

El legislador no ha excluido explícitamente del ejercicio de la acción directa los casos de compraventa de «bienes de segunda mano», puesto que la remisión del artículo 10.I LGVBC comprende también el supuesto regulado en el artículo 9.1.I LGVBC. De manera que, en defecto de exclusión expresa, debe entenderse vigente la acción en este supuesto, si bien sólo podrá ejercerse la pretensión de reparación, puesto que está excluida la sustitución [art. 6.e) LGVBC] en tanto que los bienes de segunda mano son siempre cosas específicas o «infungibles»³³.

La exclusión de la acción directa está plenamente justificada desde la perspectiva de política legislativa (como ahora expondré), pero resulta algo más complicado fundamentarla técnicamente, sobre todo haciendo uso del (relativamente arbitrario) expediente de la reducción teleológica, de manera que se establezca que el fin de protección de la norma excluye este tipo de bienes.

Las razones para rebatir la oportunidad político-legislativa de extender a los bienes de segunda mano («usados») el régimen de la acción directa son, a mi juicio, las siguientes. En primer lugar, el productor «no» controla absolutamente la distribución. Debemos recordar que esta Ley regula la compraventa de bienes de segunda mano cuando su puesta en circulación es por un profesional de su tráfico (art. 1.II LGVBC) y en este caso el productor no puede controlar contractualmente ni de modo directo ni indirecto al vendedor (cosa que sí ocurre en los casos de distribución de bienes nuevos y puede ser la razón última de la garantía legal) y tal vez se le coloca en una posición excesivamente gravosa en el ejercicio y/o prevención de acciones de repetición.

En segundo lugar, no parece razonable que su responsabilidad se extienda en el tiempo más allá de la garantía legal que soporta desde la puesta en circulación del bien nuevo. Esto es, debería restringirse a las mismas razones y tiempos que la garantía legal y/o comercial. El productor de bienes nuevos sólo soporta el riesgo de los defectos de conformidad que se manifiesten en los dos años

³³ Por su parte, VÉRGEZ, *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, 2004, p. 118, señala que: «*nada se ha dicho en la Ley, pero evidentemente se trata de aspectos difícilmente trasladables a la venta de bienes de segunda mano*», citando en nota el § 478 BGB que restringe los derechos de regreso a la compraventa de cosas de «nueva fabricación». Probablemente la aplicación de la acción directa en la compraventa de bienes de segunda mano no es una decisión consciente del legislador. En todo caso debe añadirse a los numerosos defectos que padece en general el régimen de la compraventa de bienes de segunda mano.

siguientes a su puesta en circulación en sentido estricto, esto es, su transmisión a consumidores para su uso o disfrute («desde su entrega», dice el art. 9.1.I *pr* LGVBC). Esos dos años son un periodo de tiempo máximo absoluto con independencia de la clase de puesta en circulación, sea como bienes nuevos o si antes de que transcurra ese plazo se incorporan al tráfico profesional de bienes de segunda mano. Lo contrario sería absurdo: el productor de bienes vería prolongada su responsabilidad por el hecho de que los bienes se han integrado en el tráfico profesional de bienes de segunda mano.

Por último puede argumentarse con la misma razón de ser de la acción directa, ausente en el mercado profesional de los bienes de segunda mano, puesto que para estos bienes la confianza sobre su conformidad o utilidad reposa exclusivamente en su vendedor profesional.

IV. EL DERECHO DE REGRESO: RÉGIMEN JURÍDICO

La acción directa se regula conjuntamente con el derecho o acción de regreso (art. 10.IV LGVBC), acción ésta que tiene como propósito distribuir de modo definitivo la carga económica de la responsabilidad por la falta de conformidad sobre quien fuera el responsable (a quien le fuera imputable tal falta) en la cadena de producción o distribución. De esta manera, cuando la acción directa tiene éxito no cabe que el productor ejerza acción de regreso alguno, porque su responsabilidad sólo nace cuando el defecto le es imputable.

En sentido estricto es una norma extraña al fin de protección de esta Ley porque nada tiene que ver con la protección del consumidor y su inclusión en la regulación de la acción directa sólo se justifica por razones sistemáticas y de armonía legislativa³⁴. Probable-

³⁴ También el legislador italiano lo ha regulado, aunque lo haya restringido al derecho de regreso del vendedor frente al responsable, en el artículo 1519 *quinquies* de su Código Civil que bajo la rúbrica «diritto di regresso», dice «[I] *Il venditore finale, quando è responsabile nei confronti del consumatore a causa di un difetto di conformità imputabile ad un'azione o ad un'omissione del produttore, di un precedente venditore della medesima catena contrattuale distributiva o di qualsiasi altro intermediario, ha diritto di regresso, salvo patto contrario o rinuncia, nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili facenti parte della suddetta catena distributiva.* [II] *Il venditore finale che abbia ottemperato ai rimedi esperiti dal consumatore, può agire, entro un anno dall'esecuzione della prestazione, in regresso nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili per ottenere la reintegrazione di quanto prestato.* Ofrece un listado de las dificultades del régimen jurídico del derecho de regreso en el Proyecto de Ley, M.^a Paz GARCÍA RUBIO, «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, núm. 5747 (2003), D 71, *sub* VII. La

mente ésta es la razón por la que el legislador no estimó conveniente su introducción en el artículo 15 LCC, aunque, pese a ello, se ha propugnado su vigencia en esa sede al amparo del principio de enriquecimiento sin causa³⁵.

El fundamento del derecho de regreso es doble: por una parte, el Derecho de contratos común impide al vendedor exonerarse por fallos de terceros y, por tanto, debe establecerse una regla expresa para distribuir la carga económica de la responsabilidad en razón de su imputación. Dicho de otro modo, el coste de la falta de conformidad debe ser soportado por aquel al que le sea imputable, semejante al derecho de regreso establecido en los artículos 17 (incisos 5, 6 y 7) y 18 LOE que repetidamente declaran el reconocimiento de los derechos de regreso contra el/los finalmente responsable/s³⁶.

Regla que sirve exclusivamente para el vendedor. El productor, pese a que en su condición de «garante» tendría derecho al reembolso o reintegro de lo pagado (arts. 1210. 3.º, 1838 y 1839 CC), no disfruta de tal derecho en el caso del artículo 10 LGVBC, puesto que carece de título para ello, en la medida en la que paga sólo

parquedad del precepto no puede suscitar más que críticas, como dice Javier LETE ACHIRICA, «La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo», *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 195-225, p. 221-222, que ofrece, también, un listado de los problemas no resueltos por el precepto.

³⁵ Así, bajo el epígrafe «posterior reclamación del prestamista al vendedor», MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, 2000, pp. 366-369.

³⁶ Según la doctrina más atendible, en nuestro Derecho de contratos común no le cabe al vendedor alegar frente al comprador como causa de exoneración de su responsabilidad contractual que el defecto es imputable a la fabricación y/o distribución del bien corporal (no exoneran los denominados «fallos del proveedor») si acaso, excepcionalmente, cuando el comprador no tenga ningún poder de elección o influencia (casos del proveedor monopolista). En todo caso esta alegación se referiría a la pretensión indemnizatoria, puesto que en la acción de cumplimiento (como la que acoge el artículo 10 LGVBC) es irrelevante que el incumplimiento sea o no imputable al vendedor, puesto que sus límites son la buena fe y la excesiva onerosidad, de los que ahora da cuenta el artículo 5. 2 LGVBC. Véase Fernando PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *ADC* (1991) III, pp. 1019-1091, pp. 1046-1047 y 1071; *idem*: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993) IV, pp. 1719-1745, p. 1729. Detalla la exoneración de la indemnización por fallos del proveedor en el ámbito de la CNUV, Pablo SALVADOR CODERCH, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Luis Díez-PICAZO (dir. y coord.), Civitas, Madrid, 1998, sub artículo 79, pp. 635-656, pp. 648-651; y, también, Ángel CARRASCO PERERA, *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI-1.º, Manuel ALBALADEJO (dir.), Edersa, 1989, sub artículo 1104 CC, p. 625. Este mismo criterio aplicado al artículo 10 LGVBC lo afirma Fernando PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, José Manuel BUSTO LAGO (coord.)/ Natalia ÁLVAREZ LATA/Fernando PEÑA LÓPEZ, Thomson Aranzadi/Instituto Nacional de Consumo, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 403: «tanto si el defecto es de fabricación, como si se debe a la manipulación del vendedor; el sujeto responsable siempre será este último, con independencia de que después pueda ejercitar la acción de regreso contra el verdadero causante del defecto».

cuando la deuda es «propia», por cuanto los defectos le son imputables (art. 10.II, *in fine*, LGVBC)³⁷.

La segunda razón para su establecimiento radica en la ineficacia de los remedios legales comunes para que el vendedor pueda repercutir la responsabilidad derivada de la falta de conformidad, sobre todo porque los contratos de compraventa celebrados con el productor o el revendedor anterior son típicamente «mercantiles», en las que las acciones de saneamiento se sujetan a breves plazos de ejercicio y, además, el comprador soporta la carga de denuncia previa del vicio (arts. 336 y 342 C de C).

En el derecho de regreso se suscitan, a mi juicio, las siguientes cuestiones de régimen jurídico:

a) En primer término, cuándo nace el derecho de regreso, esto es, cuáles son los criterios de imputación para identificar al responsable, asunto que remite a las reglas comunes que invitan a elegir el criterio de la esfera de control. Es decir, si la falta de conformidad se produjo, al margen de consideraciones subjetivas, bajo la esfera de control de alguno o algunos de los sujetos que intervienen en el proceso de producción y distribución (defecto de conservación, defecto de transporte, defecto en los controles de calidad, defecto de fabricación). Puesto que la responsabilidad del vendedor se agota en la relación externa (frente al comprador), pero debe distribuirse conforme a los criterios de imputación comunes en la relación interna³⁸.

b) En segundo lugar, cuál es el contenido o alcance del derecho de reembolso, esto es, qué partidas comprende. Parece restringirse a los gastos de reparación y/o sustitución sin perjuicio de que quepa también, aunque con otro fundamento, ejercer acciones indemnizatorias (DA única, párrafo segundo, LGVBC). Se reembolsa lo «pagado» para satisfacer el interés primordial de la conformidad (arts. 1145 y 1838 CC). Siempre que tales gastos sean necesarios para la reparación y/o sustitución, siendo irrestituibles por tanto los gastos superfluos o aquellos que no hayan conducido al resultado esperado: así cuando fracasa la reparación por razones imputables a quien repara [art. 6.e) y f) LGVBC].

c) En tercer lugar debe responderse a la pregunta de cuáles son los sujetos activo (sólo se prevé el vendedor) y pasivo (el «res-

³⁷ Sobre el derecho de regreso del fiador, CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2002, pp. 253-274.

³⁸ Al igual que ocurre en el artículo 17 LOE, así afirma, con razón, CORDERO, CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la LOE*, 2000, 2.ª edición, sub artículo 17, p. 324, «el criterio que permite imputar la responsabilidad al promotor (expectativa creada en el adquirente por su intervención decisoria como profesional de la edificación, ...) se agota en la relación externa».

ponsable») del derecho de regreso. Asunto en el que se impone, sobre todo, ofrecer una explicación razonable al artículo 10.II, *in fine*, LGVBC (en la medida en que puede inducir a pensar que «también» el productor disfruta del derecho de regreso) y también delimitar las excepciones oponibles por el sujeto pasivo del regreso sobre todo cuando el titular no opuso en la reclamación principal medios de defensa.

En este punto conviene, por tanto, distinguir varios supuestos, en los que puede que además del regreso existan reglas convencionales porque sean, además, los sujetos de la acción de regreso partes de un contrato de compraventa o de distribución:

i) «Regreso del vendedor frente al productor», donde deberá atenderse casi con seguridad a cláusulas contractuales expresas que configuren directa o indirectamente la posibilidad de reclamar (sobre su control, *infra f*).

ii) «Regreso del vendedor frente al responsable, cuando no es el productor», con otro distingo, entre el listado de los eventuales responsables. En este punto, el criterio para distribuir la carga cuando sean varios los que concurren (el defecto se debe a una incorrecta conservación del distribuidor y a un defectuoso manejo del transportista) debe ser el general, también en materia de responsabilidad cuando hablamos de la relación interna, que es la distribución según su contribución (si es individualizable) y no la solidaridad (arts. 1138 y 1139 CC).

iii) El límite al derecho de regreso que contempla el artículo 10.II, *in fine*, LGVBC es sustancialmente coincidente con la fórmula del artículo 27.1.a) LGDCU. Cuando la falta de conformidad se refiera «*al origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*» no nace en cabeza del productor, la acción de regreso porque este criterio de imputación hace que sea definitiva la atribución «también» en la relación interna. Aunque otra cosa pudiera deducirse del párrafo primero del artículo 10 LGVBC, su propia razón de ser obliga a interpretar la imposibilidad de regreso del productor. Si la falta fuera imputable a un tercero el productor lo opondrá como excepción³⁹.

³⁹ En este sentido, VÉRGEZ, *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, 2004, p. 116, señala que sólo responde en ese caso, de manera que «no responde de las faltas de conformidad que en cada contrato en concreto hayan sido pactadas por las partes, ni de las que se deban a vicios o defectos que se han [hayan] producido durante el proceso de distribución». Sigue esta línea, LLÁCER, *Revista Catalana de Dret Privat*, 4 (2004), p. 85.

Por último, en cuanto a las excepciones oponibles es aplicable en el regreso lo que establece el artículo 1840 CC en la medida en que quien responde frente al comprador, el vendedor, ocupa una posición de garante respecto al responsable: podrán oponerse las excepciones que no se hubieran opuesto debidamente contra la pretensión principal, siempre que se haya informado diligentemente sobre ellas, aunque sea difícil establecer los cauces precisos para el cumplimiento de tales deberes de información ⁴⁰.

Regla que pretende la protección del sujeto pasivo del regreso (deudor del reembolso), de manera que no se encuentre en una posición peor que la que ocuparía de haber sido él el reclamado, sobre todo cuando el agravamiento de su posición sea imputable al acreedor del reembolso.

d) El ejercicio del regreso junto con las acciones derivadas de la falta de conformidad. El problema puede describirse así: si cabe el ejercicio de la acción de regreso, por razones de economía procesal, acumulándola a la pretensión del comprador frente al vendedor (no se descarta el regreso en caso de acciones de cumplimiento) a través de la «llamada en garantía» o intervención provocada por el demandado, el vendedor, que llamará al productor o bien al tercero responsable. El vendedor no puede oponer como excepción a su falta de responsabilidad que el defecto es imputable a un tercero, pero puede tratar de repercutir en el mismo procedimiento el coste económico de la pretensión del comprador sobre el finalmente responsable, sin tener que acudir a un procedimiento ulterior.

Desde luego, la admisión de esta posibilidad reduciría la multiplicación de procedimientos ⁴¹, aunque las reglas generales en sede procesal (art. 14. 2 LEC), así como otros supuestos legales (caso de la DA 7.^a LOE o los artículos 1084.II y 1482.I CC) parecen dificultar esta posibilidad. No obstante serán probables mecanismos de seguro o de repercusión contractual que hagan innecesario el recurso a estas alambicadas fórmulas procesales en cuantías de escasa importancia.

e) La prescripción y *dies a quo* del derecho es de un año «a partir del momento en que se completó el saneamiento», este *dies a quo* es el común a los derechos de regreso (el «día del pago», así, los artículos 1145, 1839 CC y 12.1 *in fine* LRCPD) siendo excepcional, por tanto, el *dies* fijado en el artículo 18. 2 LOE.

⁴⁰ Sobre las excepciones oponibles en el regreso, CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2002, pp. 270-274.

⁴¹ CARRASCO/CORDERO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de bienes de consumo. Primera parte*, 1999, pp. 51-54.

La semejanza del plazo establecido (en su duración y *dies a quo*) con lo previsto para la repetición en la Ley 22/1994 (art. 12, *in fine*) permite que recurramos a esta última para completar su régimen y es otro argumento más para confirmar el parentesco que el propio legislador ha establecido entre la responsabilidad del productor regulada en la LRCPD y la propia del artículo 10 LGVBC⁴².

No se establece su naturaleza (si es plazo de prescripción o caducidad) pero debemos suponer, por pura coherencia con la propia Ley (art. 9.3 LGVBC) y con otros derechos de regreso (más allá, por tanto, del artículo 1964 CC) que se trata de un plazo de «prescripción».

f) El carácter disponible de la norma que establece el regreso se justifica en sus antecedentes (Considerando 9.º y art. 4 de la Directiva 44/1999) y en que es una materia extraña a la protección del consumidor/comprador.

Este asunto nos conduce al control de contenido en los contratos celebrados entre profesionales, puesto que, probablemente, el productor establecerá cláusulas de exoneración de responsabilidad en las relaciones internas, semejantes a los pactos sobre exclusión del saneamiento admitidos en el Derecho común de contratos (art. 1485.II CC) pero sometidos a restricciones dentro de la disciplina de condiciones generales (así, la cláusula 9.ª, DA 1.ª, LGDCU). Hubiera sido deseable disciplinar en este ámbito el control de contenido de tales estipulaciones y no remitir la validez de las restricciones o exclusiones a las cláusulas generales de control, que en este punto son palmariamente ambiguas (art. 8 LCGC)⁴³.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, Guillermo: *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación al Derecho español)*, Civitas, Madrid, 1990.

BASOZABAL ARRUE, Xabier: «El contrato de asunción de deuda», *ADC* (2000) I, pp. 83-159.

CARRASCO PERERA, Ángel: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI-1.º, dir. Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Edersa, 1989, *sub* artículo 1104 CC.

⁴² El artículo 12.1, *in fine*, LRCPD dice: «La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día en que pagó la indemnización».

⁴³ José María MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Aurelio MENÉNDEZ/LUIS DíEZ-PICAZO (dirs.), Jesús ALFARO (coord.), Civitas, Madrid, 2002, *sub* artículo 8, pp. 428-482, especialmente, pp. 446-474, al estudiar el control de contenido de los «contratos entre empresarios».

- «Redundancia y ruido en las ventas de consumo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 591 (2003).
- CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna/MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: *Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de bienes de consumo. Primera parte: Opciones, situación actual, condiciones de transposición y análisis de la Directiva*, [1999, http://www.uclm.es/post_derecho/2000/materiales/civil/DirectivaGarantías1.doc].
- CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna/Manuel MARÍN LÓPEZ, Jesús: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna/GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: *Derecho de la construcción y de la vivienda*, Dílex, Madrid, 2003, 4.ª edición.
- *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2000, 2.ª edición, sub artículos 9 y 17.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ESCUIN IBÁÑEZ, Irene: *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo: *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*, Juan Ignacio RUIZ PERIS (dir.), Estudios de Derecho Judicial 50, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 75-112.
- GARCÍA GARNICA, M.ª del Carmen: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, núm. 5747 (2003), D 71.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz/Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- GONZÁLEZ BILBAO, Emilio: «La falta de conformidad en la nueva Ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *Estudios de Deusto*, 51/2 (2005), pp. 153-169.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano: *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo», *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 195-225.
- LLÁCER MATA CÁS, M.ª Rosa: «La garantía en les vendes de béns de consum: anàlisi de la Llei 23/2003, de 10 de juliol», *Revista Catalana de Dret Privat*, 4 (2004), pp. 45-92.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 1994.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

- *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, Tomos I y II (Anexo documental), Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004.
- MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIÚ, Josep M.^a: «Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I)», *Práctica. Derecho de daños*, núm. 9 (2003), pp. 6-34.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Aurelio MENÉNDEZ/Luís Díez-PICAZO (dirs.), Jesús ALFARO (coord.), Civitas, Madrid, 2002, *sub artículo 8*.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *ADC* (1991) III, pp. 1019-1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993), IV, pp. 1719-1745.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La acción directa en el Derecho español*, Editora General de Derecho, Madrid, 1989.
- «Comentario a la STS 2 de julio de 1997», *CCJC*, 45 (1997), § 1232.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: *Tratado de responsabilidad Civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, José Manuel BUSTO LAGO (coord.)/Natalia ÁLVAREZ LATA/Fernando PEÑA LÓPEZ, Thomson Aranzadi/Instituto Nacional de Consumo, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- PÉREZ CONESA, Carmen: *Comentarios al Código Civil*, R. BERCOVITZ (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, *sub artículo 1257 CC*.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico M.: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Tecnos, Madrid, 1992.
- *Comentarios al Código civil*, R. BERCOVITZ (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, *sub artículo 1597 CC*.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, L. Díez-PICAZO (dir. y coord.), Civitas, Madrid, 1998, *sub artículo 79*.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, F. SÁNCHEZ CALERO (dir.), Pamplona, Aranzadi, 2001, 2.^a edición, *sub artículo 76*.
- TORRES LANA, José Ángel: «La garantía en las ventas al consumidor», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luís Lacruz Berdejo*, I, Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (coord.), J. M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 791-807.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios

ANTONIO JOSÉ VELA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN

En el caso de doble venta judicial de un inmueble inscrito es de preferente aplicación el principio de fe pública del artículo 34 LH que consagra una adquisición a non domino, por lo que deben cumplirse todos sus presupuestos, incluido el de la registración a favor del tercero, de modo que el momento decisivo para apreciar su buena fe no es –como suele entender el Tribunal Supremo– el de la consumación de la compra por conjunción de título y modo (ex artículo 609 CC), sino el de la propia inscripción en el Registro.

Además, no puede mantenerse, como muchas veces hace el Alto Tribunal, que en caso de doble venta judicial, consumada la primera por concurrencia de título y modo, pueda declararse la nulidad de la segunda por falta de objeto, esto es, por venta de cosa ajena, y ello por aplicación del artículo 33 LH que niega la virtualidad convalidante del Registro respecto de los contratos nulos. Esta orientación jurisprudencial olvida que, precisamente, el principio de fe pública del artículo 34 LH salva el defecto de titularidad del disponente, por tanto, aunque la titularidad registral no coincida con la extrarregistral auténtica, dicho precepto consagra, en aras de la seguridad jurídica, la protección absoluta al tercero hipotecario que cumpla todos sus requisitos, incluido el de la inscripción de buena fe.

SUMARIO: I. *Justificación del trabajo.*–II. *Requisitos generales del principio de fe pública registral:* 1. Planteamiento. 2. El presupuesto de la buena fe del adquirente: A) Definición, presunción y otras cuestiones; B) Momento en que debe apreciarse la buena fe.–III. *Cuestiones esenciales en sede de venta judicial:* 1. La doble venta judicial y sus posibles soluciones: A) Doble venta judicial y artículo 1473 CC.; B) Doble venta judicial y fe pública registral; C) ¿Supone una excepción a lo anterior el régimen de la llamada tercería de dominio? 2. ¿Puede alegarse la nulidad de la segunda venta judicial por falta de objeto y aplicar el artículo 33 LH en vez del 34 LH?: A) Tesis afirmativa; B) Doctrina negativa.–IV. *Conclusiones.*

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

El principio de fe pública registral –contenido en el artículo 34 LH y puntal básico del sistema registral inmobiliario español–, no es aplicado por el Tribunal Supremo de modo uniforme en una materia, tan importante como habitual, como es la de los procedimientos de apremio por juicio ejecutivo que dan lugar a una subasta judicial de los bienes inmuebles embargados. En esta sede, la mayoría de los problemas se plantean en los casos de doble venta¹, esto es, cuando realizada la subasta judicial de una finca, ésta ya se ha vendido por su titular registral o ha sido ya objeto de otra subasta pública; la cuestión radica en determinar a quién corresponde la titularidad definitiva en dichos supuestos, para lo cual será esencial la concurrencia de los dos presupuestos del sistema adquisitivo español, a saber, el título y el modo (*ex art. 609 CC*), pero, sobre todo, y aunque, muchas veces, nuestro Alto Tribunal no lo entienda así, el adecuado juego del citado principio de fe pública registral del artículo 34 LH.

II. REQUISITOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

1. PLANTEAMIENTO

La fe pública registral es un principio hipotecario fundamental por el que el tercero que adquiere confiando en la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición *a non domino* que realiza, una vez inscrito su derecho y cumplidos los demás requisitos fijados por la Ley. Este postulado primordial se encuentra regulado en el artículo 34 LH, que declara que quien de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que, según el Registro, está legitimado para transmitirlo, será protegido en su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule o se resuelva el derecho del disponente por causas

¹ Para PAU PEDRÓN («Comentario al artículo 606», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez y otros, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, p. 1536), «en el caso de doble venta, se genera una grave incertidumbre social sobre la propiedad. Las formas espiritualizadas de tradición no son suficientes para despejar esa incertidumbre social. El legislador acude entonces a las formas eficaces y realistas de publicidad: en primer lugar, *el Registro*».

que no consten en el propio Registro². Además, la buena fe del tercero se presume siempre, pero *iuris tantum*, esto es, mientras no se demuestre que conocía la inexactitud registral. Confirmada tabularmente la cualidad dispositiva del transmitente, en cuyo título confía el tercero, y no siendo nula la adquisición (art. 33 LH), prevalecerá ésta por el principio de fe pública registral. Su virtualidad no se puede enervar porque en la realidad el disponente ya no sea dueño de la cosa transmitida, puesto que en el Registro no consta esa no titularidad, sino, al contrario, según él está legitimado para su voluntad traslativa; en definitiva, se permite la transmisión aunque el segundo adquirente reciba el inmueble de quien ya no es dueño en la realidad extrarregistral.

Por tanto, para que la adquisición llevada a cabo por tercero se haga inatacable por aplicación del artículo 34 LH, deben concurrir los siguientes requisitos³: a) que el tercero protegido sea adquirente de la propiedad de inmuebles o de un derecho real limitativo del dominio de inmuebles; b) que dicha adquisición se realice de buena fe, esto es, desconociendo la divergencia existente entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; c) que el negocio adquisitivo se funde en un título oneroso, que no gratuito⁴, presupuesto que se basa en el carácter excepcional de la adquisición *a non domino* que el artículo 34 LH supone, de ahí que el legislador exija también un sacrificio económico en el tercero adquirente; d) que el disponente o transmitente sea un titular inscrito, esto es, que el tercero registral debe adquirir de persona que en el Registro aparece legitimado para transmitir el dere-

² Como dice la STS de 25 de octubre de 2004, «en terrenos de la fe pública registral, o verdad absoluta a favor del tercero hipotecario o *subadquirente registral* tipificado en el artículo 34, se prescribe que la tutela inmersa en su verdad formal, adquisición de quien según el Registro puede transmitir su derecho, no quedará afectada *aunque después se anule o resuelva el del otorgante*; es, pues, una presunción de exactitud *iuris et de iure*». Asimismo, la STS de 15 de noviembre de 1990 afirma que, por virtud del artículo 34 LH y del principio de inoponibilidad de lo no inscrito del artículo 32 LH, «al tercero que adquiere en determinadas condiciones sólo le afecta lo que está inscrito, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro». La STS de 28 de noviembre de 1996 califica el principio de fe pública como «la piedra angular del sistema registral inmobiliario español».

³ Cfr., p.e., SSTS de 17 de octubre de 1989, 15 de noviembre de 1990, 8 de marzo de 1993, 12 de julio de 1999, etc. GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, Madrid, 1988, p. 53) define al tercero hipotecario o registral como «aquel titular registral adquirente de un derecho o situación jurídica en una relación jurídica inscrita, contemplado fuera de su condición de parte, respecto a otra relación jurídica con la que tiene una conexión transversal o lineal, y que no puede quedar afectado o perjudicado por esa otra relación jurídica no inscrita ni por los vicios o defectos de esa dicha relación, que no consten explícitamente en el Registro».

⁴ De manera que los «adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere el causante o transferente» (art. 34, 3.º LH), o sea, «su *dante causa* registral» (RUBIO GARRIDO, «Comentario a la STS de 2 de julio de 1999», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 52, 2000, p. 65).

cho⁵, y e) que ese tercero inscriba, a su vez, su propia adquisición. En estos requisitos se reconoce la función que para sí asume en nuestro Derecho la inscripción: no sólo asegurar a quien inscribe haciéndole inoponible un acto transmisivo anterior de su causante, sino también convirtiendo en su favor a la inscripción en manifestación de la realidad –aun cuando en el caso concreto no lo sea–, de tal forma que cuando adquiera de buena fe de titular inscrito –aunque realmente lo haga *a non domino*– sea mantenido en su adquisición. Finalmente, se exige un presupuesto más: debe ser válido el acto o título adquisitivo del tercero protegido, pues, si fuera ineficaz, se aplicaría entonces el artículo 33 LH –que niega a la inscripción carácter convalidante del título nulo–, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto o título inválido⁶.

En los supuestos de doble venta judicial derivada de procedimiento de apremio por juicio ejecutivo que da lugar a subasta del inmueble embargado, resulta claro el cumplimiento de los requisitos de que el objeto de la transmisión sea la propiedad del inmueble –porque la finalidad de la subasta judicial es la traslativa del dominio–, de que se trate de un título oneroso –pues ha de abonarse el precio del remate–, de la titularidad registral del transmitente o ejecutado –ya que figura como propietario en el Registro de la Propiedad en el momento de la transmisión y no, en cambio, el primer adjudicatario–, y de la inscripción de la adquisición del tercero en el Registro –porque se debe realizar diligentemente como corolario de dicha compra–. La clave, pues, está, primero, en la existencia de buena fe en los rematantes, o sea, en la ignorancia de que la finca adquirida no pertenecía realmente al titular registral o de que no existían derechos de otras personas, y, segundo, en el momento en

⁵ Debe confiarse en la apariencia jurídica, entendida como «aquella institución por cuya virtud el Ordenamiento Jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles» (BUSTOS PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, p. 40). Ahora bien, advierte GORDILLO CAÑAS («Comentario a la STS de 23 de mayo de 2002», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, pp. 852-853), que no basta el asiento de presentación a favor del disponente, pues la fe pública registral, en cuanto dependiente del control de legalidad llevado a cabo en la calificación registral, no puede desplegarse «sino una vez que la práctica del asiento de inscripción da fe de que ésta se ha producido y superado favorablemente. Sólo a partir de entonces la inscripción permite presumir la existencia del derecho inscrito y la ley puede conceder su protección a quien adquiere confiando en ella tal como el Registro la publica».

⁶ *Vid.*, en esta sede, SSTS de 24 de octubre de 1994, 25 de julio de 1996, 25 de octubre de 2004, etc. La STS de 28 de noviembre de 1996, tratándose de un contrato de compraventa nulo, desestima la virtualidad del artículo 34 LH respecto del comprador en cuanto que dicha nulidad derivaba de la evidente mala fe –conjunta simulación– de transmitente y adquirente.

que dicha buena fe debe operar, esto es, en el de la adquisición efectiva por el cumplimiento del sistema del título y el modo (*ex art. 609 CC*) o en el de la inscripción en el Registro, si se considera ésta como requisito último y esencial de la legitimación extraordinaria o expropiación que el artículo 34 LH supone. Vaya por delante que, a mi juicio, la inscripción es fundamental para la virtualidad del principio de fe pública registral. El tercero adquirente apoya su adquisición irrevindicable y *a non domino* en la inscripción de su propio derecho –*inscriptionis causa*–, sólo así podrá ser considerado un tercero *registral* protegido por este principio.

2. EL PRESUPUESTO DE LA BUENA FE DEL ADQUIRENTE

A) Definición, presunción y otras cuestiones

La buena fe del tercero adquirente –condición esencial para que opere la tutela que otorga el principio de fe pública registral⁷– se relaciona con la ignorancia de la existencia de una inexactitud registral, esto es, con el desconocimiento de «*todo desacuerdo que, en orden a los derechos inscribibles, exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral*» (art. 39 LH). En la esfera del artículo 34 LH, dicha ignorancia recae concretamente sobre la titularidad y poder de disposición del transmitente –o ejecutado en caso de procedimiento de apremio–: «*persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*»; es decir, la buena fe del adquirente es tanto la que proporciona la confianza en el Registro, como la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa –v.g., ignorando una venta anterior–, o, en su caso, el desconocimiento del vicio que podría invalidar el derecho de su transferente⁸. Por ello, en el supuesto de que no exis-

⁷ SSTs de 23 de octubre de 1964, 25 de mayo de 1974, 8 de mayo de 1982, 30 de junio de 1986 («la exigencia de la repetida buena fe resulta presupuesto necesario para que opere la protección privilegiada que en dicho fundamental precepto se contiene»), 14 de julio de 1988, 28 de noviembre de 1996, 24 de julio de 2003 (la mala fe hace inoperante la publicidad registral), etc.

⁸ SSTs de 8 de mayo de 1982, 30 de noviembre de 1991 («El principio de la fe pública registral atribuye a las inscripciones vigentes carácter de veracidad en cuanto a la realidad jurídica»), 17 de julio de 1999, 31 de mayo y 5 de diciembre de 2002, etc. Para GORDILLO CAÑAS («El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema registral», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 57, 2, 2004, p. 411), «en la *ratio* del precepto (art. 34 LH) cuenta más la inscripción antecedente –la fundamentadora de la confianza del adquirente– que la del mismo acto adquisitivo realizado en tal confianza, (lo que conlleva)... el aseguramiento a todo trance de la adquisición que trae causa del titular previamente inscrito como dueño con facultades para disponer, aunque en la realidad no publicada de las cosas éste no fuera efectivamente dueño o no lo fuera en condiciones de poder disponer como lo hizo».

ta publicidad registral respecto de la titularidad del disponente, no puede existir confianza en algo inexistente, aunque luego el Registro llegue a publicar aquella titularidad. Sin publicidad registral no puede haber fe en el contenido tabular, en consecuencia, la previa inscripción del título del transferente o ejecutado cuando surge el título adquisitivo y también al tiempo de la inscripción del tercero registral será un requisito indispensable para que opere el artículo 34 LH. También desde la órbita del artículo 32 LH⁹ –aplicable, igualmente, en los supuestos de doble venta judicial de inmuebles–, la buena fe del tercero consistiría en la ignorancia de la existencia de derechos inscribibles preferentes al suyo. Todo esto enlaza, se concluye, con los dos aspectos en los que se manifiesta la publicidad registral; el positivo, que permite tomar como existente lo que se afirma en los asientos registrales; y el negativo, que permite tomar por inexistente lo que no dicen los asientos¹⁰.

En definitiva, y como reitera nuestro Alto Tribunal, la buena fe tiene un doble aspecto: de un lado, el positivo, que consiste en la creencia, por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca en cuestión era dueño de ella y podía transmitirle su dominio (*ex art. 1950 CC*); de otro, el negativo, que supone la ignorancia o desconocimiento de la existencia de inexactitudes registrales o vicios invalidatorios que puedan afectar a las facultades del enajenante (*ex art. 433 CC*)¹¹. En el campo de los derechos reales, pues, la buena fe no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos (*ex arts. 1269 y concordantes del CC*), sino de conocimiento (según se desprende de los citados arts. 433 y 1950 del CC), situación que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta. El tercero padece un error confiado en el presupuesto objetivo –legitimación dispositiva del titular registral– derivado de la apariencia resultante del Registro. Así, en las hipótesis de doble venta judicial, la buena fe del tercero adquirente se apoya, primero, en la titularidad registral que todavía

⁹ A cuyo tenor, los «títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

¹⁰ CRISTÓBAL MONTES (*Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1986, p. 245), DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, p. 127), PUIG BRUTAU (*Compendio de Derecho civil*, III, Barcelona, 1989, p. 551); etc.

¹¹ SSTs de 2 de julio de 1965, 5 de enero de 1977, 17 de diciembre de 1984, 19 de julio de 1989, 28 de noviembre de 1996, 19 de octubre de 1998, 25 de octubre de 2004, etc. Como pone de manifiesto la STS de 29 de julio de 1999, ya la Partida V, Título XXIX, Ley catorce, describía la mala fe así: «si el sopiera que aquel de quien compra la cosa no avía derecho a la vender».

ostenta el doble vendedor o doblemente ejecutado (art. 34 LH) —en cuanto que, no se olvide, el artículo 38, 1.º LH establece que a «*todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*»—, y, de otro lado, en la falta de inscripción del primer adquirente (art. 32 LH). Si aún está inscrito el ejecutado y no el primer adquirente —zona de coincidencia y superposición de los arts. 32 y 34 de la LH— bastará la consulta al Registro para fundamentar la buena fe. Mientras la realidad contraria a lo publicado no «hiera los sentidos», hay que considerar objetivamente fundada la creencia en la titularidad que el Registro publica, y suficientemente desempeñada la diligencia normalmente exigible en su investigación y comprobación.

Por todo lo anterior, sólo queda eliminada la buena fe por una perfecta noticia de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título del disponente o por un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad correspondía a su transferente en la forma que proclamaba el asiento registral¹². El dato esencial no es que el titular registral no fuera propietario, sino que este hecho pudiera ser conocido por los adquirentes o, incluso, previsible para ellos, bien por datos contenidos en el propio Registro —v.g., una anotación preventiva de demanda vigente—, bien por otros extrarregistrales —v.g., una notificación fehaciente o un acto de conciliación—. Así, por ejemplo, no puede hablarse de buena fe cuando —caso recogido por la STS de 18 de diciembre de 2001— se adquiere estando un embargo anotado preventivamente en el Registro —y, por tanto, conociéndose o debiéndose conocer—, y se pospone la inscripción del derecho adquirido hasta que el asiento preventivo caduca, y ello porque la virtualidad de la anotación preventiva es la de enervar la eficacia de la fe pública registral, y la consecuencia de la caducidad en este supuesto es, simplemente, la de que esa fe pública pueda volver a entrar de nuevo en juego respecto de terceros, pero nunca para aquel adquirente.

¹² SSTs de 5 de enero de 1977, 16 de febrero y 16 de marzo de 1981, 23 de enero y 24 de octubre de 1989 («no habrá buena fe si los bienes a adquirir aparecen en el Registro como libres y no perturbados y el adquirente sabe y le consta que están gravados o son perturbados»), 2 de julio de 1991 (la presunción de buena fe es *iuris tantum* en cuanto la misma puede ser desvirtuada), 27 de febrero de 1995 («no cabe prescindirse del deber ético de averiguación registral y si se conoce el estado registral y no obstante se deja de lado y se prescinde del mismo, ello se traduce en una situación de mala fe»); 25 de noviembre de 1996 (hay mala fe si la demandada es «consciente y conocedora de las irregularidades y anomalías existentes»), 24 de julio de 2003, etc. Para RUBIO GARRIDO (*La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, p. 75), «no aparecerá verosímil la buena fe del comprador cuando la posesión corporal de la cosa estaba en un sujeto distinto del (doble) vendedor».

Ahora bien, no se exige la buena fe del transferente o ejecutado, pues aunque éste sepa que enajena —o que se subasta— lo que no es suyo, en perjuicio de su verdadero dueño, el tercero que ignora tal circunstancia será protegido por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH¹³. La buena fe debe existir sólo en el adquirente, de modo que el hecho de que el transmitente del derecho o ejecutado tenga buena o mala fe es absolutamente irrelevante para los efectos de impedir o permitir al comprador o adjudicatario constituirse en tercero registral.

Por otra parte, y a tenor del artículo 34, 2.º LH, la buena fe del tercero se presume siempre *iuris tantum*¹⁴, de modo que el perjudicado por la aplicación del principio de fe pública registral debe probar la inexistencia de buena fe (pues, como también dispone el art. 434 CC: «*Al que afirma la mala fe... corresponde la prueba*»), mala fe que consistiría en el conocimiento de la inexactitud del Registro o de la verdadera posición jurídica del titular registral. Pero, no es exigible al tercero hipotecario una exhaustiva indagación sobre la situación extrarregistral de la finca que adquiere confiando en el Registro, que para él es íntegro y exacto. En consecuencia, sólo si se acredita que, aun sin tal pesquisa, el adquirente conocía o racionalmente pudo conocer la inexactitud registral, no resultaría amparado por la fe pública. De no entenderse así, se vaciaría de contenido este principio de fe pública registral. En este sentido, la STS de 4 de marzo de 1988 declara que la esencia de esta presunción «es la protección del tercero hipotecario para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan».

¹³ SSTS de 16 de mayo de 1969 y 24 de julio de 1988; recogiendo esta doctrina, recientemente, la SAP Málaga de 25 de abril de 2005.

¹⁴ SSTS de 6 de abril de 1999 («la buena fe ha de presumirse si no se ha practicado prueba en sentido contrario»), 10 de diciembre de 1999 («cuando los hechos alegados para inferir la mala fe no son unívocos no procede excluir el requisito de buena fe, la cual ha de presumirse»), 28 de diciembre de 2001, etc.

De otro lado, como expresa también reiteradamente la jurisprudencia¹⁵, la apreciación de la existencia del conocimiento de la inexactitud registral, o sea, de la concurrencia o no de buena fe en las partes, constituye una cuestión de hecho a decidir libremente por el Tribunal de instancia, en la medida en que la buena fe es un concepto jurídico que se apoya y resulta de la valoración de conductas y comportamientos deducidos de unos hechos concretos, aunque, eso sí, sin perjuicio de la posible revisión casacional si de la base fáctica se deduce claramente otra interpretación valorativa (STS de 30 de noviembre de 1991).

B) Momento en que debe apreciarse la buena fe

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia están de acuerdo en la idea de que el momento clave para la exigencia de la buena fe al tercero no es el de la inscripción, sino el de la consumación de la venta —esto es, cuando efectivamente concurren los presupuestos básicos de título y modo (*ex art. 609 CC*)—, pues, como ya ha expresado el Tribunal Supremo¹⁶, «no es tercero protegido hipotecariamente el adquirente que tuviese un perfecto conocimiento de las condiciones en que hubo de verificar la adquisición aunque éstas no resulten del Registro, conocimiento que ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble», que, en su caso, será «aquel en que se efectúa la *traditio ficta* por el otorgamiento de la escritura pública», a tenor del artículo 1462, 2.º CC, si de la misma no resultare o se dedujere claramente otra cosa. Ello se deduce también del propio artículo 34 LH, en cuanto que la fe pública registral se aplica al «tercero que de buena fe adquiera...», y es éste el momento —adquisición o consumación— primordial para la concurrencia de la buena fe, pues, en nuestro Derecho, la adquisición se produce y consume extra-registralmente según el sistema del título y el modo.

¹⁵ SSTS de 30 de junio y 18 de diciembre de 1986, 12 de junio de 1987, 23 de marzo y 23 de diciembre de 1988, 28 de septiembre de 1990, 23 de diciembre de 1992 («aunque la buena fe es un concepto jurídico... implica una valoración de los hechos acreditados»), 12 de marzo de 1993, 29 de julio de 1999, 22 de diciembre de 2000, 17 de mayo y 28 de diciembre de 2001, 17 de febrero de 2004, etc.

¹⁶ Concretamente en STS de 23 de diciembre de 1992; criterio éste confirmado por las SSTS de 2 de noviembre y 5 de diciembre de 1996, 29 de julio y 10 de diciembre de 1999, 31 de mayo y 5 de diciembre de 2002, y sustentado ya, entre otras, por las SSTS de 25 de noviembre de 1944, 26 de febrero de 1952, 29 de marzo («momento de la adquisición del inmueble») y 31 de mayo de 1960, 3 de octubre de 1963 («momento de la tradición»), 2 de julio de 1965 («momento en que se consume el acto traslativo del dominio del inmueble»), 31 de enero de 1975 («momento de la adquisición del inmueble, o sea, aquel en que se efectúa la tradición»), 16 de noviembre de 1979, 17 de diciembre de 1984 y 19 de julio y 24 de octubre de 1989.

Ahora bien, en esta sede de concurrencia de título y modo, y tratándose de ventas judiciales, existen dos líneas jurisprudenciales diversas que ahora esbozo ¹⁷. La primera posición ¹⁸ parte de que en el supuesto de subasta judicial de bienes inmuebles, la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, al título, en tanto que la escritura pública (hoy testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario judicial) –que confiere la posesión civilísima por *traditio ficta*–, sería el modo, esto es, la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. La segunda doctrina jurisprudencial ¹⁹, partiendo también de la necesidad de que concurren título y modo para la adquisición del dominio en la subasta pública, sostiene que la consumación de la venta judicial se produce con la aprobación por el Juez del remate –título– y la subsiguiente adjudicación al rematante o al cesionario del remate de la finca subastada –modo–, pues dicha adjudicación tiene carácter de tradición simbólica *ficta*, al no ser *numerus clausus* la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición de los artículos 1462, 2.º a 1464 del CC ²⁰.

En todo caso, y ya se sostenga una línea jurisprudencial u otra, se concluye que la buena fe del tercero debe existir en el momento

¹⁷ Vid. VELA SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, 2003, pp. 185 ss.

¹⁸ Sustentada ya por las antiquísimas SSTs de 5 de enero de 1899 y 7 de octubre de 1903, y continuada, entre otras, por las de 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956, 29 de febrero y 1 de abril de 1960, 16 de julio de 1982, 10 de diciembre de 1991, 23 de diciembre de 1992, 1 de septiembre de 1997 («la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462, 2.º CC»), 6 de abril y 29 de julio de 1999, 22 de diciembre de 2000 y 4 de abril de 2002. Respecto de las Audiencias Provinciales, pueden citarse, entre las más recientes, las SSAP Cantabria 15 de junio de 2000, Ávila 5 de octubre de 2001, Asturias 28 de junio de 2003, Almería 25 de julio de 2003, Murcia 24 de julio, 14 de noviembre y 29 de diciembre de 2003, Barcelona 2 de marzo y 29 de julio de 2004 y Murcia 17 de enero de 2006. En la doctrina, *vid.*, p.e., CORDÓN MORENO, «Comentarios al artículo 674», en CORDÓN MORENO y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II*, Pamplona, 2001, pp. 483 y 484.

¹⁹ Mantenido, entre otras, por las SSTs de 31 de octubre de 1983, 20 de octubre de 1989, 1 de julio de 1991, 11 de julio de 1992, 10 de junio de 1994, 8 de junio de 1995, 13 de octubre de 1998, 12 de julio de 1999 y 14 de octubre de 2002. En las Audiencias Provinciales, recientemente, las SSAP Málaga 9 de octubre de 2003 («la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública, incluida la existencia de una tradición simbólica que produce la consumación de la transmisión»), Valencia 4 de noviembre de 2003 y 16 de febrero de 2004, Burgos 29 de septiembre de 2004, Barcelona 24 de noviembre de 2004 y Madrid 15 de marzo de 2005.

²⁰ Y si bien en este primer momento aún no fuera dicha resolución firme –cosa juzgada formal que, por otra parte, tampoco parece ser exigida conforme a esta tesis– para entender consumada la venta, lógicamente la misma siempre habrá de entenderse producida a partir de la preclusión de la posibilidad de interponer cualesquiera recursos contra el citado auto conforme a la norma procesal civil, operando así la denominada «firmeza por consentimiento» o *ipso iure* (MONTERO AROCA y otros, *Derecho Jurisdiccional II*, Proceso civil, Valencia, 2002, p. 412; *cit.* por la SAP Burgos 29 de septiembre de 2004).

de la consumación del negocio adquisitivo forzoso, sin que tenga que mantenerse hasta el instante mismo de la inscripción de la adjudicación en el Registro de la Propiedad²¹. El Registro se hace eco de una mutación jurídico real ya operada, pues la adquisición del derecho dominical se verifica al margen de aquél. Cuando el artículo 34 LH habla de mantener en su adquisición a quien haya inscrito su derecho, presupone que la transformación jurídico real ya ha tenido lugar, es decir, que el derecho ha ingresado previamente en el patrimonio de quien ahora solicita la inscripción en el Registro, al haber sido parte, en este caso, en un negocio traslativo de dominio que ya se ha consumado mediante la entrega real o ficticia. Así, habrá de ser el momento de la tradición, y no el instante en el que se accede al Registro de la Propiedad, el decisivo para calibrar la buena fe del rematante. Porque fue entonces, en el instante consumatorio, cuando se dejó de ostentar un derecho de crédito y se pasó a ser titular de un derecho real concluyendo el proceso adquisitivo. Por ello, el conocimiento de la existencia de una venta anterior después de consumada la adquisición y antes de proceder a inscribir, no destruye la buena fe inicial en virtud del principio general de que *mala fides superveniens non nocet*. Exigir la buena fe en el momento de la inscripción significaría para el tercero hipotecario, en detrimento del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, abandonar su suerte a la incierta diligencia del primer adquirente, en cuanto que si éste inscribiera previamente evitaría la irrefragable adquisición del tercero. En definitiva, el momento de adquisición *a non domino* es el del otorgamiento del título con valor de tradición –auto o testimonio del mismo– a favor del tercero de buena fe, y no el de la inscripción, de modo que ésta no hace más que cerrar el círculo de presupuestos necesarios para que actúe la fe pública del Registro, y nada más²²; esto es, la posible existencia de la inscripción registral en favor del rematante o cesionario del remate es sólo un refuerzo de la concurrencia de la

²¹ Como declaró la STS de 22 de abril de 1994 (confirmada, entre otras, por la STS de 23 de septiembre de 2004), la protección del artículo 34 LH al tercero hipotecario «exige que la titularidad registral exista en el momento de la perfección del contrato, no en el momento de la inscripción a favor del adquirente». La STS de 5 de diciembre de 2002 distingue: la adquisición es el momento «decisivo para la buena fe», y la inscripción «para la condición de tercero hipotecario».

²² ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «Fundamentos de la publicidad registral», *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1995, p. 391. Cfr., en la misma línea, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ («Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Sentencia de 26 de febrero de 1949», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 1241 ss.), LACRUZ y SANCHO (*Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, pp. 231-232), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS («Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1999, p. 556), etc.

traditio ficta instrumental (ex art. 1462, 2.º CC) decisiva para consumir el negocio jurídico forzoso.

A mi juicio, la inteligencia anterior debe rechazarse en sede de doble venta judicial de inmuebles registrados, cuando entra en juego el principio de fe pública registral. Así, siendo dicho postulando un efecto favorable derivado de la inscripción, el artículo 34 LH requiere, como requisito *sine qua non*, la inscripción de la adquisición para la completa protección del adquirente, inscripción que necesitará la documentación legalmente establecida para cada caso. El tercero hipotecario adquiere de modo absoluto e inatacable por efecto de la inscripción, y por tanto ésta deviene en cierto sentido constitutiva de su derecho por la eficiencia de la publicidad del Registro de la Propiedad. En realidad, en la adquisición registral *a non domino*, la inscripción actúa sanando o supliendo las carencias de un proceso adquisitivo irregular o deficiente por falta de propiedad extrarregistral del *tradens*. En la hipótesis del artículo 34 LH la toma de razón registral es necesaria para justificar la sanación legal de una adquisición regida por el sistema del título y el modo (ex art. 609 CC), en la que, por tanto, se ha exigido el soporte de un título transmisivo válido seguido de la imprescindible tradición, aun simbólica, pero en la que hay que suplir el defecto de titularidad o de poder dispositivo del transmitente. Tratándose de doble venta de inmuebles inscritos, en el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional del título y el modo y la necesidad de la tradición; pero en el instante de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor si no constitutivo, sí de prevalencia, pero que juega con independencia de la adquisición ya consumada. Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para hacer inatacable el dominio de fincas inscritas respecto de un tercero registral que aún no ha inscrito su derecho en el Registro. Por ello, la protección del artículo 34 LH sólo existe cuando se da entrada al título en el mundo hipotecario, de modo que la inscripción interviene colaborando en la adquisición de buena fe dándole una efectividad que sin ella no habría obtenido. La absolutividad o eficacia *erga omnes* irrevindicable de los derechos reales adquiridos ex artículo 34 LH exige su publicidad, su inscripción, como medio fáctico para conseguir esa virtualidad oponible. Una adquisición *a non domino* según el Registro requiere, pues, la inscripción del título del adquirente, por lo que el momento decisivo de la adquisición no es el de

la concurrencia de título y modo según el artículo 609 CC, sino el de la inscripción²³.

De esta manera, y en cuanto que ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero sino desde el momento en que haya sido inscrito en el registro público, realizada la inscripción, se evita que puedan surgir nuevos terceros hipotecarios que adquieran, confiando en el Registro, del que anteriormente figuraba como titular registral; y, asimismo, quedan privadas definitivamente de efectividad las transmisiones intermedias del inmueble que, debiendo o pudiendo haber sido inscritas, no accedieron al Registro. La mera adquisición por el sistema de título y modo no garantiza al adquirente la plena oponibilidad de sus derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior, al no disponer los terceros de mecanismos para conocer y respetar la nueva situación jurídica producida, generándose así clandestinidad e incertidumbre social respecto de la titularidad de los derechos reales²⁴. En estos casos, deberá ser el Registro el llamado a eliminar cualquier riesgo, es decir, frente al problema de la colisión de derechos existente, el Derecho Registral deberá resolver esta controversia mediante su intervención, estableciendo de manera objetiva la primacía de uno de los derechos concurrentes. Aquí, pues, resulta imprescindible la publicidad de los derechos de propiedad a través del Registro de la Propiedad, constituyendo éste la mejor prueba de propiedad, sin que ello lo convierta en constitutivo de derechos. Al prevalecer la posición de quien inscribe de buena fe, a pesar de que existieran adquirentes anteriores, se premia la diligencia de quien evita que persista una apariencia engañosa, continuando el bien inscrito en el Registro en favor del *tradens* cuando, en realidad, se han verificado transmisiones que no han trascendido a los folios registrales y con-

²³ Así, como indica la STS de 4 de marzo de 1988, «habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral». Por ello, GORDILLO CAÑAS (*Comentario...*, *cit.*, pp. 854-855), defiende que la buena fe debe mantenerse hasta el momento de la inscripción, pues el artículo 34 LH consagra no «una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción, sin ser por ello constitutiva al modo germánico, es requisito –uno más– del complejo presupuesto convalidador de la adquisición».

²⁴ Como certeramente manifiesta GORDILLO CAÑAS («La inscripción en el Registro de la Propiedad su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 2001, p. 120), la «publicidad, instrumento artificial de constatación de una realidad jurídica previa, al igual que la forma en su significación ordinaria (arts. 1278-1280 CC), aparece como una prolongación de esta última, en condición de instrumento concatenado a ella y más específica y adecuadamente ordenado a vehicular directa e indiferenciadamente *erga omnes* la cognoscibilidad de los derechos reales, o, más general y propiamente hablando, la situación jurídica de las fincas y las condiciones de capacidad y dispositivas de su titular». *Vid.*, también, en esta sede, pp. 181 y 212 ss.

virtieron en dueños a otros, menos diligentes, que no solicitaron a tiempo la inscripción. Igualmente, por el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH), al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos, esto es, al tercero que adquiere en determinadas condiciones (las del art. 1473, 2.º CC o del art. 34 LH –incluyendo la inscripción–), sólo le perjudica lo que está inscrito, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro. Por el contrario, son preferentes las transmisiones intermedias que, cumpliendo también los requisitos de título y modo, se inscribieron con anterioridad o –y esto es importante–, fueron conocidas por el segundo adquirente antes que inscribiera, pues, ahora sí, *mala fides superveniens nocet*.

En definitiva, en caso de adquisición *a non domino*, ex artículo 34 LH, el momento crucial no es el de la tradición, el de la consumación, sino el de la inscripción, de manera que el tercero registral debe continuar siendo de buena fe hasta dicho instante²⁵. Obsérvese que en esta posición subyace un deseo de extremar la posición ética del adquirente. Si el tercero va a ser protegido en la medida en que sea de buena fe, ésta ha de darse todo el tiempo, y parece contrario a la ética indicada que quien ha llegado a tener conocimiento de la inexactitud registral acuda al Registro para buscar su amparo. La adquisición *a non domino* supone una derogación al principio de autonomía privada, pues el propietario real debe consentir la pérdida de su propiedad, y como tal abolición de una regla general y básica requiere una justificación especial. La propiedad hecha eficaz por la fe pública registral no supone una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción es requisito –uno más– del complejo mecanismo convalidador de la adquisición, dispositivo que, en su íntegra verificación o desarrollo, exige la concurrencia de la buena fe. Para que opere una adquisición mediante un negocio jurídico en el que no interviene el verdadero titular ha de imputarse a éste una conducta contraria a las exigencias de la

²⁵ Vid. CANO TELLO (*Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1992, p. 303), GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid, 1993, p. 296), para quien «la adquisición *a non domino* del tercero, además de *ex lege*, es una adquisición *inscriptionis causa*, es decir, que se produce por *causa de la inscripción*. La inscripción no es simplemente un requisito de eficacia, ni una simple *conditio iuris*,... sino que la adquisición sólo tiene eficacia y se mantiene como tal *una vez inscrita*, lo que demuestra que la inscripción determina el momento fundamental de la adquisición»; GÓMEZ GÓMEZ («Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, pp. 571-572), GORDILLO CAÑAS (*Comentario...*, *cit.*, pp. 854-855), SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1947, pp. 465-466), quien sostiene que la inscripción es constitutiva «en el caso en que sea necesario proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante», etc.

buena fe (objetiva) –negligencia en la constancia registral de su derecho–, y la adquisición ha de ser en favor de quien a su vez actúa de buena fe (subjetiva) hasta el momento en que se completa su protección registral –la inscripción–²⁶. Claro que habrá que entender como momento de la inscripción, no en el que ésta materialmente se extienda –y que puede depender de hechos extraños a la voluntad del tercero–, sino el del asiento de presentación, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 LH²⁷.

III. CRITERIOS ESENCIALES EN SEDE DE DOBLE VENTA JUDICIAL

1. LA DOBLE VENTA JUDICIAL Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

Conforme al artículo 1473, 2.º y 3.º CC, si un mismo inmueble se hubiese vendido a diferentes compradores, «*la propiedad pertenecerá al adquirente que antes (lo) haya inscrito en el Registro*»; si no hay «*inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe*». En función de este precepto, pues, para que exista una doble venta se precisa que un único titular del dominio cree un problema de atribución de propiedad entre dos o más adquirentes a quienes ha proporcionado títulos de adquisición incompatibles. Además, es necesario que los diversos contratos celebrados con diferentes compradores sean válidos y eficaces, esto es, deben tener virtualidad para producir la transmisión de la propiedad de la cosa doblemente vendida²⁸.

²⁶ Cfr. CLEMENTE MEORO («Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 673, 2002, p. 1868), MIQUEL GONZÁLEZ («El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, p. 47), etc. Sería «contrario a la orientación moral de nuestro Derecho que éste pueda preferir a nadie, en su colisión con otro u otros, por haber puesto en práctica una determinada actuación llevada concretamente a cabo de mala fe» (GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., p. 202, nota 485).

²⁷ «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma». Así, p.e., la STS de 16 de junio de 1998 mantiene que la «fecha de una inscripción... es siempre la del asiento de presentación cuando, dentro del plazo de su vigencia, se cumplen los requisitos exigidos por el Registrador al calificar»; por ello, «el asiento de presentación es como un *nasciturus* hipotecario: si llega a feliz término, sus efectos se retrotraen a la presentación» (CARBONELL SERRANO, «Comentario a la STS de 16 de junio de 1998», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 48, 1998, p. 1274).

²⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ («La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, 2002, p. 855), explica que ambos «contratos han de ser, además de válidos, eficaces, esto es,

La finalidad pretendida por el artículo 1473 CC no es establecer una alternativa excepcional al sistema adquisitivo ordinario, sino, supuesto éste, establecer criterios de solución a la incompatibilidad que deriva de varios procesos adquisitivos ya consumados, regulares y válidos cada uno de ellos en su consideración aislada. Se entiende, así, que la inscripción determinante de la preferencia del comprador que publica su adquisición en el Registro de la Propiedad no supla ni haga las veces de la tradición o modo, sino que la suponga ya realizada en el propio otorgamiento de la escritura pública (*ex art. 1462, 2.º CC*), sin la cual, ordinariamente, no es posible la práctica de la inscripción (*ex art. 3 LH*). No es de extrañar que en un ordenamiento jurídico, como el nuestro, preocupado por la seguridad de las adquisiciones y por la efectividad del Registro creado a su servicio, en trance de tener que elegir entre los sucesivos compradores, se decida en primer lugar por el que inscriba su adquisición de buena fe²⁹.

De este modo, por ejemplo, en sede judicial, embargada doblemente una finca, el segundo adquirente puede ser preferente si es de buena fe e inscribe, y el primer adjudicatario, aun poseedor a título de dueño, no fue diligente en la inscripción de su derecho. Tal sucede, v.g., cuando embargada y adjudicada una finca al ejecutante, la escritura pública correspondiente –hoy testimonio del auto de aprobación del remate–, se pretende inscribir en el tiempo en el que ya se ha producido la inscripción de la adquisición derivada de una segunda venta judicial cuyo origen estuvo en una nueva anotación de embargo sobre el inmueble. La no constancia registral del primer embargo, por ejemplo, por la cancelación por caducidad del asiento de anotación preventiva –que tiene lugar a los cuatro años (*ex art. 86 LH*)–, y la falta de inscripción del primer adquirente dan lugar a una inexactitud registral que puede permitir un segundo embargo y, por ende, una nueva venta judicial. Ejecutado el segundo embargo e inscrito el título obtenido, ¿el ulterior adjudicatario será preferente?

Hilando fino, la jurisprudencia viene distinguiendo, en este punto, entre doble venta y venta de cosa ajena. Como explica la STS de 15 de julio de 2004, la doble venta tipificada en el artícu-

dotados de la virtualidad inherente a la finalidad traslativa propia del contrato de compraventa, lo que comporta que uno y otro comprador puedan exigir su cumplimiento específico, es decir, la adquisición de la propiedad de la cosa».

²⁹ Vid. GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, p. 194), quien entiende también que en el artículo 1473 CC la inscripción no debe «explicarse como pieza de un mecanismo adquisitivo que sin ella quedaría incompleto, sino como dato añadido a tal mecanismo –en tanto que ajeno a él, de suyo– en condición de factor determinante de la preferencia legal a favor del comprador que va a reconocerse propietario».

lo 1473 CC «requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, lo que implica una cierta coetaneidad cronológica entre ellas», ya que si la primeramente concertada ya había quedado consumada al mediar pago íntegro del precio por parte del comprador y entrega de la cosa por el vendedor —en caso de venta judicial por la adjudicación del bien mediante el auto de aprobación del remate—, aunque no estuviese inscrita, ya no existiría «un verdadero supuesto de doble venta sino una venta (nula) de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto». Las varias ventas, pues, han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida definitivamente por un comprador, ya que se tiende a solucionar la cuestión de quién la adquirirá, mientras que si la cosa se vende a alguien que la adquiere, ya no hay problema de a quién corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma cosa por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la *venta de cosa ajena* y no por la de la *venta múltiple*³⁰.

No obstante, para un importante sector doctrinal, el supuesto de la doble venta no es incompatible con el de la venta de cosa ajena, ni resulta desplazado por él; constituye, por el contrario, un peculiar caso del mismo, específicamente considerado y regulado por la ley en razón de su peculiaridad. En consecuencia, la doble venta y la venta de cosa ajena o adquisición *a non domino* tienen, al menos, un punto en común: existe doble transmisión y, por ende, es también aplicable el artículo 1473 CC cuando se da una subespecie de la adquisición *a non domino*, la venta por el *ex dominus*, es decir, por quien era dueño pero ya no lo es en el momento de perfeccionar o consumir (por la tradición) un segundo contrato de compraventa, debido a que con anterioridad ya había consumado otro anterior, si bien no en forma definitiva o inatacable en cuanto seguía con la titularidad registral del inmueble³¹.

Ahora bien, cuando, planteado el conflicto de la doble venta, el adquirente de inmueble que primero inscribe de buena fe es, además, el comprador que, con independencia de haber sido el segun-

³⁰ ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», *Revista de Derecho Privado*, 1976, noviembre, pp. 885-886. GARCÍA CANTERO («Comentario al artículo 1473», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, t. XIX, Madrid, 1980, p. 249), confirma que, por «definición, las diversas compraventas deben haber sido realizadas antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación». Vid. también, p.e., SSTs de 30 de junio de 1986, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994.

³¹ Vid. GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, cit., p. 190), PETIT SEGURA (*La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, p. 106), RUBIO GARRIDO (*La doble venta...*, cit., p. 51), etc.

do en perfeccionar el contrato, había ya adquirido la propiedad –y no el primer comprador– según lo establecido por los artículos 609 y 1095 del CC para la adquisición por vía de contrato, asistimos a la protección de una adquisición a título derivativo, *a domino*, por transmisión. Por tanto, yo partiré, obviamente, del presupuesto de que la primera adquisición estuviera ya consumada, esto es, de que ya existiera título y modo, pues, en caso contrario, el segundo adquirente –cuya adquisición sí estuviese consumada– no tendría que acudir al mecanismo de la fe pública registral para estar protegido –porque «no se anula o resuelve el derecho del otorgante»–, ni debería exigírsele buena fe hasta el momento de la inscripción. En esta hipótesis, el segundo adjudicatario adquiere *a domino*, ya que no hubo traspaso de propiedad al primero, de manera que no puede verse perjudicado por el conocimiento posterior de la venta de su *tradens* a otra persona. En la medida en que no tuvo noticia de inexactitud registral alguna, pues adquirió del titular registral en el momento en que todavía era el *verus dominus*, ni necesita de la protección del artículo 34 LH, ni puede verse afectado, repito, por esa información subsiguiente a la adquisición, aunque sí por la previa. Piénsese en el supuesto del doble embargo de una finca en el que el primer adjudicatario tuviere título pero no modo –le falta el testimonio del auto de adjudicación–, mientras que en el segundo concurrieren ambos elementos del artículo 609 CC e inscribe de buena fe³².

Es más, a falta de prioridad posesoria y de previa inscripción de buena fe del primer adjudicatario y careciendo también el segundo de inscripción, pero no de posesión, éste seguirá siendo preferente en la resolución del conflicto dominical planteado, y ello aunque llegue a conocer la existencia del primer adquirente –no inscrito– antes de que pretenda inscribir, ya que, a falta de inscripción, será preferido el primero que tuviera título y modo, esto es, «*quien de buena fe sea primero en la posesión*» (art. 1473, 3.º, primer inciso, CC), de manera que la buena fe se precisa, ahora sí, en dicho momento de entrar en la posesión del inmueble, pues con ella se ha anudado el título dominical con la tradición, requisitos imprescindibles para adquirir la propiedad según el artículo 609 CC (STS de 4 de marzo de 1988).

Respecto de lo anterior, hay que subrayar que para un destacado número de autores debe matizarse, en esta sede, la virtualidad

³² En esta línea, la STS de 29 de julio de 1999 (como la de 31 de marzo de 1995) concedió preferencia al adquirente –inscrito– por subasta judicial de finca de cuya inscripción se había cancelado por caducidad la anterior anotación de embargo a favor de un primer ejecutante cuya adquisición no se había consumado.

transmisiva de la tradición instrumental³³. El modo documental, por el que se trasmite la propiedad en una venta singular aunque el vendedor no sea efectivo poseedor, no es idóneo, se dice, para servir en una doble venta como criterio de preferencia, porque mediante documento público, con independencia de su valor traditorio, no se puede tomar posesión a los efectos del artículo 1473, 3.º CC, cuando proclama que en tales conflictos «*pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión*»³⁴. En el caso de doble venta inmobiliaria, no es que se niegue al documento público su eficacia traditoria, pues el artículo 1473, 3.º CC no deroga el artículo 1462, 2.º CC, sino que se rechaza su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad, y ello porque las formas desmaterializadas de tradición no son suficientes para despejar la incertidumbre social creada. La posesión que decide en el artículo 1473, 3.º CC es la *possessio realis* o posesión material, posesión que presupone la *traditio* pero que no se sigue de toda forma de tradición. Y ello es así porque el artículo 1473 CC es un precepto que, respetando en lo posible el sistema del título y el modo, resuelve dando preferencia frente a los demás compradores a aquel que, además de haber consumado un proceso adquisitivo completo, se ha adelantado a los otros dando a su adquisición una forma de publicidad que evite una posterior adquisición de buena fe más merecedora de la protección de la ley. La posesión, pues, que, en defecto de inscripción, decide cuál de las sucesivas adquisiciones es preferente, es la posesión real en su dimensión naturalmente publicadora del derecho real del dueño; no la que, sin manifestación material con-

³³ Así, p.e., ALBACAR LÓPEZ (*Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, V, Madrid, 1991, p. 221), para quien la tradición instrumental es una presunción *iuris tantum* que no implica necesariamente la transferencia de la posesión, combatible cuando no concuerde con la realidad; GARCÍA CANTERO («Comentario al artículo 1473», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, t. XIX, Madrid, 1980, p. 225); GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*op. cit.*, pp. 117-118), GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, pp. 204 ss.), LALAGUNA DOMÍNGUEZ («La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, 2002, pp. 850-851 y 866), etc., y otros indicados en la nota siguiente. También algunas antiguas SSTs (22 de marzo de 1930, 9 de junio de 1955, 12 de abril de 1957 y 17 de noviembre de 1959, entre otras), recogen esta inteligencia.

³⁴ Para PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1956, p. 189), «sólo cabe referirse a la posesión de que habla este artículo a base de concebirla como efectiva posesión real o de hecho», pues «la tradición instrumental del artículo 1462 del Código Civil sólo puede tener eficacia a base de la inscripción de la escritura en el Registro»; y según MOLINA GARCÍA (*La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, p. 218), «la presunción de la tradición *ficta* tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada». Ante el otorgamiento de dos compraventas, una primera en documento público y otra posterior en contrato privado, prevalece esta última si el comprador entró en la posesión real y efectiva de la finca (STS de 9 de junio de 1955).

gruente, pueda simbolizarse o fingirse documentalmente a efectos traicioneros para la transmisión de la propiedad³⁵.

A la inteligencia anterior se opone otro sector doctrinal³⁶. La posesión a que se refiere el artículo 1473, 3.º CC, se dice, puede ser tanto la material como la ficticia (*ficta possessio*), pues esta conclusión es la única que permite la teoría del título y el modo, fundamento necesario del papel atributivo asignado a la posesión en el precepto. Haciendo suya la argumentación de la STS de 25 de marzo de 1994³⁷ se señalan, además, dos alegaciones fundamentales. La primera, que el artículo 1473, 3.º CC se refiere únicamente a la «posesión», sin añadir real, y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, han de considerarse equivalentes a las de tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1462 a 1464 del CC. La segunda, que el artículo 1462, 2.º CC no hace distinciones ni salvedades, y es evidente que la tradición instrumental transmite la posesión «real», siempre que no se pruebe lo contrario. Ser primero en la posesión alude a cualquier modo de adquirir la posesión, sea de hecho o de derecho, sobre todo, en cuanto que en las transmisiones de inmuebles las formas espiritualizadas de tradición son, más que normales, indispensables. Además, no debe olvidarse que sólo la transmisión mediante escritura pública o documento público equivalente es la que transfiere el dominio y la acción real sin necesidad de justificar la entrega material de la cosa vendida, no así cuando la base de la enajenación es un documento privado. Por todo ello, se concluye, la posesión derivada de la tradición instrumental es apta, a falta de inscripción, para servir de criterio de preferencia en el supuesto de doble venta de inmuebles regulado por el artículo 1473 CC y, en su caso,

³⁵ GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., p. 206. Además, se dice –y yo no estoy de acuerdo–, que si se mantiene que el documento público equivale a la entrega, conforme al artículo 1462, 2.º CC, se vendría a suplantar el tercero de los criterios de preferencia del artículo 1473 CC, a saber, la antigüedad del título adquisitivo, pues siempre resultará preferente el título de fecha más moderna, por estar incorporada la tradición a la escritura pública. Por tanto, no habiendo posesión material, siempre que se pueda probar la mayor antigüedad del título de una primera venta, celebrada verbalmente o en documento privado, será preferente sobre la más moderna, aunque ésta figure en escritura pública o documento público asimilado (LAGUNA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 850 y 865 ss.).

³⁶ Vid. ALBALADEJO («Pluralidad de ventas de una misma cosa», *Revista de Derecho Privado*, 1976, noviembre, pp. 888-889), y «no sólo porque la Ley no excluye ninguna clase de posesión, sino porque es... el sentir del Tribunal Supremo», como se ve, p.e., en las SSTs de 5 de noviembre de 1973 y 19 de noviembre de 1975; MANRESA (*Comentarios al Código Civil Español*, XII, Madrid, 1921, pp. 175-176), RUBIO GARRIDO (*La doble venta...*, cit., p. 107), etc.

³⁷ Explica también esta resolución que en «todo caso, la posesión real no es equivalente a posesión o detentación material, como se ve en varias relaciones jurídicas contractuales (arrendamiento, depósito, precario, etc.)», y que las «distinciones que respecto de la posesión se hacen en los artículos 430, 431 y 432 del Código Civil... ponen de relieve la ambigüedad» de lo que sea «posesión real».

para demandar de desahucio al ocupante material de la finca cuyo título se funde en documento privado.

A) Doble venta judicial y artículo 1473 CC

En los casos de doble venta judicial de una finca, a pesar de las diferencias existentes entre las ventas voluntarias y las forzosas, como donde existe la misma razón idéntica debe ser la regla aplicable (*ex art. 4 CC*), puede hablarse aquí, se dice, de doble venta y aplicarse la solución contenida en el artículo 1473, 2.º CC. En el supuesto de doble venta existe título y modo en ambos casos, y precisamente porque en ambos supuestos se ha operado la transmisión, es por lo que hay que adoptar un criterio que sirva para resolver el conflicto ocasionado por la concurrencia de dos transmisiones completas y válidas, y dicho criterio no puede ser otro que primar la apariencia, y esta apariencia es, en primer lugar, la inscripción en el Registro, por lo que será preferente quien primero inscribe de buena fe³⁸. Aunque la adquisición se consuma mediante la concurrencia de título y modo, para obtener definitivamente la condición de propietario frente a otro adquirente se requiere la inscripción de buena fe. El artículo 1473, 2.º CC aparece, pues, como una norma que, teniendo que elegir entre el comprador anterior que permite la subsistencia de una apariencia jurídica contraria a su derecho y el posterior que adquiere confiando en ella de buena fe, decide a favor de este último que accede al Registro de buena fe³⁹.

La prioridad de la inscripción que resuelve el conflicto del artículo 1473, 2.º CC se funda en que el ulterior adquirente –sea o no poseedor efectivo del inmueble–, completa su protección frente a otras personas que, habiendo consumado anteriormente su adquisición, todavía no inscribieron su derecho⁴⁰. La inscripción, se sigue

³⁸ Como resalta la STS de 6 de mayo de 2004, «no faltan sentencias que aprecian la existencia de doble venta en ese supuesto y la resuelven a favor de quien primero inscribió en el Registro de la Propiedad, con independencia de que se hubiera consumado la primera compraventa». Inscripción que, por supuesto, deberá ser de buena fe, pues la prioridad en la inscripción no convalida la mala fe existente: p.e., SSTS de 23 de enero de 1989, 20 de julio de 1990, 10 de abril de 1991, 23 de diciembre de 1992 y 27 de septiembre de 1996. No obstante, como critica RUBIO GARRIDO («Comentario al artículo 1473 CC», en *Comentario...*, *cit.*, pp. 65-66), la STS de 2 de julio de 1999 parece preferir al que primero inscribe, aunque se califica como sujeto de mala fe.

³⁹ GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, p. 188); quien ve en el artículo 1473 CC una norma de protección de la apariencia jurídica también en su obra: *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, pp. 405-408.

⁴⁰ Para AMORÓS GUARDIOLA («Comentario al artículo 1473» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo, VII, 2.º, Madrid, 1978, pp. 288-289), el artículo 1473 CC invoca directamente el principio de inoponibilidad de lo no inscrito del artículo 32 LH, ya que al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos; para SANZ

argumentando, tiene la virtualidad de convertir al adquirente en propietario frente a todos, lo que implica que su derecho de dominio goce en el orden jurídico de una publicidad tal que lo hace invulnerable frente a cualquier título anterior no inscrito, cuyo titular, pues, tenía una tradición menguada, una curiosa forma de «propiedad relativa»⁴¹. En función del artículo 1473, 2.º CC, en la doble venta inmobiliaria –incluso tratándose de inmuebles inscritos, según algunos–, cuando el primer comprador entra en posesión de la finca, pero no inscribe, no adquiere definitivamente la propiedad, que según el Registro sigue correspondiendo al vendedor cuando procede a realizar la segunda venta, de modo que no habría venta de cosa ajena, pues la primera no transmitió la propiedad. La primera venta no inscrita es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda adquisición es válida y deriva del dueño inscrito (adquisición *a domino*), a diferencia de los casos de venta de cosa ajena y de venta sin objeto o sin legitimación⁴². En definitiva, vendida judicialmente una finca doblemente, el segundo adquirente será preferente si es de buena fe e inscribe primeramente, y el primer adjudicatario, aun poseedor a título de dueño, no fue diligente en la inscripción de su derecho. En cuanto que el Registro de la Propiedad debe realizar, en materia de inmuebles, la misma función que la posesión en sede de muebles, también el Código Civil, *ex* artículo 1473, 2.º, permite que, desconociendo la venta e inscribiendo de buena fe, pueda todavía un tercero adquirir de quien ya vendió, creyéndole aún dueño.

B) Doble venta judicial y fe pública registral

A mi juicio, en sede de doble venta judicial, tratándose de inmuebles inscritos, será el Registro el que definirá toda cuestión

FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 257-258), en cambio, no es sino una aplicación de la fe pública registral; criterio que comparte la STS de 4 de marzo de 1988 que, en estos casos, considera «justificada la aplicación (conjunta) de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria».

⁴¹ Pues la tiene el primer adquirente respecto de su transmitente y también la conserva el vendedor respecto de terceros (cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, *cit.*, p. 88; y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 836-837). En el artículo 1473 CC, la inscripción «es modo de adquirir el dominio (“por ley”, artículo 609) *in loco traditione*» (NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 22, 1949, p. 159, nota 12).

⁴² GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario...*, II, *cit.*, p. 81), y, en el mismo sentido, CLEMENTE MEORO (*El acreedor de dominio*, Valencia, 2000, pp. 155-156), MIQUEL GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 56), etc. GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, pp. 198 y 200), en cambio –y yo estoy de acuerdo–, ve en el comprador preferido en el artículo 1473 CC un adquirente *a non domino*, pues existe «un proceso transmisivo completo y válido, anterior al consumado por el que inscribe, y, no obstante él, una adquisición por éste, sin relación alguna con el primer comprador», adquisición «justificada por la protección de las adquisiciones de buena fe».

que pueda suscitarse respecto de la eventualidad de que alguien celebre sucesivamente diversos actos de disposición sobre un mismo bien registrado. La solución de estos conflictos, pues, no derivará del artículo 1473, 2.º CC –aunque también pueda proteger una adquisición *a non domino*⁴³–, sino de su vinculación necesaria al sistema inmobiliario registral, esto es, a la virtualidad del artículo 34 de la LH⁴⁴. En efecto, en virtud del principio hipotecario de fe pública registral (art. 34 LH), puede producirse una adquisición *a non domino* que haga preferente a un comprador y que haga perder la propiedad al adquirente que recibió primero la tradición; primacía que se concederá tan sólo al comprador que cumpla cabalmente los requisitos exigidos por el susodicho postulado⁴⁵, en particular, el de la propia inscripción del segundo adquirente. Ahora bien, y quede esto claro, en nuestro Derecho, el adquirente inmobiliario sin inscripción registral es verdadero adquirente y efectivo propietario, y como tal podrá disfrutar y ejercitar *erga omnes* su derecho real. Si posteriormente ese tal derecho aparece enfrentado con otro adquirido de buena fe e inscrito, y en tal colisión perece, ello no implica que el primero no fuera verdadero derecho legalmente adquirido. Significa tan sólo que su compra quedó legalmente sometida a la eventualidad resolutoria de esa otra posterior considerada preferente por la ley, bien *ex* artículo 1473, 2.º CC, bien mediante el artículo 34 LH. Cuando en nuestra doctrina y para nuestro Derecho se habla de que alguien, según haya inscrito u omitido la inscripción, es propietario «respecto de todos» o sólo «en relación con el vendedor», o de que, mientras la

⁴³ Como indica GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, pp. 189 y 198; y en *La representación...*, *cit.*, pp. 405-408), el artículo 1473 CC es una norma consagrada de distintas formas de adquisición *a non domino*, pues se trata de ventas sucesivas de un inmueble hechas a distintos compradores por quien aparece como dueño del mismo, aunque deje de serlo como consecuencia de la primera venta; y en una de sus hipótesis sobre inmuebles, la adquisición deviene inatacable mediante la inscripción (PETIT SEGURA, *op. cit.*, p. 105).

⁴⁴ Para LALAGUNA DOMÍNGUEZ (*op. cit.*, p. 870), en cambio, «el conflicto entre los dos posibles adquirentes de dominio en una doble venta queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 34 LH, circunscrito a la doble transmisión sucesiva en que la propiedad pasa de un primer titular inscrito, A, a otro, B, y de éste, que aparece en el Registro con facultades para transmitir a un tercero, C, que es mantenido en su adquisición en base no al principio de prioridad sino de fe pública. En el supuesto del artículo 34 LH, hay una sucesión lineal (de A a B y de B a C), en la que el conflicto que se resuelve está planteado entre el *verus dominus* y un *tercero*, que adquiere de quien no es propietario... En la doble venta, el comprador a quien se atribuye la propiedad adquiere siempre *a domino*. El comprador que primero inscribe queda protegido por el artículo 32 LH. No es un *subadquirente*, como en el supuesto del artículo 34 LH, sino un *adquirente*». A mi modo de ver, y como se verá en abundante doctrina, también puede operar el artículo 34 LH en un supuesto de doble venta.

⁴⁵ La STS de 5 de diciembre de 2002, p.e., tratándose de un titular registral no dueño real, optó por aplicar el artículo 34 LH a dicha adquisición *a non domino*, desechando el juego del artículo 1473 CC por estar restringido sin más al «terreno de una doble venta».

inscripción no tiene lugar, la constitución del derecho real es menos plena, relativa, aunque haya mediado tradición material, se incurre en un error, pues no es admisible, por su propia naturaleza, la posibilidad de un derecho real sin absolutividad u oponibilidad *erga omnes*, o sea, no cabe la existencia de una presunta «propiedad relativa».

Además, el diverso ámbito del artículo 1473, 2.º CC –y del artículo 32 LH, en cuanto que existe identidad de naturaleza y criterio de solución aplicado en ambos preceptos–, se observa claramente en cuanto que se refiere –a diferencia de lo que sucede en el artículo 34 LH–, a la inmatriculación de la finca, a la primera inscripción de dominio que encabezará el folio abierto al inmueble, para preferir entre los demás –por haberse adelantado a ellos–, en caso de doble venta, al comprador que primero inscribe, sin que sea necesaria una inscripción fundamentada en otra anterior y derivada de ella. Tampoco aquí la inscripción hace nacer el derecho que publica, pero su práctica diligente determina el triunfo del derecho inscrito sobre el no publicado cuando ambos proceden de actos sucesivos de un mismo transmitente. La inscripción pone a salvo la adquisición del comprador posterior que la practica respecto a la de cualquier otro comprador anterior no inscrita; o, lo que es lo mismo: el derecho anterior no inscrito no perjudica al adquirente posterior que se adelanta en inscribir el suyo. Es muy claro que en nuestro Derecho el artículo 1473, 2.º CC hace aplicación de esta forma de inoponibilidad-prioridad cuando proclama propietario a aquel de los sucesivos compradores de una misma cosa inmueble que antes la haya inscrito en el Registro. Por todo ello, el artículo 1473, 2.º CC no es norma inspirada por el principio de fe pública registral, sino por el de prioridad e inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito al tercero que inscribe (art. 32 LH), de modo que quien inscribe primero, ajeno al contrato que se dejó de registrar, será protegido en la adquisición frente a quien previamente adquirió ese mismo derecho pero omitió su inscripción. Y ello es lógico: la seguridad del tráfico inmobiliario reclama la publicidad de los derechos reales, y el adquirente que reúna las condiciones de protegibilidad requeridas por el ordenamiento no puede quedar a merced de reclamaciones basadas en derechos no inscritos. La adopción del folio real y las exigencias del tracto sucesivo imponen el cierre del Registro a cualquier título anterior al ya inscrito y que sea incompatible con él, de ahí que el artículo 17 LH limite los beneficios de la prioridad a quienes inscriben o anotan preventivamente en el Registro «*cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales*».

impuestos sobre los mismos». La inscripción no da razón, por ella misma y necesariamente de la existencia y validez del derecho inscrito (art. 33 LH), pero, mientras no se la impugne, fundamenta una presunción (arts. 1, 3.º, y 38, 1.º y 2.º, de la LH) a la cual necesariamente ha de estarse.

Es cierto que cuando el principio de inoponibilidad se conjuga con el de fe pública en un mismo sistema puede producirse la superposición de ambos en una zona común, pero nada impide que, también en ese régimen, el postulado de inoponibilidad pueda jugar separadamente, como principio autónomo y con contenido propio, y sin necesidad de apoyo —como componente negativo— en el de fe pública registral⁴⁶. Y es éste el momento en el que conviene, aunque sea someramente, deslindar el principio de inoponibilidad del artículo 32 LH y el de fe pública registral del artículo 34 LH. El contraste del artículo 32 LH con la hipótesis normativa del artículo 34 LH y con el efecto que en él se sanciona es claro: de un lado, porque en el 32 no se exige ni tutela la confianza en dato registral alguno, de modo que, en nuestro sistema, el dato de la previa inscripción traza la frontera entre el juego del principio autónomo de inoponibilidad, cuando se inscribe sin apoyo alguno en inscripción anterior, y el principio de fe pública registral que sí requiere dicha previa registración; de otro lado, porque a la adquisición registralmente protegida según el artículo 32 LH no se le otorga protección absoluta, pues el verdadero dueño de la cosa adquirida e inscrita —si no lo era el vendedor que de ella dispuso— podrá reivindicarla con éxito de quien la inscribió a su favor. En efecto, el *verus dominus* —que no lo sea por adquisición anterior no inscrita y derivada del mismo transmitente— puede reclamar al inmatriculante —quien no pudo confiar en titularidad proclamada por el Registro—, desde luego, antes del transcurso de los dos años de suspensión de efectos de la inmatriculación contra terceros (*ex* art. 207 LH); pero también después de dicho plazo, ya que el mismo lo que suspende es el juego de la fe pública registral, y ésta no aprovecha al inmatriculante. En definitiva, el principio de inoponibilidad derivado del artículo 32 LH (en relación con el art. 1473, 2.º, CC) protege contra el primer comprador, que no inscribe, al segundo, que lleva su adquisición al Registro, premiando así su mayor diligencia: la que le lleva a acogerse al Registro y a colaborar de tal forma con su función aseguradora del tráfico. El principio de fe pública registral del artículo 34 LH, en cambio, par-

⁴⁶ *Vid.*, en este punto, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 1993, p. 314); GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario...*, II, *cit.*, p. 427); GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, pp. 196-197), etc.

tiendo de la inscripción anterior, protege a quien, confiando en dicha inscripción, adquiere de titular registral. Por último, y conforme a lo anterior, si el artículo 32 LH quedara embebido por el artículo 34 LH se dejaría sin solución registral el caso de la doble venta de finca no inmatriculada, o, dicho de otro modo, se negaría todo valor a la inscripción cuando lo que con ella se hiciera llegar por primera vez al Registro fuera una finca previamente vendida por el mismo vendedor a otro comprador que no la inscribió⁴⁷.

El Registro de la Propiedad puede, pues, proteger las adquisiciones *a non domino* en dos formas distintas: primera, acogiendo, simplemente, la adquisición de buena fe que primero se inscribe (arts. 1473, 2.º, CC, y 32 LH: principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito), de modo que la inscripción no haría nacer el derecho que publica, pero su práctica determinaría el triunfo del derecho inscrito sobre el no publicado cuando ambos procedieran de actos sucesivos de un mismo transmitente. Ahora bien, esta adquisición no llegaría a ser protegible si el comprador que inscribe la hubiera llevado a cabo sabiendo que el vendedor, al tiempo de transmitirle, no era ya dueño del objeto vendido; el artículo 32 LH, como el artículo 1473 CC, en cuanto protege no sólo por haber adquirido creyendo hacerlo del todavía dueño, y en cuanto no protege absolutamente o contra la reclamación del *verus dominus*, sea éste quien sea, sino sólo frente al comprador anterior que no inscribió, no es norma de exclusiva aplicación del principio de protección de la apariencia jurídica; pero tampoco es norma sanante de una adquisición cuya irregularidad conozca el adquirente. La segunda forma de salvaguarda de las adquisiciones *a non domino*, requiere fundamentar, además, la apariencia de titularidad y legitimación del transmitente y, *eo ipso*, alimentar la buena fe del tercero adquirente acerca de ellas (art. 34 LH: principio de fe pública registral), esto es, precisa suplir, en interés del tráfico inmobiliario de buena fe, el defecto de titularidad o poder dispositivo del transmitente. Así, si por haberse consumado ya una venta anterior se produce una posterior venta de cosa ajena, el segundo adquirente será el propietario definitivo en aplicación del artículo 34 LH que consagra una adquisición *a non domino*.

⁴⁷ «Principio de inoponibilidad y principio de fe pública registral, pues, no son magnitudes que, por incompatibles, se excluyan recíprocamente, o tengan que fundirse como aspectos distintos en la unidad de un solo principio, sino que cada cual, con ámbito propio, pueden convivir perfectamente en la coherente y bien trabada unidad de un mismo sistema» (GORDILLO CAÑAS, *El principio de inoponibilidad...*, cit., p. 448). En contra, LASARTE ÁLVAREZ (*Principios de Derecho Civil*, 5.º, Madrid, 2001, p. 424), mantiene que la *ratio legis* del artículo 32 LH únicamente «consiste en ratificar, desde el punto de vista negativo, cuanto el artículo 34 expresa en términos positivos».

En realidad, adquirido ya conforme a Derecho un derecho real por la concurrencia de título y modo –derivado éste de la posesión o del otorgamiento de escritura pública o de documento público asimilado–, la protección definitiva de un segundo adquirente aparece como una anomalía, como una privación de derechos adquiridos legalmente y con anterioridad, que no puede justificarse, tratándose de inmuebles inscritos, sino por la conjunción de los presupuestos contemplados en el artículo 34 LH. Así, en sede de doble venta judicial, prevalecerá el derecho del ulterior adquirente que pueda ser considerado como tercero hipotecario, aquilatando su buena fe hasta el momento de su inscripción, lo que derivará de que el procedimiento de apremio por el que adquirieron otros u otro anteriormente no constaba ya en el Registro de la Propiedad por haber sido cancelada –normalmente por caducidad– la primitiva anotación de embargo que dio lugar a la primera adjudicación. Si se dan todos los requisitos de protección del tercero registral, obtendrá una posición inatacable aquel segundo adjudicatario que inscriba de buena fe sin que haya todavía accedido al Registro la primera transmisión realizada. En cambio, si el segundo adquirente presenta su título a inscripción tras haber accedido al Registro la primera transmisión clandestina, el Registrador deberá denegar esa registración, pues, al quebrarse uno de los pilares de la fe pública, la buena fe, concurre un obstáculo insalvable para que dicho posterior adjudicatario pueda lograr una posición inatacable. Así, por ejemplo, se puede colegir de la STS de 27 de diciembre de 1983 en la que se hizo prevalecer la transmisión previa a la derivada de una segunda anotación de embargo porque se adelantó unos días en su acceso al Registro respecto de esa misma pretensión de inscripción del ulterior adjudicatario, y ello a pesar de que la fecha de la primitiva anotación preventiva de embargo cancelada era muy anterior a la de la inscripción. Igual sucederá, como estableció la STS de 16 de junio de 1998, cuando conste en el Registro una anotación preventiva de embargo prorrogada, aunque esta prórroga fuere nula por haberse practicado cuando ya estaba vencida la primera anotación, pues, si bien el asiento es nulo, es evidente que el tercero conoció la existencia del embargo preferente y, por faltarle la buena fe, no puede ser amparado por el artículo 34 LH. Tampoco puede hablarse de buena fe –caso recogido por la STS de 18 de diciembre de 2001– si se adquiere estando un embargo anotado y, por tanto, conociéndose o debiéndose conocer, y se pospone la inscripción del derecho adjudicado hasta que aquel asiento preventivo caduca. Ahora bien, cabe preguntarse si la buena fe queda intacta, y el ulterior adquirente consolida su titularidad dominical, si al momento

de solicitar la inscripción lo que existe en el Registro es únicamente una anotación preventiva de embargo caducada –y a cuya virtud adquirió un primer adjudicatario todavía no inscrito cuya existencia se desconoce– pero aún no cancelada. El efecto *ipso iure* de la caducidad de estas anotaciones, reconocida explícita, reiterada y recientemente por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁸, debe hacernos concluir que la constancia registral de una anotación de embargo caducada, por sí sola, y sin prueba fehaciente de que realmente se conocía la realidad extrarregistral –demostración que, por supuesto, queda a salvo–, no tendrá eficacia desvirtuadora alguna de la buena fe, ni debería fundar un estado de duda en el adjudicatario sobre si la titularidad correspondía al ejecutado en la forma que proclamaba el asiento registral.

En estricta técnica jurídica, podría pensarse que en los casos de doble venta es más correcto aplicar el artículo 32 LH que el 34, porque «no se anula o resuelve el derecho del otorgante», sino que éste ya no era titular de ese derecho al momento de disponerse por segunda vez de él. No obstante, tratándose de inmuebles inscritos y doble venta, al no poder jugar autónomamente el principio de inoponibilidad –por existir previa registración–, ambos preceptos no suponen sino los dos aspectos, positivo y negativo, del mismo principio de fe pública registral. El artículo 32 alude al aspecto negativo: lo que no está en el Registro –la venta anterior– no puede alegarse contra el adquirente inscrito, no perjudica a tercero, o es inoponible. Por su parte, el artículo 34 recoge el lado positivo del principio: lo que consta inscrito en los libros –la titularidad del vendedor– puede utilizarse como presupuesto de la adquisición, sin temor a los efectos de una ineficacia sobrevenida del asiento registral que se tomó como punto de apoyo⁴⁹. Por tanto, lo que es relevante es que el tercero haya actuado basado en una situación objetiva suficientemente sólida que le permitiera creer que quien

⁴⁸ Así, p. e., la RDGRN de 10 de octubre de 2005 declara que la caducidad de las anotaciones «opera *ipso iure* una vez agotado su plazo, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico». Confirmando la RDGRN de 20 de octubre de 2005 que, cuando la anotación de embargo que sirvió de fundamento a la adquisición se encuentra caducada, es imposible practicar asiento alguno que menoscabe la eficacia de los asientos posteriores, ya que la anotación perdió «toda su eficacia registral a partir del momento en que se cumplió el plazo de su vigencia». En esta línea, ya la SAP Gerona de 22 de abril de 1997 desestimó la eficacia jurídica de un asiento de presentación caducado.

⁴⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*op. cit.*, p. 127); PUIG BRUTAU (*op. cit.*, p. 55); ROCA SASTRE («El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, 1965, p. 823); SANZ FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 412); etc. Para GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, p. 213), la «protección que depara el artículo 34 LH se dirige exclusivamente al tercero, y, a través de la fe pública registral, es consecuencia del principio de publicidad».

transmitía el derecho podía hacerlo, y, evidentemente, en la constitución de ese presupuesto objetivo previo desempeña un papel determinante el Registro de la Propiedad, pero no sólo en su aspecto positivo de publicidad, sino también en el negativo de falta de constancia registral de derechos o compras anteriores. Cuando la publicidad no se corresponde con la realidad, el Registro, para cumplir su propia función, tiene que seguir proporcionando seguridad al tercero de buena fe, esto es, recurriendo a su propia virtud y desplazando a la de la realidad no inscrita, tendrá que asegurar al tercero un resultado conforme con la información –irregular, en tal caso– que él mismo le proporcionó. El sistema registral, en consideración a la eficacia de la publicidad registral, opta por la protección del tercero hipotecario que inscribe, respecto del cual las demás ventas resultarán ineficaces, por lo que, en un sentido operativo, la inscripción refuerza su modo adquisitivo, aunque no llegue a ser constitutiva de su derecho. La existencia y transmisión del derecho real *inter partes* se produce con total independencia de la inscripción registral, pero la omisión de ésta impide al derecho real desplegar expeditamente la oponibilidad que por su propio concepto naturalmente le corresponde; por ello, el derecho real así existente y transmitido, aunque podría oponerse a cualquier tercero, no tendrá virtualidad frente a quien lo tenga adquirido e inscrito, de buena fe. En esta sede de doble venta, pues, los artículos 32 y 34 de la LH están recíprocamente involucrados en una zona única donde la inscripción reforzaría excepcionalmente su significado. Así, la preferencia dada a la venta primeramente inscrita sobre la anterior consumada pero no inscrita es una consecuencia de que los títulos no inscritos no surten efectos contra tercero que inscribe (arts. 32 LH y 1473, 2.º, CC), ni frente al adquirente protegido por el principio de fe pública registral (art. 34 LH), esto es, frente a quienes habiendo inscrito en el Registro están protegido por él, de tal modo que no pueden oponérsele los titulares anteriores no inscritos (STS de 15 de noviembre de 1990). En concreto, y respecto del principio de fe pública registral, el que ignorante de la equivocación en el asiento registral acude al Registro y contrata en la seguridad de que no hay inscripción o anotación que pueda perjudicar a la adquisición de un derecho real, no debe experimentar daño por la omisión del que no cuidó oportunamente de que la inscripción fuera modificada, por más que éste tuviera un derecho real ya existente. La finalidad aseguradora de las adquisiciones de buena fe que el sistema registral se propuso introducir en el tráfico inmobiliario por la vía del artículo 34 LH es incompatible con la posibilidad de que cualquier derecho real, por muy existente que sea –por la concurrencia de título y modo–, pueda sorprender

perjudicialmente a quien, sin tacha alguna de mala fe, se haya colocado en situación de resultar objetivamente alcanzado por su característica absolutividad.

En particular, en caso de doble venta judicial, la no constancia registral del primer embargo y la falta de inscripción del primer adjudicatario implica una inexactitud registral que no puede afectar al tercero de buena fe del artículo 34 LH. En efecto, la protección derivada del principio de fe pública registral no queda eximida por la inexactitud del Registro, cualquiera que sea su causa, ya sea porque no han accedido al mismo determinados actos o contratos anteriores, ya sea porque, correcta o incorrectamente, hayan sido erradicados del contenido registral determinados negocios jurídicos o derechos a través de la cancelación de los asientos que causaron, quedando así configurado el contenido registral que fue tenido en cuenta por los terceros –mediante la correspondiente certificación de cargas⁵⁰–, quienes no pueden sufrir las consecuencias de un actuar negligente, ya sea de los particulares que no accedieron oportunamente al Registro, ya del propio encargado del mismo. En definitiva, la primitiva adquisición del dominio por consumación de la enajenación forzosa e, incluso, la toma de posesión a título de dueño por parte del primer adjudicatario ceden ante el derecho prioritario del segundo adquirente inscrito, al que tampoco obsta el que el titular registral, embargado por segunda vez, no fuera ya el propietario ni tuviera la posesión material o de hecho de la finca.

Pero, de nuevo, la cuestión radica en fijar el momento en que debe existir la buena fe del tercero del artículo 34 LH en estos casos. Curiosamente, el argumento en el que suelen coincidir las diversas sentencias incardinadas en las dos tesis jurisprudenciales –ya apuntadas– sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales es el siguiente: mientras no se produce el tránsito del derecho de crédito al derecho real, sigue teniendo trascendencia, a los efectos de la protección dispensada por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, el conocimiento que el tercero alcance del defecto del título de su transmitente. Una vez que se produce tal tránsito –por el auto de adjudicación o por el testimonio del mismo–, esto es, una vez que ingresa el derecho real en el patrimonio del segundo adjudicatario, como resultado de la teoría del título y el modo, ya resulta irrelevante que llegue a tener noticia

⁵⁰ Pues, conforme al artículo 656, 1.º, LEC, el «tribunal librará mandamiento al Registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al Juzgado certificación en la que consten los siguientes extremos: 1.º La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado. 2.º Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas...».

de esa inexactitud registral, pues se trata de un tercero adquirente a título oneroso de aquel que según el Registro podía transmitir el dominio, adquisición que, al momento de su consumación, era de buena fe (STS de 14 de octubre de 2002). No obstante, a esta argumentación se le puede hacer una objeción esencial: la adquisición del tercero registral no es una adquisición *a domino* en la que es determinante la conjunción del título y el modo (*ex art. 609 CC*), y para la cual no hace falta la protección dispensada por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH⁵¹, sino una adquisición *ex lege* –por mandato de la ley, sustentada en razones de seguridad jurídica y confianza en la apariencia registral–, *inscriptionis causa* –pues la inscripción, junto a los demás requisitos, sustenta el derecho adquirido– y *a non domino*. Basta con tener en cuenta aquí que la tradición y la fe pública registral entran en juego en momentos distintos y, por consiguiente, con alcance muy diferente: la tradición desarrolla su eficacia en el momento del nacimiento del derecho real y con referencia al acto transmisivo, en tanto que la fe pública entra en liza dentro de los efectos de la inscripción, esto es, en el momento en que, al menos en apariencia, el derecho real ya existe y es perfecto, y si convalida el acto de disposición *a non domino* es porque se cumplen todos los requisitos del artículo 34 LH y, especialmente, el de la inscripción⁵²; momento hasta el que, por tanto, debe subsistir la buena fe del tercero⁵³ (STS de 23 de mayo de 2002). Si bien la buena fe debe estar presente al momento de la celebración del contrato, deberá perdurar hasta su inscripción, por cuanto todos los requisitos para el funcionamiento

⁵¹ P. e., DE LA RICA (*Dualidad...*, *cit.*, p. 642) declara terminantemente que la «antigua teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y los derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria».

⁵² La SAP Alicante de 31 de enero de 2002, p. e., negó la condición de terceros hipotecarios a los cesionarios de un remate, entre otras razones, porque no habían procedido a inscribir su título de adquisición. Para algunos, incluso, la «inscripción tiene eficacia constitutiva, cuando, careciendo el titular inscrito del derecho aparentado por la inscripción (Registro inexacto), adquiere de él un tercero protegido por el principio de fe pública registral» (GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, Granada, 1987, pp. 93-94). En el mismo sentido, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 612.

⁵³ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (*Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2001*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 59, 2002, p. 643); CLEMENTE MEORO (*Sobre el momento...*, *cit.*, pp. 1866-1867); GARCÍA GARCÍA (*Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo VII, vol. 4.º, Madrid, 1999, p. 502); GORDILLO CAÑAS (*Comentario...*, *cit.*, pp. 854-855); NÚÑEZ LAGOS (*Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1950, p. 604), etc. Así parece deducirse también de la STS de 30 de noviembre de 1991 que niega la aplicación del artículo 34 LH por existir mala fe «inicial y no sobrevenida y posterior a la inscripción registral», aunque GÓMEZ-SALVAGO (*Comentario a la STS de 30 de noviembre de 1991*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 28, 1992, p. 62) lo entiende al revés.

del principio de fe pública deben ser concurrentes en el tiempo: antes de la inscripción, no tiene sentido referirse a la buena fe de quien todavía no es tercero del Registro, ya que no ha inscrito su derecho. El *iter* adquisitivo de la adquisición registral *a non domino* culmina cuando el tercero adquirente inscribe su derecho; mientras ello no ocurre, todavía no ha adquirido de forma irreivindicable, y es al adquirir –a la coronación de su proceso adquisitivo–, cuando necesita estar y permanecer en su situación de buena fe. Aplicando el principio *mala fides superveniens nocet*, quien conoce la compra anterior del bien por un tercero al mismo *tradens* y *a domino* pierde su buena fe, incluso si tal conocimiento se obtiene después de tener título público –testimonio del auto de adjudicación– inscribible a su favor. En la medida en que llega a saber que su transmitente no era dueño cuando fue ejecutado, resulta de mala fe –pues conoce la inexactitud registral–, y en el conflicto entre adquirente *a domino* y el que sólo puede llegar a adquirir *a non domino* ha de ser preferido aquél si éste no es de buena fe en el momento de la inscripción; buena fe, eso sí, que se presume (art. 34, 2.º, LH).

En conclusión, la buena fe ha de darse hasta la tradición –real o ficticia– para quien adquiere *a domino*, y hasta el acceso al Registro para el adjudicatario *a non domino*. Y como el artículo 34 LH sólo es aplicable a aquellos supuestos en que no se ha adquirido *a domino*, porque si se ha adquirido de tal forma no resulta necesario ampararse en el principio de fe pública registral –sino en el art. 609 CC–, resulta que en las hipótesis de doble venta o doble disposición judicial en que sea precisa la virtualidad del artículo 34 LH la buena fe ha de subsistir hasta la inscripción⁵⁴, último requisito específico del sistema registral de adquisición *a non domino* por parte del tercero, mecanismo complejo que, de otro modo, no se consumaría.

C) ¿Supone una excepción a lo anterior el régimen de la llamada tercería de dominio?

El artículo 594, 1.º, LEC dice que el «embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si

⁵⁴ CLEMENTE MEORO (*Sobre el momento...*, cit., p. 1873). Por tanto, el «tercero adquirente no resultará protegido por el principio de fe pública registral si cuando llega al Registro la finca ya no está inscrita a nombre de su transmitente (cfr. art. 17 LH), aunque éste fuera su titular registral en el momento de la celebración del contrato, en el del otorgamiento del título público inscribible y en el de la tradición. Tampoco resultará protegido si en el momento de la inscripción consta en el mismo Registro alguna causa de anulación o resolución del derecho de su transmitente (cfr. art. 34.1 LH), aunque no constase en un momento anterior» (*ibídem*, pp. 1874-1875).

el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva»; y el artículo 175, 2.º, RH confirma que cuando «en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta. La cancelación se practicará a instancia del que resulte ser dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, expedido de acuerdo con lo previsto en el artículo 1518 LEC». Con la nueva redacción de estos artículos 594, 1.º, LEC y 175, 2.º, RH⁵⁵, completados por el artículo 674, 2.º, LEC⁵⁶, resulta que la determinación del alcance con el que la ejecución ha de afectar a los titulares de derechos reales sobre la finca embargada se determina atendiendo exclusivamente a una fecha tabular, la de la publicidad registral del derecho, y sin consideración, en principio, al momento de su adquisición, de modo que el que adquiere con anterioridad a la fecha del embargo o de su anotación y, desarrollando una actuación poco diligente, se retrasa en acudir al Registro, permitiendo con ello que se anote un embargo sobre la finca todavía inscrita a favor del deudor, queda en la misma situación que el que adquirió con posterioridad a la anotación, aunque sin perjuicio, en todo caso, de que, previa inscripción de su derecho, pueda hacer valer su prefe-

⁵⁵ Vid. BUSTOS PUECHE (*El sujeto...*, cit., pp. 2638-2639); NAVARRO CASTRO (*Comentario a la STS de 4 de abril de 2002*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 60, 2002, pp. 978-979), etc. Para ARNAIZ RAMOS (*La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación del alcance de la ejecución respecto de titulares registrales posteriores a ella*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 666, 2001, p. 1572), hay «una idea fundamental que informa el contenido de los diferentes preceptos que regulan la materia: *el de la mayor o menor diligencia con la que los afectados por el proceso ejecutivo y sus consecuencias actúen en el mismo*».

⁵⁶ Según el cual: «A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656... También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación». No obstante, el artículo 1923, 4.º, CC, aplicable a los embargos anotados por remisión del artículo 44 LH, establece que los créditos preventivamente anotados gozarán de preferencia «sólo en cuanto a créditos posteriores», lo que significa que el embargo anotado cederá ante el derecho real nacido antes del embargo o incluso después pero antes de su anotación.

rencia sustantiva a través de la correspondiente tercería de dominio. Así, al titular de un derecho real sobre el inmueble embargado se le impone una actuación diligente respecto de la ejecución que afecta a dicho bien, pues debe realizar lo necesario para conservar su titularidad, esto es, ha de acudir al proceso ejecutivo de cuya existencia tiene o puede tener conocimiento a través del Registro. Pero si no se ejercita la tercería de dominio antes de que concurren título y modo en el segundo adjudicatario, es decir, antes de dictarse el auto de aprobación del remate –u otorgarse testimonio del mismo– (art. 674, 1.º, LEC), momento límite para la interposición de aquella acción, según ordena el artículo 596, 2.º, LEC⁵⁷, es claro que el rematante adquiere una posición inatacable y puede inscribir su título en el Registro. Y ello a pesar de que, previamente, se hubiera inscrito una escritura de compraventa –voluntaria o judicial– en favor de persona diferente del deudor ejecutado, y de cualquiera que hubiera sido el momento de celebración de dicha compraventa: antes o después del embargo, con tal que se hubiera registrado después de la anotación preventiva de éste. De esta manera, la inscripción a favor del rematante exigirá, al mismo tiempo, la cancelación de esa compraventa que llegó tardíamente al Registro (*ex art. 674, 2.º, LEC*). La falta de ejercicio de la tercería de dominio otorga, pues, se dice, efectos absolutos al embargo frente a todas las inscripciones posteriores, aun cuando éstas se basen en adquisiciones consumadas anteriores a la propia anotación de embargo. Por tanto, las adquisiciones de dominio anteriores a una anotación de embargo pero inscritas tras la anotación deben ser canceladas. En cambio, si el primer comprador ejercita en tiempo y forma la tercería de dominio, el Juez le dará la razón si le considera dueño de la finca en virtud de escritura de compraventa –o testimonio del auto de adjudicación– inscrita después de haberse anotado el embargo. Toda esta argumentación se considera una mejoría importante en la defensa de los rematantes y para la

⁵⁷ «El tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio... que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta». Ya la RDGRN de 23 de marzo de 1993 indicó que la «consideración de que el proceso de ejecución y su resultado –el remate– han de verse inutilizados por el solo juego registral, en beneficio de una adquisición que, aun siendo anterior al embargo e incompatible con él, accede al Registro después, resulta absolutamente incompatible con uno de los postulados básicos que rigen esta institución, cual es el de la prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria)... Contra lo anterior no cabe invocar que el embargo no goza de la protección por la fe pública registral. Como se ha señalado, el principio de prioridad es independiente en su esencia y alcance respecto del principio de fe pública; el título que se anticipa en el acceso registral produce por esta sola razón el cierre registral a cualquier otro incompatible, y ello aun cuando aquél no reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

credibilidad de las ejecuciones judiciales, pues se dota de mayor eficacia al proceso de ejecución y se hace más atractiva la enajenación de inmuebles embargados. En definitiva, al primer adquirente moroso en su acceso al Registro se le exige un acto de diligencia –la interposición de la tercería de dominio–, que compense su negligencia a la hora de inscribir su título de adquisición, si quiere conservar su derecho⁵⁸.

Sin negar que la posición anterior favorece la eficacia de las adjudicaciones en subastas judiciales y permite al Registro de la Propiedad incorporar a su propio fin la tutela del crédito y del proceso –terminando con las cargas ocultas e impidiendo las maquinaciones fraudulentas del deudor⁵⁹, hay que objetarle que funciona en detrimento de otra aspiración mucho más importante de nuestro sistema jurídico: la tutela jurisdiccional de la propiedad. La responsabilidad del deudor recae potencial e indistintamente sobre todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1911 CC), de modo que el embargo tiende a concretar esa responsabilidad en alguno de los bienes del deudor, sujetándolo a la satisfacción del acreedor, y, finalmente, la anotación preventiva publica tal sujeción, haciéndola cognoscible *erga omnes*. No es función de la anotación mejorar ni alterar la naturaleza del crédito en vías de ejecución, ni convertir en acreedor hipotecario al que es simple acreedor –con el conjunto de consecuencias que de ahí se seguirían–, ya que siendo la finalidad

⁵⁸ GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario...*, II, *cit.*, p. 770) y NAVARRO CASTRO (*op. cit.*, p. 978), quien escribe que si «el adquirente inscrito quiere evitar la cancelación de su inscripción, deberá alegar su adquisición durante la tramitación de la ejecución a través de la correspondiente tercería de dominio»; debiendo probar ser propietario del bien embargado en el momento en que se decretó el embargo (STS de 9 de abril de 1997). Para BUSTOS PUECHE (*El sujeto...*, *cit.*, p. 2641), ni siquiera es justo que pueda quedar perjudicado quien, «confiado en los datos registrales, sigue todo el procedimiento de apremio hasta pedir la adjudicación o hasta que un postor la pide y, justo antes de la aprobación de la venta judicial, se ve demandado en tercería de dominio por quien... lleva meses, acaso años, con una escritura de compraventa que no inscribió, y que acaba de inscribir, y que ha provocado el engaño del ejecutante quien, de haber conocido esa compraventa, ni habría embargo ni mucho menos habría seguido la vía de apremio».

⁵⁹ Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (*Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, pp. 110-111), es «cierto que la anotación evita el juego de la publicidad registral, pero a la vez está llamada a hacer algo más, algo positivo: *publicar el proceso*, y por esa vía salvaguardar los derechos desde la demanda, permitir la retroacción de la sentencia, y, en el juicio ejecutivo, limpiar los títulos de las cargas o gravámenes ocultos, evitando las maniobras defraudatorias del deudor y garantizando la efectividad del secuestro judicial o del proceso ejecutivo. El registro no sólo se organiza para la seguridad del adquirente, sino principalmente también para la *seguridad del crédito*». Por el contrario, SERRERA CONTRERAS («¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, pp. 75-76), opone que tampoco «es convincente el argumento de que dar preferencia a la adquisición que se inscribe con retraso obstaculiza la realización de la justicia y la efectividad del procedimiento ejecutivo. En efecto, la anotación de embargo tiene sus propios límites institucionales queridos por el Ordenamiento Jurídico; y esa limitación no puede verse como un obstáculo a la justicia, sino como un mero condicionamiento de los procedimientos ejecutivos».

del Registro el aseguramiento del tráfico inmobiliario, queda fuera de su propósito central la protección del simple acreedor, y siendo materia ajena a la suya la de la clasificación y prelación de los créditos, queda fuera de su competencia la determinación del rango de aquel cuya reclamación se asegura mediante el embargo anotado. Así, el crédito reclamado –en la consideración que por razón de su clase le corresponde–, no obtendrá del embargo y su anotación más preferencia que la de la prioridad temporal en relación sólo con otros que eventualmente puedan ser contraídos posteriormente contra el mismo deudor (art. 44 LH). La anotación sirve para asegurar la efectividad del proceso ejecutivo, y a este fin permite la oponibilidad del embargo –sea quien fuere definitiva y finalmente el acreedor que sobre la cosa embargada deberá quedar satisfecho–, al eventual adquirente de la finca gravada, impidiendo la posibilidad de que éste alegue su desconocimiento inculpable: el bien embargado podrá ser enajenado, pero sin perjuicio de la persona a cuyo favor esté la anotación (art. 71 LH). La anotación de embargo no permite al acreedor embargante acogerse a la fe pública registral, pero, al hacer cognoscible el embargo *erga omnes*, impide el juego del principio de fe pública registral en favor del posterior adquirente de la finca embargada, quien no podrá recibirla como libre de cargas. La anotación preventiva de embargo, en cambio, no pone al embargante a salvo respecto de anteriores derechos recayentes sobre la finca embargada y no inscritos en el Registro de la Propiedad. Si, aunque todavía inscrito a nombre del deudor, el bien inmueble embargado es ya propiedad de tercero, a pesar de la anotación del embargo, la tercería de dominio hará prevalecer los derechos del dueño sobre los del acreedor embargante.

Por otra parte, la falta de ejercicio de la tercería, la inadmisión de la tercería por interponerse fuera de plazo o su resolución desfavorable al tercerista no da efectos absolutos al embargo, pues no impide una posterior acción reivindicatoria para hacer valer el anterior derecho de propiedad, como resulta de la propia LEC en su artículo 603, primera parte⁶⁰. Así, el adquirente anterior al

⁶⁰ Que indica que: «La tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien...». Vid. CACHÓN CADENAS (*Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, dir. Lorca Navarrete, Valladolid, 2000, p. 2955); TALMA CHARLES (*La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001, p. 452), para quien la «adquisición anterior prevalecerá (independientemente de la fecha de la inscripción), sobre la anotación de embargo «posterior», siempre que se haga valer en la tercería, o el declarativo correspondiente», etc. Como señala GUTIÉRREZ ZARZA («Comentario a la STS de 20 de abril de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, p. 63), la «jurisprudencia insiste en una idea: la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella,

embargo que inscribe su derecho una vez que ya se ha practicado en el Registro la anotación preventiva de embargo no necesita interponer tercería de dominio si quiere defenderlo, pues el propio artículo 594, 1.º, LEC reconoce que puede ejercitar con éxito la acción reivindicatoria con el único límite de que el adjudicatario haya consumado una adquisición que sea inatacable o irreivindicable. Es cierto que los artículos 175, 2.º, RH, y 674, 2.º, LEC permiten al adjudicatario cancelar las inscripciones posteriores a la anotación de embargo⁶¹, manifestando claramente la intervención de la prioridad registral en beneficio e interés del embargo anotado, pero también lo es el carácter provisional y librario de esta protección atendida la posibilidad de reacción de los titulares de los asientos cancelables según las normas de la tercería de dominio o de mejor derecho, según proceda, en un primer momento, y, transcurrido éste, del juicio declarativo ordinario correspondiente en que podrán hacer valer la preferencia sustantiva de su derecho⁶².

tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo». Sin embargo, la reciente RDGRN de 21 de febrero de 2005 mantiene que, a «pesar de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre la materia, que entiende que el juicio de tercería se limita exclusivamente a decidir sobre la pertinencia del embargo trabado, (si) la declaración judicial contenida en dicha tercería declara la pertenencia de la finca a una persona determinada con base en uno de los actos o negocios previstos por el artículo 609 del Código Civil y que como tales se consideran por el legislador aptos para lograr la transmisión del dominio... (resultará) procedente la inscripción de la declaración judicial contenida en la sentencia».

⁶¹ Tampoco puede olvidarse que es doctrina de la DGRN –*vid. p. e., R. de 10 de octubre de 2005*– que en «materia de cancelación de asientos posteriores a una anotación preventiva, la caducidad de tales anotaciones opera *ipso iure* una vez agotado su plazo, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores... no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro se había operado ya la caducidad».

⁶² La STS de 21 de marzo de 2003 afirma que la «Jurisprudencia de esta Sala admite reiteradamente que el embargante no está protegido contra actos dispositivos realizados con anterioridad al embargo, y que no goza tampoco de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (SS de 12 de diciembre de 1988, 16 de febrero de 1990 y 18 de febrero de 2002, entre otras)»; y la STS de 9 de abril de 2003 confirma que una «cosa es los efectos con respecto a tercero de la cancelación de un asiento registral cancelado y, otra, la doctrina jurisprudencial que claramente establece que la anotación de embargo no inviste por sí de privilegio o de preferencia a los créditos que cubre cautelarmente respecto a los anteriores o preferentes». En la doctrina, DÍEZ-PICAZO («Las anotaciones preventivas», *Revista de Derecho Notarial*, 1964, p. 28), defiende que, en «términos generales, la anotación preventiva no produce los efectos generales de orden registral (legitimidad, fe pública, rango, cierre del Registro). El efecto esencial de la anotación preventiva... es simplemente enervar la protección de la fe pública que normalmente favorece al tercer adquirente de buena fe». En este mismo sentido, REY PORTOLÉS (*Prelación de créditos con embargo anotado arts. 1923, 4.º, y 1927, II, 2.ª, del Código Civil*–, Centenario de la Ley del Notariado, Ciclo de Conferencias, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, p. 398), partiendo de la naturaleza procesal del embargo y de su anotación, concluye que no «puede aprovecharse de los beneficios del sistema que proporcionan las normas en que se condensan los principios de legitimación, prioridad sustantiva (o definitiva), inoponibilidad y fe pública registral».

Además, los citados artículos 175, 2.º, RH, y 674, 2.º, LEC deben conjugarse con el citado artículo 594, 1.º, LEC que, repito, sólo impide la virtualidad de la primera compra si se ha producido una adquisición inatacable por parte del ulterior rematante. Pero ello no va a poder ser así si el segundo adjudicatario tiene a la vista la existencia de una titularidad anterior y contradictoria a la suya, pero que retrasó su presentación a un momento posterior al de la anotación preventiva, mas anterior a la inscripción de aquél: resultaría absurdo dar lugar a la registración del ulterior adjudicatario y a la cancelación del asiento del titular rezagado porque éste siempre podría reivindicar la finca al rematante⁶³. Además, la cancelación obtenida en el procedimiento de ejecución no constituye una decisión jurisdiccional definitiva sobre la cuestión relativa a la titularidad de la finca, que sólo se puede obtener en un procedimiento contradictorio *ad hoc*, sino, todo lo más, consigue ubicar al ahora titular registral en una cómoda posición pasiva y trasladar al expulsado del Registro la carga de la prueba. Dicho en otras palabras, en el caso de que se obtenga del Juez la cancelación del asiento vigente –referido a la primera adquisición– y la inscripción de la segunda adjudicación, como ello no es determinante de una pérdida de derechos, siempre quedará a salvo la acción reivindicatoria⁶⁴ del primer adquirente, que deberá ser estimada, en cuanto que, como vengo defendiendo, el último adjudicatario, al conocer la existencia del primero antes de inscribir su derecho, carecería de la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH por faltarle la buena fe.

Es más, la opción legal por la cancelación del asiento posterior a la anotación de embargo, en cuanto supone una presunción de la extinción de derechos, actuante en el ámbito del principio de legitimación, hace insegura la futura resolución de la controversia, puesto que dicha cancelación puede permitir que sobre la finca en cuestión aparezcan subadquirentes que gozarán de plena protección registral de modo ordinario, pues podrán adquirir de quien en el Registro aparece con facultades suficientes para disponer, o sea, del adjudicatario cuya adquisición no es en verdad inatacable. En

⁶³ Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPI («La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, pp. 1508-1509), «la inscripción de la adjudicación no supone la cancelación automática de la inscripción incompatible, aunque ésta sea posterior a la anotación de embargo que ha causado la adjudicación, sino, en principio, la existencia de dos inscripciones sobre la misma finca... Resolver la contradicción de dos inscripciones... simultáneas es el contenido del mandamiento de cancelación, que debe efectuarlo el juez porque la contradicción registral no se puede resolver directamente aplicando el principio de prioridad».

⁶⁴ Como indica la STS de 16 de julio de 1982, en los casos en que la finca ya se ha transmitido a un segundo adjudicatario (*ex art.* 596, 2.º, LEC), la vía adecuada para que el primer adquirente defienda su posición jurídica no será ya, evidentemente, la tercería de dominio, sino la acción ordinaria correspondiente, en particular, la acción reivindicatoria.

este sentido, esos terceros podrán apoyarse en el artículo 97 LH, según el cual cancelado un asiento se presume extinguido el derecho al que se refería, a saber, el del primer adquirente. Resulta lamentable, pues, que el legislador permita conscientemente la creación de una inexactitud registral de posibles infaustas consecuencias para el *verus dominus*, quien, para evitar la posible aparición de un tercero registral del artículo 34 LH, debe interponer demanda de reivindicación y, además, pedir anotación preventiva de la misma en el Registro. Por tanto, no es descabellado defender que la cancelación de asientos posteriores a la anotación de embargo es una potestad excepcional del juez que debe emplear con prudencia, pues, en principio, éste debe respetar las inscripciones que supongan derechos preferentes⁶⁵.

De otra parte, y respecto del segundo adjudicatario: ¿adquirir de «modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva» significa sólo concurrencia de título y modo, criterio normal de la adquisición de la propiedad en nuestro sistema según el artículo 609 CC? Así parece entenderlo, incluso, la Jurisprudencia en cuanto que, por ejemplo, y como ya he apuntado, la STS de 14 de octubre de 2002 fija el momento de protección del adquirente en subasta judicial cuando adquiere el dominio por el concurso de los presupuestos de título y modo. Pero esto no es así, porque, como expuse antes, cuando se adquiere *a non domino*, esto es, de un titular inscrito que ya no es propietario en la realidad extrarregistral, la adquisición de «modo irreivindicable» del artículo 594, 1.º LEC requiere, necesariamente, el juego del principio de fe pública registral y, por ende, el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH. El hecho de que el primer adquirente no haya ejercitado a tiempo la tercería de dominio no hace desaparecer el dato relevante de que se embargó un inmueble que ya no pertenecía al deudor ejecutado, por lo que, al final de la ejecución, el rematante no adquiere del *verus dominus*, sino *a non domino*. No es la mera adjudicación en la subasta judicial la que hace inatacable la adquisición, sino la reunión de todos los requisitos propios del tercero hipotecario en el ulterior adquirente: finalizado el procedimiento de ejecución, si el adjudicatario inscribe en el Registro, la ajenidad de la finca no será un obstáculo a la adquisición si se cumplen los demás presupuestos

⁶⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, p. 1510. Para ESPEJO LERDO DE TEJADA (*Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Pamplona, 2005, p. 239), la nueva LEC «se ha manifestado con un criterio no sólo discutible sino abiertamente rechazable, habida cuenta de la importancia de los intereses en juego: el mandamiento cancelatorio no debería entrar en materias de tanta trascendencia como el asiento de propiedad sin haber regulado de forma atenta los requisitos procedimentales que garantizan que la decisión judicial no sea arbitraria».

del artículo 34 LH. Por ello, el mantenimiento irreivindicable de la compra del segundo adjudicatario debe fundarse en su consideración de tercero registral del artículo 34 LH por haber adquirido a título oneroso, de persona inscrita y de buena fe, debiendo ésta durar hasta el momento de su inscripción, último presupuesto, pero también esencial, en esta sede. Cualquier adquirente *a non domino*, también el adjudicatario en pública subasta derivada de anotación de embargo, no tiene garantizada una posición defensiva definitiva⁶⁶ más que cuando logra adelantarse a la inscripción registral del *versus dominus*, cosa que no sucede, obviamente, cuando al inscribir su derecho ya figura en el Registro una titularidad anterior incompatible y, normalmente, preferente.

2. ¿PUEDE ALEGARSE LA NULIDAD DE LA SEGUNDA VENTA JUDICIAL POR FALTA DE OBJETO Y APLICAR EL ARTÍCULO 33 LH EN VEZ DEL 34 LH?

A) Tesis afirmativa

A veces, el Tribunal Supremo ha mantenido⁶⁷ que, en los casos de doble venta judicial de una finca, consumada la primera por concurrencia de título y modo –e, incluso, sin necesidad de inscripción–, puede declararse la nulidad de la segunda subasta judicial –que dio lugar a una ulterior adquisición y, además, a su posterior inscripción el Registro de la Propiedad–, por falta de objeto de dicha enajenación forzosa –*nemo dat quod non habet*, o *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*–, ex artículo 1261, 2.º, CC⁶⁸. El rematante no puede adquirir por adjudicación judicial

⁶⁶ «La anotación, como referida a una titularidad inscrita, no actúa en el ámbito de la inoponibilidad autónoma, sino en el de la inoponibilidad que es contenido parcial y reflejo negativo de la fe pública registral, sometiendo la oponibilidad a terceros del embargo anotable a la ley de la oponibilidad de las circunstancias y condiciones del derecho inscrito: su cognoscibilidad registral. Siendo ello así, el acreedor embargante, aunque beneficiado por la anotación que le permite oponer su derecho a eventuales terceros que puedan entrar en la propiedad de la finca embargada, no resulta favorecido por los efectos que de la publicidad obtiene el adquirente que inscribe» (GORDILLO CAÑAS, *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 528-529).

⁶⁷ Cfr., en este sentido, p. e., las SSTs de 18 de marzo y 7 de diciembre de 1987, 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo, 2 de julio y 24 de octubre de 1994 (el art. 34 LH «sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio»), 23 de febrero de 1995, 25 de julio, 25 de noviembre y 5 de diciembre de 1996, y, últimamente, 30 de marzo de 2002, 11 de marzo, 10 y 16 de junio de 2003 y 15 de julio de 2004. También, recientemente, las SSAP Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2004, Granada de 9 de diciembre de 2004 y Jaén de 26 de mayo de 2005 recogen esta postura jurisprudencial.

⁶⁸ Que dice: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:... 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato...». Además, el actual artículo 594, 2.º, LEC dispone que la eficacia del embargo sobre bienes no pertenecientes al ejecutado «se entenderá sin perjuicio de las acciones de... nulidad de la enajenación».

en cuanto que la finca en cuestión no pertenecía ya al titular registral ejecutado por haberse enajenado anteriormente. Los embargos ejecutivos deben recaer sobre los bienes del deudor, es decir, respecto de los incluidos en su patrimonio y de su efectiva disponibilidad, pues, conforme al artículo 1911 CC, el deudor –y sólo él– responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. De lo contrario, la gravedad del defecto, al vulnerar una norma imperativa o de obligado cumplimiento, provoca la nulidad absoluta del embargo practicado, de manera que ningún efecto puede producir en el mundo jurídico. Así, el *versus dominus* y tercero extraño al juicio ejecutivo, por no ser deudor de la cantidad reclamada, estaría facultado para promover la nulidad de las actuaciones ejecutivas, tanto las que se refieren a la traba, como las subastas y adjudicaciones llevadas a cabo, lo que determinaría la nulidad consecuente del título del adquirente –segundo ejecutante– que, por aplicación del artículo 33 LH, quedaría privado de la tutela que otorga el artículo 34 LH. Por otra parte, la protección definitiva del derecho dominical de quien era propietario real del bien al tiempo de producirse la afección, frente al tercero adquirente del mismo inmueble en la subasta que puso fin a su ejecución forzosa, que no será tercero registral, significará la insatisfacción del acreedor ejecutante, puesto que deberá procederse nuevamente al embargo de otros componentes del patrimonio del ejecutado, si los hubiera.

En esta sede, vuelve a relucir la distinción de alguna jurisprudencia entre la doble venta –tipificada en el art. 1473 CC–, que requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, lo que supone coetaneidad cronológica entre ellas, y la venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto, que tiene lugar cuando la adquisición primeramente concertada ya ha quedado consumada –en este caso, por la adjudicación del bien mediante el auto de aprobación del remate o su testimonio–, aunque no estuviese inscrita⁶⁹. En estas hipótesis, por tanto, se sigue diciendo, el segundo adquirente no estaría salvaguardado registralmente, pues, al no ser tercero hipotecario, por adolecer de uno de los requisitos necesarios para su protección –la validez e idoneidad de su propio acto adquisitivo–, no se le aplicaría el artículo 34 LH, sino el artículo 33 de ese mismo cuerpo legal, según el cual la «ins-

⁶⁹ Como advierte la SAP Granada de 9 de diciembre de 2004, no puede hablarse de dolo o malicia por no haber inscrito la primera adquisición «y causar un perjuicio a los demandados, cuando es conocido el sistema no formalista de la transmisión dominical que sigue nuestro ordenamiento jurídico, donde la inscripción es puramente voluntaria».

cripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes», y es que su título o acceso registral sería nulo⁷⁰. Constituyendo el principio de fe pública registral una protección extraordinaria a favor del tercero adquirente, el título que ampara su derecho debe ser válido, ya que el Registro de la Propiedad no defiende ni convalida nulidades.

Para el que es parte en una concreta relación jurídica –por ejemplo, una venta judicial–, la inscripción no convalida la nulidad que pudiera existir en ella (*ex art. 33 LH*). En efecto, se argumenta, si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable –en este caso nulo por falta de objeto de la venta–, no hay protección por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, cuya virtualidad se refiere sólo a aquellas causas de nulidad o resolución que no están en el contrato adquisitivo en que interviene el tercero adquirente, pues, respecto a ellas, el tercero no es tal, sino parte en la relación jurídica viciada. La cualidad de *tercero hipotecario* no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe –con base en tal acto o negocio jurídico– en el Registro. Ello es así porque el Registro de la Propiedad ni purifica ni transforma los derechos reales inscritos. El Registro no es un organismo sanante o convalidante de los títulos inscritos nulos, inválidos o ineficaces, de forma que, para que los terceros adquirentes sean protegidos, se requiere que el acto o título adquisitivo correspondiente sea válido, requisito éste *sine qua non*. El principio de fe pública registral no consolida ni blindo el acto de adquisición en el sentido de convalidar de modo radical y absoluto los vicios de invalidez o nulidad que puedan afectarle o, dicho en otras palabras, aquel principio no purga las causas de nulidad e ineficacia del propio título, sino las que afectan al título del transmitente o constituyente. Todo ello, evidentemente, en virtud del principio general del Derecho *quod nullum est, nullum producit effectum*, sin olvidar tampoco que los actos nulos –a diferencia de los meramente anulables– son insubsanables y ningún efecto pueden producir⁷¹. Además, la presun-

⁷⁰ «¿Y desde cuándo es inválida la venta de cosa ajena? ¿Acaso el título adquisitivo... adolecía de causa de nulidad o anulabilidad? En modo alguno; luego yerra el TS cuando lo reputa inválido. El título... (es) perfectamente válido» (BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral...», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, 2003, p. 2622).

⁷¹ Es más, como advierte, p. e., la STS de 21 de enero de 2000, la negligencia del *verus dominus* por no inscribir su dominio o su inacción al no promover el incidente de nulidad de actuaciones no limita su facultad de invocar la titularidad de la finca en cuestión, pues la jurisprudencia permite pedir la nulidad de un procedimiento de apremio, en el que no se fue parte, al tercero que se ve envuelto «en una ejecución indebida, ya sea por actos nulos, ya sea por actos inocuos».

ción *iuris tantum* de exactitud registral de existencia, pertenencia y alcance de los derechos reales inscritos —que dispensa el art. 38, 1.º, LH— queda desvirtuada por la prueba en contrario que acredite la incorrección del asiento registral, por la demostración de que el Registro proclama una titularidad que no corresponde a quien figura como tal dueño, en concreto, por la constatación de la existencia de una venta firme y consumada anterior (*ex art. 609 CC*). Como consecuencia, este propietario precedente, como real y efectivo, está autorizado a pedir judicialmente que se le reconozca su titularidad dominical, a la que accedió en virtud de título y modo legalmente válidos.

En cambio, se concluye, para quien es verdadero tercero registral respecto a una relación jurídica nula precedente, la inscripción hace que su derecho real se consolide, siempre que cumpla los demás requisitos que exige el artículo 34 LH para la protección del tercero ante supuestos de nulidad. La anulación, que se referirá siempre al título del derecho del ejecutado, esto es, al título por el que él adquirió, no afectará a la fe pública registral a favor del tercero hipotecario. Por tanto, si el artículo 33 LH alude a la parte de la relación jurídica, el artículo 34 LH constituye una excepción a dicho precepto, en el sentido de que a quien es tercero respecto a una relación jurídica precedente que es nula, no le afecta la ineficacia de esa relación previa. A esta solución se llega, a título de ejemplo, si la adjudicación nula obtenida por el rematante se inscribe en el Registro, y, después, transmite la finca a otras personas y éstas inscriben a su vez la adquisición, entonces, estas últimas adquieren la cualidad de terceros hipotecarios, siendo protegidos, ahora sí, por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH (STS de 16 de mayo de 1994). Sin embargo, el cesionario de remate carecerá de la condición de tercero respecto al acto de disposición judicial llevado a cabo en el procedimiento ejecutivo, puesto que es participante o parte adquirente en el mismo, y, además, no debe olvidarse su condición de subrogado en los derechos y obligaciones del inicial rematante ⁷².

⁷² Así, la STS de 8 de febrero de 2005 advierte que la «adjudicación del remate para cederlo a un tercero se configura, en todo caso, como una *cesión del contrato* que, en realidad, supone la transferencia de un sujeto a otro de los elementos activos o pasivos derivados del contrato; objeto, por tanto, del negocio de cesión es el conjunto de efectos contractuales considerados como un *totum*. Tratándose de un negocio *unitario* aunque se produzca la sustitución de parte, la nulidad o ineficacia del mismo alcanza a todos los sujetos». Por ello, los cesionarios ocupan la misma posición que los adjudicatarios y le son oponibles las mismas causas de nulidad del procedimiento, «sin que su adquisición por medio de la cesión de remate resulte por tanto independiente y ajena a la nulidad del procedimiento... del que la cesión de remate trae causa».

B) Doctrina negativa

Evidentemente, la anterior inteligencia –que supone una nueva afrenta al principio de fe pública registral– olvida que la teoría del título y el modo, aun siendo esencial en nuestro Derecho, tiene una excepción fundamental: la que procede del artículo 34 LH en favor del tercero que de buena fe confía en el Registro, esto es, que confía en la transmisión y adquisición basadas en lo que expresa el folio real de la finca objeto de su compra. En función del artículo 34 LH, y como mantiene también reiterada jurisprudencia⁷³, aunque el titular registral ya no sea el verdadero propietario –y efectivamente exista una venta de cosa ajena–, ello no comporta la automática declaración de ineficacia del segundo contrato otorgado. Si el primer comprador llegó a adquirir la propiedad por el concurso del título y el modo (*ex art. 609 CC*), es cierto que el segundo adjudicatario adquiere *a non domino*, pero ésta es la consecuencia típica de la protección de la apariencia jurídica. Si la ulterior venta supone un negocio transmisivo válido (*ex arts. 1261 y 1265 del CC*), esto es, si la subasta judicial no es nula por incumplimiento de sus requisitos formales, la adquisición sólo adolecerá de un defecto en el poder dispositivo del ejecutado, puesto que, en verdad, éste ya no puede transferir la propiedad que ya no tiene, pero, precisamente, ésa es la deficiencia –la de titularidad– que subsana la fe pública registral⁷⁴. En tanto no se declare o reconozca la ineficacia del asiento registral y se rectifique el Registro, es indudable que fundamenta una apariencia jurídica protegible, en el sentido de que alguien podrá tomar el dato registral como veraz y apoyar en él una actuación jurídica concreta, siempre que concurren todos los requisitos del artículo 34 LH. Si el antiguo titular sigue constando como tal en el Registro de la Propiedad, la protección del principio de fe pública registral –cumplidos todos sus

⁷³ Cfr. SSTS de 25 de julio y 25 de noviembre de 1996, 19 de octubre de 1998, 10 de diciembre de 1999, 21 de junio, 24 de julio y 19 de diciembre de 2000, 22 de junio de 2001, 15 de octubre y 5 de diciembre de 2002, 6 de mayo, 24 de junio y 25 de octubre de 2004, etc. En concreto, la STS de 12 de junio de 2003 razona que el artículo 34 LH «prevé la protección *iuris et de iure* al tercero hipotecario sobre la base de que ésta le alcanza siempre que la causa que haga ineficaz su adquisición (como el caso, el más frecuente..., de falta de poder de disposición por el transmitente) no conste en el mismo Registro».

⁷⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 102-103) acude a la analogía: si, conforme al artículo 464, 2.º, CC, la venta de bienes muebles en subasta no sólo permite su adquisición *a non domino* en las hipótesis normales de disposición abusiva por quien no es dueño, sino también en las de muebles perdidos o sustraídos –pues su propietario debe pagar el precio dado por ellos si quiere recuperarlos–, «parece difícil que el legislador haya considerado que la adquisición en subasta pública de un inmueble no merezca llegar siquiera a contar con la protección que brinda el Registro a cualquier otra adquisición onerosa: sería una disparidad de criterio demasiado grande para poder ser justificada razonablemente».

presupuestos—, se antepone a una consumación anterior de la venta de la misma finca en favor de persona que todavía no ha registrado su derecho, pues, también conforme al repetido artículo 32 LH, los títulos de dominio sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro no perjudican a tercero, al tercero registral del artículo 34 LH. El Registro de la Propiedad, que existe a favor de los terceros, está llamado a publicar la realidad; pero cuando el dato publicado no se corresponde con dicha realidad, la propia razón de ser del Registro exige que, en beneficio de los terceros de buena fe, valga la publicidad como si con aquélla se correspondiera. Para estos terceros, pues, la inscripción a favor de su transmitente es medio creador de una apariencia jurídica en cuya confianza, y por razón de su buena fe, deben ser legalmente protegidos: para ellos —efecto inmediato de la apariencia jurídica en sentido estricto— la apariencia registral valdrá, definitivamente, como realidad.

De no prosperar la inteligencia anterior, nunca tendría lugar la adquisición *a non domino* permitida por el artículo 34 LH porque, precisamente, dicho precepto salva el defecto de titularidad del disponente, esto es, defiende frente a una disposición por quien ya no es dueño extrarregistralmente —por causa que no conste en el folio real de la finca en cuestión—, pero sí registralmente —*que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*», dice el citado precepto—. Se defiende, así, la situación creada a favor de quien ha llevado a cabo el acto adquisitivo confiando en la publicidad del Registro⁷⁵. Aunque la titularidad registral no coincida con la extrarregistral auténtica, el artículo 34 LH consagra, en aras de la seguridad jurídica, la protección absoluta al tercero hipotecario que incluye una adquisición *a non domino* («*será mantenido en su adquisición*», señala dicho precepto). En los supuestos de aplicación del artículo 34 LH, no se olvide el principio común de exactitud registral (*ex art. 38, 1.º, LH*) juega ya con valor *iuris et de iure*⁷⁶, o sea, sin admitir prueba en contrario, en concreto, que el objeto de la venta voluntaria o forzosa ya no era propiedad del ven-

⁷⁵ El artículo 34 LH excluye de los efectos perniciosos de la nulidad a las personas que confían en la apariencia jurídica, de ahí que dicho artículo suponga una excepción del 33 LH (BUSTOS PUECHE, *El sujeto...*, cit., p. 2599; GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., p. 38; NÚÑEZ LAGOS, «Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1962, p. 112, etc.). «Incluso la situación de protección del tercero es inatacable e inmune frente a cualquier acción de anulación o resolución ejercitada por un *verus dominus*» (SAP Las Palmas de Gran Canaria de 28 de julio de 2005).

⁷⁶ STS de 25 de octubre de 2005. Dicho artículo 38, 1.º, LH dice: «*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*».

dedor o ejecutado. El principio de fe pública registral, que representa la llamada eficacia ofensiva de la inscripción y que busca, en última instancia, proteger el tráfico jurídico, es un postulado en beneficio del tercero registral, como imposición legal a favor del mismo, en cuanto que sacrifica el derecho subjetivo del *verus dominus* en favor de aquél, siempre que reúna los presupuestos que establece el artículo 34 LH. Así, tratándose de inmuebles inscritos, puede decirse que los efectos de las inscripciones amparadas en la fe pública registral son más eficaces que los derivados de la adquisición del derecho real por tradición, de tal forma que si se enfrentan una adquisición del derecho real hecha por tradición con una inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última, sin excepción alguna, pues los efectos *erga omnes* de aquélla no son tan eficaces que dejen sin virtualidad la posición del tercero hipotecario. El tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva del titular registral es mantenido en la adquisición *a non domino* que realiza, una vez que ha inscrito su derecho con los demás requisitos exigidos por la ley. Cuando el artículo 594, 2.º, LEC permite las acciones de nulidad respecto de las enajenaciones derivadas de embargos sobre bienes ajenos, la ineficacia de la venta judicial sólo será posible conforme a las reglas generales, pero no porque el inmueble no sea de la propiedad del ejecutado, pues que el embargo trabado sobre bienes que no son de éste es eficaz es lo primero que el propio artículo 594 LEC dice. Por tanto, el tercero registral estará a salvo de la acción de nulidad que ejercite el verdadero dueño del inmueble embargado y ejecutado fundando su pretensión en que el embargo realizado era ineficaz por no recaer sobre bienes del ejecutado⁷⁷.

Por todo lo anterior debe concluirse que la nulidad del acto o título del artículo 33 LH, en relación con el artículo 34 de ese mismo cuerpo legal, no puede fundarse en la inexistencia de propiedad en el titular registral disponente o ejecutado –esencia de la aplicación del principio de fe pública registral⁷⁸–, sino en cualesquiera otros defectos, como, en primer lugar, la concurrencia de

⁷⁷ Sostiene VEGAS TORRES (*Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, VVAA, Madrid, 2000, p. 151), que si «se permitieran las impugnaciones de las enajenaciones en ejecución forzosa, incluso cuando se dieran todos los requisitos exigidos por la legislación civil para proteger al adquirente de buena fe, basándose exclusivamente en que el embargo se trabó en su día sobre bienes que no pertenecían al ejecutado, se introduciría un elemento de inseguridad y nadie podría confiar en las adquisiciones de bienes en subastas judiciales o mediante los sistemas de realización propios de la ejecución».

⁷⁸ Como corrobora la STS de 22 de diciembre de 2000, la adquisición *a non domino* es una «manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario cualquiera que fueran los vicios de que pudiera adolecer el título del transmitente».

vicios del consentimiento, o sea, la violencia o intimidación (art. 1265 CC), o la simulación absoluta –de modo que el traspaso de la propiedad al presunto tercero sólo tiene la finalidad fraudulenta de dificultar o impedir los derechos ya adquiridos por otra persona– (art. 1261, 1.º, CC), o, en segundo término, la falta o ilicitud de la causa de la adquisición (art. 1275 CC)⁷⁹. Específicamente respecto de las ventas judiciales, la STS de 7 de diciembre de 1984 (confirmada, por ejemplo, por la de 22 de junio de 2001) explica que también es aplicable a ellas la doctrina de la no convalidación del acto adquisitivo nulo del tercero, pero no cuando la causa de la nulidad sea «la falta de poder de disposición del transmitente, es decir, la ajeneidad de la cosa, sino unas graves irregularidades en las actuaciones judiciales culminadas con una venta igualmente judicial», de suerte que la nulidad se funda verdaderamente en la del propio título de adquisición del tercero. En el procedimiento de apremio, que funciona como título de adquisición, se aprecia un vicio de nulidad que arruina aquél, por lo que el propio negocio en que pretende apoyar su derecho el adjudicatario es inválido; no es que lo sea el que originó el derecho de su transmitente, sino el suyo propio. En los casos de adjudicación en subasta, es claro que la observancia de la forma se eleva a categoría de requisito del artículo 1261 CC, luego su incumplimiento tacha de nulidad el título adquisitivo. En particular, la nulidad de una venta judicial puede tener lugar por la omisión o defecto de alguno de los trámites esenciales del procedimiento ejecutivo que da lugar a la subasta judicial, como, por ejemplo, la incorrecta notificación por edictos⁸⁰.

Incluso, dentro de esta posición favorable al segundo adquirente que cumple los requisitos del artículo 34 LH, no falta quien aquilata al máximo la posibilidad de que se le aplique el artículo 33 LH por

⁷⁹ Respecto de un supuesto de simulación, *vid.* STS de 28 de noviembre de 1996. También la SAP Las Palmas de Gran Canaria de 28 de julio de 2005 manifiesta que los defectos de nulidad «no pueden ser convalidados por la buena fe del adquirente, aunque éste ignore tales defectos, por ejemplo, simulación del contrato». Para BUSTOS PUECHE (*El sujeto...*, *cit.*, pp. 2595-2596), el artículo 33 LH es aplicable también en los supuestos de «anulabilidad, por vicios del consentimiento; rescisión, en los pocos casos en que la lesión puede provocar la ineficacia del negocio; o resolución, por incumplimiento o actualización de una condición o término de esta naturaleza incorporado al negocio por voluntad de las partes».

⁸⁰ La STS de 23 de septiembre de 2004 declaró nulo un procedimiento judicial sumario –y la adquisición de él derivada– por notificación edictal improcedente al ser conocido «el domicilio de la Sociedad titular del embargo» y, por tanto, omitir la notificación personal. En cambio, la STS de 6 de mayo de 2004 avaló la eficacia de la adquisición del tercero hipotecario en cuanto que la causa de la «nulidad no está en el procedimiento de la subasta, sino fuera del mismo», esto es, en la falta de objeto de la venta o venta de cosa ajena. Por otra parte, la ineficacia de la adquisición puede derivar de otros motivos: así, la RDGRN de 21 de septiembre de 2005, tratándose de finca registrada en pro indiviso a favor de tres personas, denegó la protección a su adquirente en pública subasta –e inscrito– porque no habían sido llamados los herederos de una de aquéllas que había fallecido, por lo que se había incumplido el principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH.

nulidad del procedimiento de apremio⁸¹. En efecto, se dice, cuando es el mismo ejecutado –o sus herederos– quien impugna frente al adjudicatario, estamos en el ámbito del artículo 33 LH –referido a las partes–: el vicio de nulidad observado en esa relación *inter partes* no se sana por la inscripción y puede invocarse por el contratante perjudicado como fundamento de su pretensión anulatoria. En cambio, no puede darse la misma respuesta anulatoria cuando es una persona ajena a la relación *inter partes* la que demanda: en concreto, el primer comprador del ejecutado, antes de la anotación de embargo, que no inscribió su título adquisitivo. El procedimiento ejecutivo sigue su curso, y cuando el rematante se ha adjudicado en subasta la finca, aparece aquel adquirente exhibiendo su título y solicitando la anulación de la subasta. En esta hipótesis, se dice, no procede aplicar el artículo 33 LH porque el demandante no es una de las partes del negocio viciado e impugnado, lo que significa que el segundo adjudicatario tiene la cualidad de tercero respecto de la compraventa inicial, no inscrita en su día, celebrada entre el ejecutado y el ahora demandante. En estos casos, se sigue afirmando, hay que superar la injusticia que supone la aplicación del artículo 33 LH –la solución del Derecho sustantivo– y penetrar en el ámbito de la apariencia jurídica protegido por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, para comprobar si el segundo adjudicatario o rematante cumple o no todos sus requisitos, excluido, por supuesto, el de la adquisición por negocio válido. Es más, se concluye que, siendo la falta de inscripción del primer adjudicatario el primer presupuesto fáctico de estas hipótesis, el segundo comprador inscrito podrá alegar la no registración del título del actor e invocar el artículo 32 LH.

En línea de principio, me parece loable que se intente proteger al máximo al tercero que de buena fe confía en la apariencia jurídica registral interpretando extensivamente el artículo 34 LH, pero creo que no puede exagerarse. Ya he dicho anteriormente que, según la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, uno de los presupuestos para la protección derivada del principio de fe pública registral es el de que la adquisición del tercero hipotecario sea válida, evitando dar virtualidad a un negocio nulo. En los supuestos específicos de nulidad de la subasta judicial por defectos formales, la no aplicación del artículo 34 LH y sí la del 33 no da lugar a resultados injustos –aunque se pudiera favorecer a un adquirente

⁸¹ En concreto, BUSTOS PUECHE, *El sujeto...*, *cit.*, pp. 2644-2645; para quien, además, el Tribunal Supremo sufre una gran desorientación en la resolución de los problemas planteados en las «adjudicaciones judiciales de fincas embargadas y subastadas en procedimiento, posteriormente declarado nulo por vicio grave formal».

moroso en la inscripción–, puesto que esta última norma supone una necesaria restricción –compra válida– a la excepcionalidad de la adquisición *a non domino* que el artículo 34 LH supone. Además, siendo indiscutible que el artículo 33 LH se refiere, en principio, a las partes contratantes, parece que se olvida que en los casos de nulidad de los contratos –también los judiciales–, la legitimación activa para impugnarlos es muy amplia, reconociéndose a los terceros interesados –porque les perjudica– en que se declare la misma⁸².

Por otra parte, la oposición a la tesis de la venta de cosa ajena y consiguiente nulidad de la segunda subasta también se mantiene desde otra óptica, a saber, la consistente en entender aplicable en estas hipótesis el criterio de la prioridad en la inscripción del artículo 1473 CC, por tratarse de un supuesto de doble venta inmobiliaria encuadrable en dicho precepto. Así, se dice que si tuvo lugar un nuevo procedimiento de apremio del mismo inmueble y su correspondiente adjudicación a un segundo adquirente, es que todavía figuraba en el Registro el anterior titular inscrito, lo que implica que, aunque se hubiera hecho entrega material al primer adquirente de la finca litigiosa, no puede mantenerse que se había producido con eficacia plena la transmisión de la propiedad, ya que ésta seguía perteneciendo al propietario según el Registro. Por tanto, ni puede hablarse de consumación de propiedad a favor del primer comprador, ni es lógico afirmar que la adjudicación al segundo adquirente es realmente una venta de cosa ajena. Si un inmueble vendido –incluso con entrega de posesión material al adquirente– sigue inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del vendedor o ejecutado, no es dudoso que deba prevalecer, conforme al artículo 1473, 2.º, CC, la adquisición de la propiedad por un segundo adjudicatario que de buena fe proceda a inscribir su título en el Registro público⁸³.

A mi juicio, y como ya he defendido antes, tratándose de inmuebles inscritos no hay que acudir a la tesis de que el primer adquirente tenga una propiedad relativa o una propiedad no consumada, o al principio de prioridad en la inscripción del artículo 1473, 2.º, CC –completado con el de inoponibilidad de lo no

⁸² Baste con citar aquí al maestro CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo 3.º, Derecho de Obligaciones, Madrid, 1983, p. 648), para quien puede «impugnar el contrato nulo, mediante acción o excepción, cualquier persona que tenga interés en ello», incluidos, por ejemplo, «los terceros perjudicados»; o a Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 1984, p. 158), quienes citan las SSTs de 12 de abril de 1955 y 4 de enero de 1957.

⁸³ LALAGUNA DOMÍNGUEZ (*op. cit.*, pp. 860-861); MIQUEL GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 56), etc.

inscrita a tercero, *ex* artículo 32 LH y referidos ambos más bien, como quedó dicho, a los supuestos de primera inmatriculación o primera inscripción de dominio—; como se ha comprobado también detalladamente, el principio de fe pública registral consagrado por el artículo 34 LH tiene su propio ámbito de actuación y suficiente virtualidad para salvaguardar al tercero registral sin necesidad de apoyarse en otros argumentos.

Finalmente, el primer adquirente o *verus dominus*, burlado en la adquisición de la propiedad, no queda totalmente privado de protección jurídica. Si éste pierde su titularidad jurídica real sobre los bienes adquiridos por el tercero hipotecario conserva —como señala la STS de 4 de marzo de 1988 y hoy reconoce expresamente el artículo 594, 2.º, LEC—, un derecho de naturaleza personal, contra el causante de su despojo, consistente en la reclamación de indemnización por daños y perjuicios en función del artículo 1101 CC o por enriquecimiento sin causa por el pago hecho al acreedor ejecutante con la realización del inmueble perteneciente ya a un tercero. Asimismo, y como ya he explicado, antes de que la segunda adquisición se convierta en irreivindicable por el concurso de todos los presupuestos del art. 34 LH —y no sólo por la existencia de título y modo según el art. 609 CC—, puede interponer tercera de dominio en el juicio ejecutivo en el que se ejecute la propiedad que ya le corresponde, o, después de haber terminado éste, el juicio declarativo sobre nulidad de actuaciones, cuando no haya tenido conocimiento ni oportunidad de intervenir en dicho juicio ejecutivo, viéndose privado de acudir a la tercera; o, por último, la correspondiente acción declarativa del dominio o reivindicatoria contra el adjudicatario (*ex* art. 594, 1.º, LEC).

IV. CONCLUSIONES

Este estudio —que se ha basado fundamentalmente en el exhaustivo rastreo e interpretación de las diferentes inteligencias sustentadas por el propio Tribunal Supremo (y las Audiencias Provinciales) respecto de la aplicación del principio de fe pública registral a los rematantes— termina como empezó: deplorando la disparidad de criterios que, en esta sede de gran importancia práctica, mantiene y aplica indistintamente nuestro Alto Tribunal. En primer lugar es lamentable que, en los casos de doble venta judicial de inmuebles inscritos, el argumento en el que coinciden las dos tesis jurisprudenciales sobre el momento en que concurren título y modo en ellos —el del auto de adjudicación o el del testimonio del mismo—,

sea que dicho instante consumatorio es esencial para la exigencia de la buena fe del segundo adjudicatario, pues una vez que ingresa el derecho real en su patrimonio ya resulta irrelevante que llegue a conocer la inexactitud registral, o sea, que adquirió de quien ya no era verdadero propietario. El Tribunal Supremo no puede olvidar que, tratándose de inmuebles inscritos, en estos supuestos es de preferente aplicación el artículo 34 LH –y no el art. 609 CC–, precepto hipotecario que consagra una verdadera adquisición *a non domino*, por lo que deben cumplirse todos sus presupuestos, incluido el de la registración a favor del tercero, de modo que el momento decisivo para apreciar su buena fe no es el de la mera adquisición, el de la consumación de la compra por conjunción de título y modo, sino, precisamente, el de la propia inscripción en el Registro público. La adquisición registral *a non domino* culmina cuando el tercero inscribe, mientras ello no ocurre todavía no ha adquirido de forma irreivindicable, y es al adquirir así cuando precisa estar y permanecer en su situación de buena fe; sin que, por otra parte, el actual régimen legal de la llamada tercería de dominio suponga excepción alguna a esta inteligencia.

Por otra parte, no puede mantenerse, como algunas de las Sentencias del Alto Tribunal hacen, que en los casos de doble venta judicial de una finca, consumada la primera por concurrencia de título y modo –y sin necesidad de inscripción–, pueda declararse la nulidad de la segunda subasta judicial –que dio lugar a una ulterior adjudicación e, incluso, a su posterior inscripción en el Registro–, por falta de objeto de dicha enajenación forzosa, esto es, por venta de cosa ajena, en cuanto que el inmueble litigioso no pertenecía ya al titular registral ejecutado. En estas hipótesis, por tanto, se sigue diciendo, el segundo adquirente no estaría protegido registralmente, no sería tercero hipotecario, pues ya no se le aplicaría el artículo 34 LH, sino el artículo 33 LH, que niega la virtualidad convalidante del Registro respecto de los actos o contratos nulos, y es que su título o acceso registral –la adjudicación en subasta judicial– sería ineficaz. Evidentemente, la anterior tesis –que supone una nueva afrenta al principio de fe pública registral– olvida que, precisamente, el artículo 34 LH salva el defecto de titularidad del disponente, es decir, defiende frente a una disposición por quien ya no es dueño extrarregistralmente –por causa que no conste en el Registro–, pero sí registralmente. El Registro de la Propiedad nace para reflejar la realidad, y adopta las medidas y garantías necesarias para lograrlo. Pero como, a pesar de tales cautelas, la discordancia entre la realidad y Registro es, a veces, inevitable, y como el Registro pretende asegurar el tráfico inmobiliario de buena fe, la Ley

Hipotecaria lo dota de virtualidad suficiente para proteger a quien en él confía, aunque tenga que ser a costa del verdadero dueño que no inscribió su derecho⁸⁴. Aunque la titularidad registral no coincida con la extrarregistral auténtica, el artículo 34 LH consagra, en aras de la seguridad jurídica, la protección absoluta al tercero hipotecario que incluye una adquisición *a non domino*. Incluso, cuando el artículo 594, 2.º, LEC permite las acciones de nulidad respecto de las enajenaciones derivadas de embargos sobre bienes ajenos, la ineficacia de la venta judicial sólo será posible conforme a las reglas generales, pero no porque el inmueble no sea de la propiedad del ejecutado, pues que el embargo trabado sobre bienes que no son de éste es eficaz es lo primero que el propio precepto dice. Por ende, la nulidad del título del artículo 33 LH, en relación con el artículo 34 LH, no puede fundarse en la inexistencia de propiedad en el titular registral ejecutado –esencia de la aplicación del principio de fe pública registral–, sino en cualesquiera otros –falta de consentimiento, de causa, etc.–; en particular, respecto de las ventas judiciales, la nulidad puede tener lugar por la omisión o defecto de alguno de los trámites esenciales del procedimiento ejecutivo que da lugar a la subasta judicial del inmueble embargado, como, por ejemplo, la incorrecta notificación por edictos.

De todos es sabido que aunque la jurisprudencia no es teóricamente una de las fuentes del Derecho (*ex art. 1, 1.º, CC, a contrario*), sino que sólo complementa el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar las «verdaderas» fuentes del Derecho (*ex art. 1, 6.º, CC, y la famosa STS de 7 de mayo de 1963*), indirectamente⁸⁵ y, en la práctica, es la fuente principal del Derecho, fuente de la que beben tanto los Tribunales de instancia como los juristas en general. Por tanto, la diversidad de juicios sobre una misma materia crea, necesariamente, una indeseable inseguridad jurídica. Sería deseable, por ello, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo contribuyera en mayor medida a la interpretación y correcta aplicación del artículo 34 LH en la hipótesis de la doble venta judicial. Está aquí en juego el principio de fe pública registral, o sea, la columna vertebral de nuestro sistema inmobiliario registral.

⁸⁴ Es éste, «obviamente, el campo donde la publicidad tiene que hacer valer sus propios recursos, por encima incluso de los que por sí corresponderían a la realidad publicable y no publicable; y es, en ese mismo campo, donde la protección de la confianza del tercero en lo que el Registro publica se identifica perfectamente con la protección dispensada al tercero en la doctrina de la apariencia jurídica; tanto, que el mecanismo de la fe pública registral es una de sus más elaboradas aplicaciones» (GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, *cit.*, pp. 248-249).

⁸⁵ Como resulta, p. e., del artículo 477, 3.º, LEC, que permite el recurso de casación cuando la sentencia que se recurre se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

La responsabilidad del socio de un despacho de abogados

GLORIA ORTEGA REINOSO
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho mercantil
Universidad de Granada

RESUMEN

La independencia de criterio con la que los profesionales liberales desarrollan su actividad profesional, así como el resto de notas propias de ese ejercicio profesional justifican que desde el estatuto del ejercicio profesional se reclame una responsabilidad personal del profesional en el ejercicio de su profesión cualquiera que sea la forma de ejercicio, individual, por cuenta propia o ajena, o colectivo. El análisis de la responsabilidad cuando el profesional, y más en concreto el abogado, ejerce su profesión de forma colectiva en el seno de una sociedad profesional con personalidad jurídica, en la que uno es el deudor contractual de la prestación de servicios (la sociedad profesional) y otro el ejecutor material (el socio profesional actuante) constituye el objeto de este trabajo.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Teoría de la responsabilidad en la sociedad profesional:* 2.1 Responsabilidad de la Sociedad. 2.2 Responsabilidad de los socios. 2.3 Responsabilidad del socio actuante: 2.3.1 Concepto de socio actuante. 2.3.2 Fundamento de su responsabilidad: 2.3.2.1 Se garantiza si la sociedad profesional utiliza un tipo social personalista. 2.3.2.2 Se garantiza cualquiera que sea el tipo social utilizado por la sociedad profesional: 2.3.2.2.1 Teoría del doble contrato. 2.3.2.2.2 Teoría del contrato en beneficio de tercero. 2.3.2.2.3.2 Aplicación analógica del artículo 1722 CC. 2.3.2.2.4 El estatuto de la profesión liberal. 2.3.2.2.5 La independencia técnica como fundamento. 2.3.2.2.6 Declaración del TDC. 2.3.2.2.7 El artículo 11.2 LAC. 2.3.2.2.8 El Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales. 2.3.3 Régimen jurídico de su responsabilidad. 2.3.3.1 Naturaleza contractual. 2.3.3.2 Contenido indemnizatorio. 2.4 Concurren-

cia de responsabilidades: 2.4.1 Carácter principal o subsidiario de cada responsabilidad. 2.4.2 Extensión de cada responsabilidad. 2.5 La no responsabilidad profesional de los socios profesionales no actuantes.– 3. *Regulación prevista en el EGAE y en el CAC.*

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios clásicos del estatuto de las profesiones liberales ¹ es que el profesional responde personalmente de las consecuencias que derivan de su actuación profesional. Responsabilidad que se fundamenta en la independencia con la que desarrolla su actividad profesional, aunque también en el resto de notas propias de ese ejercicio profesional, como la confianza que preside la relación profesional o la trascendencia social de los intereses que tutela. Independencia de criterio en la actuación profesional que a su vez reside en que se trata de una actividad que se realiza de conformidad con la *lex artis* ²: la ausencia de reglas precisas que conduzcan la actividad profesional hacia un resultado seguro exige que el profesional cuente con un amplio margen de discrecionalidad técnica. Se dice, así, que independencia y responsabilidad son las dos caras de una misma moneda ³.

Si el profesional ejerce su profesión de forma individual, el principio de responsabilidad personal se mantiene inalterado, pues en cuanto que deudor contractual de una prestación de servicios responde directamente ante el acreedor, su cliente, como cualquier otro deudor contractual. Y como cualquier otro sujeto responde frente a terceros de las consecuencias perjudiciales que derivan de su actuación profesional. Pero si la ejerce de forma colectiva, esto es, en el seno de una sociedad profesional con personalidad jurídica, también denominada «sociedad profesional en sentido estricto», es

¹ Sobre la identidad entre profesión y actividad profesional, *vid.*, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional», *Los Colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid, 1996, pp. 294-295.

² OROZCO PARDO, G., «La aplicación del concepto “lex artis” al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica», *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 511 y 522-523, define la *lex artis* «como el conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo a las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación».

³ MARTÍN BERNAL, J. M., *Abogados y Jueces ante la Comunidad Europea*, Madrid, 1990, p. 209, indica que en la profesión liberal, la libertad, la independencia, y la responsabilidad aparecen como «tres grandes principios que se implican en una suerte de inescindible concatenación».

la sociedad (y no el profesional) la que a través de sus representantes sociales celebra el contrato de prestación de servicios con el cliente y la que asume la condición de parte en la relación de servicios profesionales. La sociedad profesional es la deudora de la actividad profesional debida, que ejecutarán uno o varios socios profesionales⁴. Por tanto, uno es el deudor contractual de la prestación de servicios (la sociedad profesional) y otro el ejecutor material (el socio profesional actuante). La consecuencia es que la responsabilidad personal del profesional liberal desaparece de conformidad con el contenido normativo mínimo de la personalidad jurídica, que provoca la modificación del régimen individual de producción de actos y de imputación de efectos genéricamente previsto por el Derecho común⁵.

Producido un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación de servicios, la sociedad profesional responde frente al cliente con todo su patrimonio social en la forma prevista en las normas que regulan la responsabilidad civil contractual. Y los socios, hayan o no intervenido en la ejecución de dicha prestación, responden o no con su patrimonio personal conforme al régimen de responsabilidad societaria legalmente previsto para el tipo social que la sociedad profesional haya elegido.

No obstante, desde el estatuto de la profesión liberal se afirma que el profesional no deja de ser responsable principal de cuantos daños genera su actividad profesional aun cuando haya dejado de ostentar la posición de deudor contractual, pues el ejercicio en sociedad de su profesión, o lo que es igual, la interposición de la sociedad entre él y el cliente no anula su independencia en cuanto a la elección de la forma y los medios con los que ejecutar el asunto que el cliente ha encomendado a la sociedad y que ésta le ha asignado. Independencia que se configura como un derecho individual del profesional liberal que se impone incluso frente a los órganos de la propia sociedad, que no pueden controlar la conducta profesional de sus socios. a dife-

⁴ Socio profesional es aquella persona física legalmente habilitada para el ejercicio de la profesión que constituya el objeto social que efectivamente ejerce en su seno, aunque también es posible que el profesional no sea socio y que realice los servicios a favor de la sociedad profesional a través de títulos jurídicos distintos del contrato de sociedad (un contrato civil, mercantil o laboral), pero siempre que el número de estos profesionales y su volumen de servicios sea inferior al de los socios profesionales, pues, en otro caso, el objeto social se habrá desplazado desde el ejercicio en común de la profesión liberal, propio de la sociedad profesional, al de su mera organización y explotación, típico de la sociedad de producción de servicios profesionales.

⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Comentario de los artículos 1665-1708», en PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, & SALVADOR (Coords.), *Comentario del Código Civil*, Vol. II, Madrid, 1991, pp. 1355-1356.

rencia de lo que ocurre en otros sectores de la actividad de servicios. Y, si el socio profesional mantiene su independencia técnica mantiene también, como contrapartida, su responsabilidad personal⁶.

Esta concurrencia de responsabilidades, de la sociedad y del socio profesional actuante, que altera el régimen de responsabilidad del Derecho de sociedades, pero que se reclama desde el estatuto del ejercicio profesional, está hoy por hoy huérfana de reconocimiento legal, salvo excepciones, por lo que varias son las cuestiones a las que hay que ir dando respuesta: 1) Cómo puede justificarse la responsabilidad civil del socio profesional actuante frente al cliente, acreedor de los servicios profesionales, si él no es el deudor contractual de los mismos; 2) Si la sociedad profesional adopta un tipo social personalista, ¿la responsabilidad personal e ilimitada de los socios (a salvo los comanditarios) se identifica con la responsabilidad también personal e ilimitada del socio profesional actuante? Si la respuesta es afirmativa, habrá que concluir que la sociedad profesional no puede utilizar los tipos capitalistas, pero si es negativa surge un nuevo interrogante; 4) Cómo se coordinan ambas responsabilidades; y 5) La responsabilidad profesional ¿alcanza o no al resto de socios profesionales que no han intervenido en el asunto?

Ante este panorama se han propuesto las siguientes alternativas: 1) Sólo son posibles las sociedades profesionales internas, sin personalidad jurídica, en las que la organización societaria no aparece frente a terceros, de forma que la responsabilidad continúa situándose exclusivamente en el profesional que se relaciona con el cliente; 2) También son posibles las sociedades profesionales externas, personificadas, pero siempre que adopten un tipo social personalista en el que sus socios (a excepción de los comanditarios) responden personal e ilimitadamente de las deudas sociales, entre las que se encuentran las derivadas de la actuación profesional que en desarrollo del objeto social llevan a cabo sus socios profesionales, en cuyo caso la responsabilidad personal e ilimitada de los socios (responsabilidad social) absorbe, podría decirse, la responsabilidad personal del socio profesional que realiza la actuación profesional (responsabilidad profesional); y 3) Las sociedades profesionales también pueden adoptar los tipos capitalistas sin que la limitación de responsabilidad de los socios que le es pro-

⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Madrid, 1989, pp. 161-163.

pia sea irreconciliable con la responsabilidad personal e ilimitada del socio profesional actuante, pero entonces es necesario encontrar un cauce jurídico para armonizar ambas responsabilidades.

Todas estas cuestiones se analizan a continuación en la sociedad profesional externa como concepto⁷, para posteriormente comprobar la regulación dispuesta para los despachos colectivos tanto por el vigente Estatuto General de la Abogacía Española⁸, cuyas conclusiones son trasladables a los despachos multiprofesionales con tal de sustituir el término abogado por el de profesional perteneciente a una profesión liberal complementaria y no incom-

⁷ Sobre las sociedades profesionales, *vid.*, entre nosotros, DE BÁRBARA LLAURADÓ, R., «Delimitación del objeto en las sociedades profesionales», *RHP*, núm. 15, 1972, pp. 89-96; PERULES BASSAS, «La constitución de sociedades profesionales y la fiscalidad», *HPE*, núm. 15, 1972, pp. 73 ss; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 1665 al 1708 del Código Civil», en M. ALBALADEJO (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Vol. XVI, Madrid, 1986, pp. 153-176; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*, Madrid, 1990, pp. 138-154; PAZ-ARES, «Comentario de los artículos 1665-1708», *cit.*, «Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1257 ss, y «Las agrupaciones de interés económico y las sociedades profesionales», URÍA & MENÉNDEZ (Coords.), *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, pp. 748-762; ALBIEZ, «Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales», en *Estudio en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1992, pp. 11-37; MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «Las sociedades profesionales», *ASN*, t. VII, 1993, pp. 340-419; OLARTE, «Algunas reflexiones sobre la inscripción registral de sociedades mercantiles de profesionales liberales. A propósito de la Resolución de 23-4-1993 de la DGRN», *AD*, núm. 43, pp. 1 ss; VICENT CHULIÁ, F., «Nota a la Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 1993», *RGD*, 1993, pp. 11972-11976; AA.VV., *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, Barcelona, 1994; DELGADO GONZÁLEZ, A. J., «Las sociedades profesionales», *ASN*, VIII, pp. 351-384, y *Las sociedades profesionales: (el ejercicio en común de las profesiones en España: sus aspectos administrativos, civiles y tributarios)*, Madrid, 1996; GARRIDO DE PALMA, V. M., «La sociedad de responsabilidad limitada familiar y de profesionales», GARRIDO DE PALMA (Dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Vol. I, Madrid, 1996, pp. 29-109; ALBIEZ & GARCÍA PÉREZ, R., «Nuevamente sobre la inscripción de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil (Acerca de la RDGRN de 26 de junio de 1996)», *RDPC*, núm. 8, 1996, pp. 211-235; RODRÍGUEZ POYOGUERRERO, J. M., «Formas asociativas entre profesionales», *Comunidad de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*, 1996; GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, 1997; GALLEGO MORALES, A. J., *Los profesionales y las fórmulas organizativas*, Granada, 1997; CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, Madrid, 2000, «Sociedad civil de actividades entre profesionales». A propósito de una proposición de ley», *RdS*, núm. 15, 2000, pp. 173-184, y «Modelo de cláusulas estatutarias en una sociedad de responsabilidad limitada profesional», *RdS*, núm. 20, 2004, pp. 145-154; GARCÍA MÁZ, F.J., «Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, de cara a una futura ley», *RCDI*, núm. 669, 2002, pp. 9-51; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «Breves reflexiones sobre las llamadas sociedades de profesionales», *Libro homenaje a Sánchez Calero*, Vol. I, Madrid, 2002, pp. 4507-4527; VÁZQUEZ ALBERT, D., «¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?», *La Ley*, D-95, 2002, pp. 1772-1773, y «Las sociedades profesionales: una realidad pendiente de regulación», *BFD-UNED*, núm. 23, 2003; ORTEGA REINOSO, «Sociedades profesionales», *RJN*, núm. 54, 2005, pp. 117-162.

⁸ Aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que entró en vigor el 11 de julio de 2001 (EGAE, en adelante).

patible con la Abogacía⁹, como por el Código de la Abogacía Catalana¹⁰.

Y sin perder de vista que el Consejo de Ministros, en sesión de 27 de enero del 2006, ha aprobado el Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales, remitido al Congreso por acuerdo del 2 de febrero, a las que define como aquellas sociedades que tienen por objeto el ejercicio en común de profesiones colegiadas¹¹, las cuales pueden constituirse con arreglo a cualquiera de las formas sociales previstas en nuestro Derecho, cumpliendo los requisitos en él previstos y que «se regirán por lo dispuesto en la presente ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada» (art. 1.3), lo que es de máxima importancia porque la regulación que contiene el Proyecto es sectorial, en el sentido de que sólo se refiere a determinados aspectos societarios, los que están necesitados de adaptación a las peculiaridades de las sociedades profesionales, y sólo respecto de los socios profesionales¹². Proyecto que, por otro lado, guarda una gran similitud con la

⁹ Sobre los despachos de abogados, *vid.*, entre nosotros, ORTEGA REINOSO, «Despachos de abogados», *RdS*, núm. 23, 2004, pp. 163-189; VÁZQUEZ ALBERT, «Les societats professionals d'advocats: les preguntes més freqüents (I) y (II)», *Món Jurídic*, núm. 175, 2002, pp. 15-17, y núm. 16, 2003, pp. 13-15, respectivamente; ALBIEZ DOHRMANN, «La sociedad de abogados *stricto sensu* en el Estatuto General de la Abogacía», *La Ley*, D-250, 2002, pp. 1829-1842; TRIGO GARCÍA, B., «¿Regulación del ejercicio societario de la abogacía mediante normas reglamentarias? El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española», *La Ley*, núm. 5527, 2002, pp. 1844-1850; LECIÑENA IBARRA, A., «Competencia estatutaria en la regulación de los despachos colectivos: el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía», *AC*, núm. 26, 2002, pp. 855-879; DE MÍQUEL BERENGUER, «Despachos colectivos y responsabilidad compartida», *RJC*, núm. 1, 1994, pp. 255 ss; *Dictamen y Asesoría*, S. A., «Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados», *Revista de Trabajo*, 1988, pp. 177 ss; DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., «Los despachos colectivos de abogados y las normas colegiales», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 313-357; ALBIEZ, JAIMEZ TRASIERRA, M. C. & OLARTE ENCABO, S., *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Granada, 1992; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Organización de despachos de abogados», *Justicia*, 92, núm. 2, 1992, pp. 279-297; DE ZULUETA, «Abogados de empresa y bufetes colectivos. Reflexiones sobre la Abogacía y abogados de J. M. Martínez Val», *La Ley*, núm. 2, 1982; DE CASTRO, *La abogacía en el momento presente: el nuevo EGA*, Valladolid, 1982; ZARAGOZA, A., «Los despachos colectivos y la empresa legal como modos de ejercer la abogacía», *Sociología y Psicología Jurídica*, núm. 2, 1975, pp. 67 ss; CUÉLLAR GRÁCERA, A., *Asociaciones y sociedades profesionales e interprofesionales de Abogados*, Badajoz, 1967.

¹⁰ Aprobado el 1 de marzo del 2001 por el Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña (CAC, en adelante).

¹¹ Dice el artículo 1.1 del Proyecto que «las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente ley. A los efectos de esta ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional».

¹² Dice el artículo 4.1 del Proyecto que «son socios profesionales las personas físicas que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la profesión que constituya el objeto social y que la ejerzan en el seno de la misma».

Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia en 1999 (PALSP, en adelante).

2. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL

2.1 RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD

Cuando una sociedad se configura como sociedad externa, adquiere capacidad general para obligarse y asume responsabilidad respecto de las actuaciones realizadas en desarrollo de su objeto social¹³. La responsabilidad de la sociedad profesional en sentido estricto por las consecuencias dañosas de una actuación profesional que constituye el objeto de un contrato de prestación de servicios que ella ha celebrado con un tercero, el cliente, está fuera de toda duda, ya que ella es el sujeto obligado a su cumplimiento, resultando ser un supuesto más de responsabilidad contractual (arts. 1101 ss CC), sin perjuicio de que también puede incurrir en responsabilidad extracontractual cuando los daños caigan fuera de la órbita de cumplimiento del contrato (art. 1902 CC). Los débitos derivados de una mala actuación profesional realizada en desarrollo de su objeto social (por sus socios o por sus empleados) se reconducen a la categoría de deuda social, de la que responde la sociedad con todo su patrimonio¹⁴. En este sentido, el reciente Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales señala en su artículo 11.1 que «de las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio» (en iguales términos se pronunció el artículo 10.1 de la PALSP).

2.2 RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Los socios de una sociedad profesional externa responderán o no de las deudas sociales con su patrimonio personal de conformi-

¹³ CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario de los artículos 35-39», *Comentario del Código Civil*, PAZ-ARES (Coord.), pp. 244-245.

¹⁴ PAZ-ARES, «Comentario...», *cit.*, p. 1407; GUYON, *Voz «Sociétés civiles professionnelles»*, *Repertoire Dalloz des sociétés*, 1994, pp. 10 ss; TERRE, «Les sociétés civiles professionnelles», *JCP*, 1967, ref. 2103, núm. 165; LAMBOLEY, *La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, París, 1964, pp. 72-73.

dad con las reglas del tipo social que haya adoptado, sin que la sociedad profesional presente ninguna especialidad. Los socios de una SA, sociedad comanditaria por acciones, o SRL no responderán (arts. 1 LSRL y LSA y 152 Cco), los comanditarios de una sociedad comanditaria simple responderán hasta el límite de su aportación (art. 148 Cco), mientras que los socios civiles y los colectivos lo harán de forma ilimitada cuando el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente y, por tanto, de forma subsidiaria respecto de la sociedad, lo que es consecuencia de la personalidad jurídica de ésta¹⁵, si bien, los civiles de forma mancomunada entre sí (art. 1698 CC) y los colectivos solidariamente (arts. 127 y 148 Cco). En este sentido, el Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales señala en su artículo 11.1 que «la responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada» (en los mismos términos se manifestó el artículo 10.1 de la PALSP).

El régimen legal de responsabilidad de cada tipo social se considera un elemento configurador del tipo social regulado por normas imperativas, que no puede ser alterado por los socios con eficacia externa. Así, un pacto que en una sociedad civil o colectiva exonere o limite la responsabilidad de los socios a lo aportado no será válido *ad extra* por carecer de base legal permisiva y contradecir un elemento estructural básico del tipo normativo¹⁶, pero tampoco lo será el que tenga por objeto incrementar la responsabilidad¹⁷. Ahora bien, en la esfera interna se admite la validez y eficacia de los pactos de los socios para modificar el régimen legal de responsabilidad, es decir, la contribución de cada uno a las deudas sociales, con el límite de los pactos leoninos (art. 1691 CC). Surge entonces la duda de si es o no posible que en los contratos celebrados por una sociedad profesional personalista con los clientes se limite la responsabilidad de los socios a lo que hayan aporta-

¹⁵ DE AZURZA Y OSCOZ, P. J., «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, pp. 132 ss y p. 173; Díez-PICAZO, & GULLÓN, «La sociedad civil», *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid, 2000, p. 462; sin embargo, CAPILLA, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, pp. 316-319 y 344, señala que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales en la sociedad civil carece de la nota de subsidiariedad.

¹⁶ PAZ-ARES, «Comentario...», *cit.*, p. 1485; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, p. 194; GARRIDO DE PALMA & SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La sociedad anónima en sus principios configuradores», *Estudios sobre la sociedad anónima*, Madrid, 1991, pp. 21 ss; VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Vol. I, Barcelona, 1991, p. 398; TORRES PEREA, J. M., *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, [www.tirantonline](http://www.tirantonline.com), 2003.

¹⁷ PAZ-ARES, *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993, pp. 123-127; no obstante, en relación con la sociedad civil han admitido la validez de cláusulas contractuales que tengan por objeto el establecimiento frente a terceros de un régimen de responsabilidad más riguroso que el legal, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, Barcelona, 1989, p. 328; DE AZURZA, «Problemas de la sociedad civil», *cit.*, p. 175.

do mediante cláusulas que modifiquen frente a ellos el régimen legal de responsabilidad en relación a la materia objeto de ese contrato. Pues bien, mientras que unos autores niegan esta posibilidad por entender que sólo aquellos aspectos del estatuto jurídico societario que pertenecen a la relación jurídica interna de la sociedad tienen carácter negocial, careciendo de él los que pertenecen a la externa, por lo que una cláusula en tal sentido estaría vetada a la negociación particular con los clientes por ir en contra de las leyes (primer límite establecido por el artículo 1255 CC a la autonomía de la voluntad de las partes)¹⁸, otros, sin embargo, reconocen la validez de estas cláusulas, ya que la renuncia anticipada del cliente (si el patrimonio social fuese insuficiente) constituiría un supuesto de condonación expresa que respeta los límites que establece el artículo 6.2 CC (no contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a terceros)¹⁹.

2.3 RESPONSABILIDAD DEL SOCIO ACTUANTE

2.3.1 Concepto de socio actuante

Con los términos «socio actuante» nos referimos, en primer lugar, al socio profesional que personalmente ejecuta la prestación de servicios encomendada por el cliente a la sociedad y que ésta le ha asignado. Ahora bien, a efectos de responsabilidad civil profesional dichos términos abarcan:

- 1) A todos los socios profesionales que en condiciones de igualdad ejecutan la prestación de servicios.
- 2) Al socio profesional al que la sociedad asigna la ejecución del servicio aunque para su realización recurra a otras personas siempre que éstas actúen bajo su supervisión y control y permanez-

¹⁸ GULLÓN, «Comentario al artículo 1911 CC», *Comentario...*, PAZ-ARES (Coord.), t. II, 1991, p. 2055, indica que esa cláusula limitativa choca con el artículo 1911 CC que establece el principio de responsabilidad patrimonial universal de todo deudor, es decir, que impone una responsabilidad legal ilimitada por la deuda social, actuación que no es válida sin una declaración legal que así lo determine, como ocurre en la LSA y LSRL; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, cit., p. 194.

¹⁹ LECIÑENA, «Competencia estatutaria...», cit., pp. 877-879; sobre la justificación de esta posibilidad contractual, *vid.*, en el ámbito de las sociedades de personas, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, cit., p. 436; CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., pp. 333-334; PAZ-ARES, «Comentario...», cit., p. 1484, y *La responsabilidad del socio colectivo*, cit., p. 134, núm. 192; en las de capital, PAZ-ARES, «La infracapitalización. Una aproximación contractual», *RdS*, núm. extra. 1994, pp. 253-269; GARRIDO & SÁNCHEZ, «La sociedad anónima...», pp. 21 ss, pp.67-71; CAPILLA, *La sociedad...*, cit., p. 333, crítica esta posición, y señala que basta con acudir a las normas generales que regulan las relaciones contractuales para admitir la posibilidad de limitar la responsabilidad del socio mediante cláusula contractual pactada con el tercero.

can ajenas a la relación profesional, pues, conforme a las reglas del Derecho común, el deudor principal responde personalmente de las consecuencias perjudiciales derivadas de la actuación de sus auxiliares (responsabilidad extracontractual indirecta), aunque podrá ejercitar el derecho de regreso contra el auxiliar culposo (arts. 1903 y 1904 CC). Ahora bien, si esos auxiliares son profesionales liberales se estima que la responsabilidad del profesional principal por la actuación de éstos es un supuesto de responsabilidad contractual indirecta, que, aunque no está consagrada en una norma con carácter general (a diferencia de otros Ordenamientos), la mayoría de la Doctrina admite. El profesional principal responde de las consecuencias dañosas de la actividad de los profesionales auxiliares porque asume como propio el incumplimiento de éstos, y, por tanto, aun cuando no haya incurrido en culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in inscipendo*.

En aplicación del principio general de responsabilidad contractual indirecta no serán válidos frente al cliente los pactos internos que eximan al profesional de responsabilidad por una conducta dolosa de sus auxiliares (o por culpa grave, según la asimilación llevada a cabo por el TS), ni los que en esas circunstancias limiten el *quantum* indemnizatorio al daño previsible, que el artículo 1107 CC establece para el deudor de buena fe²⁰. Para que fuesen válidos sería necesario el consentimiento de las partes de la obligación de resarcimiento, el cliente y el profesional principal, que es difícil que se prevea con motivo de celebrar el contrato de prestación de servicios, que el cliente concierta con la sociedad y no con el profesional. La única forma de limitar dicha responsabilidad sería mediante un puntual pacto entre el socio actuante y el cliente, en virtud del cual éste renunciara a la aplicación de las normas antes mencionadas.

2.3.2 Fundamento de su responsabilidad

Admitida la responsabilidad de la sociedad profesional frente al cliente por ser la deudora de la prestación de servicios, y que por carecer de esa condición desaparece la del socio profesional pese a ser el que materialmente ejecuta el asunto, desde el estatuto de la profesión liberal se defiende la necesidad de mantener junto a la responsabilidad de la sociedad (y de sus socios, en su caso) la del

²⁰ En contra JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996, pp. 237 ss, para quien el deudor de buena fe responde del incumplimiento doloso del auxiliar pero hasta el límite del daño previsible.

profesional actuante. Responsabilidad del socio actuante que no está reconocida al día de hoy por una ley con carácter general, ni parece que sea un principio de orden público, como tampoco puede garantizarse por obra de la autonomía privada, dado que nos movemos en una disciplina de derecho imperativo. En consecuencia, varias han sido las construcciones intentadas en busca de un fundamento jurídico. Veamos cada una de ellas.

2.3.2.1 SE GARANTIZA SI LA SOCIEDAD PROFESIONAL UTILIZA UN TIPO SOCIAL PERSONALISTA

La primera construcción, representada por la doctrina tradicional, considera que la responsabilidad del socio actuante y su armonización con la de la sociedad profesional se consigue siempre que ésta adopte alguno de los tipos sociales que no eliminan la responsabilidad de los socios, esto es, tipos personalistas, en los que existe una comunicación entre el patrimonio de la sociedad y el personal de cada uno de los socios (a excepción de los comanditarios), que por ello responden personal e ilimitadamente de las deudas de la sociedad. Esta responsabilidad personal societaria cumple, dicen, las funciones de la responsabilidad personal del profesional, de forma que el régimen de responsabilidad propio de la profesión liberal no se ve alterado cuando el profesional ejerce su profesión en una sociedad profesional de tipo personalista. Y, por el contrario, la compatibilidad resulta imposible si la sociedad acoge uno capitalista, en el que el riesgo de los socios se limita al importe de sus aportaciones, sin que su patrimonio personal resulte afectado por la actividad social: no hay responsabilidad personal de ningún socio, y por tanto, tampoco del socio actuante ²¹.

Sin embargo, la equiparación entre la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales en los tipos personalistas y la responsabilidad personal del profesional que ejerce su profesión en una sociedad profesional por las consecuencias dañosas de su mala *praxis* no es correcta. Y esto, porque se trata de responsabilidades con distinta naturaleza –la del socio es una responsabilidad por deuda ajena, mientras que la del profesional lo es por deuda propia–, y con distinto fundamento jurídico –la del socio es una responsabilidad *ex lege* y la del profesional negocial–, aunque con

²¹ YZQUIERDO, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 159-160, y «La responsabilidad de los profesionales liberales», *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 470-471; a la vista del artículo 11.2 LAC, que junto a la responsabilidad de la sociedad auditora declara la del auditor que haya firmado el informe de auditoría, algunos autores entendieron que las sociedades de auditoría sólo podían adoptar tipos personalistas, *vid.*, MEZQUITA, «Las sociedades profesionales», cit., p. 396.

igual contenido, pues en ambos casos es meramente indemnizatorio. Veamos estos tres aspectos ²²:

1) Acerca de la naturaleza, la responsabilidad personal de los socios civiles y colectivos por las deudas sociales lo es por deuda ajena, o responsabilidad indirecta. La relación entre obligación social y responsabilidad del socio se ha explicado de dos formas: a) Para la Teoría de la identidad hay una sola obligación a cargo de la sociedad que puede hacerse efectiva con dos patrimonios, el de la sociedad y el personal de los socios ²³; y b) Para la Teoría de la diferencia la obligación, de la sociedad, y la responsabilidad, de cada socio, son dos institutos jurídicos separados, como contenido mínimo de la personalidad jurídica. La falta de identidad se produce por la interposición de una persona jurídica que altera el régimen jurídico que sería aplicable a los socios individualmente considerados, pues la existencia de una sociedad externa significa que ésta, o lo que es igual, los socios considerados *uti universi* (como organización con un patrimonio social) se convierten en centro de imputación de las obligaciones asumidas por aquélla. Si la sociedad adopta un tipo personalista, en el que hay comunicación entre el patrimonio social y el personal de los socios, la responsabilidad de la sociedad se sitúa en cabeza de cada uno de los socios, que responden *uti singuli* (individualmente con su patrimonio personal). La separación entre el patrimonio social y el personal que permite afirmar que un patrimonio (el del socio) responde de una deuda de otro (la sociedad) constituye el contenido mínimo de la personalidad jurídica. La obligación de la sociedad es entonces presupuesto de la responsabilidad de los socios.

Conforme a esta última teoría, que se considera la correcta ²⁴, cuando el socio de una sociedad profesional personalista responde de las deudas sociales lo está haciendo por una deuda que no le es propia sino ajena, pues es una deuda de la sociedad. Por el contrario, la responsabilidad personal del profesional liberal por las consecuencias dañosas de su actividad profesional, la realice a título individual o como miembro de una sociedad profesional, derivan del propio incumplimiento o cumplimiento defectuoso, es decir, de una deuda propia ²⁵.

²² Sobre las diferentes posturas adoptadas al respecto, *vid.*, PAZ-ARES, *La responsabilidad del socio colectivo*, *cit.*, pp. 139 ss, recogidas por GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, *cit.*, pp. 220-226, y por CAMPINS, *La sociedad profesional*, *cit.*, pp. 311-318.

²³ GIRÓN, *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, pp. 516-519; CAPILLA, *La sociedad civil*, *cit.*, pp. 299-304.

²⁴ PAZ-ARES, *Comentario...*, *cit.*, pp. 1482-1483, y *La responsabilidad del socio colectivo*, *cit.*, pp. 141-145.

²⁵ RESCIGNO, *La società fra professionisti*, Milán, 1985, *cit.*, p. 98, indica que diverso es el momento genético de los dos tipos de responsabilidad, conectándose el primero indistintamente a las obligaciones sociales y el segundo a los incumplimientos individuales sea objetiva o subjetivamente.

En contra podría alegarse que añadir la responsabilidad del socio profesional actuante a la de la sociedad carece de sentido porque duplica inútilmente los títulos de responsabilidad (ya que la deuda de la sociedad es también deuda del socio, incluido el actuante) y tiene el mismo contenido (indemnizatorio), sin que se amplíe la base patrimonial que sirve de garantía al acreedor (que ya cuenta con el patrimonio personal del profesional por su condición de socio ilimitadamente responsable de las deudas sociales). Sin embargo, aunque ciertamente se produce una duplicación de títulos de responsabilidad (legal como socio y negocial como profesional), ello no implica identidad, de donde se deriva una importante consecuencia y es que, manteniendo el profesional en cuanto tal su responsabilidad personal, el cliente-acreedor puede dirigirse directamente contra su patrimonio personal cuando es el socio actuante sin necesidad de dirigirse previamente contra la sociedad (como ocurriría si hubiese identidad en los títulos de responsabilidad).

2) Respecto al fundamento de la responsabilidad personal de los socios civiles y colectivos también se han aportado varias teorías: a) Para la Teoría del doble vínculo dicha responsabilidad es negocial porque deriva del contrato de prestación de servicios que la sociedad celebra con los terceros-clientes, en la medida en que considera que la declaración de voluntad de los representantes sociales que celebran el contrato se emite en nombre del grupo y de cada uno de los socios; y b) Para otros, la responsabilidad de los socios tiene un fundamento legal: asumida una obligación por la sociedad surge automáticamente, *ex lege*, la obligación de los socios, no siendo precisa una voluntad de obligarse por parte de éstos, ni ningún otro requisito; los socios quedan vinculados a esa obligación de la sociedad, comunicándoseles todas las vicisitudes (arts. 1698 CC y 127 Cco), sin perjuicio de que junto a la responsabilidad legal pueda constituirse una de origen contractual si, por ejemplo, el socio se obliga directamente a realizar la misma prestación.

Frente a esta responsabilidad *ex lege* de los socios civiles y colectivos, que se considera la opción correcta²⁶, la responsabilidad del profesional liberal es de naturaleza negocial (contractual o extracontractual según que medie o no relación jurídica entre él y el perjudicado por el daño derivado de su actividad profesional), aplicándosele las normas generales del CC, debidamente interpretadas²⁷.

²⁶ PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, *cit.*, pp. 148 ss.

²⁷ Respecto de la naturaleza negocial de la responsabilidad del socio actuante, frente a la legal del socio, *vid.*, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, Madrid, 1981, pp. 707-723, y «Comentario al artículo 1902 CC», *Comentarios...*, ALBALADEJO (Dir.), XXIV, Madrid, 1984, pp. 532 ss; JORDANO, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *RGLJ*, 1985, pp. 30-104.

3) En relación al contenido de la responsabilidad de los socios civiles y colectivos también se han planteado varias posibilidades: a) Para la Teoría de la identidad es una responsabilidad específica o por cumplimiento *in natura* en cuanto que hay una única obligación de carácter negocial, por lo que el tercero está legitimado para reclamar del socio la misma prestación que le adeuda la sociedad, siendo, por demás, la que mejor garantiza los intereses del tercero ²⁸; y b) Para otros, el interés del tercero ha de ponderarse con el interés del socio a no ver afectada su esfera privada, lo que impone una responsabilidad genérica o por interés en el cumplimiento, de manera que el tercero sólo puede pretender del socio la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la sociedad.

El contenido indemnizatorio de la responsabilidad del socio por las deudas sociales, que se considera la opción correcta ²⁹, coincide con el de la responsabilidad del profesional por su mala *praxis* en el ejercicio en sociedad de su profesión ³⁰: la responsabilidad del socio actuante no lo es por incumplimiento contractual, puesto que él no ha celebrado el contrato de prestación de servicios con el cliente, que éste ha convenido con la sociedad profesional.

Las consecuencias de mantener separadas la responsabilidad social del socio civil o colectivo de la responsabilidad profesional del socio actuante son las siguientes: a) Se garantiza el principio de responsabilidad personal del profesional por las consecuencias dañosas de su actuación profesional; b) Desde un punto de vista cualitativo, el cliente puede dirigirse directamente contra el patrimonio del profesional actuante sin necesidad de hacerlo previamente contra la sociedad; y c) Desde uno cuantitativo, el profesional responde de toda la deuda profesional mientras que el socio civil sólo responde de la cuota-parte que le corresponde en la sociedad en virtud del principio de mancomunidad, no así el colectivo, cuya responsabilidad se rige por la regla de la solidaridad.

Cabe concluir, entonces, que la solución intentada de identificar la responsabilidad profesional del socio actuante con la social de los socios de las sociedades personalistas (a salvo los comanditarios) no sólo no resulta correcta jurídicamente sino que, además, no resuelve la exigencia de añadir a la responsabilidad de la sociedad la del profesional actuante, ya que el profesional actuante no tiene una responsabilidad distinta de la que le corresponde como

²⁸ GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., p. 518; CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., pp. 340 ss; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad...*, cit., p. 429.

²⁹ PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, cit., pp. 163 ss, y «Comentario...», cit., pp. 1482-1484.

³⁰ PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, cit., pp. 159 ss.

socio. Y, en consecuencia, tampoco permite diferenciar la responsabilidad del socio profesional actuante de la del resto de socios profesionales no actuantes³¹.

Y es que, la subsistencia de una responsabilidad personal del socio actuante no encuentra explicación en los regímenes de responsabilidad societaria previstos en nuestro Ordenamiento. Incluso en la forma social que comporta el menor grado de separación patrimonial, la sociedad civil, la responsabilidad personal e ilimitada se predica de todos los socios y no sólo del actuante. El fundamento, por tanto, se sitúa fuera del Derecho de sociedades, aunque de alguna forma hay que integrarlo en él. Es necesario localizar un argumento jurídico que permita imputar una responsabilidad directa al profesional ejerciente que integrado en una sociedad ha dejado de ser el deudor contractual. Sólo así podrán compatibilizarse ambas responsabilidades, de la sociedad y del socio actuante, y cualquiera que sea el tipo social adoptado, personalista o capitalista.

2.3.2.2 SE GARANTIZA CUALQUIERA QUE SEA EL TIPO SOCIAL UTILIZADO POR LA SOCIEDAD PROFESIONAL

Varios han sido los fundamentos jurídicos propuestos a fin de añadir a la responsabilidad de la sociedad la profesional del socio actuante cualquiera que sea el tipo social adoptado por aquélla: 1) Teoría del doble contrato; 2) Teoría del contrato en beneficio de tercero; 3) Teoría de la aplicación analógica del artículo 1722 CC; 4) Teoría del estatuto de la profesión liberal; 5) Teoría de la independencia técnica; 6) Teoría de la declaración del TDC, y 7) Teoría de la aplicación analógica del artículo 11.2 LAC. Veamos cada una de ellas, y lo que propone el Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales.

2.3.2.2.1 *Teoría del doble contrato*

La conjunción de la responsabilidad profesional del socio actuante y de la sociedad profesional en la que ejerce su profesión ha sido defendida sobre la base de un doble contrato: hay doble responsabilidad –individual y social– porque hay dos contratos. Un «contrato base», celebrado entre el cliente y la sociedad profesional, normalmente de arrendamiento de servicios, en virtud del cual ésta se convierte en deudora de la prestación de servicios, y un «contrato de ejecución», por el que la sociedad asigna su ejecución

³¹ GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, cit., p. 225.

a un profesional obligado para con ella por algún título jurídico: por su condición de socio o por estar contratado laboral, mercantil o civilmente³².

Sin embargo, la teoría del doble contrato supone desconocer el significado de la personificación jurídica. Constituida una sociedad profesional externa, cuyo objeto es el ejercicio de la profesión liberal, los socios profesionales realizarán los servicios profesionales al amparo de un único contrato de prestación de servicios celebrado por la sociedad con el cliente. Es la sociedad la que asume la obligación de prestarlos, si bien, en cuanto que persona jurídica habrá de valerse para su cumplimiento de personas físicas, sin que para ello sea necesario un segundo contrato entre el cliente y las concretas personas físicas que van a realizar el servicio, ni que la sociedad subcontrate a quienes son sus socios, empleados, o contratados³³. Tratándose de sociedades profesionales, configuradas como comunidades de trabajo, serán los socios profesionales quienes ejecutarán los servicios profesionales (al menos en su mayoría) como contenido de una aportación de industria o de una prestación accesoria dependiendo del tipo social adoptado por la sociedad profesional, sin que en ningún momento aparezcan como parte contractual en la relación con el cliente.

2.3.2.2.2 *Teoría del contrato en beneficio de tercero*

La conjunción de la responsabilidad profesional del socio actuante y de la sociedad profesional ha sido defendida a partir de la teoría del contrato en beneficio de tercero, puesto que, en definitiva, el socio actuante se compromete con la sociedad a prestar sus servicios profesionales a un tercero (el cliente de la sociedad), de donde derivan responsabilidades contractuales y principales frente al cliente tanto de la sociedad como del socio actuante. La posición ocupada por el estipulante, promitente y beneficiario corresponden a la sociedad, socio actuante y cliente, respectivamente.

³² Esta teoría es la que expone la RDGRN de 2 de junio de 1986 cuando dice que «es indudable que en la mayor parte de los casos, y siempre que no existe una prohibición legal, junto al contrato suscrito entre cliente y sociedad, se encuentra el sucesivo contrato –ejecución del primero– en el que la intervención del profesional con su consiguiente responsabilidad no anula o deja sin efecto la que pudiera contraer la sociedad al contratar con el cliente»; se reitera en la RDGRN de 23 de abril de 1993.

³³ GARCÍA MÁZ, «*Problemas y soluciones...*, cit., p. 15, señala, en relación con la RDGRN de 1993, que «la argumentación de la resolución parte de un concepto muy rígido de las ideas en cuanto a lo que es una persona jurídica. En ningún caso en la sociedad profesional *stricto sensu*, ésta presta los servicios personalmente, sino muy al contrario, esa prestación de servicios la realiza el profesional, de ahí que deba articularse una responsabilidad, no sólo de la sociedad, sino también del socio que presta dichos servicios».

Sin embargo, ya hemos visto que el ejercicio de la profesión liberal en una sociedad profesional se articula como contenido de una aportación de industria o de una prestación accesoria dependiendo del tipo social adoptado, y no como un supuesto de estipulación a favor de tercero. Se trata de instituciones jurídicas distintas, sin perjuicio de que ni siquiera se dan los presupuestos de la estipulación a favor de tercero. Así, ni el cliente es un tercero, ni (caso de que lo fuera) se le atribuye un derecho subjetivo para exigir el cumplimiento de la prestación de servicios directamente al socio actuante³⁴.

2.3.2.2.3 Aplicación analógica del artículo 1722 CC

La conjunción de la responsabilidad profesional del socio actuante y de la sociedad profesional ha sido defendida desde la aplicación analógica (analogía *legis*) de la acción directa que otorga el artículo 1722, en relación con el artículo 1721, del Código civil al mandante contra el sustituto del mandatario. Conforme a este planteamiento, aplicando analógicamente esos preceptos a la sociedad profesional resulta que el cliente (mandante) puede dirigirse contra la sociedad (mandatario) pero también contra el socio actuante (sustituto del mandatario), pues cabe derivar una acción directa del contrato celebrado por el cliente con la sociedad³⁵.

La Doctrina distingue tres clases de sustitución: 1) Sustitución en sentido estricto, que implica una novación subjetiva del contrato de mandato por cambio del mandatario, que transmite su posición contractual a un tercero, que ocupa su lugar en la relación jurídica de mandato; 2) Sustitución por delegación o submandato, que constituye un supuesto de subcontratación, pues el mandatario conserva su posición contractual, pero en virtud de un segundo contrato de idéntico contenido que el primero que celebra con un tercero comparte con éste el encargo recibido del principal, y 3) El mero auxilio, en el que el mandatario se sirve de auxiliares para la ejecución del mandato.

³⁴ LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988, pp. 305-306, indica que el paciente nunca es un tercero en esa relación, por el contrario, interviene activamente celebrando el contrato con la sociedad profesional y queda obligado por el mismo.

³⁵ PAZ-ARES, «Comentario...», *cit.*, p. 1407, indica que «la única responsabilidad contractual directa frente al cliente es la responsabilidad de la sociedad». Pero que, no obstante, puede sumarse la responsabilidad personal y directa, disciplinada por las normas de la responsabilidad contractual, del profesional interviniente con base en un doble fundamento: «Desde un punto de vista dogmático, esta responsabilidad se justifica por la situación de “contacto social”. Desde el punto de vista positivo, el fundamento de la responsabilidad puede localizarse en la aplicación analógica del artículo 1722 CC, que otorga acción directa –acción contractual– al mandante contra el sustituto del mandatario.»

Admitida esa clasificación tripartita, hay autores que consideran que la acción directa del mandante contra el sustituto del mandatario del artículo 1722 CC se ubica en el primero de los supuestos y quienes opinan que se incardina en el segundo. Pero en ambos casos concluyen que no es posible la aplicación analógica de esa acción directa al contrato de sociedad. La relación entre la sociedad profesional y el socio actuante no puede calificarse de sustitución porque la sociedad no cede su posición en el contrato de prestación de servicios celebrado con el cliente al profesional que materialmente va a ejecutar los servicios profesionales, sino que sigue siendo la deudora de la prestación de servicios, que ejecutará por medio de un socio profesional como órgano de la sociedad o de un profesional vinculado a ella por un contrato bien de trabajo –lo que debe entenderse como actuación directa de la sociedad– bien de arrendamiento de servicios –como un supuesto de delegación–. Y tampoco es un supuesto de subcontratación: la sociedad no subcontrata con el profesional la ejecución del encargo, sino que la ejecuta ella misma con los medios personales de los que dispone.

2.3.2.2.4 *El estatuto de la profesión liberal*

La mayoría de la Doctrina y de los legisladores coinciden en conservar la responsabilidad profesional del socio actuante, que entonces se añade a la de la sociedad profesional, con base en varios argumentos traídos desde el estatuto de la profesión liberal:

1) Evitar la relajación que para el socio profesional supone saber que la sociedad en la que ejerce responderá de las consecuencias de su mala *praxis*³⁶. Sin embargo, esto no tiene por qué ser así, máxime si se tiene en cuenta que el mismo efecto se produce con la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, que en determinados sectores profesionales y Ordenamientos es incluso obligatorio³⁷.

2) Impedir la mercantilización de la actividad profesional dada la absoluta incompatibilidad entre los valores mercantiles de una actividad desarrollada a través de sociedades capitalistas y el carácter desinteresado de la prestación de servicios profesionales. Sin embargo, esa incompatibilidad no es tal, porque también el ejercicio profesional se realiza con una finalidad retributiva o lucrativa y su rendimiento puede cuantificarse y preverse de forma aproximada a lo largo de un periodo de tiempo tomando como

³⁶ YZQUIERDO, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 163.

³⁷ CAPILLA, «*Sociedades de profesionales liberales...*», cit., p. 256.

referencia la clientela y las expectativas de ganancia, siendo correcta, entonces, su calificación como actividad económica, aunque no mercantil³⁸.

3) Razones económicas en el sentido de que el cliente queda más garantizado si es acreedor de una persona física, ilimitadamente responsable, que si lo es de una jurídica, lo que también carece de sentido, pues aun cuando la responsabilidad de los socios es limitada en determinados tipos sociales, la de la sociedad es siempre ilimitada³⁹. Además, la responsabilidad ilimitada de la persona física también puede salvarse mediante la suscripción de un seguro de responsabilidad civil.

4) Estimar que la responsabilidad personal del profesional es un principio del estatuto de la profesión liberal⁴⁰ que tiene en su base un fundamento de orden público⁴¹, cual es su incidencia social por la trascendencia de los intereses sobre los que se proyecta, que afectan tanto al particular demandante de los servicios como al orden social, lo que lleva al Ordenamiento a configurar su actividad como profesión titulada y colegiada, con una serie de derechos y obligaciones imputables al profesional actuante, que, en consecuencia, responde personalmente de las consecuencias dañosas de su actuación profesional⁴². Sin embargo, calificar la responsabilidad profesional como un principio de orden público puede resultar excesivo si lo que se pretende es dotarla de un contenido imperativo no alterable por los particulares, ya que, como veremos, no debe impedirse su limitación ni su aseguramiento⁴³.

³⁸ MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, cit., p. 61.

³⁹ Como señala RESCIGNO, *La società...*, cit., p. 101, la magia de las palabras probablemente deja creer que la ilimitada responsabilidad de una persona física constituya una mayor garantía que la responsabilidad limitada a la aportación de varias personas físicas (que deviene ilimitada si se desplaza el punto de observación sobre el ente que formalmente es el centro de imputación).

⁴⁰ GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, cit., p. 239.

⁴¹ Así lo entendió SAVATIER, *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, París, 1947, pp. 39-45.

⁴² PAZ-ARES, *Curso...*, cit., p. 758, indica que «sin perjuicio de la responsabilidad limitada o ilimitada que pese sobre los socios como consecuencia de la adopción por parte de la sociedad profesional de uno u otro tipo societario, los altos intereses que están en juego aconsejan reforzar el rigor de la actuación profesional consagrando a cargo del socio o profesional que haya actuado una responsabilidad directa frente al cliente por la infracción de sus obligaciones profesionales».

⁴³ CAPILLA, «*Sociedades de profesionales...*», cit., pp. 256-257, estima que para afirmar la incompatibilidad de los tipos sociales capitalistas con las sociedades profesionales en función de la limitación de la responsabilidad del profesional «sería necesario demostrar que existe un principio, calificable incluso de orden público, según el cual el profesional tendría que asumir una responsabilidad de este tipo. Y los argumentos en pro de entender vigente semejante principio tienen un peso relativo», aunque también admite que resulta problemático aceptar «una anónima profesional, sin la responsabilidad (adicional) del profesional que ejecute los actos profesionales generadores de ellas».

2.3.2.2.5 *La independencia técnica como fundamento*

El fundamento de la responsabilidad personal del profesional liberal radica en las características que distinguen su actividad de otras, sin perjuicio del estatuto personal del profesional. Los altos intereses que se tutelan, la relación personal y de confianza que se entabla entre el profesional y el cliente, pero, sobre todo, la independencia técnica con la que el profesional desenvuelve su actividad reivindican su responsabilidad⁴⁴. Y puesto que tales notas se mantienen cuando la actividad profesional se desarrolla en el seno de una sociedad profesional, también en ésta ha de conservar el profesional actuante su responsabilidad personal e ilimitada⁴⁵.

La libertad de decisión técnica, o independencia interna, que deriva de la inexistencia de reglas precisas que predeterminen la actividad profesional, lo que conlleva que cada profesional deba decidir conforme a su ciencia y conciencia cómo ejecutar el asunto, sólo queda plenamente garantizada si es responsable⁴⁶. En consecuencia, la responsabilidad personal del profesional se configura como una consecuencia lógica y necesaria de su independencia técnica cualquiera que sea la modalidad de ejercicio profesional que utilice (individual, ya sea por cuenta propia o de otro, o colectivo)⁴⁷.

⁴⁴ BUSSOLETTI, *La società...*, cit., pp. 316-317, indica que el hecho de que la sociedad asuma la condición de parte no puede y no debe impedir que «in limine» desaparezca la responsabilidad personal del profesional persona física a quien en concreto deba adscribirse el incumplimiento imputado a la sociedad, y añade, pp. 322-323, que el ejercicio en sociedad de la profesión liberal «no debe hacer olvidar que las personas físicas en el interior de la estructura desenvuelven una actividad profesional, caracterizada por la intelectualidad de sus prestaciones, y consiguientemente por el principio de personalidad de la prestación».

⁴⁵ VÉRGEZ, «*Breves reflexiones...*», cit., p. 4518, indica que las razones de técnica jurídica que para defender la responsabilidad personal del socio profesional se han dado sobre la base de la naturaleza de las relaciones jurídicas establecidas, por muy interesantes que resulten no traducen la especial situación jurídica que asume el socio profesional dentro de la sociedad siendo ella la titular de la actividad y estando integrado en ella el profesional como socio, y añade que, p. 4520, la responsabilidad civil personal y directa del socio profesional frente a los clientes más que un imperativo de la naturaleza de su actividad puede ser una desconfianza injustificada hacia la sociedad profesional entendiendo que puede convertirse la limitación de la responsabilidad en una institucionalización del abuso y de la incompetencia.

⁴⁶ OROZCO, «*La aplicación del concepto lex artis...*», cit., p. 516, afirma que el ejercicio de una profesión sólo es posible en un marco de libertad responsable en virtud del cual el profesional posee un margen de actuación para dotar de contenido científico y técnico, específico a los actos en que se plasma su conducta profesional, atendiendo según su personal criterio a las circunstancias y factores que en el mismo concurren; SAINZ MORENO, *Comentario a las Leyes Políticas*, t. III, Madrid, 1983, p. 539, señala que una actividad sólo es profesional cuando se realiza bajo el principio de la responsabilidad personal del actor, responsabilidad que sólo existe cuando éste dispone de cierta libertad de actuación.

⁴⁷ GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, cit., p. 240; CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., p. 306.

Ahora bien, este fundamento no es suficiente para que a la responsabilidad de la sociedad (y de los socios, en su caso) se sume la del socio profesional actuante. Es necesario que así lo establezca una ley con carácter bien general, como sería la reclamada ley de sociedades profesionales, bien específico para cada sector profesional, como ha hecho la Ley de Auditoría de Cuentas. Si bien, algunos han mostrado sus reservas, pues hablar de sociedades capitalistas con responsabilidad ilimitada del socio, aunque se trate de la responsabilidad profesional del actuante, resulta cuanto menos contradictorio, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un aspecto no secundario, sino esencial, caracterizador de esos tipos sociales⁴⁸.

2.3.2.2.6 *Declaración del TDC*

En junio de 1992 el Tribunal de Defensa de la Competencia elaboró un Informe sobre el ejercicio de las profesiones, en el que en relación con las sociedades profesionales manifestó que «en cuanto a la estructura del negocio no debe haber ninguna limitación. Tan sólo se puede admitir que, cualquiera que sea la forma elegida, se garantice la responsabilidad del profesional o de los profesionales que forman parte de las fórmulas asociativas que más les convengan».

Efecto inmediato fue la aprobación por el Gobierno en septiembre de 1992 de un Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 que introdujo un apartado 4 en el artículo 3 del siguiente tenor: «Los profesionales podrán asociarse libremente para el ejercicio de su actividad siempre que se respeten los límites de la Ley 16/1989, de 17 de julio. Las Sociedades Profesionales deberán establecer de modo claro y preciso en sus estatutos a quien se imputa la responsabilidad profesional», por lo que, eran los estatutos sociales los que debían prever la responsabilidad profesional de los miembros de la sociedad profesional, pero sobre cuyo contenido nada decía dicho apartado, quizá con la finalidad de que se insertara el que diseñara el respectivo Colegio profesional, cuya competencia sobre este aspecto, sin embargo, es

⁴⁸ YZQUIERDO, «*La responsabilidad de los profesionales...*, cit., p. 474, señala que contemplar cómo existen sociedades de carácter capitalista en su denominación, pero cuyo régimen jurídico es en muchos aspectos el propio de las personalistas, nos lleva a preguntarnos si son realmente definitorias las notas que siempre hemos considerado de las sociedades capitalistas, o, en verdad, no son más bien características contingentes o prescindibles. Es decir, la idea de la SA con responsabilidad del socio, limitada al monto de su aportación, ¿forma parte del concepto de SA? Porque, si es así, hablar de SA con responsabilidad ilimitada del socio constituye un auténtico sofisma, sólo comparable a la situación de «la pescadilla que se muerde la cola».

discutida por la mayoría de la Doctrina. En octubre de 1992 el Gobierno aprobó un Proyecto de Ley de reforma, conforme al cual, dicho apartado quedaba del siguiente modo: «Los profesionales podrán asociarse bajo cualquiera de las formas previstas en el ordenamiento español para el ejercicio de su actividad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de cada profesional». Este Proyecto, que encontró una fortísima oposición por parte de algunas profesiones, entre ellas de la Abogacía, porque, por lo que aquí interesa, no garantizaba la unidad del régimen de responsabilidad de las sociedades profesionales, y ni siquiera de una misma profesión, caducó, apareciendo un nuevo Proyecto en marzo de 1995, que tampoco devino en Ley, que dio una nueva redacción al mismo apartado, según el cual: «Los profesionales podrán asociarse para el ejercicio en común de sus profesiones bajo cualquiera de las formas lícitas en Derecho, sin perjuicio de la responsabilidad personal de cada profesional y del cumplimiento por el mismo de sus obligaciones colegiales». Finalmente, la LCP fue modificada por la Ley 7/1997⁴⁹, que, sin embargo, no hizo referencia alguna al ejercicio colectivo de la profesión colegiada.

2.3.2.2.7 *El artículo 11.2 LAC*

La conjunción de la responsabilidad profesional del socio actuante y de la sociedad profesional ha sido objeto del artículo 11.2 LAC, según el cual, «*Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad*». Ante este precepto:

1) Hay quienes han considerado posible su aplicación analógica a todas las sociedades profesionales dada la identidad de razón, ya que la auditoría es una profesión liberal. En cuanto que los servicios de auditoría han sido los primeros en prestarse de manera generalizada a través de sociedades, las leyes que los han regulado han sido también las primeras en declarar expresamente la responsabilidad profesional del socio actuante, lo que las convierte en normas positivas especialmente idóneas para su extensión analógica a todas las sociedades profesionales: la excepcionalidad que el régimen de responsabilidad del artículo 11.2 LAC presenta respecto del Derecho común de sociedades debe ser contemplada

⁴⁹ Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales, resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, del mismo nombre.

en su función anticipadora, e incluso propulsora, de la más general disciplina de las sociedades profesionales⁵⁰.

2) Otros, por el contrario, estiman que esa excepcionalidad hace difícil el procedimiento analógico, siendo necesaria una expresa disposición legal con carácter general o especial para cada sector profesional⁵¹.

2.3.2.2.8 *El Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales*

El reciente Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales señala en su artículo 11.2 que «No obstante, de las deudas sociales que tengan su origen en el desarrollo de la actividad profesional responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan», añadiendo el artículo 13.3 que «La separación no liberará al socio de la responsabilidad que pudiera serle exigible de conformidad con el artículo 11.2 de esta ley»⁵². Régimen de responsabilidad que la disposición adicional tercera extiende a todos aquellos supuestos en que se produzca el ejercicio de la actividad profesional por un colectivo, se ampare o no en formas societarias, que utilice una denominación común o colectiva, por cuanto genera en el demandante de los servicios una confianza específica en el soporte colectivo de aquella actividad que no debe verse defraudada en el momento en que las responsabilidades, si existieran, deban exigirse; regla que sólo quiebra si el ejercicio colectivo de la actividad profesional no se ampara en una persona jurídica, en cuyo caso la responsabilidad es solidaria y personal de todos los partícipes o socios, por carecer de un centro subjetivo de imputación de carácter colectivo (apartado III de la Exposición de Motivos).

⁵⁰ BUSSOLETTI, *La società di revisione*, Milán, 1985, p. 319, en relación con el artículo 12 del Decreto 136/1975, de 31 de marzo, sobre disciplina jurídica de las sociedades de revisión, concordante con el artículo 11.2 LAC; CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., p. 328, n. 573, afirma que en este caso puede predicarse una identidad de *ratio*; también VÁZQUEZ, «*Las sociedades...*», cit., p. 136.

⁵¹ GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, cit., p. 234; MEZQUITA, «*Las sociedades de profesionales*», cit., p. 403, indica que «no hay comunidad de “ratio” con las actividades de naturaleza civil que pivotan sobre bases profesionales de consejo y confianza».

⁵² El artículo 10.2 de la PALSP señalaba que «Por las deudas que tengan su origen en el desarrollo de la actividad profesional responderán además los profesionales que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o, en su caso, extracontractual», añadiendo el artículo 11.3 que «la separación no liberará al socio de la responsabilidad que pudiera serle exigida de conformidad con el artículo anterior».

2.3.3 Régimen jurídico de su responsabilidad

2.3.3.1 NATURALEZA CONTRACTUAL

En materia de responsabilidad, las sociedades profesionales se apartan del Derecho común de sociedades, no porque se altere el régimen de responsabilidad de la sociedad como deudora contractual ni de los socios en los tipos personalistas, sino porque a esa responsabilidad se suma la del socio actuante en cuanto que profesional que con independencia técnica lleva a cabo una actuación profesional que causa un daño al cliente de la sociedad (o a un tercero)⁵³.

La conjunción de ambas responsabilidades, de la sociedad (y en su caso de los socios) y del socio profesional actuante, resulta fácil en aquellas situaciones en las que existe una doble vinculación directa con el cliente, lo que ocurre cuando el representante de la sociedad actúa también en nombre del profesional actuante, concertando dos obligaciones del mismo contenido, una a cargo de la sociedad y otra del socio actuante, que algunos autores consideran que es lo que sucede cuando el administrador-representante de la sociedad va a ser el socio actuante o cuando al tiempo de celebrar el contrato de prestación de servicios queda designado el profesional que lo será; lo que, en último caso, es un problema de interpretación del contrato. En esos específicos casos es evidente la naturaleza contractual de la responsabilidad del socio actuante⁵⁴.

Fuera de esos supuestos, y teniendo en cuenta que el cliente celebra el contrato de prestación de servicios con la sociedad profesional, sujeto con personalidad jurídica propia, y no con el profesional que los ejecutará, la responsabilidad de éste por los daños derivados de su mala *praxis* habría de calificarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC.

Sin embargo, tal planteamiento significa desconocer el sentido y alcance eminentemente instrumentales que tiene la atribución de personalidad jurídica y el fundamento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, que atiende a la preexistencia o no, respectivamente, de una obligación entre el agente del daño y el perjudicado; obligación que normalmente deriva de haberse cele-

⁵³ CADARSO, «Las sociedades profesionales de Arquitectos», *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, p. 392, indica que «se producirá una cierta situación de dicotomía en cuanto que el profesional titulado es al mismo tiempo el mediador obligatorio de la actividad, aun cuando la actividad misma sea atribuible a un ente societario. La dicotomía comporta una duplicidad de responsabilidades (de la sociedad y del arquitecto-socio) respecto de los actos de ejercicio profesional».

⁵⁴ PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, *cit.*, pp. 175-177.

brado un contrato, aunque no necesariamente, pues basta con acreditar una relación preexistente a la afirmación de responsabilidad⁵⁵.

En el ámbito de la sociedad profesional está claro que el cliente celebra el contrato de servicios con la sociedad, pero también lo está que sólo las personas físicas debidamente cualificadas pueden ejecutar los servicios contratados. En tal caso, pese a que entre el socio actuante y el cliente no hay un contrato, sí hay una relación consecuencia del contrato, que se materializa en la relación de contacto que se produce entre ambos: siempre que un sujeto encomienda un asunto a un profesional liberal se inicia entre ellos una relación de carácter personal como añadido a la relación jurídica contractual que configura el intercambio de servicios (u obra) por precio, puesto que ambos han de mantener un contacto personal durante todo el desarrollo del asunto, que deriva en una relación de confianza. Pues bien, esta situación no cambia porque la deudora contractual de los servicios profesionales sea una sociedad profesional, ya que los servicios habrán de ser ejecutados, al menos en su mayoría, por los socios habilitados para ello, que serán quienes tendrán un trato directo, personal y confidencial con el cliente.

En definitiva, no puede decirse que el profesional actuante sea un tercero sin relación jurídica alguna con el cliente (afirmación que de compartirse llevaría a calificar la responsabilidad profesional como extracontractual), muy al contrario, entre ambos se entabla una relación directa⁵⁶ que conforme a la «teoría del contacto social» se califica como relación contractual⁵⁷, lo que se confirma porque el daño se produce dentro de la prestación debida⁵⁸. Por tanto, ante una mala práctica de la *lex artis ad hoc* el profesional actuante responde conforme a los postulados de la responsabilidad contractual⁵⁹. El ilícito en que incurre el profesional actuante deri-

⁵⁵ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 28

⁵⁶ TERRE, «Les sociétés civiles professionnelles», *cit.*, señala que la responsabilidad del socio actuante es consecuencia del vínculo directo que une al profesional con el cliente, el cual no desaparece por la existencia de la sociedad.

⁵⁷ PANTALEÓN, «Comentario a la Sentencia del TS de 19 de junio de 1984», *CCJC*, núm. 6, 1984, p. 1876; PAZ-ARES, «Comentario...», *cit.*, p. 1407; VICENT, «Nota a la Resolución...», *cit.*, p. 11976, afirma que «con esta formalización en dos contratos o sin ella, no cabe duda que debe reconocerse esta doble relación jurídica, de la que deriva la responsabilidad civil y administrativa de la sociedad, y la responsabilidad civil, administrativa y penal de los profesionales socios (o en su caso, de los profesionales asalariados) que intervienen, personalmente o en grupo, en la prestación de los servicios profesionales».

⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, *cit.*, p. 244.

⁵⁹ PAZ-ARES, «Comentario...», *cit.*, p. 1407; PANTALEÓN, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid, 1996, p. 40, afirma que la consideración de la responsabilidad profesional como una responsabilidad contractual, en el sentido más estricto de dicha expresión, es reconocida incluso para los auditores, pese a las dudas surgidas en torno al artículo 11 de la Ley que los regula.

va de una relación preexistente con el cliente y no de la infracción del genérico deber de convivencia del *naeminen laedere*.

2.3.3.2 CONTENIDO INDEMNIZATORIO

Pese a que la responsabilidad profesional del socio actuante frente al cliente es de naturaleza contractual, desde el punto de vista de su contenido no es responsabilidad por incumplimiento de contrato, ya que en su celebración él no ha participado, y sí la sociedad, que es la deudora de la prestación. Por eso, ante un incumplimiento de la prestación de servicios profesionales el cliente no puede exigir al profesional actuante el cumplimiento del contrato ni su resolución: una y otra acción únicamente puede ejercitarlas frente a la sociedad, que es la otra parte contratante. Y es que, la responsabilidad del socio profesional actuante frente al cliente es de carácter indemnizatorio. El cliente es titular de una acción meramente indemnizatoria, a fin de que el profesional le indemnice con su patrimonio personal los daños derivados de la actuación profesional.

Ahora bien, el carácter contractual de esta responsabilidad de contenido indemnizatorio permite que le sean aplicables las limitaciones de responsabilidad que la sociedad haya concertado con el cliente y las que en virtud de un puntual pacto entre las partes de la obligación de indemnización, cliente y profesional, éstos hayan acordado, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos que diseña nuestro Ordenamiento. Y también es posible su aseguramiento. Una garantía de que la responsabilidad profesional va a ser efectiva frente al cliente es su aseguramiento a través de un seguro de responsabilidad civil, que permite que el cliente se dirija a través de la acción directa contra la compañía aseguradora, si bien, ésta podrá, mediante la acción de regreso, repercutir al profesional que actuó dolosamente (o alguno de sus auxiliares) lo pagado al cliente (arts. 73 a 76 LCS). Seguro de responsabilidad civil profesional cuya obligatoriedad vienen estableciendo las Leyes de Colegios Profesionales de las CCAA, que imponen la necesidad de suscribir una póliza de seguro que cubra a la sociedad profesional y a los socios profesionales, suscrita por la sociedad o por el Colegio profesional, que puede ser reforzada por una suscripción individual por cada uno de los socios, debiendo tenerse en cuenta, además, que el artículo 636 del vigente CP tipifica *ex novo* como falta contra el orden público realizar actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil.

2.4 CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

2.4.1 Carácter principal o subsidiario de cada responsabilidad

Admitida la concurrencia de dos responsabilidades, de la sociedad (como parte contratante) y del socio actuante (como profesional que con independencia técnica desarrolla una actuación profesional que causa un daño), varias son las posibilidades para su coordinación:

1) La sociedad es el único responsable principal, siendo subsidiaria la responsabilidad del socio actuante. Este planteamiento ha sido defendido por quienes entienden que la responsabilidad profesional del socio actuante no es más que una manifestación de su responsabilidad como socio.

2) El socio actuante es el único responsable principal, siendo subsidiaria la responsabilidad de la sociedad. Esta postura ha sido defendida por quienes consideran que en el ejercicio de la profesión liberal el aspecto individual debe prevalecer sobre el colectivo⁶⁰, que algunos fundamentan en la necesidad de evitar la relajación de la conducta del profesional⁶¹.

3) Ambas responsabilidades son principales frente al cliente. Es la solución más coherente con el Derecho común, ya que se trata de dos responsabilidades con distinto fundamento, distintos sujetos responsables, y distinto título de imputación del daño, sin que por otro lado haya argumento jurídico para subordinar una a otra⁶². De hecho, es la solución más compartida en los Ordenamientos de nuestro entorno y la que acoge el artículo 11.2 LAC y

⁶⁰ CHERSI, «La società di professionisti», *Riv. Dir. Not.*, 1986, p. 1104, sostiene la subsidiariedad de la sociedad profesional respecto de la responsabilidad directa del socio profesional; GUYON, & COQUEREAU, *Le commissariat aux comptes, aspects juridiques et techniques*, París, 1971, p. 148, se mostraban partidarios de que las deudas resultantes de la actividad profesional fuesen pagadas por su autor y solamente a título subsidiario por la sociedad, a diferencia de las deudas sociales ordinarias, que incumbían principalmente a la sociedad y subsidiariamente a los socios; GUYON, «*Sociétés civiles...*», *cit.*, p. 10.

⁶¹ YZQUIERDO, «La responsabilidad de los profesionales liberales», *cit.*, pp. 463-508, 476, y *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 162, y pp. 476-478; FANJUL SEDEÑO, *La responsabilidad civil de los profesionales*, Madrid, 1960, p. 30.

⁶² DELGADO, *Las sociedades profesionales*, *cit.*, p. 202, concluye que en el caso de la sociedad profesional la responsabilidad civil ha de ser reforzada para «evitar que pueda producirse una exoneración de responsabilidad del empleador en caso de ilícito civil por actuar el profesional en el ámbito de su independencia intelectual. Y evitar que no se pueda descender hasta el profesional, por tratarse sólo de responsabilidad contractual. La solución sería, sin perjuicio de la sociedad y en plano de solidaridad en sentido propio, establecer un doble vínculo de responsabilidad contractual. Así, el profesional pasaría a ser responsable directo contractual».

del Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales, pese a que se refieren a responsabilidad «solidaria» de la sociedad y el profesional actuante⁶³.

2.4.2 Extensión de cada responsabilidad

Partiendo de que las dos responsabilidades, de la sociedad y del socio actuante, se sitúan en el mismo nivel jerárquico frente al cliente, se plantea la necesidad de determinar su extensión.

La regla general en nuestro Derecho cuando en una relación obligatoria concurre una pluralidad de sujetos en la posición activa y/o pasiva es la mancomunidad (art. 1137 CC). No obstante, la doctrina del TS ha sometido a revisión la presunción de mancomunidad, principalmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero también de la contractual, afirmando la solidaridad cuando las prestaciones de los deudores, pese a que puedan desarrollarse de forma independiente, están unidas a través de la identidad de fin, como ocurre cuando están destinadas a la satisfacción de igual interés del acreedor. Así, en el ámbito de la sociedad profesional ambas responsabilidades confluyen en el propósito de cobertura del mismo daño: tanto la sociedad como el socio actuante son deudores de la obligación de indemnizar los perjuicios causados por la actuación profesional, por lo que el supuesto se sitúa en la órbita de la solidaridad pasiva⁶⁴.

Este vínculo de solidaridad entre la sociedad y el socio actuante respecto de las deudas que tengan su origen en el desarrollo de la actividad profesional ha sido el acogido en el artículo 11.2 LAC⁶⁵ y del Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales, que expresamente dispone que «responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado», como también lo fue en el artículo 10.3 PALSP y 3.4 del Proyecto de Ley de reforma

⁶³ Por su parte, el artículo 10.2 de la PALSP decía que por tales deudas responderán «además los profesionales que hayan actuado».

⁶⁴ Y teniendo en cuenta que existen dos obligaciones calificadas de solidarias que tienen por objeto idéntica prestación (de indemnización), pero con distinta causa (la sociedad viene obligada como consecuencia del contrato de servicios, y el profesional en cuanto que autor de los daños causados), el supuesto se incluye en la denominada por la doctrina «obligación *in solidum*», GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, cit., p. 246; CAMPINS, *Las sociedades profesionales*, cit., p. 346, n. 610.

⁶⁵ Con base en este precepto, la SAP Barcelona de 31 de julio del 2000 condenó de forma solidaria a la sociedad auditora *Price Waterhouse Auditores, S.A.* y al auditor firmante de un trabajo de auditoría por mala *praxis* profesional, que, sin embargo, calificó como un supuesto de responsabilidad extracontractual.

de la LCP. Y es la solución más compartida por la Doctrina⁶⁶ y los Ordenamientos más cercanos⁶⁷.

Por el contrario, la Proposición de Ley de Regulación de Sociedades Civiles de Actividades Entre Profesionales⁶⁸, que creó *ex novo* un tipo de sociedad exclusivo y excluyente de los profesionales liberales con la intención de abarcar «todas las formas de colaboración profesional», pero que, según resultaba de su articulado, sólo regulaba a la sociedad profesional en sentido estricto, que calificaba de civil, pero cuyo régimen jurídico se asemejaba más al de la sociedad de responsabilidad limitada, no se refirió a la res-

⁶⁶ MEZQUITA, «Las sociedades profesionales...», *cit.*, p. 40; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, *cit.*, p. 138; DELGADO, *Sociedades profesionales...*, *cit.*, p. 202; GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, *cit.*, pp. 245-246; CAMPINS, *La sociedad profesional*, *cit.*, pp. 345-346; JIMÉNEZ HORWITZ, «La responsabilidad contractual...», *cit.*, p. 567; FERNÁNDEZ DEL POZO, *El nuevo Registro...*, *cit.*, pp. 151-152, si bien, los dos últimos autores fundamentan la solidaridad en el artículo 1903.4 CC, sin embargo, PAZ-ARES, «Comentario...», *cit.*, p. 1407, pone de relieve que no puede invocarse ese artículo, ya que estamos en el ámbito de la responsabilidad contractual.

⁶⁷ Así: 1) En Francia, y según dispone el artículo 16 de la Ley núm. 66-879, de 29 de noviembre de 1966, de sociedades civiles profesionales, y de la Ley núm. 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, de sociedades de ejercicio de profesiones liberales, cada socio responde personalmente con todo su patrimonio de los actos profesionales por él efectuados y la sociedad es solidariamente responsable con él de las consecuencias perjudiciales de estos actos, estableciéndose la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil; 2) En Alemania, la Ley de 31 de agosto de 1998, que regula la sociedad de responsabilidad limitada entre abogados, ha optado por la responsabilidad exclusiva de la sociedad aunque garantizada mediante un seguro obligatorio profesional, y sólo excepcionalmente, para el caso de que no estuviera vigente el seguro o no fuera suficiente la cobertura exigida, establece la responsabilidad concurrente de la sociedad, los socios y los gestores, si bien, éstos responderán sólo por la cuantía que no esté cubierta por el seguro. Los abogados también pueden acudir a la *partnerschaft*, regulada por Ley de 25 de julio de 1994, cuyo artículo 8 ha dispuesto una responsabilidad solidaria entre los socios y el patrimonio de la sociedad, de forma que la responsabilidad contractual—derivada de la relación socio y cliente—es a la vez una responsabilidad societaria. Si bien, su apartado segundo admite que la responsabilidad se concentre en algunos socios con dos matizaciones: la concentración (o limitación) sólo es posible respecto de los daños derivados del ejercicio defectuoso de la prestación profesional, y sólo en aquellos socios que la realizan o que tienen encomendada la dirección y el deber de vigilancia. Y el apartado tercero deja a las Leyes estatutarias la posibilidad de limitar la responsabilidad por prestaciones defectuosas a una cuantía máxima, pero siempre que se garantice la suscripción obligatoria de un seguro que cubra a los socios o a la sociedad, y 3) En Italia, el Decreto Legislativo núm. 96, de 2 de febrero de 2001, que ha creado un tipo especial de sociedad profesional, la denominada «sociedad entre abogados», distingue la responsabilidad derivada de la actividad profesional y la ajena a ésta. Respecto de las deudas profesionales responden principal y solidariamente la sociedad y el socio o socios que hayan intervenido en la actividad profesional con todo su patrimonio, salvo que no se haya comunicado por escrito al cliente el nombre del socio o socios designados para ejecutar su asunto antes de iniciar su cometido, en cuyo caso todos los socios responden solidariamente cualquiera que sea el socio actuante. Respecto del resto de deudas sociales responde la sociedad y todos los socios ilimitada y solidariamente entre sí (art. 26 D-Leg. 96/2001); socios que, conforme a la normativa general sobre sociedades (arts. 2304 y 2267 y 2268 CC italiano sobre la sociedad en nombre colectivo y la sociedad simple), pues nada dice el D-Leg, pueden exigir al acreedor que se dirija en primer lugar contra la sociedad.

⁶⁸ Presentada por el Parlamento de Cataluña al Congreso de los Diputados el 2 de junio de 1999 y posteriormente retirada (BOCG del Congreso de los Diputados de 24 de noviembre de 2000).

ponsabilidad personal del socio profesional por las consecuencias perjudiciales de su mala *praxis*. Y ello pese a que en su EM aludía a la exigencia de responsabilidad individual del profesional como uno de los motivos que impiden el acceso de los profesionales a estructuras societarias mercantiles. Tras esta afirmación diseñó un tipo de sociedad con responsabilidad limitada de sus socios, y en el que el patrimonio de la sociedad ni siquiera estaba garantizado, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades corporativas, lo que era tanto como liberar a los socios de toda responsabilidad por la actividad de la sociedad. Decía su artículo 12 que «1. Del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los gestores en nombre de la sociedad responderán exclusivamente los bienes de la sociedad. 2. Las obligaciones contraídas por un socio o socia no gestor deberán ser asumidas por el socio o socia deudor, y, en caso de incumplirse, responderán sólo los bienes del socio o socia deudor».

2.5 LA NO RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS SOCIOS PROFESIONALES NO ACTUANTES

A los socios profesionales no actuantes les alcanzará, en su caso, y como al resto de socios, la responsabilidad social si la sociedad profesional utiliza un tipo social personalista. Pero como profesionales no tendrán responsabilidad alguna en tanto que no hayan intervenido en el asunto profesional en cuestión: la responsabilidad profesional sólo es imputable al socio actuante. No obstante, algunas normas han extendido, no con carácter general, pero sí para algunos sectores profesionales, la responsabilidad profesional a los socios profesionales no actuantes.

Estas normas sectoriales parten, como todas las que regulan el tema de la responsabilidad en las sociedades profesionales, de distinguir dos tipos de deudas sociales: 1) Ordinarias, que derivan, no del ejercicio profesional, pero sí de todo lo que es necesario para su efectividad (así, las originadas por alquiler o compra del inmueble donde ejercer la profesión, adquisición de material, contratación de personal auxiliar, etc.), sometidas al régimen de responsabilidad del tipo social adoptado, y 2) Profesionales, que derivan del ejercicio de la profesión que constituya su objeto social, como es la de indemnizar los daños y perjuicios producidos por una mala *praxis* profesional, sometidas a un régimen de responsabilidad especial que alcanza, no sólo a los socios profesionales actuantes como se defiende desde la teoría general de la sociedad

profesional, sino a todos los socios profesionales sean o no actuantes, lo que carece de argumento jurídico alguno.

Esto es lo que ocurrió en la regulación originaria de las sociedades de auditoría, en las que, sin perjuicio de la responsabilidad principal y solidaria de la sociedad y del socio actuante, la LAC estableció la responsabilidad subsidiaria y solidaria del resto de socios profesionales respecto de la deuda de carácter profesional de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la actividad de auditoría. Decía el artículo 11.2 que: «Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán tanto el auditor como la sociedad en la forma establecida en el apartado 1. Los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas, responderán de los expresados daños y perjuicios de forma subsidiaria y con carácter solidario.»

Sin embargo, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, ha modificado la redacción de la primera parte del citado artículo 11.2, que ha quedado en los términos ya vistos, y suprimido la segunda.

3. REGULACIÓN PREVISTA EN EL EGAE Y EN EL CAC

Por lo general, los estatutos profesionales, quizás conscientes de su falta de competencia, no contienen una regulación autónoma del régimen de responsabilidad civil del profesional, ya desarrolle su actividad individualmente ya en sociedad, aunque sí una declaración general remitiéndose a lo dispuesto en el Código Civil, que ni siquiera es necesaria.

En el ámbito de la Abogacía, el hoy derogado Estatuto General de la Abogacía⁶⁹ se refirió a la responsabilidad civil del abogado en el ejercicio individual de su profesión en los artículos 102 ss mediante una declaración genérica sobre la responsabilidad contractual acorde con el Código Civil, al que remitía, pero sin contener mención alguna en relación con el ejercicio colectivo⁷⁰.

⁶⁹ Aprobado por RD 2090/1982, de 24 de julio.

⁷⁰ MARTÍNEZ VAL, *Abogacía y Abogados*, Barcelona, 1990, p. 71, indica que en todos los tiempos ha existido esa exigencia de responsabilidad en la actuación profesional de los abogados. Sin embargo, durante mucho tiempo esa exigencia se ha centrado en la observancia de las normas deontológicas, cuyo control quedaba encomendado y viene siendo rigurosamente efectuado por los Colegios de Abogados, que encuentran así uno más de los amplios campos de servicio a la Sociedad. Sin embargo, en nuestra área de actividad, como evolución natural de lo ocurrido en otras actividades, se ha ido produciendo un creciente movimiento hacia la exigencia de responsabilidad civil en los supuestos de mala práctica de la Abogacía.

El V Congreso de la Abogacía Española (Palma de Mallorca, 1989), tras admitir que las sociedades profesionales de abogados podían adoptar cualquier tipo social, declaró que su régimen legal de responsabilidad tenía que compaginarse «con la salvaguarda de la responsabilidad personal ilimitada y solidaria frente a los clientes de los abogados que las integren» (Conclusión III.6), recogiendo así una propuesta del anterior Congreso (León, 1970). La exigencia de responsabilidad civil personal, ilimitada y solidaria de todos los integrantes del despacho colectivo junto con la de éste era más rigurosa que la sostenida en los países de nuestro entorno, que a lo más establecían la responsabilidad principal y solidaria del despacho colectivo y del abogado que hubiese intervenido en el asunto en cuestión, y en el artículo 11.2 LAC en su redacción originaria, que limitaba el carácter principal a la responsabilidad de la sociedad de auditoría y del socio auditor actuante, siendo subsidiaria la del resto de socios auditores.

En la línea marcada por ese Congreso se redactó el Primer Anteproyecto del vigente EGAE, cuyo artículo 34.g) decía que «La responsabilidad civil frente al cliente derivada del ejercicio profesional se extenderá a todos los abogados que formen parte del despacho colectivo, con carácter personal, solidario e ilimitado, independientemente del régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada», y también el Segundo Anteproyecto, cuyo artículo 33.f) declaraba que «Sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo en cuanto persona jurídica y con independencia del régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada o a los pactos internos entre sus integrantes, la responsabilidad civil frente al cliente derivada del ejercicio profesional se extenderá con carácter personal, solidario e ilimitado a todos los Abogados que hayan intervenido en el asunto y a todos los demás integrantes del despacho colectivo». Por tanto, se distinguió entre deudas derivadas de la actuación profesional y las que tenían otro origen. De éstas (ordinarias) respondía el despacho colectivo en cuanto que sociedad con personalidad jurídica y sus socios (o no) conforme al régimen previsto en el Derecho de sociedades para el tipo social adoptado. Pero de las deudas de carácter profesional respondían todos sus miembros de forma personal, ilimitada y solidaria entre ellos y con el despacho colectivo. Por lo que, de nada servía haber elegido un tipo capitalista con la finalidad de limitar la responsabilidad de los socios no actuantes en relación con estas deudas, como tampoco merecía la pena determinar qué socio había actuado negligentemente. Esta extensión de responsabilidad obedecía, probablemen-

te, a entender que el mandato del cliente se dirigía a todos los miembros de la sociedad de abogados, y no sólo a ésta como sujeto de derecho distinto, es decir, matizando la personificación de la sociedad de abogados y optando por defender la tesis, ya vista, según la cual debe existir una absoluta preponderancia de lo individual sobre lo colectivo. En consecuencia, el cliente podía demandar al despacho y/o a cualquier abogado miembro aunque no fuese el actuante⁷¹.

Las NOAPA⁷² abandonaron ese régimen de responsabilidad tan excepcional y riguroso, y declararon que la responsabilidad principal y solidaria alcanzaba, no a todos los abogados del despacho, sino sólo a los que hubiesen intervenido en la ejecución del asunto, si bien, no se refirió a la responsabilidad del despacho colectivo en cuanto que persona jurídica, que hizo depender del régimen de responsabilidad del tipo social adoptado e incluso de las posibles limitaciones internas de responsabilidad. Decía la norma 2.^a, 7 que «Sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada o a los pactos internos entre sus integrantes, la responsabilidad civil frente al cliente derivada del ejercicio profesional se extenderá con carácter personal, solidario e ilimitado a todos los Abogados que hayan intervenido en el asunto.»

El vigente EGAE ha partido, como el anterior Estatuto, de una declaración general sobre la responsabilidad contractual del abogado en el ejercicio individual de su profesión, para cuya determinación y exigencia se remite a lo dispuesto en la legislación ordinaria, obviando, como aquél, la responsabilidad extracontractual. Así, prescribe el artículo 78.2 que «*Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia...*». Pero, a diferencia del anterior, el nuevo EGAE sí ha profundizado en el régimen de la responsabilidad profesional con motivo de regular el ejercicio indi-

⁷¹ GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, cit., p. 211, indica que esa rigurosa imposición de responsabilidad «ciertamente, induce a pensar en una absoluta desconfianza colegial hacia el ejercicio en grupo de la profesión y en una objetivación de la responsabilidad profesional»; en contra se manifestó también DE MÍQUEL, «*Despachos colectivos...*, cit., pp. 255-262; y ALBIEZ, JAIMEZ, & OLARTE, *Las formas societarias del despacho...*, cit., pp. 64 y 107, quienes señalaron que «de tener personalidad jurídica el despacho colectivo, el cliente tendrá que demandar, primeramente, al despacho colectivo y, en su caso, a cualquiera de los abogados, pero siempre con carácter subsidiario».

⁷² Normas de Ordenación de la Actividad Profesional de los Abogados, aprobadas por el Consejo General de la Abogacía Española el 18 de junio de 1999.

vidual de la Abogacía como titular de un despacho con colaboradores en su artículo 27 y el ejercicio colectivo en el artículo 28. El CAC no contiene esa declaración general de responsabilidad civil del abogado, pero también se refiere a la responsabilidad del abogado titular de un despacho individual con colaboradores en su artículo 60.3 y de las sociedades profesionales de abogados en el artículo 69.

En relación con el ejercicio colectivo de la Abogacía, que es el que ahora interesa, dice el artículo 28.7 EGAE que «*La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado*»⁷³. Por tanto:

1) Pese a que el artículo 28.7 no se refiere de forma expresa a la responsabilidad civil del despacho colectivo, que sigue haciendo depender del «*régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada*», dada su personificación jurídica y que con él contrata el cliente el asunto profesional, a él se ha de imputar la responsabilidad civil derivada de las actuaciones profesionales llevadas a cabo en su ejecución. El despacho colectivo responde como parte contratante incumplidora de la prestación debida con todo su patrimonio conforme al régimen general de responsabilidad civil profesional contractual o, en su caso, extracontractual.

2) Se mantiene distinto régimen de responsabilidad según el origen de las deudas sociales: a) Respecto de las ordinarias responde el despacho colectivo en cuanto que sociedad externa, y subsidiariamente responderán o no los socios según lo previsto en el Derecho de sociedades para el tipo social adoptado por el despa-

⁷³ A este apartado se refirió el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Proyecto de RD de aprobación del EGAE de 14 de enero de 1999, que, si bien parece admitir la concentración de responsabilidades profesionales, de la sociedad y del socio actuante, frente al cliente, puso en tela de juicio que el Estatuto sea el instrumento normativo adecuado para su articulación. Se prescinde, no obstante, del debate acerca de si el EGAE tiene o no competencia, si bien, se deja constancia de que la mayoría de la Doctrina estima que carece de ella, así, LECIÑENA, «*Competencia...*, cit., p. 870; ALBIEZ, «*La sociedad de abogados...*, cit., p. 8; por el contrario, DE ANGULO, «*Los despachos colectivos...*, cit., pp. 352-353, argumenta que «no puede olvidarse que el Estatuto es una norma aprobada por RD y que encuentra habilitación para ordenar el ejercicio profesional en la Ley de Colegios Profesionales (Ley 2/1974, de 13 de febrero, modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre) cuyo artículo 1.3 establece que «son fines esenciales de esas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones»; y cuyo artículo 5.1, citado como habilitante incluso para la tipificación de faltas disciplinarias en la STC 219/1989, de 21 de diciembre, les atribuye, entre otras funciones, la de «ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos particulares»; y también cabe defender que el artículo 11.2 LAC convalida, por analogía, la alegada ilegalidad del EGAE.

cho en cuestión. Pues, pese a la dicción del precepto, la responsabilidad del despacho se rige por las reglas de la responsabilidad civil y es en relación con los socios cuando la responsabilidad «*será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada*», y b) Respecto de las deudas derivadas del ejercicio profesional de la Abogacía responde, además del despacho (y en su caso los socios conforme a las normas reguladoras del tipo social adoptado, cuya responsabilidad es social, y no profesional), el socio abogado que haya realizado la actuación profesional causante del daño.

3) Se consagra expresamente la responsabilidad profesional, esto es, la responsabilidad personal e ilimitada del abogado que en el ejercicio en sociedad de su profesión como miembro de un despacho colectivo origina un daño derivado de su mala actuación profesional.

4) No queda claro cómo se coordinan ambas responsabilidades, la del despacho y la del socio-abogado actuante, pues no se establece cuál de ellas es prioritaria o si las dos son principales frente al cliente. El artículo 28.7 EGAE utiliza el término «*solidario*» cuando dice que «*Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado*». Ahora bien, de un lado, este precepto está atendiendo a un supuesto distinto, cual es que sean varios los abogados actuantes, y de otro, hay que tener en cuenta que cuando se establece o declara el carácter solidario lo que en realidad se persigue es excluir la aplicación de la mancomunidad, que es la regla general en nuestro Derecho cuando varios son los deudores (art. 1137 CC).

Se trata, por tanto, de un aspecto no regulado en el EGAE al que habría de aplicarse la regla general del Derecho de sociedades, que declara la subsidiariedad de la responsabilidad del socio respecto de la que corresponda a la sociedad externa, consecuencia de su personificación jurídica. Sin embargo, ya hemos visto que la responsabilidad del socio actuante por las consecuencias de su actuación profesional (responsabilidad profesional) es una responsabilidad distinta de la que le pueda corresponder como socio si el despacho utiliza un tipo social personalista (responsabilidad social). Por lo que hay que concluir que, como en el resto de sociedades profesionales, el artículo 28.7 EGAE establece dos responsabilidades profesionales y, por tanto, principales y solidarias entre sí frente al cliente, una del despacho colectivo y otra del abogado actuante. En consecuencia, el cliente se puede dirigir contra el despacho y/o contra cualquiera de los abogados actuantes.

5) Lo que sí está claro, porque así se dice expresamente, es que de ser varios los abogados actuantes van a responder solidariamente entre sí, excluyéndose, por tanto, la regla general de la mancomunada (art. 1138 CC). Es cierto que el EGAE no es una Ley, y que por tanto no tiene competencia para hacer tal pronunciamiento, pero también lo es que ha optado por la solución que defiende la Doctrina y la Jurisprudencia cuando varios abogados actuando en condiciones de igualdad causan un daño y resulta difícil individualizar en uno de ellos el acto dañoso (responsabilidad derivada de la actuación en equipo horizontal de profesionales).

6) Y también está claro que a los abogados no actuantes no se les exige responsabilidad profesional alguna (sin perjuicio de la que como socios pueda corresponderles).

El CAC, siguiendo la formulación del artículo 10 PALSP, dispone en su artículo 69 que «1. *La sociedad profesional de abogados responderá de las deudas sociales con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de acuerdo con la normativa de la forma societaria adaptada;* 2. *Además, el abogado que haya realizado una actuación profesional por cuenta de la sociedad responderá por las deudas derivadas de su actuación, resultado de aplicar las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o, en su caso, extracontractual*». Responsabilidad del socio actuante que hay que entender principal y solidaria con la de la sociedad profesional de abogados frente al cliente, pese a ser un aspecto sobre el que, como el EGAE, el CAC no se ha pronunciado.

Por último, y en cuanto a la obligatoriedad o no de un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de la Abogacía, la EM del vigente EGAE señala que «*Un avance muy particular para el cliente en su relación con el abogado lo constituye el hecho de que por primera vez sean los Colegios de Abogados los que puedan prestar servicios para el aseguramiento de la responsabilidad profesional en la que pueda incurrir el abogado*». En consecuencia, y a continuación, enumera entre las funciones de los Colegios de abogados [art. 4.1.i)] la de «*Organizar y promover actividades y servicios comunes de interés para los colegiados..., incluido el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil profesional cuando legalmente se establezca*», pero sin llegar a establecer la obligatoriedad de dicho seguro para los Colegios de abogados ni para los abogados, lo que deja a la ley⁷⁴ y en lo que insiste su artículo 78.2 cuando dice que «*los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a res-*

⁷⁴ Ley que hay que entender en sentido amplio, pues según el artículo 75 LCS «*Será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen...*».

ponsabilidad civil..., pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio» (si bien, en los términos en que lo hace resulta absurdo). Se separa, por tanto, de lo previsto en el Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea de la Abogacía⁷⁵, cuyo artículo 3.9 dice, en su primer apartado, que «El Abogado deberá tener en todo momento un seguro de responsabilidad profesional por una cuantía razonable, habida cuenta de la naturaleza y del alcance de los riesgos que asume en el desempeño de su actividad».

El artículo 21 del CDAE⁷⁶ obliga al abogado a tener cubierta su responsabilidad profesional aunque no necesariamente con un seguro de responsabilidad civil, que, no obstante, recomienda⁷⁷. Recomendación que también recoge el CAC en relación con los abogados⁷⁸, pero que obliga a los Colegios de abogados a contratar un seguro colectivo de responsabilidad profesional⁷⁹.

No obstante, hay que tener en cuenta que, como se ha adelantado, las Leyes sobre Colegios Profesionales de las CCAA están estableciendo la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad profesional, que, por tanto, también afecta a los abogados, ejerzan la Abogacía individual o colectivamente, y que incluso así se ha dispuesto por algunos Colegios de abogados. Por último, el artículo 13 del RD 936/2001⁸⁰ también parece presuponer la obligación para el abogado español de tener concertado un seguro de responsabilidad civil⁸¹.

⁷⁵ Aprobado en sesión plenaria en Estrasburgo el 28 de octubre de 1988 por el Consejo de Abogados de la Comunidad Europea.

⁷⁶ Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado en el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 27 de noviembre de 2002, y modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002.

⁷⁷ Artículo 21 CDAE, «El Abogado deberá tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riesgos que implique».

⁷⁸ Artículo 18.1 CAC, «Se recomienda que los abogados contraten un seguro de responsabilidad profesional que cubra de manera adecuada los riesgos que asuman en el ejercicio de la profesión».

⁷⁹ Artículo 18.2 CAC, «Los colegios habrán de contratar un seguro colectivo de responsabilidad profesional que cubra en una cantidad mínima los riesgos que asumen los abogados incorporados al respectivo colegio, sin perjuicio que estos puedan individualmente ampliar la cobertura de este seguro colectivo mediante la contratación de un seguro individual complementaria».

⁸⁰ Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea, transposición de la Directiva 1998/5/CEE, Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquél en el que haya obtenido la cualificación profesional.

⁸¹ Artículo 13 Real Decreto 936/2001, «El abogado inscrito bajo el título profesional de origen quedará sometido a las disposiciones que regulan el seguro de responsabilidad profesional de los abogados con título profesional español, salvo que justifique que está cubierto por un seguro o una garantía suscrito con arreglo a las normas del Estado miembro de origen, en la medida en que exista equivalencia en cuanto a la modalidad y a la cobertura. Si la equivalencia fuera sólo parcial, se estará en lo que falte a las disposiciones aplicables a los abogados con título profesional español».

Crónica del coloquio «Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos»

(ZARAGOZA, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, 9 Y 10 DE NOVIEMBRE DE 2006)

AURELIO BARRIO GALLARDO* y RICARDO OLIVA LEÓN**

Becarios de investigación del Área de Derecho Civil
Departamento de Derecho privado
Universidad de Zaragoza

I. Los pasados días 9 y 10 de noviembre de 2006 se dieron cita en el Salón de Actos de la Biblioteca «María Moliner» de la capital aragonesa casi un centenar de estudiosos del Derecho para asistir al coloquio «Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos» auspiciado por el Justicia de Aragón y organizado por el Grupo «Nulidad» dentro del marco ofrecido por el Proyecto de Investigación «La Validez de los Actos Jurídicos de Derecho Privado» (SEJ2005-05790), cuyo investigador principal es el Dr. Jesús Delgado Echeverría, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza.

El Coloquio contó con la participación de siete ponentes, casi todos ellos catedráticos de Derecho civil de Universidades españolas. De acuerdo a cómo fueron estructuradas las sesiones, tras la defensa de las ponencias, siguió la intervención de un miembro del Grupo de investigación convocante con la finalidad de dialogar brevemente con el ponente y abrir el debate, por tiempo limitado, con todos los asistentes.

El intercambio de pareceres sobre estos conceptos, las más de las veces polémicos, concitó el interés de los participantes, entre profesores, investigadores y doctorandos procedentes de toda la

* abarrio@unizar.es

** roliva@unizar.es

geografía nacional, que contendieron amigablemente tratando de desentrañar sus aplicaciones y consecuencias en los ámbitos más diversos de la experiencia práctica. De la afinada precisión y riqueza conceptual así como de la elevada factura técnica de las intervenciones dieron buena muestra tanto las disertaciones programadas como los debates que se suscitaron al hilo de las mismas con posterioridad; todo ello contribuyó, a nuestro modo de ver, a que el objetivo propuesto se cumpliera cabalmente.

Asimismo es de resaltar que se presentaron y aceptaron veintiséis comunicaciones elaboradas por profesores e investigadores de diferentes Universidades de España. Tanto el texto completo de las ponencias como el de las referidas comunicaciones se encuentran publicadas en la Revista electrónica «NUL. Estudios sobre Invalidez e Ineficacia» (ISSN 1699-3500) accesible a través de la web <http://www.codigo-civil.info/nulidad/>¹

II. «Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de los contratos». Ponencia de don Carlos Vattier Fuenzalida (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Burgos). Presentado por don Miguel Lacruz Mantecón. Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

El prof. Vattier puso de relieve que ambos proyectos siguen un criterio diferente a la hora de regular la «nulidad». Aunque «Pavía» (AP) es un proyecto de Derecho continental, un tanto barroco y casuístico que deja poca discrecionalidad al Juez, en este extremo ha sido bastante innovador; prueba de ello es que se abandona la «invalidez» como criterio rector y todo el sistema se ordena sistemáticamente teniendo como eje central la «ineficacia» (ineficacia por anulabilidad, por inexistencia, etc.). Los Principios Europeos (PE), de corte anglosajón, que hacen gala de un estilo sintético y contienen previsiones normativas mucho más flexibles, han permanecido fieles en este ámbito, por el contrario y aun cuando fuere implícitamente, a los esquemas tradicionales: así, en el capítulo IV se trata la validez del contrato mientras que en el XV, rubricado «ilegalidad», se concreta algo más, al par que se regulan los remedios típicos de la ineficacia. Destacó, en síntesis, el ponente cómo el AP, a diferencia de los PE, no distingue entre los conceptos de «ineficacia» e «invalidez».

¹ Las Ponencias del Coloquio acaban de publicarse en ed. Aranzadi: JESÚS DELGADO (coord.), «Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución», 2007, 246 pp.

En el AP, la categoría «inexistencia», cuando afecta a todo el contrato –del que se dice que no ha llegado nunca a existir (v. gr. el consentimiento no llega a formalizarse, media desistimiento, el contratante es una sociedad no inscrita, la oferta es equívoca o defectuosa y no puede llegar a ser aceptada, la actuación contractual incompleta p. ej. por falta de una autorización administrativa previa)– es tratada como un supuesto típico de «ineficacia» con un régimen propio. Todos los ejemplos apuntados son casos de «inexistencia» en el AP. Las consecuencias se suceden *inter partes*, pero los daños son también debidos, en ocasiones, a terceros. La acción tendente a su constatación es declarativa y asemeja ser imprescriptible, tal y como enseña la Dra. María Ángeles Parra, citada por el disertante [cfr. «Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía», (Coord. Gabriel García Cantero), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2005, pp. 723 a 726]. Dicho esto, el ponente se planteó qué sucedería con la restitución de las prestaciones ya efectuadas. La inexistencia es en el AP insubsanable, por regla general, salvo los casos de tachaduras o «*caviardage*» y en aquellos otros supuestos en que no proceda la incorporación de determinadas cláusulas por disposición legal.

Como colofón a su disertación sobre el Proyecto de Pavía, el conferenciante realizó dos observaciones dignas de mención: (i) los supuestos de inexistencia no son los clásicos a los que estamos acostumbrados: la falta de objeto, el error obstativo, etc. Estas contingencias son reguladas por el AP como casos de «anulabilidad» y no de «nulidad radical». (ii) la «inexistencia» en este Proyecto europeo se parece muchísimo a la «nulidad», a no ser por dos diferencias sustanciales: la nulidad es prescriptible y susceptible de subsanación, pero no sucede lo mismo con la inexistencia. Para el autor de la ponencia el régimen de la inexistencia en el AP no resulta demasiado atractivo porque esos mismos problemas podrían haber sido resueltos por la vía de la nulidad o a través del régimen de la oferta y aceptación. No habría necesidad de regular esta cuestión en el Proyecto de Pavía, pues no resuelve grandes cosas: de ahí que al ponente el régimen de la inexistencia en esta propuesta normativa le pareciese «menos interesante».

El Dr. Vattier se mostró más partidario, por el contrario, de las soluciones recogidas en los PE sobre este particular. Destacó la gran flexibilidad que se le confiere al Juez en ésta como en otras materias. Así, el artículo 15.102 sanciona, según el prof. MacQueen, la «nulidad» por dos causas fundamentales: ya sea como resultado de una infracción de los principios básicos consagrados en el Derecho de los Estados Miembros de la UE o en el Derecho

comunitario ya a causa de una infracción «especial», esto es, la contravención de una norma imperativa para cuya trasgresión esté expresamente previsto que se derive dicha consecuencia. A salvo de lo dispuesto por el artículo 15.102, el aplicador del Derecho puede modificar el contrato, conferirle eficacia parcial o decretar su ineficacia en función de una serie de circunstancias relevantes: la cualidad de los sujetos protegidos, la concurrencia de dolo, su presencia en una o ambas partes, la mayor o menor proximidad de lo ejecutado al cumplimiento exacto de la obligación, entre otros parámetros detallados en el artículo 15.102.3.

Llegados a este punto, planteó el conferenciante la siguiente cuestión: ¿es recomendable en estos casos de concurrencia de varias anomalías en el contrato la solución que propugna el «*favor negotii*», esto es, subsanar? Para Vattier, si ya ha surgido una controversia entre las partes, el contrato enmendado desembocará tarde o temprano en un incumplimiento, cuyas consecuencias podrían resultar perjudiciales para terceros (p. ej. se condena a la restitución *in natura* una vez acaecida la transmisión). Los dos proyectos europeos, a juicio del ponente, dictan una solución que, a esas alturas de la relación contractual, ha dejado de ser económicamente relevante para los interesados. Manifestó, finalmente, en una aportación francamente novedosa, que ninguno de los textos contempla el denominado «*severance*», típico en el «*Common Law*» y que Medicus observara también en los documentos notariales alemanes. Es una cláusula que bien pudiera castellanizarse como de «separabilidad»; se trata de una previsión contractual anticipatoria de la eventual invalidez de una cláusula por la que se determina qué consecuencias se derivarán de la ineficacia de ese concreto extremo del acuerdo, principalmente si el contrato seguirá o no adelante a pesar de su anulación. Supone, a juicio de Vattier, una verdadera innovación que, aunque conocida en otros Derechos europeos, paradójicamente, no ha sido recogida ni en el Proyecto «Lando» ni en aquél del que es artífice principal G. Gandolfi.

A la exposición siguió un intenso y prolongado debate auspiciado y moderado por el Dr. Miguel Lacruz que interpeló en primer término al ponente acerca de si mostraba una preferencia especial por alguno de los dos proyectos, a lo que éste contestó de modo jocoso que la solución ideal consistiría en una adecuada combinación entre ambos al igual que sucede con la preparación de un buen cóctel, prefiriendo no pronunciarse sobre la justa dosis de uno y otro. Seguidamente, los profs. Carrasco y Miquel trajeron a colación la disciplina de la imposibilidad originaria y sobrevenida en dichos textos así como la oportunidad de indemnizar el interés con-

tractual positivo o negativo, al par que el Dr. Clavería reflexionó, con posterioridad, acerca del tratamiento jurídico más adecuado de la simulación total y su posible inclusión dentro de la categoría general «inexistencia», apuntando hacia una posible laguna en el «AP», opinión con la que el conferenciante coincidió ampliamente, si bien discrepó de ella Carrasco quien sugirió la conveniencia de acudir a las reglas interpretativas de los contratos en busca de una solución al problema que habría de pasar por indagar y hacer patente la voluntad interna de las partes, siguiendo la máxima «*falsa demonstratio non nocet*». Intervinieron también los Drs. Delgado y Miquel manifestando que tal vez la «neolatría», en alusión al régimen de la inexistencia, no fuera buena cosa con cita de las soluciones propuestas por autores de comienzos del siglo pasado.

III. «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato». Ponencia de don Luis Humberto Clavería Gosálbez (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla). Presentado por don José Luis Argudo Périz. Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

Tras perfilar el cuadro de categorías dogmáticas admitido por la mayoría de la comunidad científica y defender su correspondencia con el Derecho vigente, el profesor Clavería aventuró la necesidad y conveniencia, sin embargo, de reconstruir la disciplina legal de la «ineficacia» en nuestro CC y, a tal menester, efectuó una serie de afirmaciones ante el auditorio con el propósito de provocar el debate ulterior. En primer término, la «inexistencia» –reiteró con apoyo en la conocida postura de los Drs. Delgado y Parra– no se trata de una figura jurídica independiente, no es una institución autónoma ni tan siquiera un tipo especial de invalidez; sobre ella –añadió– habría jurídicamente poco más que decir salvo que se da en caso de que no haya contrato cognoscible: oferta entre ausentes cuando la aceptación no llega a la esfera de acción de su destinatario (*cfr.* el nuevo art. 1262 CC), la disposición de un bien común hasta que el consorte se decide a prestar su consentimiento a la enajenación, etc. «En estos supuestos simplemente no existe el contrato, se acabó y punto», recalcó el ponente.

En segundo lugar, después de comentar que la nulidad acontece cuando el contrato padece alguna irregularidad o defecto, tal y como enseña la doctrina francesa –seguida de cerca por algún autor español–, el disertante propuso *de iure condendo* –a diferencia de

otros autores que creen viable esta posibilidad *de iure condito*, es decir, sin necesidad de reformar el CC (p. ej. Gordillo)– tratar ambas modalidades como casos propios de una misma invalidez pero variando la legitimación para accionar en función del interés jurídico protegido. Sugirió, en particular, que se extendiese la legitimación y quedase expedita su declaración de oficio por parte del Juez, *vgr.* en los casos de simulación relativa cuando el negocio oculto es contrario a la Ley. Si la causa es ilícita pero no delictiva, cabría entonces, a juicio del ponente, una legitimación más amplia, que alcanzase a terceros, para desvelar ese acuerdo interno habido entre las partes. Para Clavería el artículo 1276 encubre muchas veces al 1275 CC dado que la interpretación del negocio disimulado se hace a la luz del simulado pero el juicio acerca de su validez va más allá de una cuestión meramente interpretativa. Al prof. Carrasco parecían bastarle, sin embargo, los artículos 1305 y 1306 CC para reconstruir toda la doctrina general de la invalidez, pero el ponente manifestó encontrar poco afortunada la inclusión de tales preceptos en el sistema perfilado por el Código. La construcción doctrinal, a juicio del Dr. Clavería, debe partir así, fundamentalmente, de que el interés tutelado sea calificado como público o privado.

¿Por qué se protege al que contrata? La tuición encuentra, en suma, su razón de ser en dos grandes motivos: o bien la información suministrada ha sido deficiente o bien el consentimiento no se ha prestado libremente. El supuesto de anulabilidad por dolo, según los romanistas y De Castro –con los que coincidió el conferenciante– podría suprimirse siendo suficiente con recoger la intimidación y el error si bien este último habría de contener una regulación mucho más detallada en el CC: recoger sus clases (error-vicio, error obstativo...) y describir todos sus requisitos (esencialidad, excusabilidad...) así como, muy probablemente, distinguir si el error se ha padecido antes o después de la perfección del contrato (*v. gr.* el exceso de cabida), pues normalmente –subrayó Clavería–, de no ser catalogados estos casos como de error, serían supuestos de incumplimiento parcial. Deberían contemplarse además, entre otras, las contingencias de incapacidad declarada, deficiencia psíquica sin incapacitación, contratación por menores, el caso del emancipado que obra sin asistencia debida o la invalidez del artículo 1289 CC. Finalmente, los contratos formales para el ponente responden a un interés más privado que público y así lo plantean adecuadamente los artículos 3 y 4 de Ley 26/1991 para los celebrados fuera de establecimientos mercantiles.

Sobre la ineficacia stricto sensu, a la que el autor de la ponencia sugirió denominar «inefectividad», tendrían que recaer todos los casos restantes: revocación de donaciones, derecho de desistimiento, acciones pauliana y resolutoria derivada de un incumplimiento contractual. Por lo que a la resolución *ex* artículo 1124 CC concierne, habría de ser regulada con detenimiento, incorporando toda la jurisprudencia que ha ido moldeando dicho concepto: trascendencia, momento para hacerla valer, etc. tanto si es responsabilidad con culpa como sin ella (p. ej. exclusión por pacto). Si concurre culpa, debería satisfacerse al mismo tiempo una compensación *ex* artículos 1106 y 1107 CC e indemnizarse el interés contractual positivo. Si, por el contrario, no ha mediado culpa, habría resolución pero sin derecho a ser indemnizado. Aquí entraría en juego también la teoría de los «riesgos de la compraventa»: si ocurre la destrucción de la cosa sin mediar culpa, en el Derecho romano se debía pagar el precio; en el Derecho vigente, no. Se habrían de unificar, por ende, estos criterios y acometer el ensamblaje de los artículos 1589 CC y 331 Ccom, como ha sugerido la Dra. Castilla.

Por último, sobre las acciones revocatoria y pauliana señaló el ponente que deberían gozar de una autonomía propia en el sistema llegando incluso a ser más conveniente su articulación como casos de «inoponibilidad», extrayéndose de esta forma de la teoría de la «ineficacia». Se cuestionó el prof. Clavería si en caso de mantenerse en ella habrían de ser tenidos por muestras de una ineficacia parcial y se respondió de forma negativa indicando que para dichos supuestos ya estaba recogida la rescisión. Finalmente, se apuntó la eliminación del *consilium fraudis* como requisito de la acción, al par que se señalaba cómo tal revocación no tendría cabida en los contratos a título oneroso en los que el equilibrio patrimonial se presume o es automático mientras que si, efectivamente, hay desequilibrios entre las prestaciones, lo procedente sería resarcir el daño en la diferencia.

Terminada la intervención, el Dr. José Luis Argudo, destacó la honestidad intelectual con que el conferenciante había abordado el tema, tendiendo puentes a la conciliación: ¿qué sucede con las categorías de «inexistencia» y «nulidad», con ese Guadiana que nos acompaña desde Manresa y Navarro? Abierto el debate, el prof. Jordi Ferrer tomó la palabra desde el público y, con cita de don Luis Díez-Picazo, formuló un breve estado de la cuestión, desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, reflexionando acerca de la oportunidad de disociar los términos «ineficacia» e «invalidez», a la vez que sugirió un trasvase conceptual del Derecho público hacia el privado dado que el primero distingue nítida-

mente entre «invalidez» e «inaplicabilidad», especialmente en presencia de normas presumiblemente inconstitucionales. En su réplica, el Dr. Clavería, tras exponer la evolución de su parecer desde Carresi hasta Delgado, ilustró con un ejemplo la pertenencia de la citada disociación: en la tesitura de un contrato celebrado por un menor no emancipado, el Registrador suspenderá la inscripción sin que hubiese mediado resolución judicial alguna y aun prescindiendo de una posterior confirmación del negocio jurídico (arts. 18 y 65 Lh.). Corroboró así su tesis de que el acto anulable despliega escasos efectos y manifestó que cabe «ineficacia» con «validez», también en el Derecho privado.

IV. «¿Sanción de invalidez»? Los conceptos de invalidez y de sanción». Ponencia de don Jesús Delgado Echeverría (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Zaragoza). Presentado por don Juan José Gil Cremades. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.

A través de su exposición el prof. Delgado defendió la tesis de que la nulidad (y más concretamente la invalidez) no puede ser considerada una sanción.

El catedrático de la Universidad de Zaragoza dedicó los primeros minutos de su exposición a explicar el concepto de «sanción» para lo cual se internó en la Filosofía del Derecho (fundamentalmente, se refirió a específicamente, las formulaciones de Hart, Kelsen, Bentham, Austin y Bobbio) y exploró la civilística española (los planteamientos de De Castro, Castán, Díez-Picazo y Gullón). En opinión del conferencista, el concepto de «sanción» es asociado, de modo predominante, tanto por los filósofos del Derecho como por los juristas, con la pena o castigo (sanción punitiva) identificándosele como un efecto jurídico de la violación de un deber.

Respecto a la afirmación de que «la nulidad es una sanción», el conferencista comentó que la civilística española utiliza en tres sentidos diferentes esta expresión: (i) Según el primer sentido, la nulidad sería una consecuencia (una valoración negativa de los actos) de las normas jurídicas que establecen requisitos de los actos jurídicos; (ii) en un segundo sentido, la nulidad sería una sanción represiva, un medio de reacción del Derecho frente al acto o la situación antijurídica o ilícita; y (iii) en un tercer sentido, toda ineficacia (y por tanto, toda nulidad) sería una sanción derivada de la infracción de preceptos, entendiendo aquí el término «infracción»

de modo amplio por lo que comprendería toda desarmonía, desajuste o falta de ajuste entre el caso individual y el caso genérico (hipótesis normativa) y no tan sólo la antijuridicidad o la ilicitud.

Tomando como base la clasificación de sanciones formulada por el penalista italiano Tullio Padovani en 1985, y admitiendo como válida la distinción entre normas de mandato y normas de competencia, Delgado mencionó que el acto inválido lo es por no observar los requerimientos de las normas de competencia productiva o de competencia para producir efectos (respecto al sujeto, al procedimiento, a la materia o al contenido), mas no por infringir una norma de mandato (obligación o prohibición).

Para el prof. Delgado el artículo 6.3 del CC es la disposición legal que constituye el centro de todos los problemas y malentendidos sobre las relaciones entre nulidad y sanción puesto que ha llevado a algunos civilistas a proclamar, a partir de lo establecido por dicho artículo, la incorrecta afirmación de que «la nulidad es la sanción de tipo general en materia civil». Para el disertante, dicha afirmación es falsa desde un punto de vista lógico porque conduce al intérprete, inevitablemente, a incurrir en la *falacia de la afirmación del consecuente*: del artículo 6.3 del CC es deducible tan sólo que *si un acto es contrario a norma imperativa o prohibitiva luego será nulo*, más no se deriva que *porque un acto sea nulo luego deba ser contrario a norma imperativa o prohibitiva*. La conclusión general extraíble de la norma para delgado es que el concepto y los regímenes de la nulidad de los actos no presuponen la antijuridicidad de los mismos, puesto que el artículo referido establece un tipo o clase de nulidad que corresponde a los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas: «ni sólo los actos antijurídicos son nulos, ni todos los actos antijurídicos son nulos», resaltó el ponente.

El conferenciante mostró que existen supuestos reales de invalidez que no tienen como premisa la infracción de un deber (y que, por tanto, no deben calificarse como sanción) por lo que la afirmación «*la invalidez es una sanción*» no resulta verdadera. Así, puso varios ejemplos de invalidez sin ilicitud: los actos realizados por incapaces, los actos viciados por error, los esponsales (promesa de contraer matrimonio), los supuestos de los artículos 630 (el requisito de la aceptación del donatario para que la donación se perfeccione y sea válida) y 1629 (la necesidad de fijar el valor de la finca y la pensión anual para la constitución del censo enfiteútico) del CC.

En la línea de la idea de que la invalidez no es en sentido propio sanción, Delgado resaltó que la nulidad no sólo no es sanción sino

que además es la negación de la sanción estatal al acto nulo: «no es ni entraña coacción por parte el ordenamiento estatal», sostuvo Delgado.

Llegados a este punto, el prof. Delgado se refirió a una cuestión de particular relevancia: la graduación de las formas de invalidez y su paralelismo con la graduación de las penas. Al respecto indicó que mientras sí es posible establecer una graduación de las penas (graduación de la pena de multa en función de su cuantía, y de la privación de libertad en función a su duración) no es posible graduar las formas de invalidez puesto que éstas ni forman un conjunto o escala, ni son mensurables en cifra alguna. Delgado, señaló al respecto que las modalidades de la invalidez son, en el fondo, tan sólo modalidades de las acciones para su declaración.

Finalmente, Delgado se refirió al efecto simbólico de las normas de nulidad. Indicó que ellas no siempre pretenden disuadir la realización de actos, o de realizarlos de otro modo que el preestablecido en las normas que regulan el ejercicio del poder. Puso como ejemplo el caso de la invalidez por error: «“No caigas en el error porque entonces tu contrato será inválido”, sería la pintoresca regla técnica, sólo atendible por quien supiera lo que no sabe», sentenció el expositor.

La ponencia del catedrático de la Universidad de Zaragoza generó un debate que inició el prof. Carrasco y continuó el prof. Clavería en torno a las normas del Código civil que contemplan supuestos de nulidad sin prohibición, especialmente el caso de los esponsales y del artículo 1115 del CC que recoge la condición meramente potestativa del deudor. En opinión de Delgado, este artículo constituye un buen ejemplo de que es posible llegar a la nulidad sin infringir, necesariamente, una norma de mandato. El prof. Rams, por su parte, reconoció que apelar a la vinculación y distinción entre normas de competencia y normas de mandato además de resultar interesante constituye una «provocativa» manera de explicar el fenómeno de la nulidad a partir del concepto de sanción.

V. «Invalidez de los contratos con objeto ilícito (tráfico prohibido)». Ponencia de don Joaquín Rams Albesa (Catedrático de Derecho civil. Universidad Complutense de Madrid). Presentado por doña María Martínez Martínez. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

El carácter poco práctico e ilustrativo de la reflexión sobre el objeto del contrato así como el tratamiento insuficiente que le ha

dedicado la doctrina civilista, fueron las dos constataciones iniciales que efectuó en su exposición el prof. Joaquín Rams.

Según el disertante, en materia de objeto del contrato existe una polémica científica abierta que es la referida a la corrección y precisión lógica-formal de los términos con que se construyeron las normas sobre el objeto del contrato en nuestro Código civil. Esta discusión, para el Catedrático de la Universidad madrileña, se centra en dos posturas claramente diferenciadas: (i) en si el objeto se debe presentar como requisito esencial para la existencia y validez del contrato (visión práctica), o si, por el contrario, (ii) el tratamiento del artículo 1261.2.º del CC debe ser examinado en forma conjunta con los artículos de desarrollo (1271 a 1273 del CC) (visión teórica).

El principal problema atribuible a la regulación sobre el objeto del contrato efectuada por el CC, según indicó el ponente, es la falta de conexión de un engarce lógico-discursivo y de una coherencia orgánico-funcional interna entre los artículos 1271 ss. con el artículo 1261.2.º La razón de esta disonancia la encuentra Rams en los distintos origen y finalidad de los preceptos normativos: por un lado, los artículos 1271 a 1273 son fruto de un discurso que no distingue, a efectos prácticos, entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación contractual, en tanto que por otro lado, el artículo 1261 obedece al intento de construcción de un concepto de contrato desligado de los efectos concretos que puede y debe producir. La principal consecuencia de esta falta de engarce para el expositor es la «dificultad» de una construcción dogmática sobre el objeto del contrato nacida a partir de los textos legales y que sirva de aplicación general.

Por lo que respecta al artículo 1271 del CC, Rams denunció que esta norma crea en materia de objeto, un muro divisorio entre *cosas* (donde la medida de la licitud se sitúa en la comercialidad del bien) y *servicios* (donde el objeto del contrato coincide con la prestación misma) muy difícil de superar, cuya consecuencia principal es la «endeblez argumental» del requisito cuando éste se formula con carácter general y abstracto.

En relación con la *licitud en las cosas*, el ponente señaló que el tratamiento de la licitud centrado en la «comercialidad» conduce a un examen casuístico: será siempre conveniente examinar el tipo de contrato que se trate, los sujetos intervinientes y el destino o la finalidad que se atribuye o da a las cosas objeto de contrato puesto que muchas de ellas, clasificadas tradicionalmente como *res extra-commercias*, podrán ser, en específicas circunstancias, objeto de transferencia de titularidad o dar lugar al nacimiento de determina-

dos derechos reales de goce o garantía. Rams puso como ejemplos los bienes considerados «de tráfico restringido» explicando que en determinadas situaciones ellos podrán ser desafectados (así, los bienes de dominio público declarado, por un acto administrativo formal de contrario imperio o vía la desafectación tácita por acto de los particulares), explotados (así, los bienes de dominio público natural o cosas comunes cuando la explotación lo sea en dimensiones cuantificadas) y ser susceptibles de propiedad privada transmisible (así, las cosas sagradas y las destinadas a culto, cuando se trate de una enajenación para la denominada «redención de cautivos» y en otros casos más admitidos, también, en el Derecho canónico moderno). En cuanto a las armas, los explosivos, estupefacientes y venenos, el ponente señaló que ellos pueden ser y son objetos lícitos de contratos afirmando que la ilicitud del contrato, cuando el objeto es obtener la posesión de tales cosas, proviene en estos casos —en la línea de sostenido por Díez-Picazo— de una ilicitud causal (contrato con causa ilícita) o de un contrato que excede los límites de la autonomía privada por contravenir una prohibición expresa de la ley (contrato prohibido).

La necesidad de realizar un examen, caso por caso, y la consideración de la «extracomercialidad» como un concepto de referencia de carácter no absoluto fueron las razones dadas por el conferenciante para sostener que la idea de «extracomercialidad» es escasamente útil a la hora del control objetivo de la validez del contrato sobre el que se suscite controversia judicial.

Respecto a los *servicios no contrarios a la ley o las buenas costumbres*, Rams mencionó que el artículo 1271 *in fine*, al reproducir los límites generales de la autonomía privada autónomamente considerada, origina que los contratos que comporten una conducta distinta de un *dare* o envuelvan una abstención no tengan una limitación objetiva autónoma propiamente dicha, sino que pese sobre ellos el límite general establecido en el artículo 1255 del CC.

La ponencia del prof. Rams desató una interesante polémica entre los asistentes al Coloquio que inició el Dr. Miquel y continuaron los profesores Clavería, Alfredo Sánchez-Rubio y Carrasco respecto al carácter ilícito del objeto del contrato de depósito en cuenta corriente cuyos fondos son dinero «negro» (depósito procedente de unas comisiones ilegales por recalificaciones urbanísticas, o de las plusvalías derivadas de la venta irregular de viviendas de protección oficial, o del tráfico de drogas, o de cualquier otra actividad ilícita). Al hilo de las opiniones vertidas en el foro sobre esta cuestión y en un intento de establecer grupos de casos el expositor distinguió tres supuestos claramente diferenciados: (i) Dinero no

declarado procedente de una actividad «blanca» (o lícita): Por ejemplo, «me pagan 100, según justificante, y recibo 150». El contrato –resaltó el disertante– aquí es válido sin perjuicio de que la retribución paralela pueda tener carácter remuneratorio y de las posibles consecuencias fiscales que ello acarree; (ii) Dinero procedente de una actividad delictiva sancionada como tal en el sistema penal. El objeto del contrato en este caso es ilícito; (iii) Aquellos negocios que buscan rentabilizar el dinero proveniente de un delito con la finalidad de que dicho *modus operandi* siga funcionando bien. Aquí estaríamos frente a contratos nulos, sancionados por el sistema financiero. El ponente, identificó como denominador común del caso (ii) y (iii) la finalidad ilícita del negocio jurídico.

Finalmente, el cambio de tercio vino cuando concluida la polémica sobre el dinero negro se discutió luego sobre ilicitud del objeto del contrato a través del cual una imprenta se compromete a «elaborar» dinero falso (con pretensión de circular como tal) a cambio de dinero «bueno» (moneda de curso legal). El prof. Rams sostuvo respecto a esta cuestión que el contrato en este caso es nulo por el objeto y por la causa, añadiendo, por otra parte, que el dinero cuando sale de la circulación deja de ser dinero por lo que la compra de monedas antiguas, piezas para museo y colección, o similares, supone un contrato de compraventa válido a diferencia de lo que sucede en el caso anterior.

VI. «Invalidez e ineficacia en los contratos con los consumidores». Ponencia de don Ángel Carrasco Perera (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Castilla – La Mancha). Presentado por don Isaac Tena Piazuelo. Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

El prof. Carrasco centró su exposición en torno al análisis de la aplicación del control de contenido de las cláusulas contractuales abusivas incorporadas en los contratos celebrados entre profesionales (predisponentes) y consumidores, de acuerdo a lo establecido por el artículo 10 bis 2 y la Disposición adicional primera (Disposición adicional 1.^a) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).

Dicho análisis condujo al expositor a referirse, a partir del examen de un repertorio de condiciones generales de contratación problemáticas (cláusulas de arbitrio, cláusulas indeterminadas, cláusulas de continuo cuantitativo y cláusulas desproporcionadas), a dos cuestiones fundamentales: (i) el llamado «test de pondera-

ción circunstanciada» al que estarían sometidas tales cláusulas listadas como abusivas en la Disposición adicional 1.^a de la LGDCU; y (ii) el «proceso de anulación + integración + moderación» contenido en el artículo 10 bis 2 de la LGDCU.

Respecto al denominado «test de ponderación circunstanciada» el conferenciante señaló que la mayoría de las cláusulas contenidas en la Disposición adicional 1.^a de la LGDCU serán consideradas nulas tras un proceso de ponderación de conceptos jurídicos indeterminados y valorativos («excesivamente largo», «motivo válido», «desproporcionadamente breve», «razones objetivas», «forma inadecuada», «garantías desproporcionadas») el mismo que según Carrasco podrá realizarse a partir del concepto genérico de «buena fe» o desde el paradigma «desequilibrio importante de derechos y obligaciones» en perjuicio del consumidor, ambas opciones recogidas por el propio artículo 10 bis de la LGDCU.

En cuanto al «proceso de anulación + integración + moderación» contenido en el mencionado artículo 10 bis 2 de la LGDCU, el expositor resaltó, en primer término, que dicho juicio es competencia exclusiva del Juez civil y no de la Administración (y por ende, tampoco competencia de los Registradores de la Propiedad) ni de la Jurisdicción contencioso administrativa, ninguna de las cuales tienen como cometido asegurar o promover la *justicia contractual*, sino determinar en exclusiva la aplicación abstracta de la normas. Seguidamente, el prof. Carrasco examinó la operativa del «proceso de anulación (nulidad parcial o total de la cláusula abusiva y subsistencia del resto del contrato) + integración + moderación» del artículo 10 bis 2 de la LGDCU respecto al concreto caso de las cláusulas de arbitrio, cláusulas indeterminadas, cláusulas de continuo cuantitativo y cláusulas desproporcionadas y propuso reglas de actuación judicial frente a las mismas.

El expositor sostuvo, en cuanto a las denominadas «cláusulas de arbitrio» del predisponente (aquellas mediante las cuales el entero contrato está sujeto a una condición potestativa del deudor predisponente en los términos en los que el artículo 1115 del CC hace nula la «obligación condicionada» como las que aparecen listadas, en las reglas 4.^a (principalmente), 5.^a y 8.^a (parcialmente) de la Disposición adicional 1.^a de la LGDCU, que respecto de ellas debe procederse normalmente en aplicación del artículo 10 bis 2 de la LGDCU a eliminar las cláusulas de nivel lógico superior, sin que ello afecte a las cláusulas contractuales subordinadas (y por tanto de un nivel lógico inferior a la cláusula de arbitrio), siempre y cuando dicha eliminación no produzca un resultado «inequitativo» en la posición de las partes que no pueda ser subsanado.

Respecto a las llamadas «cláusulas indeterminadas» (citó como ejemplo, aquellas que establecen plazos «insuficientemente determinados») el conferenciante indicó que hay que distinguir dos situaciones: (i) si la eliminación de la cláusula sin más permite que el contrato cumpla su función (ii) si dicha eliminación no lo permite. En el primer caso, para Carrasco se podría eliminar la cláusula, en tanto que en el segundo, el Juez no seguirá necesariamente un proceso de eliminación de la cláusula indeterminada y posterior moderación de la situación resultante, sino que, directamente, determinando el contrato, debe realizar una heterointegración que no tiene que venir lógicamente precedida de una anulación parcial. En este último caso, el artículo 10 bis 2 de la LGDCU no se aplicaría para Carrasco, pues lo que se precisa del juzgador aquí no es eliminar cláusulas e integrar contratos, sino determinar heterónomamente un contrato ajeno.

El Catedrático sostuvo que tampoco se procederá conforme al sistema establecido en el artículo 10 bis 2 de la LGDCU en las llamadas cláusulas de «continuo cuantitativo» cuando la cláusula en cuestión «restrinja demasiado» los derechos del adherente (puso el ejemplo de los «plazos desproporcionadamente breves» de la regla 1.^a de la Disposición adicional 1.^a de la LGDCU en cuyo caso lo que deberá hacer el Juez es simplemente «alargar» el plazo). A continuación, el conferenciante explicó que existen casos dudosos sobre el modo de proceder respecto de si se aplica o no el artículo 10 bis 2 como sucede en la regla 7.^a *in fine* de la Disposición adicional 1.^a de la LGDCU referida a la cláusula que habilita al predisponente para variar el precio, puesto que en este caso, el Juez dispone de tres opciones alternativas: (i) «eliminar» la cláusula de modificación de precio; (ii) hacer pagar al consumidor un precio «inferior» al resultante de la variación; o (iii) permitirle salirse del contrato. Dijo el conferenciante que sólo la primera de las opciones exige en realidad un proceso jurídico de eliminación por vía de nulidad. Las demás son maneras de integrar el contrato por vía independiente. Luego de esto, Carrasco planteó la regla de que siempre que sea posible la «bilateralización» por vía de integración directa (art. 1258 del CC) ello es mejor antes que la eliminación de la cláusula.

Y en cuanto a las cláusulas «desproporcionadas», el ponente se refirió a la regla 18.^a de la Disposición adicional 1.^a de la LGDCU (cláusula de garantía excesivamente gravosa) mencionando que en este caso la reducción cuantitativa de la cláusula, al amparo de lo dispuesto por el artículo 10 bis 2 de la LGDCU, produce efectos perversos. Para Carrasco es preferible la nulidad total de la cláusula, con subsistencia del resto del contrato, antes que la subsistencia

del contrato con nulidad parcial de la cláusula por vía de reducción, porque en la legislación relativa a cláusulas abusivas no sólo está en juego la justicia contractual, sino también el cumplimiento de una función de prevención general contra la diseminación de contratos con cláusulas abusivas, lo que conduce a huir de la interpretación-integradora del contrato parcialmente nulo.

La ponencia del prof. Carrasco generó una interesante polémica, en la que intervinieron los profesores Miquel, Pasquau y Delgado en torno a la posibilidad de un control de contenido aplicado al «precio» (considerando su carácter de elemento esencial) del contrato y más concretamente, el control de la cláusula de «redondeo» por fracción temporal en el precio de los aparcamientos públicos. Carrasco distinguió entre «determinación del precio» (no controlable) y «cláusulas de cuantificación del precio» (controlable) explicando que la cláusula de redondeo, de hora o fracción, etc., es accesoria o no esencial; lo esencial y exento de control, en la modalidad contractual considerada –dijo– es la ecuación precio-tiempo real o efectivo de estacionamiento más no el incremento ficticio de ese tiempo en un lapso temporal hasta alcanzar la unidad de medida de tiempo considerada para fijar el precio. Agregó el Catedrático que la cláusula «o fracción» es accesoria porque el precio puede ser estipulado perfectamente sin su aplicación.

Al hilo de lo anterior Carrasco sostuvo que el control judicial de la justicia o razonabilidad de los precios y las prestaciones con carácter general, y con base a una cláusula general como es la «contrariedad a la buena fe» y para toda clase de contratos referidos a toda clase de productos o servicios, es inconstitucional por atentar contra los artículos 10.1 y 38 de la Constitución española, pues la determinación del contrato ya no quedaría en manos de las partes, sino en manos del juez, dejando vacía de contenido la libertad contractual. No obstante ello, Carrasco aclaró –ante una observación formulada por el prof. Tena– que en materia de contratación con consumidores («donde existen cláusulas no negociadas individualmente») el horizonte es el de la justicia contractual antes que el de la libertad contractual.

VII. «La nulidad de las condiciones generales de la contratación». Ponencia de don José María Miquel González (Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid). Presentado por doña Sofía De Salas Murillo. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

El ponente inició la exposición poniendo de relieve la dualidad de ámbitos en que se desenvuelve la nulidad en las condiciones

generales de la contratación (CGC) a tenor del artículo 8 LCGC; en función de que el adherente sea o no tenido por consumidor, existe un régimen para la contratación entre empresarios (art. 8.1) y otro diverso, de mayor tuición, en el caso de que aquél pueda ser consumidor o usuario (art. 8.2). El prof. Miquel examinó la introducción de varias enmiendas de ampliación del ámbito subjetivo de la norma, que pretendían abarcar los negocios jurídicos entre profesionales y, sin embargo, fueron rechazadas. El campo de operatividad de la norma quedó reducido así a los negocios celebrados entre empresarios y consumidores y usuarios, pues se rehusó extender tal disciplina legal a los contratos celebrados únicamente entre empresarios, opción de política legislativa que, a juicio del ponente, resulta bastante criticable. Existen, por tanto, dos regímenes diversos, el del artículo 8.2 LCGC si una parte contractual cumple con lo establecido en el artículo 1 LGPCU, y otro, el genérico artículo 6.3 CC para aquellos otros que, aun conteniendo condiciones generales entre su clausulado, se celebren exclusivamente entre profesionales o empresarios. Luego una misma cláusula podría ser válida o inválida en función de los sujetos contratantes.

Hizo notar, a su vez, cómo, al margen de la última salvedad aludida *in fine* –recogiendo una sugerencia del Consejo de Estado–, el artículo 8.1 LCGC se distancia del artículo 6.3 CC en el hecho de que debe haberse producido un perjuicio para el adherente. En ambos casos, no obstante, nos hallamos en presencia de reglas con una orientación similar: tanto el artículo 8.1 LCGC como el artículo 6.3 CC se relacionan sólo con normas imperativas o prohibitivas. En este contexto, De Castro, siguiendo a la doctrina alemana, estableció un parámetro objetivo e imparcial para apreciar una eventual invalidez de la condición general: el desajuste con la pauta que el Derecho dispositivo puede ofrecer en cuanto al mantenimiento de un sano equilibrio patrimonial entre ambas partes contractuales. Cabría decir, según el conferenciante, que pese a la aparente superfluidad del artículo 8.1. LCGC, su remisión al artículo 6.3. CC cubre, a la postre, una laguna y, no siendo posible establecer una extensión analógica entre empresarios y consumidores en esta materia, resta concluir que la aplicación del régimen ordinario tiene por misión excluir el control específico del contenido en las CG entre empresarios.

Perfilados ya los resultados del proceso legiferente de la norma y abordada la naturaleza jurídica del control de las CGC, el disertante planteó los problemas relativos a la inscribibilidad o no en el Registro de la Propiedad de los contratos que contuvieran cláusulas nulas por vulneración de lo preceptuado en el artículo 10 bis.1

LGDCU o reputarse incluidas entre las condiciones abusivas descritas en la «lista negra» de la Disposición adicional 1.^a del mismo texto legal. ¿Abarca la función calificadora de los Registradores el poder apreciar la validez o invalidez de las CGC y, en consonancia, le es dable acceder o denegar la toma de razón registral de un contrato que contenga cláusulas a su juicio abusivas? Mientras la Exposición de Motivos da entender que los Registradores de la Propiedad no pueden entrar a enjuiciar la validez o nulidad de títulos con CGC, el cuerpo normativo, por su parte, el artículo 10.2 remite al control de Notarios y Registradores cuando la CG haya sido declarada nula por sentencia judicial firme inscrita en el Registro de CGC. Ante esta tesitura, se cuestiona el conferenciante si cabe hacer una interpretación *a contrario* del artículo 258.2 Lh, es decir, si el acceso al Registro sólo se halla vedado a aquellas cláusulas declaradas nulas en virtud de una resolución judicial inscrita, o, por el contrario, puede extenderse a las restantes.

Considera, pues, el prof. Miquel González, en contra de la reciente RDGRN de 19 de abril de 2006, que se trata de un problema de exclusión del Registro de contenidos inexactos: sólo deben tener acceso a él los títulos válidos, incluso para los impugnables (p. ej. aquel por el que se ha dispuesto de un bien ganancial por uno solo de los cónyuges) habría de operar el cierre registral, pues a tenor del artículo 33 Lh. la inscripción tabular no convalida los actos que fueran meramente anulables y, por ende, debe procurarse la protección no sólo de los consumidores sino también de los terceros que adquieren confiando en la información que les suministra el Registro. El autor de la ponencia se adhirió en este punto a la tesis defendida por los prof. De Castro y Delgado para quienes el negocio anulable es inicialmente inválido.

De esta forma, aunque muchas de las facultades que el Proyecto de Ley atribuía a los Registradores han desaparecido en el texto definitivo, lo cierto es que, en opinión del Dr. José María Miquel, el principio de legalidad continúa vivo en el vigente artículo 18 Lh. El Registrador al calificar no se erige en Juez (otro tanto sucede cuando debe valorar la trascendencia jurídico-real de un título en un sistema, como el español, que se dice de «*numerus apertus*») y el Centro Directivo no puede hacer caso omiso de la función calificadora –así como del control de legalidad que ésta lleva aparejada– atribuida a los encargados del Registro en los artículos 6 LGDCU y 258.2 Lh. No debe inscribirse un título nulo porque en caso de hacerlo podría derivarse la correspondiente responsabilidad a cargo del Registrador, a salvo los recursos de los que puedan usarse para corregir su decisión; la

exégesis opuesta, cual es permitir el acceso tabular de una condición general nula de pleno derecho, constituiría una «aberración jurídica».

A continuación, la Dra. Sofía De Salas se encargó de generar un fluido debate insistiendo en los temas más polémicos abordados por el ponente –especialmente la situación generada tras la aludida RDGRN de 19 de abril de 2006– así como de introducir otros oportuna e íntimamente ligados con la exposición: *v. gr.* la importancia práctica del Registro de CGC que, a tenor del Derecho vigente debería producir efectos *erga omnes* y, sin embargo, parece que en la realidad no ha desplegado esos efectos. ¿A qué se debe? ¿Tiene alguna razón de ser dicha oficina? El ponente no ocultó la disconformidad con su existencia, pues al margen de lo costosísimo que resultaría examinar el listado de cláusulas abusivas obrante en él antes de que cualquier consumidor proceda a celebrar un contrato, el Registro de CGC tiene, a juicio del Dr. Miquel, un efecto bastante pernicioso pues transcurridos cinco años a partir de la inscripción de las CGC, caducan las acciones colectivas recogidas en la Ley. El prof. Clavería coincidió con el disertante en subrayar tal efecto nocivo, al par que recaló el absurdo que entraña la inscripción de cláusulas aisladas puesto que el carácter de abusiva o no lo confiere el contexto, pudiendo variar la calificación jurídica de un contrato a otro, apreciación a la que se adhirió sin reservas el conferenciante. Fue unánime en el auditorio la crítica vertida hacia el Registro de CGC del que se dijo que carecía de sentido, creaba distorsiones o era un Registro simplemente «*ad pompam vel ostentationem*».

VIII. «La acción de nulidad sí prescribe». Ponencia de don Miguel Pasquau Liaño (Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Granada). Presentado por doña María Teresa Alonso Pérez. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.

El prof. Pasquau defendió en su exposición la tesis de que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad constituye un «dogma» no amparado en texto legal alguno postulando, por el contrario, que dicha acción sí (y también) prescribe. Muchas de las opiniones y razonamientos expuestos por el conferenciante –como reconoció él mismo durante su exposición– fueron defendidos en un anterior trabajo de su autoría publicado el año 1997 (*cf.*: «Nulidad y Anulabilidad del Contrato»).

Con claro ánimo provocativo el ponente inició el análisis de sus razonamientos formulando las siguientes preguntas: ¿Por qué no va a prescribir la acción de nulidad? ¿Qué tiene esta acción que no tenga cualquier otra? ¿Qué importante interés protege la nulidad que quiere blindarse frente al paso del tiempo? Resaltó Pasquau que a pesar de haber transcurrido más de un siglo debatiendo sobre la prescripción de la acción de nulidad los civilistas «no hemos logrado ponernos de acuerdo sobre las respuestas a estas interrogantes».

Como presupuesto de su tesis, Pasquau aclaró que lo que prescribe para él es la acción de nulidad y no la nulidad misma: la prescripción opera en el plano de la pretensión de un pronunciamiento judicial sobre la nulidad del contrato, y no en el de la existencia de la causa de nulidad, razón por la cual que se declare prescrita la acción no significará en absoluto que el vicio de nulidad haya dejado de existir, sino que ya es tarde para discutir si existe o no. El autor de la ponencia manifestó que la prescripción no comporta metamorfosis o modificación sustancial del contrato ni purificación de sus vicios, sino que sólo da derecho a la parte perjudicada por la nulidad a impedir el éxito de la acción de nulidad cuando haya pasado determinado tiempo. De este modo, el expositor distinguió la nulidad del contrato, de la acción o pretensión de nulidad, dejando claro que para él ambos aspectos se mueven en planos diferentes.

En cuanto a la naturaleza de la sentencia de nulidad el conferenciante explicó que el carácter «constitutivo» o «declarativo» de dicha sentencia no deriva de que estemos en presencia de un caso de nulidad o de anulabilidad sino que lo relevante es que existen causas de nulidad (de pleno derecho y también de anulabilidad) cuya constatación necesita, por su propia forma de ser, una apreciación que sólo puede hacerse judicialmente (es decir, tras un proceso contradictorio con todas las garantías, como ocurre en los casos que se pretenda declarar el carácter abusivo de una cláusula, la ilicitud o inexistencia de causa –art. 1277 CC– la existencia de simulación o de un vicio de consentimiento) en tanto que hay otras causas de nulidad (de pleno derecho o de anulabilidad) que no requieren dicha valoración o ponderación, sino tan sólo una constatación (dio como ejemplos, un defecto de forma exigido como condición de validez, o la minoridad de edad de un contratante).

Para Pasquau, la acción de nulidad, como cualquier otra acción personal, tiene un componente «declarativo» que es meramente «instrumental» a la verdadera pretensión que se esgrime: la condena a la restitución, la cancelación de un asiento registral, la reivin-

dicación de la cosa entregada por virtud del negocio nulo, la rebaja de intereses o la exención de una obligación cuyo cumplimiento se está reclamando. Por ello, en opinión del conferenciante lo que se denomina acción «meramente declarativa de nulidad» como pretensión que se agota en la constatación judicial de la existencia del vicio de nulidad, es una «entelequia»: la acción de nulidad siempre persigue un pronunciamiento que desactive todos o algunos de los efectos del contrato.

La razón de ser de la prescripción para el ponente no tiene tanto que ver con vigilar la diligencia en el cuidado de los propios asuntos sino más bien con evitar cambios en las relaciones jurídicas debidos a causas remotas en el tiempo que no se hicieron valer cuando se pudo y se debió hacerlo. En mérito a ello, Pasquau concluyó que de prescripción de la acción de nulidad sólo cabría hablar cuando resulte necesaria una acción para que el contrato pueda ser tomado por nulo (más no en los casos en que no se precise acción judicial alguna porque se trate de irregularidades o defectos en la confección del contrato que impiden a éste ser reconocido exteriormente como tal y reconducido a dicha categoría: los supuestos de inexistencia), y que la prescripción sólo empezará a correr cuando el contrato haya empezado a producir algún efecto, es decir, cuando exista una situación jurídica contraria a la nulidad, cuya tardía revisión o rectificación pueda constituir una amenaza a la seguridad jurídica.

Expuestas las cuestiones anteriores, el expositor efectuó un análisis sobre la prescripción en relación con la usucapión, la acción reivindicatoria y la acción de nulidad. Al respecto sostuvo Pasquau, en primer término, que si para reivindicar con éxito la cosa transmitida por virtud de negocio traslativo nulo es preciso que se declare la nulidad de ese negocio, el demandado puede oponer al reivindicante la prescripción de la acción de nulidad, aun cuando el plazo de la acción reivindicatoria fuese mayor. En segundo término, el disertante indicó que si la acción de nulidad todavía no hubiese prescrito, pero el *accipiens* hubiese poseído con todos los requisitos de calidad posesoria y tiempo necesarios para la prescripción adquisitiva extraordinaria, no podría hacerse valer la nulidad (con la consiguiente obligación de restitución) frente a la propiedad adquirida ya no por el contrato, sino por la posesión. En definitiva, para Pasquau, el *accipiens* que haya adquirido la propiedad de la cosa transmitida por usucapión extraordinaria (o por cualquier otro título anterior o posterior al contrato nulo) podrá oponer su derecho de propiedad a la acción de nulidad y restitución que contra él se ejercite.

El conferenciante concluyó su disertación indicando que el Código civil es el «culpable» de que las cosas no sean claras. Pasquau dijo que ha finalizado el momento de la doctrina científica y que ahora es el momento de que el legislador tome cartas en el asunto.

La ponencia del profesor andaluz generó una discusión que abrió la prof. Alonso y continuaron los profs. Delgado y Miquel en torno a la necesidad de no prescindir de las sentencias «meramente declarativas» en materia de nulidad así como respecto a la acción «procesal» de inexistencia. Sobre la primera cuestión, Pasquau subrayó que la acción de nulidad siempre se promueve con la finalidad de desactivar todos o alguno de los efectos del contrato señalando que, incluso en los supuestos donde se pida la nulidad sin más, lo será —en el fondo— para algo más: por ejemplo para disuadir a la otra parte de reclamar el incumplimiento y/o evitar la responsabilidad por incumplimiento. Respecto de la segunda cuestión, el ponente defendió la postura de que la inexistencia no es un régimen de ineficacia («un contrato inexistente no es reconocible como tal», aseveró), de que no hay «acción de inexistencia» y de que por ello no pueda hablarse de prescripción de la misma.

IX. Desde nuestra perspectiva, el Coloquio ha contribuido a despertar la duda respecto de lo que ya sabíamos sobre la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos. Y es que, a pesar de existir abundante bibliografía sobre la materia, tanto en Derecho español como en Derecho comparado, la lección que nos dejó el evento es que el fenómeno jurídico debatido en el Coloquio sigue requiriendo de un estudio profundo y de nuevas aportaciones. El debate sobre los proyectos europeos de Derecho de los contratos, la maraña normativa de difícil ordenación, interpretación y conciliación existente en materia de consumo y la implicación del fenómeno de la nulidad en distintas ramas del Derecho, sumados a la ausencia de unificación de criterios jurisprudenciales sobre la materia, son algunas de las cuestiones que nos permiten sostener la opinión de que la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos son una materia de vigente actualidad y que, por su propia naturaleza, estará condenada a tildarse de insuficientemente estudiada de modo permanente.

Finalmente, y conforme algunas voces sugirieron al final del evento, nosotros anhelamos también que estos encuentros académicos estructurados como espacios de reflexión y debate abierto de ideas se lleven a cabo de modo regular y permanente. Quedamos entonces a la espera de la convocatoria de un próximo Coloquio de Derecho civil.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Presentación

Esta cuarta crónica se cierra el 31 de octubre de 2006. 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 Boletín 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 Centro Europeo de Derecho del Consumo, el 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 (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona), que es también quien ha traducido (del francés, italiano y alemán) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

Acquis communautaire y Derecho privado rumano

AURATRIFU*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una reflexión personal sobre el efecto de la transposición, en el ordenamiento jurídico rumano, del Derecho comunitario en materia de protección a los consumidores. Se trata de ver cuál ha sido la actividad legislativa en el ámbito del Derecho privado rumano y, en particular, la codificación de las normas jurídicas en materia de protección al consumidor. Algunas de las preguntas a las que se tratará de dar respuesta son las siguientes: ¿en qué medida ésta se ha logrado?, ¿cuál es el rol del Código de Consumo recién adoptado?, ¿supone la armonización del Derecho privado rumano una descodificación del Derecho civil nacional? El estudio que sigue se ha basado exclusivamente en el análisis de los textos legales y ha sido elaborado con informaciones estadísticas publicadas en la *web* del Ministerio rumano para la Integración europea (MIE), la de la Autoridad nacional de protección al consumidor (ANPC) y la del Consejo legislativo rumano (CLR). Lamentablemente mis repetidos intentos de obtener información actualizada relativa a la actividad legislativa del proceso de armonización, como, por ejemplo, sobre la tramitación de ciertos proyectos de leyes, no han tenido éxito ante la pasividad de las autoridades rumanas.

En Rumania, los estudios de Derecho comunitario se centran, esencialmente, en el ámbito del Derecho público y, en particular, el Derecho penal y procesal penal, con especial atención a los derechos humanos. Es también importante el número de publicaciones dedicadas a la transformación del Derecho laboral, del Derecho mercantil y al proyecto de codificación del Derecho administrativo. Por el contrario, en el ámbito del Derecho civil, la doctrina es escasa y la que existe trata básicamente de aspectos relativos al Derecho de propiedad y su transmisión en el nuevo contexto constitucional, o sobre algunos aspectos de técnica legislativa relativos a la falta de concordancia entre las nuevas medidas comunitarias de Derecho de familia y las disposiciones nacionales codificadas.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Bucarest. Doctoranda de la Universidad de Barcelona.

Como materia digna de análisis específico, la protección del consumidor se halla todavía en construcción, lo que determina que las pocas opiniones doctrinales que existen sean muy puntuales y casi siempre orientadas hacia las relaciones jurídicas masificadas. Con todo, al tratarse de un mercado emergente, con una informatización todavía en proceso y con una población con un poder de adquisición bajo, tal masificación se da en muy pocos ámbitos. Uno de ellos podría ser el del crédito al consumo, pero aun así el tema no ha merecido una gran literatura jurídica.

II. ENTORNO POLÍTICO, SISTEMA JURÍDICO Y REQUISITOS PARA LA ADHESIÓN A LA UNIÓN EUROPEA

En el prefacio de los años noventa, más concretamente en diciembre de 1989, en el contexto de la caída del muro de Berlín, Rumania recobraba la democracia y empezaba un proceso de reformas políticas, administrativas y legislativas, a menudo caracterizado por confusiones y bloqueos. Con todo, los cambios han sido radicales: pluralidad de partidos en el escenario político, parlamento bicameral y formación de los gobiernos a partir de elecciones libres y democráticas, frente al antiguo sistema dictatorial. En 1991 se adoptó, en referéndum la Constitución, texto moderno y democrático que instauro el respeto a los derechos humanos y da pie al principio de la separación de poderes en el Estado, que atribuye al Parlamento la adopción de leyes orgánicas y ordinarias, y que encomienda al ejecutivo y a la Administración local la elaboración de normas adecuadas a sus competencias. Se ha reestructurado también la Administración pública, reconociéndose autonomía a la Administración pública local, cuya función es la gestión de los intereses de los ciudadanos, a diferencia de la subordinación jerárquica y la autocracia características del sistema totalitario anterior.

1.1 El sistema jurídico a la fecha de las negociaciones de adhesión

El sistema jurídico rumano, de inspiración francesa, está integrado por normas constitucionales, leyes orgánicas y ordinarias adoptadas por un Parlamento bicameral¹, decretos gubernamentales² y por órdenes y decisiones de los ministros y de las demás autoridades públicas centrales, así como por decisiones y otras normas emanadas por las autoridades públicas locales en el ejercicio de sus potestades.

1.1.1 *La Constitución*

Con vistas a la adhesión a la Unión Europea, varios aspectos del texto de 1991 exigían ser revisados. Uno de ellos era el concepto de soberanía nacional, puesto que en el texto originario no era posible la cesión de potestades a la UE; debía también afirmarse el reconocimiento de la supremacía

¹ El actual Parlamento rumano se formó tras las iniciativas del poder transitorio constituido en diciembre 1989, después de la caída del régimen dictatorial de Nicolae Ceausescu y está compuesto por la *Cámara de los Diputados* y el *Senado*.

² OG (Ordonanta de Guvern).

del Derecho comunitario, el nuevo impacto de la política comunitaria sobre los derechos humanos, o la política del mercado común, especialmente en lo relativo a la libre circulación de personas y capitales. Tal revisión constitucional se llevó a cabo en el año 2003. Con impacto sobre el Derecho civil, la reforma concierne principalmente a las normas relativas al libre mercado, al Derecho de propiedad privada sobre los inmuebles y a la libre circulación de capitales. Efectivamente, la nueva Constitución rumana permite que, a partir de la adhesión a la UE, y en condiciones de reciprocidad, los ciudadanos comunitarios³ puedan adquirir la propiedad del suelo. En el mismo contexto, también se reconoce el derecho de los extranjeros a adquirir el suelo por sucesión. Son cambios importantes con respecto al sistema constitucional vigente entre 1991 y 2003, que prohibía expresamente que los extranjeros y apátridas adquirieran la propiedad de terrenos. Las leyes reparadoras promulgadas a partir de 1990 previeron la devolución de las propiedades usurpadas por el régimen dictatorial pero sólo con carácter subsidiario regularon medidas que consistían en la compensación económica al perjudicado. Vigente la Constitución del 1991, la reparación *en natura* era a menudo imposible o se realizaba de manera parcial, puesto que, para los demandantes que no tenían nacionalidad rumana, la devolución de inmuebles se restringía a la restitución de edificios. Esto hizo complicado el proceso de devolución, ya que las casas no les servían mucho sin el suelo correspondiente. Afectó, principalmente, a ciudadanos que, por haberse autoexiliado a países occidentales, debían reputarse ciudadanos extranjeros. Por consiguiente, en general, las medidas pecuniarias eran lo más usual en la práctica judicial, a pesar de ser claramente insuficientes. En fin, la anterior situación también constituía un obstáculo para las empresas extranjeras interesadas en extender sus actividades en el mercado rumano, ya que un marco jurídico que no permitía la adquisición de inmuebles no representaba un ambiente seguro ni estable para sus inversiones. Así pues, en el contexto del Derecho de propiedad, la reforma tiene el efecto de abrir el mercado y eliminar barreras a los ciudadanos comunitarios; naturalmente, también favorece las relaciones privadas.

Otra intervención significativa se refiere a la libertad económica. El libre acceso a las actividades económicas, la libre iniciativa y la garantía de su ejercicio se introduce con carácter de derecho y libertad fundamental.

1.1.2 *Los Códigos. El Código Civil rumano*

Una parte de las materias que forman parte del Derecho rumano sustantivo (Derecho civil, Derecho penal, Derecho laboral) tiene su sede en el Código. También están codificados determinados ámbitos del Derecho procesal (civil y penal) y sectores del Derecho administrativo (códigos de conducta del funcionario público, el código aduanero, el código fiscal o el código aéreo).

En la elaboración del Código Civil rumano se tuvieron en cuenta disposiciones del antiguo Derecho rumano, consolidadas por la influencia de otros sistemas vigentes en Europa a la fecha de su promulgación (1864). El modelo de partida ha sido el Código Civil francés de 1804 y sus progresivas modificaciones. Para asegurar una completa y adecuada regulación, el legislador

³ El mismo derecho se reconoce a los nacionales de terceros países con los que Rumania haya celebrado tratados respecto a la adquisición, en condiciones de reciprocidad, de terrenos.

rumano consideró también el Proyecto de Código Civil italiano, la Ley francesa sobre trascripción (en el Registro de la Propiedad) del 23 de marzo de 1853 y la Ley Hipotecaria belga de 10 de diciembre de 1851. Con 1914 artículos distribuidos en tres libros⁴, el Código Civil rumano contiene las principales normas de Derecho civil y representa el Derecho común, es decir, tiene carácter supletorio de otras normas civiles y, en general, lo es también para gran parte del ordenamiento jurídico rumano.

1.2 La reforma del sistema jurídico, como consecuencia de la celebración del Tratado de adhesión a la Unión Europea

Catorce años tras el proceso de democratización, Rumania firmaba en Luxemburgo, el 25 de abril de 2005, el Tratado de adhesión a la Unión Europea. En cumplimiento de los requisitos preliminares, el ordenamiento jurídico rumano sufrirá una remodelación legislativa e institucional imprescindible para el normal y coherente funcionamiento de las relaciones entre la Administración pública y los ciudadanos, que también va a afectar al Derecho privado.

De las dos clases de condiciones, políticas y económicas, a nuestro estudio interesan las últimas y aun no todas, sino las que tienen algún impacto sobre el Derecho Civil. Los condicionamientos políticos se refieren a la reforma de la Administración pública y el poder judicial; a determinados aspectos relativos a los derechos humanos y a la integración social de las personas discapacitadas; a la lucha contra la corrupción; o a la integración de las minorías y la protección de la infancia. Pero, como se ha dicho, a ellos no nos vamos a referir ahora.

1.3 Las negociaciones de adhesión

Lanzadas oficialmente el 15 de febrero de 2000, han conocido una evolución por etapas, con capítulos cerrados provisionalmente, todo ello acompañado de reformas internas, a nivel de Administración central y de legislación, y de reestructuración del mercado, sobre todo debido a la privatización de las empresas públicas.

1.4 Las negociaciones relativas al Derecho de consumo

Las negociaciones sobre el Capítulo 23, acerca de la protección al consumidor y la salud, se iniciaron y cerraron provisionalmente durante la conferencia de adhesión de Rumania a la UE, de 27 de julio de 2001. Rumania aceptó íntegramente el *acquis communautaire* vigente a fecha de 31 de diciembre de 1999. Ulteriormente, adoptó el *Acquis* existente a fecha 30 de junio de 2002. En este período, el Derecho comunitario estaba compuesto, principalmente, por las siguientes Directivas:

– Directiva 84/450/CEE (publicidad engañosa) completada por la Directiva 97/55/EC;

⁴ Libro I: Sobre las personas; Libro II: Sobre los bienes y las modificaciones de la propiedad; Libro III: Sobre los distintos modos de adquirir la propiedad.

- Directiva 85/374/CEE (responsabilidad por productos defectuosos);
- Directiva 85/577/CEE (contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales);
- Directiva 87/357/CEE (imitaciones peligrosas de productos alimenticios);
- Directiva 90/314/CEE (servicios turísticos);
- Directiva 92/59/CEE (seguridad general de los productos);
- Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores);
- Directiva 94/47/CE (contratos para la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido);
- Directiva 97/7/CE (protección de los consumidores en materia de contratos a distancia);
- Directiva 98/6/CE (protección de los consumidores en materia de indicación de precios);
- Directivas 87/102/CEE, 90/88/CEE y 98/7/CE (crédito al consumo);
- Directiva 98/27/CE (acciones de cesación);
- Directiva 1999/44/CE (garantías en la venta de bienes de consumo);
- Directiva 2001/95/CE (seguridad general de los productos).

En relación con estas Directivas, las obligaciones asumidas por Rumania fueron las siguientes:

- Obligación de transposición en la legislación rumana, de la Directiva 1999/44/CE (garantías en la venta de bienes de consumo) –fecha límite: 2002;
- Elaboración de una normativa relativa a la publicidad de productos que se presentan como benéficos para la salud del consumidor, armonizada con la Decisión del Consejo de 9 de noviembre de 1995 –fecha límite: 2002;
- Transposición de las Directivas 87/102/CEE, 90/88/CEE y 98/7/CE (crédito al consumo) –fecha límite: 2003;
- Transposición de la Directiva 94/47/CE (contratos para la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido) –fecha límite: 2003;
- Transposición de las directivas contenidas en el Anexo 1 a la Directiva 98/27/CEE (acciones de cesación) –fecha límite: 2004;
- Transposición de la directiva 98/27/CEE (acciones de cesación) –fecha límite: adhesión (1-01-2007).

Las informaciones publicadas por el MIE no revelan por qué el compromiso de transposición no se refiere a todas o a las principales Directivas comunitarias en materia de consumo. No se entiende cuál es la razón por la cual se han dejado de lado normas importantes, sólo podemos suponer que a la fecha de las negociaciones se consideró suficientemente compatible con el *Acquis* la legislación rumana que ya estaba vigente. Efectivamente, hasta el cierre de las negociaciones, el ordenamiento jurídico rumano conocía regulaciones en materia de publicidad (L. 148/2000), cláusulas abusivas (L. 193/2000), contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Decreto 106/1999), o venta a distancia (Decreto 130/2000). Sin embargo, en mi opinión, tal argumento no es válido o, cuanto menos, no es suficiente para justificar que determinadas Directivas no hayan sido incluidas en el compromiso de transposición al Derecho rumano. Y no lo es, en primer lugar, porque la legislación vigente interna no refleja exactamente la voluntad del legislador comunitario. Tomemos como ejemplo la Directiva 84/450/CEE (publicidad

engañoso) completada con las disposiciones relativas a las condiciones de admisibilidad de la publicidad comparativa: el texto legal interno a la fecha de las negociaciones, no cubría todas las situaciones en las cuales la publicidad comparativa perjudica un competidor. Lo demuestra el hecho de que, en 2003, el Gobierno, a raíz de una recomendación de la Unión Europea, tuvo que adoptar un decreto que corrige el elenco legal vigente, operando de esta manera una correcta transposición de la normativa comunitaria. En segundo lugar debe hacerse notar que, en materia de responsabilidad por productos defectuosos y seguridad general de los productos, no había regulación rumana a la fecha de las negociaciones, a pesar de que, como es sabido, ya entonces existía normativa comunitaria.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS⁵

Hasta la fecha de cierre de las negociaciones para la adhesión, Rumania había dado pasos importantes para adaptarse a los requerimientos de la Unión Europea. Los instrumentos utilizados durante, y posteriormente, al proceso de negociación afectan a los dos principales pilares del sistema jurídico-administrativo rumano: la Administración pública y el poder legislativo.

En general, el grado de compatibilidad con el *Acquis* de la legislación rumana, en lo que a los capítulos cerrados provisionalmente concierne, era superior al 50 por 100 y, para más de la mitad de ellos, la compatibilidad varía entre un 70-90 por 100. El elemento clave de la adaptación legislativa lo representa la reforma constitucional del 2003, pero se tiene que mencionar que, del total de 26 capítulos cerrados provisionalmente, en cinco de ellos la legislación comunitaria ha sido transpuesta íntegramente (*ej.*: libre circulación de capitales), mientras que para los restantes 21, el grado de transposición es superior a 70 por 100 (72 por 100 –protección del consumidor y de la salud; 79,50 por 100 –libre circulación de mercancías; 93,70 por 100 –libre circulación de personas; 83,10 por 100 –empresas pequeñas y medianas), excepto el capítulo dedicado a Política exterior y Seguridad común, cuya armonización se ha realizado con un grado de transposición de más del 50 por 100, aunque es inferior al 70 por 100.

2.1 El estado de la armonización del Derecho de consumo

La protección de los consumidores en Rumania se remota al año 1992 cuando, tras el Decreto Gubernamental núm. 21, se aprobó la normativa general sobre la defensa de los consumidores. Con objetivos ambiciosos (pretendía perseguir el acceso libre de los consumidores a bienes y servicios,

⁵ Los datos contenidos en el presente capítulo se basan en informaciones procedentes de los estudios PAIS elaborados por el Instituto Europeo de Rumania (IER) entre julio 2001 y octubre 2002, de los informes de seguimiento sobre el grado de preparación para la adhesión a la UE ejecutados por la Comisión Europea, y de la *web* del Ministerio Rumano de Integración Europea.

su protección frente a prácticas abusivas, la información completa, la participación de los mismos a las decisiones que les afectasen), sin embargo el decreto no dejó de ser un instrumento insuficiente. He aquí una breve descripción del contenido: establece obligaciones a cargo de los operadores de la cadena de distribución; comprende normas generales relativas al etiquetado de productos y disposiciones sobre los contratos celebrados con consumidores; designa el responsable a nivel administrativo para la protección del consumidor (la Oficina del Consumidor) y prevé las reglas específicas para la constitución de asociaciones de consumidores. No obstante, figuras jurídicas como la publicidad, saneamiento o responsabilidad para productos defectuosos, venían mencionadas a título de principio, sin una regulación, siquiera general, adecuada.

A partir de 2000 comenzó la adaptación legislativa, como preparativo para las negociaciones del capítulo 23⁶. En este sentido, en noviembre de 2000, el Parlamento rumano ya había adoptado una ley de inspiración comunitaria, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores.

En cuanto a las ventas a distancia, la regulación interna existente en el momento de las negociaciones⁷ no era completa y el *Acquis* asumido hasta 30 de junio de 2002 no venía a subsanar esta insuficiencia. Hubo que esperar hasta el año 2004 para que el Gobierno transpusiera mediante decreto⁸ la Directiva 2002/65 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 septiembre 2002, sobre venta a distancia de servicios financieros a los consumidores.

Ya a finales del año 2004 se había operado la transposición integral del *acquis communautaire* asumido en materia de protección a los consumidores. No obstante, en el proceso de adaptación legislativa, Rumania consideraba la transposición de otras normas comunitarias de interés y la adaptación de reglamentos y normativas indispensables para asegurar la compatibilidad de la legislación interna con el acervo. Así, el Ministerio Rumano para la Integración Europea, en su plan de medidas 2005-2006, ha previsto un número elevado de acciones y líneas directrices necesarias para actuar en ese sentido. En términos de transposición y armonización legislativa, se vislumbra la transposición de la recién adoptada Directiva 2005/29/CE (prácticas comerciales abusivas) con fecha límite –septiembre de 2006– (aunque, en la base de datos informatizada del CLR, consultada hasta el momento de dar a imprenta este artículo –octubre 2006– no consta que tal transposición se haya llevado a cabo).

2.2 Mecanismos de armonización del ordenamiento jurídico nacional en materia de protección del consumidor

El proceso de adaptación al *acquis communautaire* en materia de consumo se realiza a través de instrumentos legislativos de transposición de normativa comunitaria, de adopción de medidas que persiguen la sistematización de las normativas de consumo y también a partir de la creación de

⁶ Como ya se ha dicho, las negociaciones al capítulo «Protección del consumidor y de la salud» tuvieron lugar durante la conferencia de 27 de julio de 2001.

⁷ OG 130/2000.

⁸ OG 85/2004.

nuevas instituciones. En relación con esto último, la medida institucional más importante radica en la creación de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (ANPC), la autoridad administrativa central. Tiene potestades de control del cumplimiento de las disposiciones legales en esta materia y también competencias sancionadoras; soluciona las denuncias administrativas de las asociaciones de consumidores; vigila la legalidad de la publicidad; tiene actividades de información y educación de los consumidores, etc. Como autoridad integradora es responsable del proceso de armonización legislativa y, en el cumplimiento de sus atribuciones, propone al Gobierno proyectos de leyes en materia de protección del consumidor.

En lo que concierne a los instrumentos legislativos, examinaremos brevemente el Código de Consumo (CC), adoptado por el Parlamento rumano mediante la Ley 296/2004, modificada por la Ley 363/2005 (que completa las disposiciones generales relativas al etiquetado de los productos alimenticios). El Código, que entrará en vigor el 1 de enero de 2007, regula las relaciones jurídicas celebradas por entes económicos y consumidores, en relación con la adquisición de bienes y servicios (incluidos los servicios financieros), y se aplica a la comercialización de bienes y servicios destinados a los consumidores, a los contratos celebrados con éstos y a las reglas sobre publicidad de bienes y servicios (salvo la publicidad de los productos y servicios que aparezcan regulados en leyes especiales). Bajo el título «principios básicos de la protección del consumidor», se reúnen cinco preceptos aplicables en los procedimientos administrativos y un principio relativo al tratamiento de bienes fabricados o comercializados en un Estado miembro: *i)* principio de contradicción, *ii)* celeridad, *iii)* proporcionalidad, *iv)* legalidad de las sanciones, *v)* confidencialidad, *vi)* reconocimiento mutuo.

Los diez capítulos del CC contienen reglas generales, que se estructuran alrededor de ámbitos claramente diferenciados: las obligaciones de los entes económicos y los derechos de los consumidores, en dos capítulos distintos; luego, el marco general de la seguridad de los productos; la obligación de informar y educar a los consumidores goza de un capítulo autónomo y, así mismo, las reglas generales sobre publicidad. Un capítulo específico está dedicado a los derechos de los consumidores en la contratación, estableciéndose la prohibición de cláusulas abusivas; otro capítulo es el relativo al marco general de los precios y las tarifas y al deber de indicarlas visiblemente y sin equívoco; se añade, finalmente, el régimen general de la organización de las ONG de los consumidores.

A continuación iremos confrontando algunas normas del Código de Consumo con otras disposiciones legales en materia de consumo, con la finalidad de perfilar la función de la codificación y la eficacia de esta medida legislativa para la sistematización del Derecho de Consumo.

2.2.1 *Ámbito de aplicación y límites*

Las disposiciones del Código se aplican a las relaciones jurídicas creadas entre entes económicos y consumidores en el proceso de comercialización (adquisición) de productos y servicios, y son obligatorias para ambas partes (art. 1, corroborado con art. 6).

Por lo que respecta a la obligatoriedad para los consumidores, la norma carece de efectos, ya que el Código y las leyes de consumo sólo establecen

deberes a cargo de los entes económicos. Pero si aceptáramos que el legislador habrá pensado en aquellas obligaciones virtuales del consumidor, fruto de su consideración como sujeto de derecho *lato sensu*, la regla contenida en el artículo 6⁹ sería criticable por redundante. Sin embargo impide tratar de redundante la norma analizada, la pauta contenida en el artículo 3 del CC:

«[L]as normas de protección al consumidor no deben contener barreras a la libre circulación de mercancías y servicios.»

Esta regla permite pensar que los deberes mencionados (a título genérico) en el artículo 6 también van dirigidos a los consumidores, ya que condiciona la defensa de los mismos a los principios relativos al mercado libre y, por tanto, establece la prioridad de la circulación de bienes y servicios frente a la protección del consumidor. Es decir, se adoptarán normas para la defensa de los consumidores siempre que éstas no impidan el desarrollo del mercado interior. Aunque sólo se refiere al proceso de producción de normas, en realidad la disposición augura que la interpretación y la aplicación de la legislación vigente en materia de consumo deben realizarse en la dirección expuesta, esto es, la de subordinación de la protección del consumidor al fomento de movimientos transfronterizos de mercancías.

2.2.2 Aspectos conceptuales

La terminología de consumo, tal y como venía siendo desde las distintas leyes adoptadas en el proceso de construcción del Derecho de consumo, se caracterizaba, en la mayoría de los casos, por su falta de sistemática (exactamente igual, por otra parte, que el modelo comunitario). Esta carencia se ve parcialmente subsanada por el Código de Consumo, cuyo anexo contiene un listado de definiciones aplicables en materia de protección del consumidor. Aunque no exhaustiva, la enumeración tiene el mérito de iniciar la sistematización terminológica, unificando figuras jurídicas específicas y eliminando, en parte, las confusiones existentes con anterioridad¹⁰.

La intervención más importante se refiere al concepto de *consumidor*. Unificando los términos de consumidor y consumidor final, el legislador rumano adopta la siguiente definición:

«Consumidor/consumidor final: toda persona física o grupo de personas físicas constituidas en asociaciones, que compre, adquiera, utilice o consuma productos o servicios, fuera de su actividad profesional.»

La referencia a las asociaciones no debe entenderse realizada a las asociaciones de consumidores, que en la legislación rumana gozan de personalidad jurídica, sino a otro tipo de asociaciones constituidas conforme a la ley. El legislador ha considerado principalmente las asociaciones de vecinos.

⁹ Artículo 6: «[L]as disposiciones contenidas en el presente Código son obligatorias para todos los consumidores y entes económicos que efectúan actividades de comercio, conforme a la ley».

¹⁰ En realidad, hasta su entrada en vigor (1 de enero de 2007).

La citada definición proviene de la normativa general sobre protección del consumidor¹¹ y de algunos otros textos legales en materia de consumo¹², pero el término «consumidor» conocía definiciones distintas en una serie de leyes de entre las cuales es interesante mencionar las siguientes:

– La Ley 193/2000 sobre cláusulas abusivas (incluía las personas jurídicas):

«[t]oda persona física o grupo de personas representadas por asociaciones y toda persona jurídica que compre, utilice o consuma bienes obtenidos de los vendedores mediante un contrato o que se beneficie de sus servicios.»

– El Decreto gubernamental sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales¹³:

«[t]oda persona física que adquiera y utilice o consuma productos o se beneficie de servicios mediante un contrato celebrado con un comerciante, para un uso ajeno a su actividad profesional.»

El texto era todo él defectuoso: el término «adquiera» ¿se refiere a contratos onerosos o no? De la redacción del texto parece deducirse que sólo en cuanto a servicios se aplica la condición de «uso con un propósito ajeno a la actividad profesional del beneficiario».

Otras definiciones se dan para cada uno de los operadores de la cadena de distribución y para las distintas variantes de comercio (al por mayor, al por menor, *cash and carry*, *comercio en zonas públicas*, *comercio ambulante*); asimismo se esclarecen las diferentes situaciones en que se puede encontrar el producto (*defectuoso*, *reacondicionado*, *de segunda mano*, *falsificado*, *peligroso*, etc.) y se recogen definiciones relativas a servicios y conceptos como el de conformidad, periodo de validez y periodo de garantía.

Si bien las definiciones codificadas traen una mejora terminológica en algunos aspectos, en otros generan serios problemas de interpretación. Así, conforme al artículo 87 CC, las reglamentaciones vigentes en materia de consumo, que no hayan sido comprendidas en el Código, serán recogidas en un anexo al mismo. No está del todo claro, de entrada, cuáles sean las reglamentaciones no comprendidas en el Código. Además, una vez aprobado por ley, el anexo será parte integrante del Código de consumo (conforme a la técnica legislativa rumana). Es decir, todas las disposiciones recogidas en las demás leyes de consumo (o aquellas que el legislador no comprende dentro del articulado del Código) se convertirán en normas codificadas (para distinguirlas del articulado, llamémoslas *disposiciones-anexo*). Por tanto, a falta de una previa intervención con el fin de modificar todas aquellas disposiciones-anexo que se vean afectadas por las definiciones codificadas, la compilación anunciada provocará graves dificultades interpretativas. Ilustrativo, en este sentido, es el análisis realizado en el siguiente capítulo.

¹¹ OG 21/1992, modificada por la Ley 37/2002.

¹² Ej.: OG 130/2000 sobre contratos a distancia, modificada por la Ley 51/3003.

¹³ OG 106/1999.

2.3 Saneamiento en el Código de Consumo y en la Ley 449/2003, sobre productos y garantías

El Código de Consumo rumano, a diferencia de la Ley sobre productos y garantías, distingue entre «productos defectuosos» y «productos no conformes».

En el primer caso, el Código regula el saneamiento absoluto. En este sentido, siempre que haya productos con defectos, los productores y/o los distribuidores están obligados a retirarlos del mercado, sustituirlos o repararlos y, si esto no es posible en un lapso de tiempo razonable (convenido entre el vendedor y el consumidor) y sin que ello suponga inconveniente significativo alguno para el consumidor, a éste se le debe compensar económicamente. Esto quiere decir que, en el caso de los productos defectuosos, la regla es la preservación del contrato; lo que se persigue es el interés legítimo del consumidor de beneficiarse de un producto seguro. La disposición enunciada por el Código es de carácter general y no va acompañada de norma procesal alguna, ni se prevén sanciones en caso de incumplimiento de tales deberes. Ahora bien, se detectan incoherencias entre la responsabilidad regulada por el Código y las disposiciones de la Ley 240/2004 sobre responsabilidad por productos defectuosos (LPD) en lo que concierne al perjuicio. Efectivamente, el Código regula la responsabilidad sobre los gastos que comporta la sustitución, la reparación o restitución del contravalor del bien, con cargo al vendedor; éste puede repercutir contra el productor o el proveedor inmediato en la cadena de distribución. Por el contrario, la LPD establece la responsabilidad directa del productor, lo que hace más difícil al consumidor el ejercicio de la acción cuando éste no tiene representantes legales en Rumania.

Otro inconveniente de la LPD que el Código no subsana es la insuficiencia de instrumentos procesales propios del Derecho de consumo; para compensar al consumidor, la LPD remite a las disposiciones de Derecho común. Asimismo, el Código induce confusión con respecto a los daños morales. La definición que se da en el anexo del mismo sobre «daño» es la siguiente:

«El perjuicio creado al consumidor por el uso de un producto peligroso o defectuoso, tanto como el creado por servicios impropios [...]. El perjuicio puede ser material, el deterioro de la integridad corporal o de la salud, o la pérdida de la vida.»

¿Cubre la definición citada los daños morales, o no? De antemano es importante subrayar que el citado concepto no se aplica exclusivamente a la responsabilidad por productos defectuosos, sino que la noción de perjuicio se proyecta sobre todas las relaciones de consumo. Puesto que los gastos médicos y el coste de las operaciones derivadas del fallecimiento de una persona se circunscriben al perjuicio material, el supuesto de hecho genera dudas con respecto al perjuicio personal no patrimonial inherente a los daños morales. Más bien parece claro que el legislador deja fuera del alcance de la norma el perjuicio representado por el sufrimiento físico en si, o el daño provocado por situaciones irremediables como el tiempo desperdiciado con el servicio (impropio) contratado. Con esto último quiero aludir a la frecuencia con que, en España, los suministradores de ADSL se demoran inaceptablemente en proveer la conexión Internet a sus beneficiarios o no proporcionan datos exactos para el desistimiento *ad nutum*. Todo el transcurso requerido para solucionar cualquiera de estas situaciones es una alteración anímica del con-

sumidor que constituye un desgaste personal que, además del patrimonial (daño emergente y lucro cesante), debería poder ser resarcido y, por tanto, debería acarrear a la responsabilidad del suministrador.

Al omitir pronunciarse sobre la responsabilidad por daños morales (si no, los hubiera mencionado *expressis verbis*), el Código abandona expresamente la cuestión a la práctica de los tribunales. El tema es sumamente complicado, ya que la LPD señala que las definiciones que ella dicta no impiden la aplicación de las normas vigentes sobre daños morales. La respuesta reside en solucionar otro dilema: ¿Tiene la LPD carácter de ley especial o no? Puesto que la misma ley no lo menciona expresamente (por la fecha de su aprobación resulta que el proceso legislativo ha sido simultáneo con el del Código, lo que hace pertinente tal expectativa), no resulta obvio su carácter especial. Por tanto, en materia de daños por productos peligrosos o con defectos, se aplican las disposiciones del CC que, como hemos visto, no dispone nada con respecto a los daños morales, y, por tanto, se inhibe en favor del Derecho común.

Los aspectos relativos a la conformidad de los productos están regulados tanto en el Código de Consumo como en la Ley sobre Productos y Garantías (LPG), que transpone en el ordenamiento jurídico rumano la Directiva 85/374/EEC. Igual que con los productos defectuosos, el legislador hace una codificación parcial del régimen jurídico de los productos no conformes. A partir del reconocimiento del derecho del consumidor de solicitar la reparación o la sustitución del bien no conforme, el Código exime de deber al vendedor cuando la medida le resulte imposible o desproporcionada, a pesar de que no menciona la manera de proceder en semejante situación, ni tampoco establece las consecuencias para el caso de que el vendedor no reparase (o no sustituyese) el bien. A diferencia del Código, la LPG, aunque anterior al primero, es más completa y, asumiendo el espíritu de la normativa comunitaria, expresa el derecho del consumidor a solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato. No obstante, el consumidor no tiene derecho a reducción/resolución si la falta de conformidad es mínima. Aun así, las reglamentaciones relativas a la conformidad de los productos no otorgan protección suficiente al consumidor, ya que la continuación del contrato puede ser decidida, aunque de forma indirecta, por el vendedor. De todos modos, el periodo de garantía es de dos años de la entrega de los productos y el vendedor responde solamente si el consumidor haya invocado la falta de conformidad antes de transcurrirse dos meses desde constatarla. Pero las dos normas coinciden en guardar el silencio sobre la indemnización al consumidor. La reparación del perjuicio es un tema que se abandona a la regulación del Derecho común.

IV. LA COEXISTENCIA ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO DEL CONSUMO Y OTRAS NORMAS

Ninguna de las medidas adoptadas para la transposición del *Aquis* afecta al Código Civil rumano, de manera que, al menos desde un punto de vista puramente formal, no es posible hablar de un proceso de descodificación. Pero, materialmente, lo cierto es que el número elevado de normas promulgadas a lo largo del proceso de adaptación al *Acquis* y sus características permiten pensar que el Derecho civil codificado ya no va a ser de aplicación a todas

las relaciones jurídicas privadas, puesto que los contratos de consumo tendrán su propia regulación en las disposiciones recientemente codificadas. Los principios en que se basan el Código Civil tradicional y el nuevo Código del consumo son distintos: piénsese, por ejemplo, en principios tan contradictorios como el desistimiento *ad nutum* y el principio *pacta sunt servanda*. Con todo, formalmente, el Código Civil rumano continúa siendo «Derecho común» y, por tanto, de aplicación subsidiaria.

El principal efecto de la transposición del *Acquis* en materia de consumo es la creación, en el ordenamiento jurídico nacional, de una nueva rama del Derecho, con autonomía propia (aunque a veces es incompleto e incoherente). Llegados a este punto, y ya para finalizar, conviene preguntarse cuál es el papel actual del Código de Consumo.

El CC no ha derogado expresamente la Ley general sobre la protección del consumidor¹⁴, de manera que ahora ambas normas coexisten, a pesar de que aquél reitera y completa las normas de esta última. Esto aumenta las dificultades con las que se enfrentan los profesionales del derecho al interpretar y aplicar la ley. Además, el contenido muy administrativo y de tipo organizativo, tal y como muestra la estructura del Código de Consumo, hacen pensar en una codificación fracasada del Derecho de consumo, debida a numerosos factores y, entre ellos, el formalismo de la transposición, la metodología caótica e insegura (no se identifica ni con una tradición conservadora, ni con el comportamiento del perfecto Estado cumplidor), o las discrepancias entre las normas y los conceptos de la materia de que en cada caso se trate (aunque, a veces, las discrepancias ya existen en el seno del propio ordenamiento jurídico comunitario).

El afán de comprender las figuras jurídicas más importantes del Derecho de consumo en un documento único es loable pero la aplicación es incompleta. Debido al hecho de no haberse llevado a cabo derogaciones explícitas, se generan incertidumbres a la hora de interpretar las disposiciones comprendidas por las leyes de consumo, en el marco conceptual codificado. Todavía es sancionable el descuido del legislador en lo relativo al concepto de *usuario* que las leyes de consumo mencionan sin concretar.

V. CONCLUSIONES

El Código es una iniciativa positiva para la sistematización *formal* del Derecho interno en materia de protección al consumidor, pero, desde luego, muy mejorable. Destaca, además, la ausencia de protección *real* del consumidor, puesto que, en sus disposiciones generales, el Código establece la subordinación de tal protección a la consecución de la libertad de circulación de mercancías.

¹⁴ OG 21/1992.

Rapports nacionales de Derecho privado europeo, comparado y comunitario

ALEMANIA

MARTIN EBERS*

Bibliografía (2006)

I. DERECHO NACIONAL COMUNITARIZADO

- BODENSTEDT, Kai: *Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie im englischen und deutschen Recht. Die Umsetzung der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz in England und Deutschland*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006. 234 S.
- CETINER, Bilgehan: *Die Sachmängelhaftung des Verkäufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht. Eine rechtsvergleichende Studie*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- DONOU, Antonios: *Erfüllung und Nacherfüllung. Das Verhältnis des ursprünglichen Erfüllungsanspruches zum Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruch beim Sachkauf unter besonderer Berücksichtigung von Stückschulden im neuen Schuldrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- JACOBS, Constanze: *Die Sachmängelgewähr im deutschen und belgischen Kaufrecht nach Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- KAUTZ, Ilona: *Schadensersatz im europäischen Datenschutzrecht. Die Umsetzung von Art. 23 der EG-Datenschutzrichtlinie in Großbritannien und Deutschland*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- SANDMANN, Silke: *Umsetzung von Europarecht in Italien. Das La Pergola-Gesetz als Lösung eines langjährigen Problems*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- STORK, Florian: *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.

II. DERECHO COMPARADO EUROPEO

1. Derecho reales

- DROBNIG, Ulrich; SNIJDERS, Henk J., y ZIPPRO, Erik-Jan (eds.): *Divergences of Property Law. An Obstacle To The Internal Market?*, München, Sellier, 2006.

* Doctor en Derecho y «wissenschaftlicher Assistent» en el «Institut für Internationales Wirtschaftsrecht» de la Universidad de Münster.

- HUBATSCH, Christian: *Der Immobilienerwerb in der Europäischen Union vor dem Hintergrund der Osterweiterung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.
- MARTINSON, Claes: *Transfer of Title Concerning Movables Part III, National Report: Sweden*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- MCGUIRE, Mary-Rose: *Transfer of Title Concerning Movables Part II, National Report: Germany*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- RAINER, Johannes Michael, y FILIP-FRÖSCHL, Johanna (eds.): *Transfer of Title Concerning Movables Part I. Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen in Europa Teil I, Introduction, Estonia, Italy, Poland, Portugal, Scotland, Slovenia, Spain. Einführung, Estland, Italien, Polen, Portugal, Schottland, Slowenien, Spanien*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- SALOMONS, Arthur: *Transfer of Title Concerning Movables Part IV, National Report: The Netherlands*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.

2. Diversos

- BALTHASAR, Stephan: *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht. Eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- BENTELE, Florian: *Gesamtschuld und Erlass. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- BÜTTNER, Benjamin: *Umfang und Grenzen der Dritthaftung von Experten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- NEISES, Reiner: *Die Provision des Immobilienmaklers in Frankreich. Ein Modell für das deutsche und das europäische Recht?*, Baden-Baden, Nomos, 2006.
- PIEKENBROCK, Andreas: *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

III. PRINCIPIOS EUROPEOS

- VON BAR, Christian: *Benevolent Intervention in Another's Affairs. Principles of European Law*, München, Sellier, 2006.
- HESSELINK, Martijn; RUTGERS, Jacobien W.; BUENO DÍAZ, Odavia; SCOTTON, Manola, y VELDMANN, Muriel: *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, Principles of European Law*, München, Sellier, 2006.
- JELOSCHKE, Christoph: *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München, Sellier 2006.
- RUDOLF, Claudia: *Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen. UN-Abtretungsübereinkommen, UNIDROIT-Factoringübereinkommen, PECL, UNIDROIT-Principles*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- BASEDOW, Jürgen, y KONO, Toshiyuki (eds.): *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

- HERGET, Frank Martin: *Die internationale Zuständigkeit im Electronic Commerce in der Europäischen Union*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- KROPHOLLER, Jan: *Internationales Privatrecht. Einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- RUMOHR, Karl v.: *Grenzübergreifende Fernabsatzverträge im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- FLESSNER, Axel, y VERHAGEN, Hendrik: *Assignment in European Private International Law. Claims as property and the European Commission's «Rome I Proposal»*, München, Sellier, 2006.

V. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Agnes H.: *Der Prozessvergleich im internationalen Verhältnis. Unter besonderer Berücksichtigung anerkennungs- und vollstreckungsrechtlicher Fragen im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr der Schweiz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- BREYER, Michael: *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses. Das deutsche, englische und amerikanische Prozesskostensystem im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- KAYSER, Jan: *Alternative Formen gerichtlicher und außergerichtlicher Streitbeilegung im deutschen und französischen Zivilprozess. Les modes alternatifs judiciaires et extrajudiciaires de résolution des conflits en procédure civile allemande et française*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- KLÖCKNER, Ilka: *Grenzüberschreitende Bindung an zivilgerichtliche Präjudizien. Möglichkeiten und Grenzen im Europäischen Rechtsraum und bei staatsvertraglich angelegter Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- LYNKER, Thomas: *Der besondere Gerichtsstand am Erfüllungsort in der Brüssel I-Verordnung (Art. 5 Nr. 1 EuGVVO)*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- MITTENZWEI, Eike Christian: *Die Verhinderung von Verfahrenskollisionen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- NIEROBA, Alice: *Die europäische Rechtshängigkeit nach der EuGVVO [Verordnung (EG) Nr. 44/2001] an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- SACHSE, Kathrin: *Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- SCHUBERT-PANECKA, Katarzyna: *Die Europäisierung des internationalen Zivilverfahrensrechts in Polen. Lugano-Übereinkommen und EuGVO*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.

Legislación

LA ALLGEMEINE GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ (LEY DE IGUALDAD DE TRATO)

Precedida de una gran controversia política y con un retraso considerable, finalmente ha sido promulgada en Alemania la ley de transposición de las Directivas europeas de lucha contra la discriminación, en vigor desde el pasado 18 de agosto de 2006 (BGBl I, 1897). La causa de tanta discusión y consiguiente demora en la aprobación de la norma es que ésta va más allá de lo previsto en las Directivas en el ámbito del Derecho privado. A continuación se ofrece una breve presentación de la norma, como continuación de lo que ya se comentó, en esta misma sección de la crónica [3 (2005) ADC], cuando la misma todavía estaba en fase de proyecto.

1. Transposición más allá de las Directivas comunitarias

Con la Ley de igualdad de trato (en la abreviatura alemana, AGG) resultan transpuestas en total cuatro Directivas comunitarias: La Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE, 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; y la Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Todas las normas acabadas de mencionar tratan de suprimir diferentes motivos de discriminación –distintos– en cada Directiva– que, aunque operan en ámbitos y contextos parecidos, no son idénticos. Con todo, la AGG transpone las cuatro Directivas en un único texto. La ley combina el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43/CE –el más amplio– con el catálogo de motivos que no permiten un trato desigual establecido en las otras directivas y prohíbe la discriminación en la oferta de bienes y servicios disponibles para público, no sólo por razones de origen racial o étnico, sino también de sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Estructura de la AGG

En la Parte General (Sección 1), la AGG establece la finalidad y el ámbito de aplicación de la norma y define la noción de trato desigual. El legislador alemán evita la palabra «discriminación» («*Diskriminierung*») y usa el concepto más neutro de «*Benachteiligung*». De este modo se da a entender que cualquiera puede ser tratado de manera diferente, sin que ello entrañe necesariamente una discriminación. La Sección 2 regula la prohibición de discriminación en el ámbito laboral. Luego (Sección 3) se establecen los mecanismos de protección para las personas que sufren un trato discriminatorio en el tráfico jurídico privado. La Sección 4 regula las sanciones y la 5

establece disposiciones aplicables a las relaciones de servicios en el ámbito del Derecho público. Finalmente, la Sección 6 dispone la creación, dentro del Ministerio Federal para la Familia, Ancianos, Mujeres y Niños, de un organismo de lucha contra la discriminación. La normativa de Derecho privado se encuentra repartida a lo largo de las Secciones 1, 3 y 4.

3. Alcance de la norma en el tráfico jurídico privado

1. El § 19.1 AGG prohíbe todo tipo de trato diferenciado basado, directa o indirectamente, en el establecimiento, cumplimiento o extinción de relaciones jurídicas privadas, por razón de raza, origen étnico, sexo, religión o discapacidad, edad o identidad sexual. Por el contrario, no está prohibida lo que en la Directiva 2000/78/CE es discriminación por razón de creencias personales. El precepto citado más arriba sólo se aplica a contratos celebrados en masa y contratos de seguro. Se entiende que un contrato «en masa» es el que se celebra con independencia de la persona y en condiciones parecidas para toda una serie de contratos. En general, el § 19 AGG se está refiriendo a prestaciones ofrecidas por empresarios, no por particulares. 2. La ley dispensa especial protección frente a las discriminaciones por razón de raza u origen étnico en las relaciones obligatorias que tienen por objeto el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y en la oferta de los mismos, incluida la vivienda [§ 19.1 AGG; art. 3.1 *h*) Directiva 2000/43/CE]. 3. El § 19.5, III AGG se refiere a la vivienda: el alquiler esporádico de viviendas no se considera un contrato en masa, supuesto que el arrendador no haya alcanzado un volumen de negocio de más de 50 arrendamientos.

4. Excepciones a la prohibición de discriminación

1. El § 5 AGG contiene una excepción general. El precepto admite un trato diferenciado cuando los perjuicios puedan ser compensados a través de «medidas efectivas y proporcionadas». Según las Directivas, los Estados miembros pueden compensar determinadas discriminaciones mediante el establecimiento o mantenimiento de medidas específicas (art. 5 Directiva 2000/43/CE; art. 7 Directiva 2000/78/CE, y art. 6 Directiva 2004/113/CE). Es dudoso, sin embargo, que los Estados miembros puedan establecer un apoderamiento similar al que hoy puede leerse en la cláusula general del § 5 AGG, cuya aplicación se acaba dejando en manos de los particulares. Según la AGG a éstos corresponde (por tanto, en definitiva, el juez) establecer si existe un perjuicio y qué medidas proporcionadas pueden acordarse para compensarlo. 2. La prohibición de discriminación no rige en el ámbito de las relaciones obligatorias en las que existe una especial proximidad o relación de confianza entre las partes o sus familiares (por ejemplo, relaciones arrendaticias en que las partes del contrato o alguno de sus parientes habiten diferentes apartamentos de un mismo edificio, § 19.5 AGG). 3. Tampoco, cuando existen razones objetivas, por ejemplo, porque el trato no paritario trata de evitar o reducir algún peligro o daño, o proteger la esfera privada, o se establece en aras a la seguridad privada. No se puede alegar discriminación por razón de raza u origen étnico porque la Directiva 2000/43/CE no lo justifica.

5. Sanciones

1. Los perjudicados por una actuación contraria a la prohibición de discriminación pueden interponer acciones de cesación y tendentes a eliminar la situación que causa el perjuicio (§ 21.1 AGG) y reclamar indemnización por los daños patrimoniales y morales causados (§ 21.2, I y III AGG). En el caso de daños patrimoniales, se parte de la existencia de una presunción de culpabilidad. De nuevo es dudoso que esta previsión sea compatible con el Derecho comunitario. En relación con la Directiva 76/207/CEE el TJCE (asunto *C-180/95, Nils Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG*) afirmó que la exigencia de culpa que entonces venía establecida en el Derecho civil alemán era contraria a la norma comunitaria. La AGG tampoco deja claro si el perjudicado puede exigir que la sanción consista en la contratación forzosa, cuando, precisamente, la discriminación tenga su origen en la negativa a contratar. 2. Cualquier pretensión se debe hacer valer en el plazo de dos meses, salvo que el plazo fuera de imposible observancia sin culpa del perjudicado (§ 21.5 AGG). 3. Las normas sobre carga de la prueba (§ 22 AGG) y los derechos que se conceden a las Asociaciones de lucha contra la discriminación (§ 23 AGG) deberían facilitar la aplicación de la ley.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS Y ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

1. Fuentes del Derecho, ordenamiento jurídico comunitario y jurisprudencia

AAVV: *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 279 pp. ISBN 8447210227.

AAVV: *Integración europea y poder judicial. Ponencias presentadas a las Jornadas celebradas en Bilbao los días 23, 24 y 25 de febrero de 2005*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 2006, 339 pp. ISBN. 8477772983.

AHUMADA RUIZ, Marian: *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Civitas, 2005, 331 pp. ISBN. 8447023303.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Civitas, 2006, 570 pp. ISBN. 8447025810.

BARÓN CRESPO, Enrique: *Constitucionalización del poder legislativo en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2006, 307 pp. ISBN 8447025578.

PASCUA MATEO, Fabio: *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español*, Madrid, Civitas (ed.), 2006, 399 pp. ISBN 8447025829.

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en las actividades del Proyecto 2005 SGR00759.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel: *Las fuentes del Derecho en el sistema angloamericano*, México DF., Porrúa, 2005, 281 pp. ISBN. 9700757021.

2. Códigos europeos

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro (coord.): *Código Civil francés/Code civil. Edición bilingüe*, Madrid-Barcelona, 2005, pp. CXXX, 979. ISBN 8497682128.

3. Derecho de la persona y Derecho de familia

AAVV: *Estudios sobre Administraciones Públicas y protección de datos personales. I Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, celebrado el día 2 de noviembre de 2004, en la Sede de la Universidad Carlos III, Madrid, Civitas, 2006, 336 pp. ISBN 8493401129.

AAVV: *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2006, 163 pp. ISBN 8498360722.

ARENAS RAMIRO, Mónica: *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 637 pp. ISBN 848456648X.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (ed.): *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Madrid, 2006, 236 pp. ISBN 847850141X.

4. Derecho de contratos

AZPARREN LUCAS, Agustín: *Hacia un Código del Consumidor*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, 860 pp. ISBN 8496518566.

KOZOLCHYK, Boris: *La contratación comercial en el Derecho comparado*, Barcelona, Dykinson, 2006, 522 pp. ISBN 8497728777.

OSORIO SERRANO, Juan Miguel: *Europa y los límites de la autonomía privada*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2005, 240 pp. ISBN 8433833391.

4. Derecho Registral

RAJOY, Enrique: *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2005, 188 pp. ISBN 8496347257

5. Derechos humanos y Derechos fundamentales

JIMENA QUESADA, Luis: *Sistema europeo de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2006, 270 pp. ISBN 847879994X.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo: *Vías concurrentes para la protección de los Derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2006, 169 pp. ISBN. 8447025039.

6. Espacio judicial europeo

NOGALES CEJUDO, J. (dir.): *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (ed.), 2006, 301 pp. ISBN: 8496518434.

PUIG BLANES, Francisco de Paula: *La cooperación judicial civil en la Unión Europea*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2006, 367 pp. ISBN 8496283356.

VIRGÓS SORIANO, Miguel; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: *Espacio judicial europeo en materia civil y mercantil. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Civitas, 2005, 942 pp. ISBN 8447024822.

7. Derecho mercantil

PÉREZ CARRILLO (coord.): *Estudios sobre Derecho mercantil europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 288 pp. ISBN 8497682092.

Legislación

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO*

Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios

El 31 de marzo de 2006 se presentó en el Congreso de los Diputados el *Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (BOCG, VIII Legislatura, Serie A, núm. 83-1). Bajo tal denominación se incluye un conjunto de normas bastante heterogéneas, que ha facilitado que en el *iter* parlamentario se haya aprovechado para introducir preceptos nuevos, que nada o poco tenían que ver con el proyecto inicial. Este modo de legislar resulta en sí mismo criticable, por su falta de rigor y por la inseguridad jurídica que provoca; por lo que ha venido a denominarse de manera muy gráfica «técnica legislativa Pisuerga» (COCA PAYERAS, M., «Aproximación al proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación», *La Notaría*, 2-1998, pp. 37 ss.).

Según se justifica en la Exposición de Motivos, el origen del Proyecto de Ley se encuentra en la STJCE de 9 de septiembre de 2004 (Asunto C-70-2003). En la misma se declaró que el Reino de España había incumplido determinadas obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En concreto, se entendía que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 5 y al apartado 2.º del artículo 6 de la citada Directiva. Ello justifica, por un lado, la modificación de los artículos 10.2 de la LGDCU y 6 de la LCGC, y por otro, la modificación del artículo 10 bis, ap. 3.º de la LGDCU y del artículo 3 de la LCGC. Las dos cuestiones que se ventilaban en la citada sentencia y que son objeto de modificación son las siguientes:

A) Por lo que se refiere al artículo 5 de la Directiva 93/13, éste determina lo siguiente: «(...) *En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva*». Estos procedimientos que se citan in fine son los relativos a las acciones de cesación. Tanto el artículo 10.2 de la LGDCU como el artículo 6, ap. 2.º de la LCGC consa-

* Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

gran la regla de la interpretación más favorable al consumidor o adherente en cuanto a las cláusulas dudosas u oscuras, sin ninguna matización respecto a si se trata de ejercicio de acciones individuales o colectivas. La modificación proyectada viene a recoger la doctrina del TJCE, para matizar que el principio de interpretación favorable al consumidor sólo se va a aplicar en los supuestos en los que se ejerciten acciones individuales, pero no las colectivas.

Las razones parecen claras: cuando se ejercita una acción individual, referida a un contrato ya celebrado, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente al mismo. En cambio, cuando estamos ante una acción colectiva, lo que se discute es el carácter abusivo de una cláusula que puede ser incluida en contratos que todavía no se han celebrado. En este segundo caso se considera que, para obtener con carácter preventivo un resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, en caso de duda no procede interpretar la cláusula en el sentido de producir efectos favorables para ellos, sino que debe conducir a la prohibición de utilización de dicha cláusula, con la consecuencia directa de una protección más amplia de los consumidores.

B) En cuanto al ap. 2.º del artículo 6 de la Directiva, en él se señala lo siguiente: «*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*». En este punto, el artículo 10 bis, ap. 3.º de la LGDCU se remite a lo previsto en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Por su parte, el artículo 3, ap. 2.º de la LCGC viene a establecer la aplicación de dicha Ley también en los casos de contratos sometidos a legislación extranjera, cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales. El TJCE considera que el artículo 6, ap. 2.º de la Directiva lo que pretende es garantizar la protección de todos los consumidores en todos los contratos celebrados con un profesional, mientras que la normativa española es más restrictiva. Sobre la base de lo anterior el Proyecto de Ley da nueva redacción al núm. 3 del artículo 10 bis de la LGDCU, modificando igualmente el ap. 2.º del artículo 3 de la LCGC.

Hasta aquí llega la modificación impuesta por la STJCE. El resto del Proyecto de Ley, según se afirma en la Exposición de Motivos, se refiere «a diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficit de protección». El porqué quedan afectados unos ámbitos, y no otros, es algo que no se explica, y desde luego la experiencia (incluida la de los tribunales) abarca muchas otras cuestiones sobre las que no incide el Proyecto de Ley.

Desde un punto de vista sistemático, el Proyecto de Ley tiene sólo tres artículos. El artículo *primero*, dedicado a modificar o introducir nuevos preceptos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El artículo *segundo*, que modifica la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Y finalmente, el artículo *tercero*, que modifica la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos. Las mayores y más extensas innovaciones se contienen en el artículo *primero*, donde más de veinte artículos de la LGDCU son objeto de modificación o de nueva redacción. Las

modificaciones de la LCGC, recogidas en el artículo *segundo* se reducen a acomodar esta Ley a los dictados de la STJCE de 9 de septiembre de 2004, en el sentido anteriormente visto. En cuanto al artículo *tercero*, en relación al contrato de aparcamiento de vehículos, las modificaciones que se introducen en la Ley 40/2002 son mínimas: se amplía el ámbito de aplicación de esta ley a todas las actividades de estacionamiento realizadas en el marco de una actividad empresarial o profesional; se determinan legalmente los requisitos que debe contener el justificante o resguardo que debe entregar el titular del aparcamiento; y se definen los estacionamientos rotatorios, fijando las formas admisibles de cálculo del precio que debe pagar el consumidor (por minuto, sin posibilidad de redondeos a unidades de tiempo no consumidas o utilizadas efectivamente). Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza se incorporan a la enumeración de cláusulas abusivas de la Disposición adicional primera de la LGDCU, con el número 7 bis, dentro del grupo de las referidas a la «vinculación del contrato a la voluntad del profesional».

Destacado lo anterior, me voy a limitar a dar noticia de las principales innovaciones que pretenden introducirse en la Ley 26/1984, de 19 de julio.

I. La modificación más sustancial de la LGDCU aparece en el nuevo Capítulo VI de la misma (integrado por los arts. 20, 20 bis, 21, 21 bis, 21 ter, 22, 22 bis y 22 ter). Se trata con ello de acomodar la Ley 26/1984 a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Debe tenerse presente, por otro lado, que una parte importante del Capítulo VI de la LGDC había quedado afectado por la STC 15/1989, de 26 enero (recursos de inconstitucionalidad acumulados núm. 728/1984, 731/1984 y 735/1984), en el sentido de no ser aplicable a las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias sobre defensa y asociaciones de consumidores y usuarios. En este sentido, lo que pretende el Proyecto de Ley es fijar el régimen al que quedan sometidas las asociaciones de consumidores, conforme a la actual distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Para ello se modifica el régimen jurídico de las asociaciones de consumidores de ámbito nacional, así como el de todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma. La nueva regulación que se pretende imponer es bastante compleja: se establece el deber de inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores (gestionado por el Instituto Nacional del Consumo) y se refuerzan las obligaciones de transparencia de las asociaciones de consumidores, para asegurar su independencia, especialmente en los supuestos en que participen en sociedades mercantiles.

Directamente relacionada con la nueva redacción del Capítulo VI de la Ley está la modificación de otros preceptos de la misma, que tiene una entidad menor. A título de mero ejemplo, la modificación del artículo 8, dedicado a la oferta, promoción y publicidad, sólo queda retocada en su núm. 3, cuando se alude a las asociaciones de consumidores y usuarios, «*constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley*», en el sentido de estar legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacer cesar la publicidad falsa o engañosa. La modificación se limita a suprimir el inciso resaltado en cursiva que, por otro lado, ya había sido declarado inconstitucional y nulo por la citada STC 15/1989, de 26 enero.

II. Otra de las novedades importantes está relacionada con la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Según el artículo 9.b) de esta Direc-

tiva, para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida, se deben tener en cuenta, entre otras cuestiones, «cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante». El Proyecto de Ley incluye varias disposiciones relacionadas con la mencionada Directiva. El nuevo artículo 12 de la LGDCU es un claro ejemplo, desarrollando extensamente la idea de que en la contratación con consumidores debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato. En este sentido, en los contratos con consumidores se prohíben expresamente las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. Pero lo que recibe un tratamiento más exhaustivo son los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado. En estos casos se prevé que el consumidor pueda ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados. Además de ello, en estos contratos se debe recoger de manera expresa el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al contrato [*vid.*, recientemente las consideraciones de Ebers, M. y Arroyo Amayuelas, E., «“Heininger” y las sanciones sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9-2006, pp. 407-442].

Esta disposición se complementa con la incorporación en la Disposición adicional primera de la LGDCU de una nueva cláusula 17 bis, dentro del grupo de las referidas a la «*Falta de reciprocidad*». La redacción es tan compleja, que son previsibles bastantes dudas en cuanto a su aplicación práctica. Así, se dice que tendrán el carácter de abusivas: «Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados».

A lo anterior deben añadirse las modificaciones que se introducen en el artículo 10 bis de la LGDCU. A la hora de integrar el contrato, además de reiterarse la remisión al artículo 1258 del Código Civil, se añade ahora una referencia expresa a la buena fe objetiva, para reforzar la posición contractual del consumidor. Además, en la modificación proyectada para el artículo 13 de la LGDCU, se establece la necesidad de que la información precontractual

obligatoria se facilite al consumidor de forma gratuita, sin costes adicionales. Se pretende con ello evitar prácticas lesivas bastante habituales, conforme a las cuales el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios no sólo suponen costes adicionales a los consumidores, sino una retribución adicional al operador, mediante la utilización de las nuevas tecnologías.

III. Entre las modificaciones de la LGDCU que aparecen *ex novo* tras el Informe de la Ponencia (BOCG, núm. 83-9, de 3 de octubre de 2006), dentro del Capítulo IX, dedicado al régimen de infracciones y sanciones, merece la pena destacar el añadido de un núm. 4 en el artículo 36 del siguiente tenor: «Conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, *en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción*, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial». Este texto procede de una enmienda transaccional basada en las enmiendas núm. 2, 16 y 61. Realmente en éstas lo que se pretendía era que la efectiva satisfacción de los daños y perjuicios causados al consumidor fuera una circunstancia atenuante en orden a la graduación de la sanción impuesta. Alguna ley autonómica contempla expresamente esta posibilidad (así, el art. 42.2 de la Ley 11/2002, de 2 diciembre, de Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias). Pero en el Proyecto de Ley se va más allá, previendo que sea la propia Administración, dentro del procedimiento sancionador, la que pueda exigir al infractor una determinada cuantía en concepto de indemnización. Los problemas dogmáticos y prácticos que puede plantear esta solución son evidentes, por lo que el legislador, como no podía ser de otra manera, deja expedita la vía judicial en caso de impago de tal indemnización fijada en vía administrativa.

IV. También procede del Informe de la Ponencia la inclusión en la LGDCU de un nuevo artículo 42 en el que se regulan las funciones de la denominada Conferencia Sectorial de Consumo, integrada por el Ministro de Sanidad y Consumo y los Consejeros competentes en esta materia de las Comunidades Autónomas, como máximo órgano de cooperación institucional del Estado con las Comunidades. Dichas funciones son un tanto ambiguas. Lo más destacable es lo previsto en la Disposición final sexta, relativa al sistema arbitral de consumo (de acuerdo con el texto remitido al Senado). Se prevé en la misma que, en el plazo de un año, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dicte una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, en la que se incluya también el arbitraje virtual.

Todo lo relativo al arbitraje es objeto de varias modificaciones en la LGDCU. Ya en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se destaca la poca efectividad del artículo 10.4 de la Ley para prevenir la imposición al consumidor de arbitrajes distintos del Sistema Arbitral de Consumo. En consecuencia, se suprime el núm. 4 del artículo 10 y se reconduce la regulación al núm. 4 del artículo 31, donde se prevé que los convenios arbitrales con consumidores, distintos del arbitraje de consumo, sólo pueden pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales crea-

dos por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en este precepto se consideran nulos.

V. De orden menor son otras innovaciones, como la incluida en el nuevo artículo 6 bis LGDCU, donde se establece la posibilidad de adoptar por las Administraciones Públicas una serie de medidas ante situaciones de riesgo para la salud, incluida la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas. Creo que el contenido de este nuevo precepto debería haberse colocado sistemáticamente después del artículo 5, dedicado a la salud e integridad física de los consumidores y usuarios. En cualquier caso, sorprende que no exista ninguna referencia expresa a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, así como a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que se remite expresamente a la anterior.

VI. Otra de las «novedades», finalmente, con las que nos sorprende el legislador (no contemplada en el Proyecto de Ley inicial, y que aparece también tras el Informe de la Ponencia), es la previsión contenida en la nueva Disposición final cuarta bis, que pasa a ser Disposición final quinta en el texto que se remite al Senado después de la Aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena (BOCG, núm. 83-11, de 17 de octubre de 2006). Según la misma: «*Se habilita al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*». Debe recordarse que literalmente ya se incluye el mismo texto en la Disposición final cuarta de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. La única diferencia se encuentra en que entonces la habilitación al Gobierno para refundir tenía una duración de tres años (la Ley se publicó en el BOE de 11 de julio de 2003 y entró en vigor a los dos meses de su publicación), plazo que ya ha transcurrido con creces. El tenor literal del contenido de la habilitación es ahora idéntico al de la Ley 23/2003. Con la nueva Disposición final del Proyecto de Ley se dan alas al Gobierno para incumplir a voluntad el mandato de las Cortes Generales, disfrazando con una nueva delegación legislativa lo que no es sino un incumplimiento palmario de la anterior.

Debe notarse, no obstante, que la autorización para refundir no determina con exactitud el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación. Resulta bastante ambigua la referencia a la Ley 26/1984, y a *las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella*. Con ello se corre el peligro de dejar fuera del futuro texto refundido algunas de estas normas de trasposición, como ha ocurrido en Italia con el Código de Consumo, aprobado por Decreto Legislativo núm. 206, de 6 de septiembre de 2005, en el que no se incluyen determinados aspectos relativos a las ventas a domicilio, al crédito al consumo, a los contratos a distancia y al comercio electrónico.

Por otro lado, la autorización para refundir del Proyecto de Ley es la más amplia posible pues, de acuerdo con el artículo 82.5 de la Constitución, no se circunscribe a la mera formulación de un texto único, sino que incluye la de *regularizar, aclarar y armonizar* los textos legales que han de ser refundidos.

La nueva Disposición final es fiel al texto de la Constitución en este punto, pero lo que también viene a poner de relieve es que en 2003 el legislador fue ya consciente de que desde hace tiempo nuestra legislación sobre consumidores es obscura (hace falta aclararla), y no está armonizada. Y así seguimos, mientras el legislador se dedica a la cómoda y fácil tarea de hacer una Ley nueva por cada Directiva que hay que transponer (desarmonizando y añadiendo más obscuridad a la situación), a lo que se añade que la mayor parte de las veces se limita a reiterar literalmente el contenido de las Directivas, copia literal que se hace casi siempre, sin ningún rubor, fuera ya del plazo para transponer el texto al Derecho interno. Habrá que estar muy atentos a este futuro texto refundido. Por destacar una única cuestión, en la versión que se ha hecho circular extraoficialmente, a la que seguidamente aludiré, se empieza modificando el concepto de consumidor que hasta ahora recoge la LGDCU en su artículo 1.2. Sigue refiriéndose a personas tanto físicas como *jurídicas*, pero ya no se trata de los que «adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones...», sino que pasa hablarse de los que «actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional», lo que se acomoda mejor a lo previsto en diversas Directivas comunitarias.

En todo caso, a la hora de «refundir» urge plantear el debate sobre el modelo a seguir, especialmente en lo relativo a los contratos con consumidores [sobre el tema, entre otros, ALPA, G., *Il Diritto dei Consumatori*, Ed. Laterza, Roma, 2002, *passim*; ALBIEZ DORMANN, K.J., «La integración del Derecho de consumo contractual en el Código Civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?», en *Estudios en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; Díez-Picazo, L., «Contratos de Consumo y Derecho de Contratos», *ADC*, 2006-1, pp. 11 ss.]. Se trata de decidir si lo que se quiere hacer es un Código de Consumo a la italiana, como un Derecho fragmentario de carácter especial, en el que han ido a parar algunas de las disposiciones contenidas en el *Codice civile*, en concreto los artículos 1519 bis a 1519 nonies, dedicados a la venta de bienes de consumo (en esta misma línea, en el vecino Portugal se ha dado publicidad recientemente a un Anteproyecto de *Código do Consumidor*, con más de setecientos artículos); o bien si es preferible insertar lo referente a los contratos de consumo en el Código Civil, como se ha hecho en Alemania.

En el caso de España, según se nos anuncia en la revista *Noticias* del Instituto Nacional de Consumo, de mayo de 2006 (<http://www.consumo-inc.es/revista/mayo/principal.htm>), existe actualmente un borrador para cuya elaboración se constituyó un grupo de trabajo en el que participaron representantes de los Ministerios de Sanidad y Consumo, Justicia (incluidos dos representantes de la Comisión General de Codificación), Industria, Turismo y Comercio y Economía y Hacienda. En dicho borrador se recoge tanto la regulación de Derecho público contenida en la Ley 26/1984, de 19 de julio, como la regulación general de los contratos con consumidores. No obstante, si se atiende a la Disposición derogatoria se llega a la conclusión de que la refundición es parcial, ya que afecta únicamente a la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y Usuarios; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, y finalmente, en cuanto a la Ley 7/1996,

de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, la derogación sólo afecta al artículo 48 y a la Disposición final única

En el fondo, lo que se pretende es seguir el modelo francés de *Code de la Consommation*, por su mayor flexibilidad, para posibilitar la incorporación armónica de futuras y previsibles modificaciones ya se refieran a preceptos aislados, o a completos regímenes jurídicos sin afectar a la estructura y armonía final del texto en que se integran. En esta denominada codificación *à droit constant*, lo que se pretende es reunir y ordenar las normas existentes sin crear reglas nuevas, de modo que las disposiciones codificadas sustituyen por completo las dispersas leyes anteriores relativas a la materia de que se trate [OPPÉTIT, B., «De la codification», en BEIGNIER, B. (Dir.), *La codification*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 7 ss.; y en España, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 64 ss.]. Estas materias no son en Francia los grandes campos del Derecho (civil, mercantil, penal, procesal) de la codificación tradicional, sino sectores más específicos (consumo, propiedad intelectual, derecho rural) que por esta vía se dotan de una cierta individualidad. Con este método se puede conseguir un mejor conocimiento y accesibilidad de las normas vigentes y, a la larga, contribuir a la depuración del ordenamiento en la medida en que el propio proceso de selección sirve para detectar las lagunas y las incoherencias de la normativa sobre consumidores.

FRANCIA

ELISE POILLOT y CYRIL NOURISSAT

Bibliografía

ELISE POILLOT*

1. Códigos

CACHARD, O: *Code maritime, droit international et droits européens*, Larcier, 2006.

2. Derecho comparado y Derecho internacional privado

ANCEL, B., y LEQUETTE, Ancel: *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006⁵.

BONOMI, Andrea, y STEINER, Marco: *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et droit international privé*, Gèneve, Librairie Droz, 2006.

3. Derecho institucional de la Unión europea

AUER, A., y CADOU, C.: *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Paris, LGDJ 2006.

* Maître de Conférences de la Université Lyon 3. Directrice Adjointe de l'Institut de Droit Comparé Edouard Lambert.

- CONSTANTINESCO, L. J.: *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- BEAUCHESNE, B.: *La construction européenne*, Ellipses, 2006.
- BILLARD, J. N.: *Droit du contentieux communautaire*, Ellipses, coll. Université-Droit, 2006.
- CARTOU, L.; CLERGERIE, J. L.; GRUBER, A, y RAMBAUD, P.: *L'union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 2006.
- JACQUÉ, J. P.: *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Cours, 2006.
- ZARKA, J. C.: *L'essentiel des institutions communautaires*, Gualino éd., coll. Les carrés, 2006.

4. Derecho contractual comunitario

- AUBERT DE VINCELLES, C., y ROCHFELD, J (dir.): *L'Acquis communautaire, Les sanctions de l'inexécution du contrat*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2006.
- POILLON, E.: *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Préface de P. de Vareilles-Sommières, bibliothèque de droit privé, Tome 463, LGDJ, 2006.

6. Derechos humanos

- CARILLON, A.: *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- LAZAUD, F.: *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006.
- MILANO, L.: *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Préface de F. Sudre, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, Tome 57, 2006.

7. Otros

- ASCENSIO, H.; LAMBERT ABDELGAWAD, E., y SOREL, J. M.: *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006
- BERR, C. J., y TRÉMEAU, H.: *Le droit douanier, communautaire et national*, Paris, Economica, 2006.
- CLERGERIE, J. L.: *Politiques communes de l'Union européenne*, Ellipses, coll. Mise au point, 2006.
- DRUESNE, G.: *Droit de l'Union européenne et politiques fondamentales*, Paris, PUF, 2006.
- BERR, C. J, y TRÉMEAU, H.: *Le droit douanier, communautaire et national*, Paris, Economica, 2006.
- FAUVARQUE-COSSON, B, y PATRIS-GODECHOT, S.: *Le Code civil face à son destin*, La documentation française, 2006
- HENRION, H.: *La nature juridique de la présomption d'innocence, comparaison franco-allemande*, Faculté de droit de Montpellier, coll. Thèses, 2006.
- ISIDORO, I.: *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, Préface de P. Dévolvé, bibliothèque de droit public Tome 242, LGDJ, 2006.

RAIMBAULT, Ph. (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006.

Varii auctores, *Quelles valeurs pour l'Union européenne, Les entretiens européens d'Épernay*, La documentation française, 2006.

Legislación y Jurisprudencia

CYRIL NOURISSAT*

Algunos aspectos de la transposición en Francia de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de ciertos aspectos del Derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información

Con un innegable retraso –¿desde la perspectiva francesa es eso acaso una sorpresa?– ha sido incorporada en el Derecho francés la Directiva sobre armonización de ciertos aspectos del Derecho de autor y de los Derechos afines en la sociedad de la información (*DOCE* L 167, de 22 de junio de 2001, 10), lo que ha dado lugar a la promulgación de la Loi núm. 2006-961, de 1 de agosto de 2006, *relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (JORF, de 3 agosto de 2006, 11529).

No se trata ahora de analizar el contenido de esta ley, que, por otra parte, ya ha merecido numerosos y autorizados comentarios, señalándose en todos ellos la gran modificación que resulta para el Derecho de autor, de los intérpretes y de los productores y, sobre todo, la gran cantidad de nuevos conceptos que el Derecho francés está llamado a integrar en su acervo y que, para algunos, se traduce en la introducción del modelo del *copyright* (así, por ejemplo, D. Velardocchio, «Réforme du droit d'auteur et autres évolutions sous l'influence européenne», *Droit & Patrimoine*, núm. 152, octubre de 2006, 102 ss). Más bien se tratará ahora de otros aspectos. La norma –muy discutida, con debates largos y fructíferos– fue llevada ante el *Conseil constitutionnel* tan pronto como fue adoptada y, desde finales del mes de julio de 2006, se cuenta ya con su sentencia (*Conseil Constitutionnel*, 27 de julio de 2006, núm. 2006-540 DC, JORF, de 3 de agosto de 2006, 11541). El Tribunal censura ciertos artículos de la ley, pero también establece ciertas reservas en su interpretación, por lo demás haciendo uso de una técnica que le es muy familiar. Recordemos ahora que el juez constitucional no sólo puede censurar –total o parcialmente– las disposiciones que se someten a su consideración, sino que también puede emitir ciertas reservas a propósito de su interpretación, esto es, puede decir que tal o cual artículo no puede y no debe ser interpretado más que según la propuesta que el propio Tribunal establece. Para dar un ejemplo concreto, que versa sobre la interacción de los artículos 13 y 14 de la ley, el Tribunal deja claro que:

«La référence faite par l'article 13 au respect du "droit d'auteur" doit s'entendre, compte tenu du contexte dans lequel elle s'insère, comme renvoyant également au respect des droits voisins du droit

* Prof. Agrégé des Facultés de Droit de l'Université Lyon 3.

d'auteur; que, sous cette réserve, l'article 13 n'est pas manifestement incompatible avec la directive du 22 mai 2001 susvisée.»

Más allá del caso particular que se analiza, esta decisión de 27 de julio es importante porque parece que, por primera vez, el Tribunal proporciona una explicación clara de cuál es la función que le corresponde en los supuestos de transposición de directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico nacional. Es conveniente reproducir sus propias palabras:

«En ce qui concerne les obligations propres à une loi de transposition:

16. Considérant que le titre Ier de la loi déferée a pour objet de transposer la directive du 22 mai 2001 susvisée sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information;

17. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution: "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences"; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle;

18. Considérant qu'il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence; que, toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite;

19. Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti;

20. Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel.»

En otras palabras, los jueces declaran ser los encargados de velar por y controlar la correcta transposición de las directivas por parte del legislador nacional. Pero, sobre todo, el propio Tribunal Constitucional asume el encargo de un control *prima facie*, limitado al examen –y a la eventual censura– de las «*disposition[s] législative[s] manifestement incompatible[s]*».

En este punto, la decisión no hace sino confirmar –y quizás fijar definitivamente– una tendencia iniciada hace ya algunos años y desarrollada poste-

riormente en la jurisprudencia. Así, en la sentencia (*Conseil Constitutionnel*, de 10 de junio de 2004, núm. 2004-496 DC, JORF de 22 de junio de 2004, 11182) sobre la ley de comercio electrónico (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*), el Tribunal afirmaba que:

«La transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution.»

Siguieron a ésta otras decisiones en la misma línea que, por cierto, no concluyeron poniendo de manifiesto la existencia de un principio de contradicción entre el texto de la Directiva y una norma de la Constitución.

Por el contrario, otras veces el mismo Tribunal Constitucional ha recordado firmemente los límites de su misión. Lo ha hecho, por ejemplo, en la sentencia relativa a la *Loi pour l'égalité des chances* (*Conseil Constitutionnel*, de 30 de marzo de 2006, núm. 2006-535 DC, JORF de 2 de abril de 2006, 4964):

«Si la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne.»

En suma, el Tribunal Constitucional es el guardián de la «efectiva transposición» de las Directivas, pero no de la conformidad de las leyes a tales Directivas.

Al basarse en los términos precisos del artículo 88.1 de la Constitución francesa, el Tribunal juzga que la transposición del Derecho comunitario en el Derecho interno constituye una exigencia constitucional. Sin embargo, el mismo Tribunal ha establecido que su control está sometido a dos límites. El primero se refiere al alcance de la exigencia constitucional de transposición de las Directivas. En ciertos casos, ésta no vincula al legislador. Es así cuando los objetivos de la Directiva son contrarios al bloque de constitucionalidad, ya que, evidentemente, la transposición de la norma comunitaria no puede cuestionar una regla o principio del orden constitucional de la nación. Puede pensarse que se está ante una hipótesis rara, pero, en todo caso, es necesario preservar tal posibilidad. El episodio alemán relativo a la «transposición» de la decisión-marco sobre la orden de detención europea ¡desde luego incita a la prudencia!

El segundo límite resulta de las modalidades del control de constitucionalidad, tal y como hoy se regula en Francia. Efectivamente, el Tribunal Constitucional ejerce un control *a priori*, es decir, antes de la promulgación de la norma. Por consiguiente, se debe pronunciar en un período muy breve: un mes. En un plazo tan corto, pues, el Tribunal no está en condiciones de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ni tampoco, aunque lo hiciera, podría obtener en ese plazo una respuesta. Además es imposible que el Tribunal pueda detectar con seguridad todos los errores susceptibles de haber sido cometidos por el legislador a la hora de transponer la Directiva. De esta manera puede comprenderse que no decida sancionar más que las normas que sean «manifiestamente» incom-

patibles con la Directiva transpuesta. El control que ejerce se limita al simple error manifiesto de transposición.

Tales precisiones, realizadas, precisamente, a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional del pasado 27 de julio de 2006, sugieren una reflexión. En tal decisión relativa a la ley sobre el derecho de autor, el Tribunal concluye que no existe «error manifiesto de transposición». No debe entenderse, sin embargo, que ello proporciona un *satisfecit* definitivo al legislador en términos de conformidad de la ley examinada al Derecho comunitario. Todavía cabe explorar en el círculo de los «errores sutiles», por oposición a los errores manifiestos. Y tal control puede ser ejercido tanto por la Comisión Europea como por las jurisdicciones nacionales, todo siempre bajo la cobertura de la jurisdicción comunitaria. Por un lado, el procedimiento de infracción por falta de o de incorrecta transposición y, por el otro, la invocación por el ciudadano, ante el juez nacional, de la no inclusión de la norma comunitaria en el ordenamiento jurídico francés, son otros mecanismos que todavía posibilitan un pronunciamiento sobre la conformidad de la ley de transposición a la Directiva comunitaria. En cualquier caso, la jurisdicción ordinaria continúa pudiendo recurrir al Tribunal de Justicia europeo para interponer cuestión prejudicial.

No puede negarse, con todo, que el camino que ha decidido seguir el Tribunal Constitucional contribuye a una mejor aculturación del Derecho comunitario en el Derecho nacional. Eso merecía ser señalado. Y, además, merece ser apoyado.

GRAN BRETAÑA

ALEXANDRA BRAUN*

Bibliografía (2006)

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

ARNULL, Anthony: *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

HAMMER, ULF, y ROGGENKAMP, Martha (eds.): *European Energy Law Report III. Energy & Law*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

HERVEY, Tamara, y KENNER, Jeff (eds.): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

HESSELINK, Martijn W.; RUTGERS, Jacobien W.; DIAZ, Odavia Bueno; SCOTTON, Manola, y VELDMAN, Murial: *Principles of European Law. Commercial Agency, Franchise, and Distribution Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

LLEWELYN, Margaret, y ADCOCK, Mike: *European Plant Intellectual Property*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

* Junior Research Fellow in Law, St. John's College, Oxford.

- MCGLYNN, Clare: *Families and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- WAHL, Nils, y CRAMÉR, Per (eds.): *Swedish Studies in European Law*, Volume 1, 2006, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.
- WALKER, Neil (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

II. DERECHO COMPARADO

- BELL, John: *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- BURROWS, Andrew, y RODGER, Alan (eds.), *Mapping the Law. Essays in Honour of Peter Birks*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- GORDLEY, James, y VON MEHREN, Arthur Taylor, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Legislación (2005-2006)

1. *Medicines (Advertising Amendments) Regulations 2005, S. I., número 2005/2787*

La norma transpone la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano y la Directiva 2004/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, en lo que se refiere a los medicamentos tradicionales a base de plantas, en la medida en que tales directivas afectan a la publicidad.

El citado Reglamento, en vigor el 30 de octubre de 2005, modifica el *Medicines (Advertising) Regulations 1994* (la principal norma en esta materia) y elimina tanto la prohibición de hacer publicidad de medicamentos contra determinadas enfermedades (arts. 5 e 14) como la de mencionar la concesión de una autorización para la comercialización en la publicidad de medicamentos (art. 6). Además introduce cambios en la formulación del artículo 11, relativo a la hospitalidad durante eventos promocionales de medicinas, y admite ciertas alternativas al uso del nombre de productos en los anuncios publicitarios (arts. 7 y 10).

2. *Consumer Protection (Distance Selling) (Amendment) Regulations 2005, S.I., núm. 2005/689*

La norma entró en vigor el pasado 6 de abril de 2005 y modifica el *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000* (S. I., núm. 2000/2334) (la norma principal en la materia). Ambas normas son el resultado de la transposición parcial de la Directiva 97/7/EC del Parlamento Europeo y del Conse-

jo, de 20 de mayo de 1997, sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que se aplican a ciertos contratos sobre bienes o servicios entre un proveedor y un consumidor, en el ámbito de un sistema de venta o de prestación de servicios exclusivamente a distancia (los «*distance contracts*»). El reglamento principal en esta materia atribuye al consumidor el derecho de rescindir el contrato a distancia a lo largo del llamado «*cooling off period*» (periodo de reflexión), cuya duración empieza a contar a partir del momento en el que el proveedor proporciona la información por escrito.

Los cambios introducidos con el *Consumer Protection (Distance Selling) (Amendment) Regulations 2005* afectan en particular a las disposiciones 8, 12 y 13 del *Distance Selling Regulations 2000* y se refieren principalmente al proveedor cuya prestación de servicios tiene lugar inmediatamente tras la conclusión del contrato. Las novedades introducidas afectan al tipo de información que debe ser comunicada por escrito (o en otro soporte duradero) al consumidor tras la conclusión del contrato, así como la tempestividad con la que debe ser proporcionada y la duración del periodo de reflexión.

El artículo 8 ha sido modificado de tal manera que antes de la estipulación de un contrato de servicios, el proveedor ya no está obligado a informar al consumidor del hecho de que no podrá rescindir el contrato una vez que, tras su consentimiento, haya empezado a suministrarse el servicio. Por el contrario, en casos parecidos, el proveedor deberá proporcionar al consumidor información sobre el derecho de desistimiento que le corresponda, siempre que acepte que la ejecución de la prestación tenga lugar siete días laborables tras la conclusión del contrato. Tales informaciones se deben proporcionar previamente o, en tiempo útil (para el consumidor), durante la ejecución del contrato.

Los artículos 12 y 13 han sido reformados de la manera siguiente:

a) si el proveedor de un servicio proporciona la información prevista en el artículo 8 antes de que se haya iniciado la prestación de tal servicio, y el consumidor consiente que la prestación tenga lugar antes del transcurso del período de reflexión, entonces no tendrá derecho de desistimiento; y

b) si el proveedor suministra la información en tiempo útil durante la ejecución de la prestación del servicio, el consumidor tendrá derecho de desistimiento incluso si ha consentido que la ejecución de la prestación comience dentro de los siete días laborales posteriores a la conclusión del contrato; pero entonces el periodo de reflexión comienza a partir del momento en que el consumidor recibe la información y se acaba siete días laborales después, o bien cuando se ha cumplido completamente la prestación.

En lo que concierne a los contratos cuyo objeto son bienes, el *Amendment Regulations* no introduce cambios. Por lo tanto, el derecho de desistimiento empieza a contar a partir del momento en que el contrato ha sido concluido y acaba siete días después de la entrega del mismo, siempre que el proveedor proporcione la información por escrito (u otro soporte duradero) en el mismo momento de la entrega de las mercancías.

3. *Miscellaneous Food Additives (Amendment) (England) Regulations 2005, S. I., núm. 2005/1099*

Es el resultado de la transposición de la Directiva 2003/114 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, que modifica la Directiva 95/2/CE, relativa a los aditivos alimenticios, otros que colorantes y

edulcorantes. El ámbito de vigencia de tal reglamento se limita al Reino de Inglaterra y modifica el *Miscellaneous Food Additives Regulations 1995* (S. I., núm. 1995/3187).

4. ***Takeovers Directive (Interim Implementation) Regulations 2006, S. I., núm. 2006/1183***

La norma resulta de la transposición de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, en relación con las ofertas públicas de adquisiciones. Entró en vigor el pasado mayo de 2006, pero quedará totalmente derogado tras la entrada en vigor de la normativa sobre oferta pública de adquisiciones contenida en la *Company Law Reform Bill*.

5. ***Intellectual Property (Enforcement, etc.) Regulations 2006, S. I., núm. 2006/1028***

Fruto de la transposición de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. La norma está en vigor desde el pasado 29 de abril de 2006, y ha introducido una serie de modificaciones en el ámbito de la propiedad intelectual, además de provocar algún cambio en el *Registered Designs Act 1949* y en el Derecho procesal civil.

ITALIA

S. TROIANO, G. BISSAZA, B. PASA

Bibliografía de Derecho Europeo

A) **Noticias Breves** (G. Bisazza*, S. Troiano**)

IORIATTI FERRARI, E: *Codice Civile Europeo*, Padova, Cedam, 2006.

El libro afronta el debate que en los últimos tiempos tanto ha apasionado a la doctrina civilística europea en cuanto a la oportunidad de dotar a Europa de un Código Civil, como modelo e instrumento para la armonización y uniformización del sistema de Derecho privado de los Estados miembros.

D'ARRIGO, R: *La responsabilità del produttore. Profili dottrinali e giurisprudenziali dell'esperienza italiana*, Milano, Giuffrè, 2006.

El autor analiza la disciplina que regula las relaciones entre consumidores y productores de bienes de consumo y contrasta y compara las reglas contenidas a estos efectos, respectivamente, en el nuevo *Codice del Consumo* (d. lgs. 206/2005) y en el D.P.R. 224/1988.

* Dottore di ricerca y Ayudante en la Catedra de Derecho Civil de la Università degli Studi di Verona.

** Prof. Straordinario di Diritto Civile de la Università degli Studi di Verona.

DE CRISTOFARO, G.: «Il Codice del consumo», en: *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2006, 747 ss.

Se trata de un comentario profundo a la nueva disciplina introducida en el ordenamiento jurídico italiano por el d. lgs. de 6 de septiembre de 2005, núm. 206 (*Codice del Consumo*): en una primera parte, que tiene carácter general, relativa a las características, a la estructura y a los contenidos del *Codice del consumo*, sigue una segunda parte en la que de modo específico y con perfil crítico, se tratan las principales novedades introducidas por la nueva normativa.

DIURNI, A, y HENRICH, D: *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano, Giuffrè, 2006.

Se trata de una introducción a la comparación, que delinea los perfiles de diversos recorridos desde el punto de vista metodológico, histórico, estilístico y de Derecho positivo. El panorama jurídico europeo se presenta con su incesante dinamismo y se pone de relieve las tendencias actuales y las novedades legislativas más recientes, entre las cuales debe contarse con la modernización del libro de las obligaciones del Código Civil alemán de 2002 y el anteproyecto de reforma del Derecho de las obligaciones francés de 2005. Con todo, la atención se centra especialmente en los sistemas jurídicos inglés, francés y alemán, que siempre constituyen modelos de referencia, el Derecho comunitario y los intentos de elaboración de reglas uniformes también son considerados componentes imprescindibles en el estudio del panorama europeo.

B) Otros (B. Pasa)*

ALPA Guido: *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, Laterza, 2006.

BRIGANTI, Giuseppe: *Guida al codice del consumo: la tutela del consumatore tra nuove frontiere e vecchi confini*, Roma, CieRe, 2006.

FEBBRAJO, Tommaso: *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

LISI, Andrea (a cura di), *I contratti di internet: sottoscrizione, nuovi contratti, tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento*, Torino, UTET giuridica, 2006

KÖTZ, Hein, y PATTI, Salvatore: *Diritto europeo dei contratti* (trad. Sabine Buchberger), Milano, Giuffrè, 2006.

MORELATO, Elisa: *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, Cedam, 2006.

CALVO, Roberto: *I contratti del consumatore*, Padova, Cedam, 2005.

CHERUBINI, Maria Carla: *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, Torino, Giappichelli, 2005.

GABRIELLI, Enrico, y MINERVINI, Enrico: *Icontratti dei consumatori*, in: *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2005.

GRECO, Fernando: *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, Jovene, 2005.

IURILLI, Cristiano (a cura di): *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, Giappichelli, 2005.

MANCALEONI, Anna Maria: *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, Jovene, 2005.

SICCHIERO, Gianluca: *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2005.

* Ricercatore di Diritto comparato. Prof. Aggregato Università degli Studi di Torino.

VETTORI, Giuseppe: *Diritto dei contratti e «costituzione» europea: regole e principi ordinanti*, Milano, Giuffrè, 2005.

Bibliografía de Derecho Comparado

B. PASA

- AMATO, Cristina, y PONZANELLI, Giulio: *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica* (17.º Colloquio biennale Associazione italiana di diritto comparato, Brescia, 12-14 maggio 2005), Giappichelli, Torino, 2006.
- ANCESCHI, Alessio: *La famiglia nel Diritto privato internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006.
- BRAUN, Alexandra: *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- CASO, Roberto: *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento, Università di Trento, Quaderni del Dip. Scienze Giurid., 2006.
- COOTER, Robert; MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe; PARDOLESI, Roberto, y ULEN, Thomas: *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile* [volume 1] – *Fondamenti; Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile* [volume 2] – *Applicazioni*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- D'ANGELO, Antonino: *L'errore senza rimedio. La trama di un dialogo fra Common Law e Civil Law in tema di ignorantia iuris, pagamento indebito e difesa dello status quo*, Milano, Giuffrè, 2006.
- DE FRANCHIS, Francesco: *Il diritto comparato dopo la riforma. Lezioni e appunti di una ricerca per l'insegnamento*, Milano, Giuffrè, 2006.
- GALGANO, Francesco: *Istituzioni di diritto privato. Con tavole di comparazione giuridica*, Padova, Cedam, 2006.
- MONATERI, P. Giuseppe, *Pensare il diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2006.

Legislación

G. BISAZZA

Ley núm. 173, de 17 de agosto de 2005, sobre disciplina de la venta directa a domicilio y tutela del consumidor en las ventas piramidales

El 17 de septiembre de 2005 entró en vigor la Ley núm. 173, de 17 de agosto de 2005, sobre la disciplina de la venta directa a domicilio y tutela del consumidor en las ventas piramidales (publicada en la *G.U.* núm. 204, de 2 de septiembre de 2005).

El *iter* que ha llevado a la promulgación de la ley en cuestión trae causa de una doble constatación: por un lado, que, en Italia, en los últimos años, se ha asistido a un cada vez más creciente desarrollo del volumen de negocios generado por el fenómeno de las ventas directas y, en particular, del llamado *multilevel marketing* –sobre el que en seguida volveremos–, que constituye un método específico, en sí mismo, lícito, mediante el cual se actúa el fenómeno ahora referido. Por otro lado, que el éxito de las ventas directas ha

ocasionado que, tras el paraguas que proporciona tal forma de venta, hayan proliferado otras formas de ventas, de carácter turbio, estas sí, dirigidas específicamente al consumidor y comúnmente conocidas con la expresión «ventas piramidales» o «cadena de San Antonio» y que en otros Estados ya han sido objeto de prohibición expresa (por ejemplo, Austria, Bélgica, Alemania, Portugal, Suiza, España).

Por tanto, para una mejor comprensión del tema, es necesario trazar una sincrética distinción entre las formas de venta directa realizadas según la estructura del *multilevel marketing* y las «ventas piramidales». El primero, por concretar mucho las cosas, es una forma de venta «puerta a puerta» mediante la que se comercializan productos por cuenta de una empresa que los presta a los vendedores para que éstos, a su vez, busquen a otros vendedores entre los propios adquirentes de los citados productos. Cada vendedor recibe una remuneración que está en función del volumen de ventas que se hayan llevado a cabo y los servicios que se hayan prestado, bien él directamente, bien los otros vendedores del grupo. Por el contrario, en las ventas piramidales la comercialización del producto o del servicio constituye únicamente una excusa para reclutar a otros (re)vendedores, quienes pagan una suma, no tanto por la adquisición de un determinado bien o servicio, cuanto por obtener la posibilidad de ser vendedor dentro de la organización piramidal. Y, además, a diferencia de lo que sucede en las ventas multinivel, donde cada vendedor percibe una remuneración proporcional a los bienes vendidos efectivamente, en las ventas piramidales el derecho a la remuneración proporciona simplemente la incorporación de nuevos vendedores en la organización.

A diferencia del método multinivel, que tiende a acercar al productor de bienes o suministrador de servicios al consumidor, reduciendo al mínimo la cadena distribuidora de los mismos, las ventas piramidales tratan de extender el máximo posible la cantidad de participantes, porque cuanto más numerosos sean éstos, más elevados son los ingresos derivados de la tasa de acceso a la estructura organizativa, percibidos por el vértice de la pirámide.

El riesgo de derrumbe de la pirámide, que se verificará en el momento en que no se encuentren más sujetos dispuestos a entrar en ella, sólo afecta a los niveles más bajos de la misma, lo que equivale a decir que perjudica a los últimos sujetos que han entrado en ella con la esperanza de obtener los emolumentos (elevadísimos) que obtienen los que están en la cúspide o en niveles superiores al suyo.

La citada Ley núm. 173 de 2005, tal y como da a entender su rúbrica, por un lado regula las ventas (lícitas) «a domicilio» (arts. 2, 3 y 4) y, por el otro, aporta una serie de disposiciones que directamente prohíben cualquier forma de venta piramidal (arts. 5 y 6), esto último con la finalidad de tutelar al consumidor frente a engaños y prácticas abusivas y también, cómo no, para salvaguardar la posición de las empresas comerciales que operan correctamente.

En cuanto al primer ámbito se refiere, «ventas directas a domicilio», son ventas al detalle u oferta de bienes o servicios realizadas, previa orden de compra, en el domicilio del consumidor final, o en los establecimientos en que éste se encuentra, aunque sólo sea temporalmente, por cualquier motivo, bien personal, bien laboral, por causa de estudios, ocio, o distracción ocasional (art. 1). Tras la entrada en vigor de la Ley núm. 173 de 2005, tal tipo de venta queda ahora regulada en los artículos 19, 20 y 22.1 y 2 del Decreto Legislativo núm. 114, de 31 de marzo de 1998 (sobre la disciplina del sector del comercio), al cual expresamente apela el artículo 2 de la ley en cuestión y

también sus artículos 3 y 4. En particular, el artículo 3 contiene la indicación (efectuada mediante una remisión al art. 5.2 del Decreto Legislativo núm. 114, de 31 de marzo de 1998) de los requisitos que necesariamente deben concurrir en los sujetos encargados de las ventas a domicilio, entendiéndose por tales aquellos que promueven directa o indirectamente el envío de órdenes de compra por parte de los consumidores por cuenta de las empresas dedicadas a tales tipos de ventas. Además, estos vendedores están obligados, según ya preveía también el artículo 19 del citado D. Leg., a exponer un documento que les acredite como tales durante el curso de la operación.

Los artículos 3 y 4 reorganizan la relación entre las empresas del sector y los encargados de la venta, distinguiendo según estos últimos desarrollen o no su actividad de forma subordinada y, en este último caso, según que estén o no vinculados a la empresa con un contrato de mandato. En cualquier caso, el encargo de efectuar ventas directas a domicilio no puede ser gravado con ningún deber de adquirir, ni materiales, ni bienes comercializados o distribuidos por la empresa, hecha excepción de los bienes y materiales que constituyen el muestrario, ni los servicios a los que directa o indirectamente tal empresa provee que no sean necesarios para desarrollar la actividad comercial en cuestión, o que en cualquier caso no sean proporcionales al volumen de la actividad desarrollada. Las normas señaladas no se aplican a la oferta, la suscripción y la propaganda con finalidades comerciales de productos y servicios financieros o de seguros y de contratos cuyo objeto sea la construcción, venta o arriendo de bienes inmuebles (art. 1.2).

La segunda parte de la Ley núm. 173 de 2005, tal y como anticipábamos, sanciona la prohibición de cualquier forma de venta piramidal. El artículo 5 prohíbe la promoción y la realización de actividades y de estructuras de ventas en las que el incentivo económico primario se base en el reclutamiento de nuevos sujetos, mucho más que en su capacidad de vender o de promover los bienes y servicios que se comercializan. Asimismo queda prohibida la promoción y la organización de todas las operaciones, tales como juegos y «cadenas de San Antonio», que prometan la posibilidad de ganancias simplemente por el hecho de encontrar nuevas personas que puedan ingresar en la pirámide, cuyo derecho a reclutar a otras se transmite hasta el infinito, previo pago de la correspondiente contraprestación.

El artículo 6 completa la disciplina, detallando un elenco de elementos en cuya presencia se presume la subsistencia de una operación o de una estructura de venta de tipo piramidal.

Por lo que a las sanciones respecta, el artículo 7 tipifica como delito la conducta de aquellos que realizan, promueven o simplemente toman parte en las actividades y estructuras organizativas prohibidas, previendo la pena de arresto de seis meses a un año, o la multa de 100.000 euros a 600.000 euros.

Por el contrario, la violación por parte de la empresa proveedora de las normas establecidas en el artículo 4, acerca de las relaciones existentes entre ésta y los encargados de ventas, constituye un simple ilícito administrativo castigado con una sanción pecuniaria de entre 1.500 a 5.000 euros.

Sección temática: Espacio Judicial Europeo,
Derecho de Familia, Derecho de Autor
y Derecho de Daños en la Unión Europea

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROSTERRADAS*

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (*DOCE* L299/62, de 16 de noviembre 2005)

Como es bien sabido, Dinamarca (al igual que el Reino Unido e Irlanda) quedó fuera del Título IV del Tratado de Amsterdam sobre «Visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». Los motivos que llevaron a la negativa de Dinamarca no hay que buscarlos en la comunitarización del Dipr. llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam sino en la política de inmigración. No obstante, a consecuencia de dicha negativa y de acuerdo a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al TUE, el Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras (en adelante, Reglamento Bruselas I) no era vinculante ni aplicable en Dinamarca. Por tanto, entre Dinamarca y el resto de Estados miembros continuaba en vigor el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, con los inconvenientes que tal resultado conllevaba. Teniendo en cuenta las importantes modificaciones introducidas en el R. 44/2001, y en aras a una unificación de las normas de competencia judicial internacional, se ha celebrado el Acuerdo entre la Comunidad y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones materia civil y mercantil (*DOCE* L 299/62, de 16 de noviembre 2005).

El objetivo del Acuerdo es aplicar las disposiciones del Reglamento Bruselas I y sus normas de desarrollo a las relaciones entre la Comunidad y Dinamarca. Como era de esperar, el Acuerdo incorpora el Reglamento Bruselas I, con las necesarias modificaciones para adaptarlo a las necesidades danesas (art. 2). A pesar de que los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad con arreglo a las normas del Reglamento Bruselas I no sean vinculantes ni aplicables en Dinamarca es importante que exista una coordinación entre la Comunidad y Dinamarca por lo que se refiere a la negociación y celebración de tales acuerdos internacionales que puedan afectar o alterar el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. Por ello, se prevé que Dinamarca se abstendrá de celebrar este tipo de acuerdos cuando con ello se afecte o altere el ámbito de

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de ESADE-Ramón Llull.

aplicación del RBI (salvo si se hace con el consentimiento de la Comunidad, art. 5). Se prevé, además, la necesaria competencia del TJCE para interpretar las normas del Acuerdo (art. 6). También se prevé que la Comisión pueda someter asuntos al TJCE contra Dinamarca referentes al incumplimiento de cualquier obligación que le incumba en virtud del Acuerdo (art. 7).

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación temporal, las disposiciones del Acuerdo sólo serán aplicables a los procesos judiciales incoados y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados con posterioridad a su entrada en vigor. Con relación a las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones se prevé que cuando el proceso en el Estado miembro de origen se haya incoado antes de la entrada en vigor y la resolución haya sido dictada con posterioridad, ésta se reconocerá y ejecutará conforme a las normas del Acuerdo en dos casos: 1) cuando los procesos en el Estado miembro de origen se hayan incoado posteriormente a la entrada en vigor del Convenio de Bruselas o del Convenio de Lugano tanto en el Estado miembro de origen como en el Estado miembro requerido, y 2) en todos los demás casos, cuando la competencia se haya basado en normas que concuerdan con las establecidas en el Acuerdo, o en un Convenio celebrado entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido que estuviera vigente en el momento de incoarse el proceso.

Una cuestión de gran relevancia es la determinación de los supuestos en los que se aplicará el Acuerdo con relación al Reglamento Bruselas I. A tal efecto, el artículo 10 bajo establece la aplicación del Acuerdo: *a)* En materia de competencia judicial internacional, cuando el demandado esté domiciliado en Dinamarca, o cuando los tribunales de Dinamarca sean competentes de conformidad con el artículo 22 ó 23 del Reglamento, es decir, cuando sean exclusivamente competentes de conformidad con el artículo 22 o cuando el pacto de sumisión prevea la competencia de los Tribunales daneses. *b)* En materia de litispendencia o conexidad, en los términos previstos en los artículos 27 y 28 del RBI cuando el proceso se haya incoado en un Estado miembro distinto de Dinamarca y en Dinamarca, y *c)* En materia de reconocimiento y ejecución siempre que Dinamarca sea el Estado de origen o el de destino (i.e., Dinamarca sea el Estado que ha dictado la sentencia o Estado donde se insta el reconocimiento). Finalmente, el artículo 12 prevé que el presente Acuerdo entrará en vigor el primer día del sexto mes tras la notificación de las Partes contratantes de la culminación de sus respectivos procedimientos requeridos al efecto (cuando se cierra esta crónica todavía no ha entrado en vigor).

Informe del Parlamento Europeo que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamentos, A6-0359/2006, de 16 de octubre de 2006

A la vista del Libro Verde de Sucesiones, el Parlamento Europeo ha elaborado un informe que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamento. El informe parte de la constatación de la utilidad de un instrumento comunitario en materia de sucesiones, no sólo por aumento cuantitativo de sucesiones *mortis causa* abiertas en territorio comunitario sino también por las dificultades encontradas por los beneficiarios para tomar posesión de su herencia. Estas dificultades, debidas fundamentalmente a las profundas diferencias entre los Derechos sucesorios de los distintos Estados miembros, se traducen, según el Parlamento, en obstáculos al ejercicio de la libre circulación y al disfrute del derecho de propiedad. Según el PE, la manera más eficaz de solucionar estos proble-

mas sería proceder a la armonización del derecho sustantivo, lo cual es extremadamente difícil de alcanzar y, *sobre todo, no está incluido en las competencias comunitarias* (la cursiva es mía). Afirmación cuanto menos discutible, pues la misma Comisión en el Libro Verde se refiere a la imposibilidad de la *plena* armonización, lo que no excluye por completo una armonización sustantiva. Sobre la base del artículo 65, letra *b*) del Tratado CE, el PE propone la armonización de las normas de jurisdicción, conflictos de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. El Parlamento prioriza la armonización de las normas de competencia judicial internacional, estableciendo como foro, por un lado, la residencia habitual del difunto en el momento del fallecimiento y, por otro, la residencia habitual del interesado. Se establece, asimismo, la posibilidad, sometida a determinadas condiciones, de elegir el juez competente. Para lograr la simplificación de los procedimientos para las sucesiones internacionales y para evitar el *forum shopping* se propone, asimismo, la armonización de las normas de conflicto de leyes. Partiendo del principio de unidad de la sucesión (una única ley para la regulación de todos los aspectos de una sucesión), se considera que dicha ley debe ser la de la residencia habitual del difunto en el momento del fallecimiento. De esta forma se consigue la coincidencia *forum* y *ius*. Junto a estos criterios se le concede al *de cuius* la posibilidad de elegir, como ley reguladora de la sucesión, entre su propia ley nacional y la ley del país de la residencia habitual en el momento de la elección. Es, asimismo, imprescindible que el acto comunitario que se adopte garantice la eficacia de la ley aplicable a la sucesión y coordine las disposiciones de esta ley con las de la *lex rei sitae*. Se prevé, asimismo, la ley aplicable a la forma de los testamentos y a los contratos de herencia. También se incluyen recomendaciones sobre la sustitución fideicomisaria (*trust*). En cuanto al sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y actos públicos, si bien se postula por un sistema similar al previsto en el Reglamento 44/2001, se constata la necesidad de que se subordine la inscripción o la inscripción en un registro público a un control previo efectuado por una autoridad del Estado miembro de destino a través de la expedición de un certificado, cuyo contenido sería fijado por el acto legislativo que se adopte, mediante el cual la autoridad pública certificaría la conformidad de la decisión o del acto con las disposiciones imperativas de la Ley del Estado miembro de destino. También se propone la creación de un «certificado sucesorio europeo» donde figure la ley aplicable a la sucesión, los bienes incluidos, los beneficiarios y los administradores de una herencia y que sea expedido por una autoridad habilitada para conferirle valor oficial. Finalmente, el PE aboga por la creación de una red europea de registros nacionales de testamento. En el marco de la resolución comentada, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que, en el transcurso de 2007, le presente una propuesta legislativa en materia de sucesiones y testamentos y que, a tal efecto, considere prioritaria la creación de una red de juristas especializados en Derecho civil con vistas a desarrollar la confianza y la comprensión mutuas entre profesionales en este ámbito, compartir información y desarrollar las mejores prácticas.

En el marco de las consultas llevadas a cabo tras la publicación del Libro Verde de Sucesiones y Testamentos, la Comisión ha organizado en Bruselas, el 30 de noviembre de 2006, una audiencia pública sobre sucesiones *ab intestato* o testamentarias que presentan aspectos internacionales. La audiencia está abierta a cualquier persona interesada.

Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (DOCE L 297/1, de 26 de octubre de 2006).

Teniendo en cuenta que el objetivo de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional (en adelante, Conferencia de La Haya) es trabajar por la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado y que, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la Comunidad tiene competencias para adoptar medidas en el campo de la cooperación judicial en materia civil, es evidente que muchos de los instrumentos comunitarios se solapan, en parte o completamente, con áreas de trabajo de la Conferencia de La Haya. Por ello, según el Consejo, es esencial conceder a la Comunidad un estatuto que corresponda a su nuevo papel de principal agente internacional en el campo de la cooperación judicial civil y que pueda ejercer su competencia externa participando como miembro de pleno derecho en las negociaciones de convenios de la Conferencia de La Haya. Tras una serie de negociaciones que se iniciaron en 2002, en junio de 2005, la Conferencia de La Haya adoptó por consenso las modificaciones del Estatuto necesarias para permitir la adhesión de una organización de integración económica regional. Ya se han alcanzado las 44 aceptaciones de la modificación del Estatuto, que entrará en vigor el 1.º de enero. Mediante la presente Decisión, el Consejo decide que la Comunidad se adherirá a la Conferencia de La Haya mediante una declaración de aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya, según lo establecido en el anexo I de la presente Decisión, tan pronto como ésta haya adoptado la decisión formal. La Comunidad se obliga a depositar una declaración de competencia que especifique en qué materias sus Estados miembros le han transferido competencias (anexo II) y una Declaración sobre determinadas materias relativas a la Conferencia de La Haya (anexo III). Dinamarca no participa en la adopción de la Decisión (el Reino Unido e Irlanda, sí).

II. DERECHO PROCESAL COMUNITARIO

JORDI NIEVA FENOLL*

En el espacio temporal que abarca la presente crónica, se han producido dos documentos que, por hacer referencia a importantes y futuras reformas, es preciso destacar. La primera es continuación del proceso legislativo que culminará con la aprobación de un reglamento sobre el proceso monitorio europeo, cuya propuesta ya fue analizada en la anterior crónica (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo [25.05.2004, COM(2004)173 final/3, 2004/0055(COD)]).

La segunda es acerca de un documento de reflexión que se halla publicado sin fecha en la página del Tribunal de Justicia en el momento de redacción de esta crónica (octubre de 2006), y que contiene una serie de reflexiones

* Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en las actividades del Proyecto 2005 SGR00759.

acerca de la tradicional sobrecarga de asuntos derivada de la creciente pendencia de cuestiones prejudiciales.

Recomendación para la segunda lectura relativa a la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo [7535/3/2006 – C6-0227/2006 – 2004/0055(COD)] Documento de sesión del Parlamento Europeo, FINAL, A6-0316/2006, de 5 de octubre de 2006.

La recomendación comentada posee solamente tres enmiendas. La primera remarca que el procedimiento monitorio no podrá ser utilizado ni por demandantes ni contra demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro de la Unión Europea. La segunda determina el papel del Parlamento Europeo en el proceso legislativo para determinar el contenido de los formularios de solicitudes monitorias, haciéndose mención de que dichos formularios deben revestir sencillez. Y, la tercera, se introduce para recordar que los indicados formularios deben ser cumplimentados en la lengua de dichos formularios, es decir, en el idioma del órgano jurisdiccional ante el cual van a ser presentados.

Todos los aspectos citados son ciertamente relevantes en sus respectivos ámbitos. Pero centrándonos en la eficacia para el ciudadano de la Unión del futuro procedimiento monitorio, persiste la deficiencia en cuanto a la duplicidad entre el «aviso de pago» y el «requerimiento de pago», carente de todo sentido, tal y como ya se indicó en la anterior crónica, a cuya lectura me remito.

Sí es preciso, en cambio, insistir en el aspecto de la sencillez de los formularios. En España, a efectos prácticos, se ha prescindido de los mismos, lo que ha provocado que sean exclusivamente los abogados los que presentan las solicitudes monitorias, cuando la idea era (y es) justamente la contraria: que los acreedores puedan abaratar los costes de las reclamaciones, precisamente pudiendo acudir directamente al Juzgado sin necesidad de contratar los servicios de un abogado, al menos en esta primera fase de solicitud monitoria.

Y, desde luego, mientras el formulario siga exigiendo una «*breve descripción de al menos un medio de prueba*», el acreedor, salvo que esté familiarizado con las reclamaciones judiciales, acudirá a un Letrado para que le rellene el formulario de solicitud monitoria.

Dicho formulario no debiera contener otros datos que la identificación del acreedor y del deudor, así como la cantidad debida y el concepto por el que es debida, para que el deudor pueda identificarla. Por ejemplo, «250 euros», «pedido de tóner de fecha xx/xx/xxxx». Además, a efectos de que el acreedor no tenga los problemas lingüísticos antes mencionados, esa brevedad debiera ser la norma. Porque la solicitud monitoria no es ninguna demanda, sino un simple aviso que intenta que el deudor tenga psicológicamente la sensación de que el acreedor, no es que vaya a ir al Juzgado, sino que ya ha ido porque el Juzgado ha realizado, a su solicitud, un mandato de pago. Y que si no paga o se opone, en brevísimo plazo tendrá una resolución firme que le condenará al pago de lo adeudado, sin más trámites.

Justamente el pensamiento de que merece la pena pagar antes que complicarse la vida con un proceso perdido de antemano, es la clave del éxito del proceso monitorio. Y la clave del éxito entre los acreedores de toda la Unión

será que esa solicitud la puedan realizar ellos mismos sin más complejidades, ni económicas ni idiomáticas. Con ello no sólo se consigue que los acreedores ahorren dinero en sus reclamaciones y obtengan cuanto antes la satisfacción de sus deudas. Además, si el procedimiento funciona debidamente (para lo que es clave la debida localización y notificación del deudor), se reduce espectacularmente las tasas de pendencia de asuntos ante los órganos jurisdiccionales. Para más información en cuanto a las ventajas de este procedimiento, me remito a CORREA DELCASSO, Juan Pablo, *El proceso monitorio*, Barcelona, 1998.

Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la tramitación de las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia

En el documento referenciado, el Tribunal de Justicia, después de realizar una sucinta explicación de en qué consiste el procedimiento de la cuestión prejudicial, reflexiona sobre un problema ya antiguo: la excesiva duración de estos procedimientos. Un Juez nacional se halla pendiente de la respuesta del Tribunal de Justicia mientras el proceso en que se ha planteado la cuestión está paralizado en espera de la resolución del alto tribunal comunitario. Dicha paralización la cifró el Tribunal de Justicia en 2005 en un tiempo de 20,4 meses, cifra que, pese a haber reducido los tiempos de espera de años anteriores, sigue siendo a todas luces excesiva. Ni siquiera el procedimiento acelerado del artículo 104 bis RPTJ ha constituido una herramienta suficientemente útil para mejorar los retrasos. De hecho, desde que entró en vigor hace cinco años, sólo se ha utilizado en tres ocasiones, como reconoce el propio Tribunal de Justicia, y su todavía excesiva complicación procedimental ha provocado que su duración tampoco sea aceptable.

La preocupación ha surgido como consecuencia de las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. Una cuestión de ese calado puede surgir en un futuro en un proceso penal, en el que ni el imputado ni la víctima desean esperar 20,4 meses más de lo habitual para obtener una sentencia del órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta los bienes jurídicos en juego en ese tipo de procesos. Lo mismo sucede ya en cualquier proceso civil, también los civiles inquisitivos, en los que, nuevamente, la presencia de bienes jurídicos sensibles como el interés del menor, aconseja la máxima celeridad. Y todo ello sin contar con la perentoriedad de varios plazos de estos procedimientos que vienen establecidos en los Reglamentos comunitarios sobre la materia, que es el punto al que principalmente se refiere el Tribunal de Justicia. Por consiguiente, un retraso tan considerable desincentivaría el planteamiento de cuestiones por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que supondría un menoscabo importante para el ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito referido, lo que sería fatal para los fines de la Unión, sobre todo considerando el enorme esfuerzo político que ha costado legislar en ese ámbito.

Reflexionando sobre toda esta compleja problemática, el Tribunal de Justicia realiza en el documento comentado dos propuestas de reforma procedimental enfocadas a conseguir la deseada aceleración. En dichas dos propuestas se da por hecho que de las cuestiones prejudiciales, en estos casos de urgencia, se tendría que encargar una sala especializada, que admitiría la solicitud de tramitación urgente, previa audiencia del Abogado General.

La primera propuesta pasa por reducir el número de partes en este procedimiento a los litigantes del proceso nacional, al Estado miembro del órgano jurisdiccional que planteó la cuestión, a la Comisión y a las instituciones que emitieron el acto cuya validez debe analizarse. Ello evitaría los tiempos de realización de las traducciones. Concluido el proceso, las instituciones y los Estados miembros preteridos, podrían plantear una solicitud de reexamen ante el Tribunal de Justicia.

La segunda propuesta pasa por mantener la participación de los actuales actores del procedimiento de las cuestiones prejudiciales, pero simplificando las normas de procedimiento, reduciendo el ámbito de las traducciones, suprimiendo la participación por escrito del abogado general, acortando el plazo de contestación e incluso disponiendo la limitación del espacio para realizar alegaciones escritas.

Ciertamente, el procedimiento de las cuestiones prejudiciales es demasiado complejo, sobre todo debido al excesivo número de participantes en el mismo y a los costes temporales de las traducciones. Sin embargo, el problema de los retrasos no es exclusivo del Tribunal de Justicia, sino de todas las Altas Cortes que no disponen de un prácticamente arbitrario sistema de *certiorari* en la admisión de asuntos. Se puede reformar el procedimiento, ciertamente, para acortar los plazos. Se puede simplificar la intervención de las partes en el proceso. Todo ello es necesario, ciertamente, y en este sentido creo que varios puntos de ambas propuestas son muy oportunos y podrían ser condensados en una sola. Pero me temo que ello acabaría siendo tan ineficaz como el procedimiento acelerado aprobado hace cinco años.

No es lugar esta crónica para profundizar en esta cuestión, pero el problema de las Altas Cortes, también del Tribunal de Justicia, no es responsabilidad solamente del procedimiento, sino de la estructura del propio Tribunal. El Tribunal de Justicia posee una estructura inspirada en los tribunales de casación de los Estados miembros, estructura y organización que, a su vez, se basa en modelos muy antiguos de organización de estos supremos tribunales, contando en algunos casos con precedentes de hace aproximadamente cuatro siglos, con cuyo estudio se constata que las citadas estructuras, pese a que pueda parecer increíble, no han cambiado sustancialmente desde entonces. Por alguna razón no ha sido posible percibir con claridad que pese a los avances informáticos sobre todo, los Altos tribunales no pueden hacerse cargo, con su composición actual, de la avalancha de asuntos que les llega cada año. Y seguiré siendo así indefinidamente, salvo que se adopten rechazables medidas excesivamente drásticas como el citado *certiorari*, o bien se piense en un cambio en profundidad de la estructura de estos tribunales.

En este sentido, recientemente formulé una propuesta de reforma consistente en el siguiente sistema. Todo se basa en la selección de los asuntos en función de que sean de fácil o de difícil resolución, de forma en parte similar a como se prevé en el artículo 104.3 RPTJ, pero ampliando el ámbito de ese precepto. Puesto que no toda cuestión sencilla es idéntica a otra ya resuelta, o se deduce muy claramente de la jurisprudencia, sino que en ocasiones la solución del caso concreto es simple de por sí, porque la norma jurídica comunitaria es más clara de lo que estima el órgano jurisdiccional nacional, o bien porque existe jurisprudencia anterior sobre normas similares que el juez nacional no conoce, pero que puede localizar muy fácilmente cualquier jurista familiarizado con dicha jurisprudencia.

En esos casos, que creo que son más frecuentes de lo que puede parecer, mi propuesta consiste en traspasar el asunto a una sala adjunta a las actuales

salas del Tribunal de Justicia, con una composición de un número variable de jueces, a calcular en función de la acumulación de asuntos. Dicha Sala, para prevenir las desviaciones de jurisprudencia, debería estar sometida a una férrea vinculación al precedente marcado por el Tribunal de Justicia, de manera que no pudiera innovar dicha jurisprudencia, sino simplemente aplicar la ya existente. Ello ahorraría a los actuales jueces una carga de trabajo muy considerable, lo que les permitiría centrarse en los asuntos más complejos, siendo resueltos todos los casos pendientes, los complejos y los más sencillos, en un plazo razonable.

Por desgracia, no puedo extenderme más en esta propuesta, que espero poder ampliar en futuras crónicas si se producen reformas al respecto. No obstante, me remito a cuanto expongo al efecto en NIEVA FENOLL, Jordi, *La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la «unificación de doctrina»*. *Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho*, La Ley núm. 6.393, 4 de enero de 2006.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

Parlamento Europeo. Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor. Fecha 17 de mayo de 2006. Documento de Trabajo sobre el Derecho contractual europeo y la revisión del acervo: estado actual y definición de consumidor. Ponente: Diana Wallis

El texto tiene por objeto estimular el debate sobre la definición de consumidor en el Parlamento Europeo. Hace referencia principalmente a un documento de posición del grupo de estudio sobre el Código Civil europeo, acerca, precisamente, de las nociones de consumidor y profesional, y a una toma de posición de la Comisión, tras un seminario de estudio en el que se analizó el citado texto. Los problemas que plantea la definición de consumidor, que se encuentra en las Directivas comunitarias y en el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, así como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, son los siguientes:

a) Si el consumidor es persona física o también puede serlo jurídica. En el documento del *Study Group* se concluye que sólo lo primero.

b) Si la transacción o el acto correspondientes se deben definir en términos positivos como destinados a un uso personal o en términos negativos como realizados con un propósito ajeno a la actividad profesional de la persona en cuestión. También el documento señalado prefiere esto último, porque abarca un mayor número de supuestos. Se añade, en todo caso, que el factor decisivo debería ser si la persona física actúa o no al margen de su actividad profesional, en cuyo caso tal persona, dentro de los límites de la buena fe y de una finalidad lícita, deberá asumir el riesgo del modo en que articula sus derechos y obligaciones.

* Profesora Titular de Derecho Civil en la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto 2005 SGR 00759.

c) Si una transacción de uso mixto (objeto en parte destinado a un uso personal y, en parte, profesional) debe incluirse en el ámbito de la protección del consumidor o no. Se estima que sí y se adopta el enfoque de que una transacción se debe considerar de consumo si la persona física ha actuado *principalmente* con un propósito ajeno a su actividad profesional.

d) Si la otra parte debería o no conocer el objeto de la transacción. Se alega que el hecho de supeditar la aplicabilidad al conocimiento del profesional tiene la ventaja de conceder a este último la oportunidad de realizar un análisis de riesgo antes de decidir sobre el precio y de celebrar el contrato. Por su parte, el otro enfoque tiene la ventaja de proteger al consumidor, presumiblemente desconocedor de las normas, siempre que el propósito de la transacción o el acto en cuestión sean ajenos a su actividad profesional. Al elegir una definición estándar, se podría adoptar el punto de vista más favorable al consumidor de que las normas que le protegen se aplican independientemente de que el profesional tenga conocimiento del propósito de aquél en relación con la transacción.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el *Study Group* propone la siguiente definición: «Consumidor»: cualquier persona física que actúa principalmente con un propósito ajeno a su actividad profesional.

El 21 de junio de 2005 se celebró un seminario titulado «Las definiciones de consumidor y profesional». Tras consultar con los investigadores y expertos reunidos acerca de las cuestiones anteriormente mencionadas, la Comisión extrajo las siguientes conclusiones:

a) En general, todos los interesados convienen en que sólo las personas físicas deben incluirse en la definición de consumidor, aunque algunas personas jurídicas (por ejemplo, las instituciones benéficas y las pequeñas empresas) sean merecedoras de algún tipo de protección en determinadas circunstancias.

b) Los investigadores deberían prestar una mayor atención a la posibilidad de considerar las transacciones de uso mixto que se encuentran sólo parcialmente fuera de la esfera profesional como transacciones de consumo. En concreto, se debería tener en cuenta que la mayoría de los Estados miembros ya amplían el ámbito de aplicación de las normas en materia de protección del consumidor para recoger tales casos.

c) Por otra parte, los investigadores deberían aclarar las razones que justifican el desequilibrio aparente entre las definiciones propuestas de consumidor y profesional.

d) Por último resulta necesario reconocer que las definiciones no pueden ser completamente exhaustivas y que los casos dudosos se deberán dirimir ante los órganos judiciales nacionales y, posiblemente, el Tribunal de Justicia.

Asimismo, los investigadores acordaron poner ejemplos prácticos para ilustrar la aplicación de las normas consideradas, con especial referencia a los conceptos que atrajeron la atención en mayor medida (por ejemplo, «uso principal»).

Parlamento Europeo. Comisión de Asuntos Jurídicos. Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la prescripción en conflictos transfronterizos que entrañen lesiones y accidentes mortales [2006/2014(INI)]. Ponente: Diana Wallis (Iniciativa-artículo 39 del Reglamento). PE 367.972v03-00. Fecha: 11 de mayo de 2006.

<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004-2009/documents/pr/614/614975/614975es.pdf>

El Parlamento Europeo, en virtud de la legitimación que le proporciona el artículo 192 TCE y los preceptos correspondientes de su Reglamento, ha presentado una propuesta a la Comisión para que ésta elabore un Reglamento, al amparo de la competencia que proporcionan los artículos 65.c) y 67.5, segundo guión, TCE, para unificar los plazos de prescripción en las reclamaciones de daños y perjuicios derivadas de accidentes en caso de pleitos transfronterizos. La propuesta afirma que carece de repercusiones financieras y, además, respeta el principio de subsidiariedad y los derechos fundamentales.

En la justificación de tal propuesta, se señala la divergencia existente en los Estados miembros en función de que la acción sea contractual o extracontractual, en función del tipo de accidente, o en función de si el daño proviene de delito o no. Además, se explica que no siempre es idéntica la fijación del *dies a quo* para el comienzo del cómputo, ni siempre existen reglas específicas para personas menores o incapacitadas, o la posibilidad de interrumpir o suspender los plazos. Y, finalmente, se constata que la carga de la prueba y los requisitos para hacer valer la fecha de expiración del plazo de prescripción tampoco son siempre los mismos. Se trata, pues, de evitar que unas personas resulten mejor protegidas que otras y, especialmente, en el caso de accidentes transfronterizos, suponiendo que la víctima pueda acabar gozando en el país en el que se produce el accidente de una protección menor de la que tendría en el suyo propio.

Las recomendaciones detalladas que, en concreto, se realizan son las siguientes:

1. Elaboración de un reglamento que armonice los plazos de prescripción en procedimientos civiles en caso de reclamación de indemnizaciones que sean resultado de lesiones personales, incluso con resultado de muerte, siempre que existan diferentes legislaciones en conflicto, incluso si una de las partes reside o está domiciliada en un Estado no comunitario. En ambos casos se prevé que el pleito haya sido iniciado por los herederos de la víctima u otra persona.

2. Se recomienda un plazo de prescripción general de cuatro años para exigir responsabilidad, dejando a salvo que determinada legislación específica establezca un plazo mayor (que deberá ser probado por el demandante). Si la indemnización ha sido ya reconocida por sentencia, el plazo para exigirla es de diez años. Se recomienda que no prescriban las acciones en casos de tortura, terrorismo o esclavitud. El plazo de prescripción expira el último día, según un cómputo que tiene en cuenta la hora final del día. El *dies a quo* es el siguiente tras la producción del accidente, salvo que se deba tener en cuenta el día del conocimiento del daño. Se admite que puedan reclamar las «víctimas secundarias», esto es, las que sin recibir directamente el daño, en cambio lo sufren por haber perdido o haber resultado dañado un ser próximo. El calendario que se sigue es el propio del Estado miembro en el que las acciones se ejerzan. La prórroga del plazo se inicia a partir del momento en que éste expi-

ra. Se prevén casos de suspensión (por ocultación de hechos que den lugar a responsabilidad, en caso de violencia domésticas, mientras dure la convivencia, en caso de procedimientos penales, o si está pendiente una reclamación presentada de conformidad con la 4.^a Directiva sobre seguro de los vehículos automóviles) y de interrupción (por iniciación del procedimiento judicial o por el inicio de negociaciones o reclamaciones extrajudiciales).

3. Se incluyen instrucciones especiales para los menores e incapacitados, de manera que para los primeros el plazo de cuatro años no comienza hasta cumplir los dieciocho años y, para los segundos, hasta que no desaparezca el estado de incapacidad, siendo el plazo máximo el de diez años tras la producción del accidente.

4. Se recomienda que la legislación que se adopte incluya disposiciones relativas a la posibilidad de solicitar la prescripción, la discrecionalidad en la aplicación del plazo por parte de los tribunales, los efectos de la obtención de tal prescripción, así como los supuestos de demandantes o demandados múltiples.

5. Finalmente, se exhorta a solicitar a los Estados miembros la creación de centros nacionales de información con registros de la instrucción de procedimientos penales con víctimas extranjeras, que, además, proporciona información a todas las víctimas extranjeras que lo pidan.

Parlamento Europeo. Propuesta de resolución, tras la pregunta oral B6-0326/06, sobre el Derecho contractual. Presentada por Giuseppe Gargani en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos, sobre el Derecho contractual europeo. Fecha 4 de septiembre de 2006. Doc. B6-0464/06.

Tras recordar la necesidad de una armonización del Derecho civil en Europa en materia de contratos para el buen funcionamiento del mercado interior y apoyar la redacción de un marco común de referencia que no se limite exclusivamente a las cuestiones de consumo, subraya que además de las tareas de revisión de las directivas comunitarias en esta sede, emprendida por la Comisión, las tareas de redacción del Marco Común de Referencia no deben detenerse. Añade que éste debe hacerse correctamente y, teniendo en cuenta que el resultado final a largo plazo podría ser un instrumento vinculante, deben dejarse abiertas todas las posibles opciones en lo referente tanto a su objeto como a su forma jurídica. Por eso pide a la Comisión que no presente nuevas propuestas legislativas en materia de Derecho contractual antes de que se complete el trabajo sobre el Marco Común de Referencia y que, en todo caso, se le haga partícipe en los trabajos de redacción de este último.

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación de la Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Bruselas, 21 de septiembre de 2006 COM(2006) 514 final.

Se trata de un informe en el que la Comisión Europea analiza el estado de la transposición de la Directiva 97/7 en los diferentes Estados miembros, con la finalidad de aclarar si las divergencias que se aprecian en cada uno de ellos, muy frecuentemente debido a la aplicación de la cláusula de mínima armonización, son un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior. Se plantea, por consiguiente, la conveniencia y/o necesidad de modificar

algunas de las disposiciones contenidas en la norma, todo ello a la vista de las respuestas que pueda proporcionar el público al cuestionario. Éste se presenta junto al citado informe que advierte de las medidas que han sido adoptadas por los Estados miembros, con relación a todos y cada uno de los artículos de la Directiva. Se anuncia, además, una futura revisión del acervo comunitario en la que además se tenga en cuenta el ámbito del comercio electrónico y la legislación sobre privacidad. Y, para otoño de 2006 (*sic*), se prevé la publicación de un Libro Verde en el que se deje constancia de las labores de revisión a gran escala del acervo comunitario.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

En la última crónica apuntamos que la Comisión Europea había iniciado las consultas sobre los diferentes aspectos del Libro Verde del Mercado Hipotecario 2005 (en relación con su armonización) con los respectivos operadores relevantes (*stakeholders*) en cada uno de los apartados (protección de consumidores, asuntos legales e hipoteca y Registro) en base a las respuestas a dicho Libro.

Pues bien, por lo que se refiere a la Eurohipoteca, el *stakeholder* escogido fue la Federación Hipotecaria Europea (www.hypo.org) (FHE) que, a pesar de no haberse destacado tradicionalmente por un apoyo decisivo en la armonización hipotecaria y a pesar de representar sólo a las entidades de crédito europeas (no a otros operadores o estudiosos del mercado hipotecario), ha venido organizando, desde mayo de 2005, una serie de reuniones para adoptar una posición al respecto de la conveniencia de la misma, donde se han discutido algunos tópicos que ya se plantearon en el libro *Basic Guidelines for a Eurohypothec* (referenciado ya en esta sección) y, a pesar del esfuerzo realizado por la doctrina en deslindar el derecho real de hipoteca de la posición del deudor/consumidor, la supuesta peor posición del deudor con el modelo de Eurohipoteca propuesto sigue jugando en contra de la figura propuesta¹⁵. No obstante, los operadores son conscientes de la necesidad de seguir estudiando los diferentes sistemas de derecho hipotecario en Europa.

También se ha ocupado de la Eurohipoteca 3.º Congreso de Registradores de España (Granada, 30 octubre a 1 de noviembre), dedicado en su mayor parte a la prevista reforma del Mercado Hipotecario (Anteproyecto de ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia, Ministerio de Economía y Hacienda, 27 de octubre de 2006). La segunda conclusión del Congreso critica el modelo de Eurohipoteca propuesto en *Basic Guidelines* en el sentido que «impediría obtener la máxima rentabilidad de los inmuebles» y que al ser «agobiante para la vida familiar (...) finalmente no se utilizaría», tras reconocer que «se detecta, en medios universitarios especialmente, una cierta

* Profesor Agregado de Derecho Civil de la Universitat Rovira i Virgili.

¹⁵ Incluso dentro del organigrama institucional de la Comisión Europea el estudio de la (Euro)hipoteca se encuadra sistemáticamente dentro de *home loans* (préstamo a la vivienda) junto al Código de Conducta, cuando naturalmente la Eurohipoteca va mucho más allá (http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/index_en.htm), lo que denota cierto descuadramiento del alcance que dicha figura puede llegar a tener.

ilusión por una hipoteca general para toda Europa». Coincidiendo sólo con esto último, pero sin necesariamente circunscribirlo al ámbito universitario, creo que queda claro en el modelo de *Basic Guidelines* que éste no necesariamente debe conllevar las dos primeras afirmaciones, puesto que se prevén mecanismos como la reductibilidad de la hipoteca a medida que se paga el crédito (lo que no es posible hoy en España sin el consentimiento del acreedor) o la mayor facilidad para el deudor de cambio de acreedor a nivel Europeo (hoy por hoy, imposible) que desde luego son beneficiosos para el deudor hipotecario. Además, a diferencia de lo que sugiere la conclusión 3.^a en ningún momento se ha propuesto que la Eurohipoteca sustituya a las hipotecas nacionales, aunque se agradece que se diga que «los estudios existentes sobre la llamada “Eurohipoteca” son positivos, puesto que evidencian la situación normativa de los distintos países a la vez que ponen de manifiesto las deficiencias que deben superarse para facilitar el crédito transfronterizo». No obstante, las conclusiones insisten en que para llegar a la Eurohipoteca «deben armonizarse todos los aspectos básicos del crédito hipotecario», lo que hoy por hoy resulta quimérico y que no aporta ningún argumento para que no se pueda llegar previamente a un sistema de mínimos del derecho real de hipoteca común para Europa obviando, de momento, lo relativo al crédito, armonización del sistema Registral, concursal, etc. Respecto a los valores hipotecarios (conclusiones 9.^a y 10.^a), estamos de acuerdo con todo lo que se aporta, incluida la necesidad de que el Registro Contable de créditos hipotecarios deba contar con la participación de los Registradores.

Un incentivo para la Eurohipoteca lo ha supuesto el Informe (Report) del Parlamento Europeo de 19 de octubre de 2006¹⁶ que ve muy positivo el proceso de armonización del mercado hipotecario en Europa y que sobre la Eurohipoteca insta a la Comisión a «investigar los impedimentos para la cesión transfronteriza de créditos y a explorar con más detalle el potencial de la Eurohipoteca como un instrumento de garantía». Sobre el modelo de Eurohipoteca señala que «puede desarrollarse como una herramienta opcional pan-europea para facilitar el préstamo transnacional y garantizar con multitud de propiedades. De manera que su viabilidad debe ser estudiada con más profundidad».

Por cierto, que sobre la Eurohipoteca verá la luz en España, en breve, un libro con la traducción del modelo de las *Basic Guidelines*, así como comentarios de diversos juristas sobre el proceso de armonización hipotecaria en Europa hasta este momento.

Para concluir debe destacarse también la creación del *Mortgage funding expert Group* de la Comisión Europea que se encarga de analizar la conveniencia de la armonización en materia de refinanciación hipotecaria (cédulas hipotecarias y bonos de titulación hipotecaria) y que, a menudo, resalta más las ventajas que aporta la Eurohipoteca que el propio grupo de la FHE. Por cierto, dado que a menudo es a la inversa, debe reseñarse que en septiembre de 2006, Estados Unidos, en concreto la entidad Washington Mutual (WaMu), realizó su primera emisión de cédulas hipotecarias, un valor hipotecario netamente europeo (creado por Federico el Grande en el s. XVIII), a pesar de que su ponderación de riesgo aún está por ver (al estilo de las cédulas estructuradas inglesas, que incumplen las Directiva OICVM).

¹⁶ A6-0370/2006

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Libro Verde en materia de régimen económico matrimonial

El 17 de julio de 2006, la Comisión publicó el *Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo*¹⁷. La adopción de un instrumento comunitario en esta materia se contemplaba desde el Plan de acción de Viena de 1998¹⁸, reiterándose en el Programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo¹⁹ así como en el Programa de La Haya²⁰ y el Plan de acción sobre dicho programa²¹. Como viene siendo habitual, el Libro Verde se acompaña de un Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, disponible únicamente en inglés, francés y alemán, que sintetiza las conclusiones de un estudio que por encargo de la Comisión elaboraron la Universidad de Louvaine-La Neuve y el Asser Institut²². En este Documento de trabajo y en el estudio es donde se hallan los elementos de reflexión más valiosos.

Como consecuencia del proceso de integración europea se ha producido un aumento de las parejas casadas y no casadas formadas por personas de distinta nacionalidad. Ello confluje con una mayor movilidad a través de las fronteras interiores de forma que también ha crecido de manera significativa el número de parejas que establece su domicilio en un Estado miembro cuya nacionalidad no ostenta ninguno de los miembros de la pareja²³. Es, asimismo, frecuente la adquisición de propiedades inmobiliarias en Estados miembros distintos al de residencia, calculándose que dicha situación afecta a 2,5 millones de inmuebles sitos en la Comunidad. Adicionalmente ha de ponerse de relieve un incremento muy significativo de los divorcios internacionales, que según un reciente estudio de impacto supondrían un 16 por 100 del total de rupturas.

Ello justificaría, según la Comunidad, la necesidad de abordar en un instrumento comunitario los aspectos de Derecho internacional privado de los regímenes económicos matrimoniales y de los efectos económicos de las uniones de pareja extramatrimoniales. Son múltiples las cuestiones jurídicas que se plantean en un contexto internacional, sobre todo habida cuenta que existen fuertes divergencias entre las regulaciones sustantivas y de Derecho internacional privado. Se trata, en efecto, de un ámbito en los que son escasos los logros del movimiento de codificación internacional. El Convenio de la Conferencia de La Haya en materia de ley aplicable a los regímenes económi-

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universitat de Barcelona.

¹⁷ COM (2006) 400 final.

¹⁸ DO C 19 de 23 de enero de 1999.

¹⁹ DO C 12 de 15 de enero de 2001.

²⁰ Programa de La Haya titulado «Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión europea», recogido en las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 4 de noviembre de 2004.

²¹ Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DO C 198 de 18/08/2005, p. 1).

²² http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

²³ Se ha estimado, por ejemplo, que son unos cinco millones de personas las que se hallan en Europa en esta situación.

cos matrimoniales de 14 de marzo de 1978 ha tenido un impacto muy reducido, pues tan sólo está en vigor en Francia, Luxemburgo y los Países Bajos.

En el ámbito del Derecho sustantivo destaca la gran diversidad de regímenes matrimoniales subsidiarios existentes en Europa. Existen también importantes divergencias respecto al régimen jurídico de las capitulaciones y los pactos matrimoniales de forma que éstos no consiguen dar respuesta a las necesidades de los matrimonios «internacionales» (en Eslovaquia no se permiten, por ejemplo, los pactos *ante nuptias*, en Portugal el régimen económico matrimonial es inmutable). La divergencia se acentúa respecto a las reglas «de tipo accesorio» de publicidad, de administración, de disolución, liquidación y partición. La diversidad es todavía mayor por lo que respecta a las parejas no casadas, sector caracterizado por una falta de consenso europeo respecto a las formas jurídicas admisibles y a sus efectos. Se trata adicionalmente de un ámbito en el que no han sido numerosos los estudios de Derecho comparado (aunque habría que hacer referencia al trabajo dirigido por Alain Verbeke y publicado en el *European Review of Private Law*, 1995, pp. 445 ss.) de manera que uno de los primeros efectos positivos del Libro Verde y de los estudios que lo anteceden es su contribución al conocimiento de una materia de innegable importancia práctica.

El Libro Verde plantea algunas cuestiones clásicas de DIPr, como el de la elección del punto de conexión en la materia. Una cuestión especialmente delicada es la del tratamiento que ha de darse al conflicto móvil, habida cuenta que se suele atribuir a la regulación de dicha cuestión gran parte del fracaso del Convenio de La Haya. En algún punto concreto, el Libro Verde propone alguna medida que trasciende el ámbito del Derecho aplicable, como, por ejemplo, cuando en la cuestión 18 sugiere medidas de armonización por lo que respecta a la publicidad de los regímenes económicos en la Unión. Ha de, sin embargo, destacarse que el Libro Verde se queda muy por detrás de las sugerencias contenidas en el estudio realizado con carácter previo, pues en éste se sugería la creación de un régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional. Desde ese punto de vista, el contenido del Libro Verde es algo decepcionante, pues se mueve en unas coordenadas de DIPr clásicas, que probablemente no darán adecuada respuesta a las necesidades sociales.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO*

1. Legislación

Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril («BOE», núm. 162, de 8 de julio de 2006, p. 25561).

En la última crónica europea sobre el derecho de autor hicimos referencia al Proyecto de Ley 621/000053 por el que se modifica el texto refundido

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto SEJ 2004-05535 y 2005 SGR 00759.

de la LPI («BOCG», Senado, VIII Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley 31 de mayo de 2006, núm. 53, e). Dos meses después, en julio de 2006, se publicó la Ley por la que se modificaba el texto refundido de la LPI.

La Ley insiste en que la razón de la reforma se encuentra en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, norma con la que, a su vez, la Unión Europea cumplía los Tratados de la OMI de 1996 sobre derecho de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas. No obstante, otras cuestiones de la realidad jurídica española justificaban la referida reforma. Así, el aspecto relativo a la Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual que pasa a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual.

La Ley 23/2006 se limita a reproducir fielmente la Directiva 2001/29/CE con la velada intención, por parte del legislador español, de reformar mínimamente el derecho de autor español.

Las facultades de explotación económica del autor que se armonizan son:

a) La *facultad de reproducción* (art. 18 LPI): se redacta de nuevo para comprender las reproducciones realizadas mediante sistemas digitales. En este sentido se advierte: «*se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*».

b) La *facultad de distribución* (art. 19 LPI): se precisa que el derecho de distribución sólo se refiere a la explotación de la obra incorporada a un soporte tangible, con lo cual la explotación a través de la red sería o un supuesto de reproducción o un supuesto de puesta a disposición del público. Además se hace referencia al denominado «agotamiento comunitario», es decir, la primera transmisión de la propiedad no supone la extinción del derecho de distribución, sino que éste se pierde para las posteriores transmisiones.

c) La *facultad de comunicación pública* [art. 20.2, letra i) LPI]: Es quizá lo más novedoso de la reforma, el establecimiento de una *derecho de puesta a disposición interactiva*, en virtud del cual cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y en el momento que elija. Ahora bien, la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación pública. En esta dirección, se atribuye expresamente a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores, sean de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, un derecho exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública.

Otra de las novedades de la ley es la *compensación equitativa por copia privada* (art. 25 LPI). La regulación de esta compensación (antes denominada *remuneración*) introduce las diferencias entre el entorno analógico (art. 25.5 LPI) y digital (art. 25.6 LPI). De este modo, se intenta establecer un régimen jurídico flexible que permita adaptarse a la realidad tecnológica que avanza constantemente sin que por ello tenga que modificarse la ley. Se exceptúan de modo de expreso del pago de la compensación los discos duros de ordenador (art. 25.7 LPI).

En relación con los *límites del derecho de autor*, la ley introduce un límite obligatorio en el artículo 31, en virtud del cual se excluyen de la necesidad de autorización las *reproducciones provisionales de carácter técnico* que

forman parte integrante del proceso tecnológico y cuya única finalidad consiste en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita.

Se introducen dos límites nuevos: la *ilustración con fines educativos* (art. 32 LPI) y la *consulta mediante terminales especializados en bibliotecas y otros establecimientos* (art. 37 LPI). Los legitimados para reproducir fragmentos de obras, con fines educativos, sin necesidad de autorización son los profesores de educación reglada. Se excluyen los manuales y libros de texto universitarios, para cuya reproducción se necesitará la correspondiente autorización. Se añade una referencia directa a la recopilación periodística en forma de reseñas o revistas de prensa que tendrán la consideración de citas, salvo que se trate de reproducciones íntegras de artículos periodísticos en cuyo caso será necesaria la correspondiente autorización del autor. Por su parte, la consulta mediante terminales no ampara la entrega en línea, para la cual deberá contarse con la oportuna licencia de los titulares.

Además, se incorporan mejoras respecto de otros límites que ya aparecían recogidos en nuestra LPI y se introduce un nuevo artículo, el artículo 31 bis, el que se condensan, en realidad, dos límites diferentes: uno, concierne a la reproducción, distribución y comunicación pública con fines de seguridad pública o para el concreto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios; el segundo, alude a la reproducción, distribución y comunicación pública de obras en beneficio de personas con discapacidad siempre que tales modalidades de explotación guarden relación directa con la discapacidad que se padece.

También se introducen modificaciones en el Libro II de la LPI que regula «*otros derechos de propiedad intelectual*». Se reconoce una nueva facultad de puesta a disposición interactiva para los artistas intérpretes o ejecutantes y para las entidades de radiodifusión (arts. 107.1 y 108 LPI). Se mantiene el derecho de remuneración de los autores de una obra audiovisual en caso de que se proyecte o se exhiba sin exigir precio de entrada por cualquier medio (art. 90.4 LPI). Son también objeto de atención los *derechos morales de los artistas intérpretes y ejecutantes* cuya tutela se regula también *post mortem* (art. 113 LPI).

Destacan las *medidas tecnológicas de protección* (art. 160 LPI) cuya definición ofrece el artículo 160.3 LPI: se entiende por medida tecnológica toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual.

La ley prevé y sanciona los actos de elusión de medias tecnológicas eficaces empleadas para la protección de las obras y prestaciones, así como los actos de fabricación y comercialización de dispositivos y servicios de neutralización de dichas medidas. Esta normativa no afectará a las disposiciones específicas relativas a los programas de ordenador. Esta protección se excluye cuando las medidas tecnológicas se apliquen a obras o prestaciones puestas a disposición del público con arreglo a lo convenido contractualmente, de tal forma que los usuarios puedan acceder a ellas en el momento y desde el lugar que individualmente elijan.

Finalmente, se establece de nueva planta la posibilidad de solicitar *medidas cautelares* contra los intermediarios a cuyos servicios recurre un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual (art. 138 LPI).

2. Jurisprudencia

Sentencias sobre el derecho exclusivo a autorizar o a prohibir el alquiler y el préstamo. Adaptación incorrecta del Derecho interno.

a) Recurso interpuesto por la Comisión Europea contra la república portuguesa por incumplimiento de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información al haber establecido en su Derecho nacional un *derecho de alquiler en favor de los productores de videogramas*. Dio lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la UE de 13 de julio de 2006 (C-61/05; <http://www.europa.eu.int/eur-lex>).

Declara que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 92/100/CEE, del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, en su versión modificada en último lugar por la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, al haber establecido un derecho de alquiler en favor de los productores de videogramas.

Declara que la República Portuguesa no se ha atendido a lo dispuesto en el artículo 4 en relación con el artículo 2, apartados 5 y 7, de la Directiva 2001/29, al haber originado en su legislación nacional una confusión por lo que atañe a la identidad del deudor de la remuneración debida a los artistas por la cesión de su derecho de alquiler.

b) Recurso interpuesto por la Comisión Europea contra la república portuguesa por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 5 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, al haber *eximido a todas las categorías de establecimientos de préstamo público de la obligación del pago de la remuneración debida a los autores, por ceder sus obras en préstamo público*. Dio lugar a la sentencia de 6 de julio de 2006 (C-53/05; <http://www.europa.eu.int/eur-lex>).

Declara que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 5 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, al haber eximido a todas las categorías de establecimientos de préstamo público de la obligación de remuneración debida a los autores, por ceder sus obras en préstamo público.

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA*

1. Legislación

A) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN VIGOR

Responsabilidad medioambiental

Reglamento (CE) núm. 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (*DO L 264* de 25 de septiembre de 2006, pp. 13/19).

La Unión Europea, al igual que todos los Estados miembros, firmó el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE) sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus). Por parte de la Comunidad, la firma se produjo el 25 de junio de 1998 si bien se condicionó su ratificación a la adecuación previa del derecho comunitario a las estipulaciones contenidas en aquél. Al respecto se han adoptado un conjunto de medidas legislativas que contribuyen a lograr los objetivos del Convenio de Aarhus, aprobado por la Comunidad el 17 de febrero de 2005 (*vid.* Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información ambiental, y la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente).

Este Reglamento constituye un paso más en esa dirección, regulando la aplicación del Convenio al funcionamiento de las instituciones y los organismos comunitarios. De una parte se tiene presente lo establecido en el sexto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente que, entre otros aspectos, fomenta una aplicación más efectiva de la legislación comunitaria sobre la protección del medio ambiente a través del cumplimiento de la normativa de la Comunidad y de la actuación contra las violaciones de la legislación medioambiental comunitaria. De otra, se ha considerado oportuno abordar los tres pilares del Convenio de Aarhus, a saber, el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en un mismo texto legislativo, y establecer disposiciones comunes en cuanto a objetivos y definiciones, con la finalidad de que ello contribuya a la racionalización de la legislación y al incremento de la transparencia de las medidas de aplicación que se adopten a nivel comunitario.

* Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. La colaboración se enmarca en el Proyecto SEJ 2004-02358.

De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento 1367/2006, este texto normativo entrará en vigor el tercer día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y será aplicable a partir del 28 de junio de 2007, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. Sobre su incidencia en la regulación española *vid. infra*, epígrafe 3.1.

Responsabilidad por productos

Decisión de la Comisión 2006/514/CE, de 20 de julio de 2006, relativa a la adecuación a la obligación general de seguridad prevista por la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de determinadas normas y la publicación de sus referencias en el Diario Oficial (*DO L 200* de 22 de julio de 2006, pp. 35/37).

De conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/95/CE, se supondrá que un producto es seguro, respecto de los riesgos y de las categorías de riesgos cubiertos por las normas nacionales aplicables, cuando sea conforme a las normas nacionales no obligatorias que sean transposición de normas europeas cuyas referencias haya publicado la Comisión en el *Diario Oficial de la Unión Europea* en aplicación del artículo 4 de dicha Directiva. Corresponde a la Comisión la publicación de dichas referencias. Así, se entiende que las normas enumeradas en el anexo de la Decisión de la Comisión 2006/514/CE cumplen la obligación general de seguridad de la Directiva 2001/95/CE para los riesgos que cubren.

B) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Responsabilidad civil en materia de servicios

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo, y la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y el Consejo en el marco de la revisión de las directivas sobre productos sanitarios [COM(2005) 681 final- 2005/0263 (COD) (*DO C 195* de 18 de agosto de 2006)].

C) LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Responsabilidad medioambiental

Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) (*BOE* núm. 171 de 19 de julio de 2006, pp. 27109-27123).

Esta ley se encuentra en vigor desde el día siguiente al de su publicación, salvo el título IV y la disposición adicional primera que entrarán en vigor tres meses después de dicha publicación (disposición final octava). Con ella el legislador español pretende, de una parte, cumplir con los compromisos asu-

midos con la ratificación del Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998 (ratificado por España en diciembre de 2004, entró en vigor el 31 de marzo de 2005); de otra, llevar a cabo la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información ambiental y la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo (disposición final cuarta). A su vez, el legislador español se ha adelantado en unos meses a la aprobación definitiva del Reglamento 1367/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, si bien tuvo en cuenta el texto del proyecto de reglamento.

La Ley se estructura en cuatro Títulos. El primero se ocupa de las disposiciones generales. El Título II contiene la regulación específica del derecho de acceso a la información ambiental, en su doble faceta de suministro activo y pasivo de información. El Título III de la Ley regula el derecho de participación pública en los asuntos de carácter ambiental en relación con la elaboración, revisión o modificación de determinados planes, programas y disposiciones de carácter general. El Título IV reconoce el acceso a la justicia y a la tutela administrativa y tiene por objeto asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial y administrativa, la efectividad de los derechos de información y participación.

La Ley 27/2006 deroga expresamente la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente (disposición derogatoria única) y modifica el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (disposición final primera), y la Ley 16/2002, de 1 de julio, sobre Prevención y Control Integrados de la Contaminación (disposición final segunda)

Asimismo, se prevé la aprobación de un texto refundido de evaluación de impacto ambiental (disposición final quinta) y el desarrollo reglamentario en el ámbito de la Administración General del Estado (disposiciones finales sexta y séptima), sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia (*vid.* disposición final tercera *Título Competencial*).

Responsabilidad por productos

Ley 9/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (*BOE* núm. 178, de 27 de julio de 2006, pp. 28122-28165)

La presente Ley revisa la normativa interna en materia del sector farmacéutico para acomodarse a la evolución de la regulación comunitaria. Así, a través de esta Ley, se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, y la Directiva

2004/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/82/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos veterinarios. Asimismo, asegura la armonización de la normativa española con el Reglamento (CE) núm. 726/2004, por el que se establecen los procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.

En cuanto a los objetivos concretos de la Ley, de la experiencia derivada de la aplicación de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, se deriva, en opinión del legislador, la necesidad de ampliar y reforzar el sistema de garantías en relación a la autorización del medicamento para asegurar el cumplimiento de la exigencia de calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos.

2. Jurisprudencia

A) TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 30 de marzo de 2006 (asunto T-367/03) en relación con la demanda presentada por Yedaş Tarım ve Otomotiv Sanayi ve Ticaret AŞ contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas, señala que en el supuesto de que no se cumpla alguno de los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, enumeradas en el apartado 34 *supra*, deberá desestimarse el recurso en su totalidad, sin que sea necesario examinar los demás requisitos de la citada responsabilidad (Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 1994, KYDEP/Consejo y Comisión, C-146/91, Rec. p. I-4199, apartado 81; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de febrero de 2002, Förde-Reederei/Consejo y Comisión, T-170/00, Rec. p. II-515, apartado 37; de 19 de marzo de 2003, Innova Privat-Akademie/Comisión, T-273/01, Rec. p. II-1093, apartado 23).

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 10 de mayo de 2006 (asunto T-279/03), en relación a la demanda presentada por Galileo International Technology y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas, interpreta el artículo 288 CE, párrafo segundo, ([e]n materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones) y el artículo 235 CE que atribuye al Tribunal de Justicia competencia «para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el párrafo segundo del artículo 228, en el sentido de que no excluyen que se otorgue una reparación en especie, contrariamente al artículo 40, párrafo primero, del antiguo Tratado CECA, que sólo preveía una reparación pecuniaria. Por tanto, el juez comunitario tiene competencia para imponer a la Comunidad cualquier forma de reparación que sea conforme a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros en materia de responsabilidad extracontractual, incluida una reparación en especie si resulta acorde con dichos principios, en su caso en forma de una orden conminatoria de hacer o de no hacer.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 30 de mayo de 2006 (asunto T-87/94), a propósito de la demanda de J. C. Blom contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas, sostiene que la existencia de una oferta de indemnización dentro del intento por alcanzar una solución amistosa y colectiva no le vincula al apreciar si concurren los requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, por dicha solución amistosa y colectiva, respecto a la situación de un sujeto particular. Por lo tanto, el demandante no puede pretender que la recepción de una oferta de indemnización de las autoridades neerlandesas conforme al Reglamento núm. 2187/93 implica un reconocimiento explícito de responsabilidad por parte de la Comunidad.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 21 de junio de 2006 (asunto T-47/02), respecto del litigio de Manfred Danzer y Hannelore Danzer contra Consejo de la Unión Europea, concluye que puesto que los demandantes no han podido demostrar la ilegalidad de las disposiciones controvertidas, la adopción de éstas por el Consejo no se puede considerar un comportamiento irregular que pueda generar la responsabilidad de la Comunidad. Tanto más cuanto que, como declaran el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia en el ámbito de la responsabilidad de la Comunidad por actos normativos que traducen opciones de política económica, para la elaboración de los cuales las instituciones comunitarias disponen también de una amplia facultad de apreciación (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 1995, *Exporteurs in Levende Varkens* y otros/Comisión, T-481/93 y T-484/93, Rec. p. II-2941, apartado 81; de 15 de abril de 1997, *Schröder* y otros/Comisión, T-390/94, Rec. p. II-501, apartados 62 y 63, y de 20 de febrero de 2002, *Förde-Reederei/Consejo y Comisión*, T-170/00, Rec. p. II-515, apartado 46), la ilegalidad de una directiva de coordinación no es suficiente, por sí sola, para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, puesto que esta responsabilidad sólo se genera ante una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de abril de 1991, *Assurances du crédit/Consejo y Comisión*, C-63/89, Rec. p. I-1799, apartado 12, y de 4 de julio de 2000, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, apartado 42).

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2006 (asunto T-226/01) al decidir la reclamación planteada por CAS Succhi di Frutta SpA contra la Comisión de las Comunidades Europeas, recuerda la jurisprudencia recaída en materia de causalidad, de modo que se admite la existencia de un nexo de causalidad en el sentido del artículo 288 CE, párrafo segundo, cuando existe una relación directa de causa a efecto entre el comportamiento culposo de la institución de que se trate y el perjuicio alegado, nexo que incumbe probar a los demandantes (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 1998, *Coldiretti* y otros/Consejo y Comisión, T-149/96, Rec. p. II-3841, apartado 101). Así, la Comunidad sólo puede ser considerada responsable del perjuicio que se

deriva de manera suficientemente directa del comportamiento irregular de la institución de que se trate (véanse, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1979, Dumortier Frères y otros/Consejo, 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79, Rec. p. 3091, apartado 21; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, Blackspur y otros/Consejo y Comisión, T-168/94, Rec. p. II-2627, apartado 52). En particular, para excluir cualquier responsabilidad de la Comunidad, el Tribunal de Primera Instancia debe verificar si la causa de las ilegalidades alegadas consiste en las dificultades con que se enfrenta un demandante en el mercado (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2005, Alessandrini y otros/Comisión, C-295/03P, Rec. p. I-5673, apartado 57).

B) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad extracontractual de los Estados miembros.—La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de junio de 2006 (Asunto C-173/03) decide la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Genova (Italia) en el litigio entre Traghetti del Mediterraneo SpA y la Repubblica Italiana sobre el principio y los requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario, cuando esta violación es imputable a un órgano jurisdiccional nacional. Al respecto señala que el Derecho comunitario se opone a una legislación nacional que excluye, con carácter general, la responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia debido a que tal violación resulta de una interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por dicho órgano jurisdiccional. El Derecho comunitario se opone, asimismo, a una legislación nacional que limita la exigencia de esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o de culpa grave del juez, si dicha limitación llevara a excluir la exigencia de la responsabilidad del Estado miembro afectado en otros casos en los que se haya cometido una infracción manifiesta del Derecho aplicable [*vid* apartados 53 a 56 de la sentencia Köbler (C-224/01)].

C) TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad derivada del retraso en la transposición de la normativa comunitaria. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 27 junio 2006.—A raíz de una caída en las escaleras de un edificio público, se plantea demanda de responsabilidad contra la Administración pública. Ésta alega que las escaleras se encontraban en perfecto estado y que respetaban las normas de seguridad vigentes en el momento de la caída. Esta afirmación era cierta por lo que se refería al Derecho nacional aplicable entonces, pero no respecto del Derecho comunitario, ante el retraso en la transposición de la Directiva 89/654 CEE de acuerdo con la cual resultaba obligado instalar, por lo menos, unas cintas antideslizan-

tes. El tribunal, con una argumentación un tanto confusa que alude tanto al efecto directo de las directivas como a la aplicación retroactiva del RD 486/97 por el que se transpone la Directiva antes citada, entiende que se ha infringido la normativa que establece unas condiciones mínimas de seguridad en los lugares de trabajo y declara la responsabilidad de la Administración.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 29 marzo de 2006.—El 17 de noviembre de 1993 tiene lugar una explosión causada por acumulación de gas butano producida en la vivienda. El tribunal declara la responsabilidad de la suministradora de acuerdo con la siguiente argumentación: «En la fecha en la que se produce la explosión no había entrado en vigor la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, por lo que no es aplicable al caso. Tampoco puede serlo la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, puesto que las directivas, según reiteradas sentencias del TJCE, carecen de eficacia directa horizontal (Faccinidori). No obstante el régimen de responsabilidad no sufre grandes modificaciones en relación a la citada Ley, puesto que tanto por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al artículo 1902 CC como por aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios debemos concluir que nos encontramos ante una responsabilidad de carácter netamente objetivo o por riesgo».

SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 10 y 17 de mayo de 2006.—En relación con dos casos de contagio de la hepatitis crónica C por transfusiones realizadas en centros públicos, el Tribunal reproduce la doctrina expuesta en la Sentencia de 25 de enero de 2006 al considerar que las contaminaciones producidas por transfusiones de sangre practicadas con anterioridad a octubre de 1989 no generan responsabilidad para la Administración sanitaria, ya que el daño sufrido no es antijurídico según establece el 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así lo ha interpretado esta Sala, encontrándose la cláusula de los riesgos del progreso incorporada al ordenamiento comunitario europeo desde la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, traspuesta a nuestro ordenamiento interno antes que por el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico en la modificación introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero, por el artículo 6.1.e) de la Ley 22/1994, de 6 de julio, aunque también viniera siendo utilizada con anterioridad por la jurisprudencia para definir como no antijurídico el daño cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*. Por tanto el paciente debe soportar las consecuencias dañosas de dicho contagio.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

HELENA TORROJA MATEU*
DAVID BONDIA GARCIA**

Asunto Lacárcel Menéndez c. España (demanda 47145/02) de 15 de junio de 2006.—Violación del artículo 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo).

La demandante, nacida en 1931 y residente en Murcia, era propietaria del apartamento en el que residía. En 1994, los copropietarios del inmueble le reclamaron judicialmente una determinada cuantía por la falta de pago de unas facturas relativas a cargas comunes. La demandante no se personó en el proceso hasta poco antes de la fecha fijada para la vista oral. Cuando compareció ante el juzgado de primera instancia núm. 4 de Murcia, el 19 de julio de 1995, dijo que «se llamaba Carmen de Borbón, que era hija del rey Alfonso XIII y que no conocía su segundo apellido, puesto que su madre renunció a su maternidad a los pocos meses de nacer ella». Tanto el secretario judicial como el juez estuvieron presentes en esta declaración haciendo constar solamente que, por un lado, Isabel Lacárcel podría ser una «presunta incapaz» y, por otro lado, que se podrían iniciar acciones legales, ya que sus declaraciones constituían un delito consistente en atribuirse la condición de miembro de la familia real. El 3 de octubre de 1996 se ordenó el embargo del inmueble y la subasta pública. Entretanto, el 27 de noviembre de 1995, la demandante fue internada en un hospital psiquiátrico a instancia del juzgado de primera instancia núm. 8 de Murcia. En 1999 fue declarada judicialmente incapaz y se nombró tutora a su hermana Encarnación.

La tutora de la demandante, el 18 de febrero de 2000, instó la nulidad de la sentencia de embargo, recurriendo posteriormente ante el Tribunal constitucional, que rechazó el recurso de amparo, en 29 de abril de 2002.

La demandante se queja ante el TEDH de no haber sido debidamente informada del procedimiento instado ante el juzgado de primera instancia de Murcia, a partir del cual su apartamento fue embargado y posteriormente subastado para poder pagar a sus acreedores. La demandante alega que no pudo comparecer en ese procedimiento al no ser citada correctamente, puesto que ya no residía en su domicilio, al estar ingresada en un psiquiátrico debido a la perturbación de su estado mental, hecho que ya pudo comprobar el secretario judicial y el juez en su comparecencia de 19 de julio de 1995.

El TEDH constata que la efectividad del derecho de acceso a un tribunal implica que el individuo goce de una posibilidad clara y concreta para poder contestar un acto que suponga una injerencia en sus derechos. El TEDH constata que ningún elemento del expediente prueba que la demandante hubiera tenido conocimiento racional del procedimiento iniciado contra ella y, por tanto, no se le puede reprochar pasividad o falta de diligencia.

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona.

El TEDH aprecia que la comparecencia de la demandante, el 19 de julio de 1995, no tuvo ningún seguimiento. El juez, teniendo conocimiento directo de la existencia de una posible causa de incapacidad, no adoptó de oficio las medidas necesarias, ni puso el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, como establece el artículo 203 del Código Civil. Debido a su condición de «presunta incapaz», la demandante no pudo conocer en plenas condiciones las consecuencias del procedimiento de embargo instado en su contra, hecho que comportó una privación manifiesta del acceso efectivo a un tribunal. El representante del gobierno español alegó ante el TEDH que la declaración judicial de la incapacidad fue posterior a la sentencia definitiva que ordenaba el embargo. Para el TEDH, el fundamento basado en la irretroactividad de una declaración de incapacidad aparece como muy formalista y no se concilia con el internamiento de la demandante, contra su voluntad, en un hospital psiquiátrico, decretado por otros jueces de la misma ciudad. De esta forma constata una violación del derecho a un proceso equitativo y condena a España a pagar una indemnización por daños materiales y morales.

Asunto Díaz Ochoa c. España (demanda 423/03) de 22 de junio de 2006.

Violación del artículo 6. 1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo).

El demandante trabajaba como empleado y además era accionista de la sociedad «PlastiRec, S. A.», cuya sede social estaba en Humanes (Madrid), desde la fecha de su constitución en 1977. En abril de 1986, el demandante fue nombrado consejero delegado de la sociedad, haciendo constar este nombramiento en acta notarial en la que figuraba la dirección particular del demandante en Fuenlabrada (Madrid). El 27 de septiembre de 1988, el demandante fue despedido de la sociedad. Mediante acta notarial de 24 de octubre de 1988 transfirió los poderes que tenía como consejero delegado de la sociedad a J. M. M., que se hizo cargo de la administración de la sociedad desde esa fecha hasta la disolución de la sociedad en enero de 1989, asegurando la representación legal hasta el 20 de marzo de 1990. El 18 de diciembre de 1991, J. M. M. presentó una demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y contra Ramón Díaz Ochoa, en la que solicitaba la modificación de la base de cálculo de la pensión de invalidez permanente total. En dicha demanda figuraba como dirección del Sr. Díaz Ochoa la de la sociedad disuelta y solicitaba que se le citara mediante edictos. Mediante sentencia de 31 de julio de 1992, dictada en ausencia del demandante, el juzgado de lo social núm. 7 de Valencia apreció parcialmente la demanda de J. M. M. y aumentó la base de cálculo de la pensión de invalidez. La sentencia fue notificada al demandante mediante su publicación, el 6 de noviembre de 1992, en el *Diario Oficial de la Comunidad de Madrid*.

El Sr. Díaz Ochoa tuvo conocimiento de este procedimiento el 27 de octubre de 1998 al serle embargadas las nóminas para proceder a la ejecución de la sentencia. Instó recurso de reposición, que fue rechazado, y recurso de amparo que fue declarado inadmisibile, puesto que habían pasado cinco años desde la notificación oficial de la sentencia.

El demandante alegó, ante el TEDH, que no fue informado del procedimiento instado ante el juzgado de lo social núm. 7 de Valencia, por el cual fue condenado, conjuntamente con el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a pagar determinadas cantidades.

Como cuestión previa, el Gobierno español solicitó que se declarara inadmisibile la demanda por haber sido introducida fuera del plazo de seis

meses desde la última decisión interna establecido en el artículo 35.1 CEDH. El TEDH constató que, si bien el formulario de demanda se depositó casi diez meses después de la última decisión interna definitiva, la primera comunicación del demandante exponiendo sumariamente el objeto de su demanda se realizó dentro de plazo (art. 47 del Reglamento del TEDH) y, por tanto, no aprecia motivo de inadmisibilidad.

Al entrar a conocer el fondo, el TEDH considera que este asunto se diferencia de caso *Cañete de Goñi c. España*, puesto que en éste se demostró que la demandante había tenido un conocimiento extrajudicial de la demanda. El TEDH admite que ni la presunción de conocimiento de los actos judiciales por medio de su publicación en el Diario Oficial, ni el principio de seguridad jurídica, que impide reexaminar un proceso pasado el plazo de cinco años desde la notificación de la sentencia pueden ser cuestionados. En este aspecto, las autoridades judiciales internas han aplicado el derecho interno pertinente. Sin embargo, la combinación tan particular de los hechos en este caso, en la medida en que el demandante no podía haber tenido conocimiento del proceso iniciado no obstante constar su dirección particular en el expediente, tuvo por efecto privar al demandante de un acceso efectivo a un tribunal en aras de poder contestar a la demanda. Igualmente, las jurisdicciones instadas en el marco del recurso de nulidad y el recurso de amparo no subsanaron la ausencia de participación en el procedimiento principal al proceder a realizar una interpretación excesivamente restrictiva del derecho. En consecuencia, el TEDH estima que existe violación del derecho de acceso a un tribunal, sin entrar a valorar el resultado final del proceso si el demandante hubiera podido comparecer, y que España sólo debe pagar al demandante por daños morales y por las costas del proceso.

Asunto Gourguénidzé C. Georgia (demanda 71678/01) de 17 de octubre de 2006.—Violación artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

David Gourguénidzé, profesor universitario en el pasado y sin trabajo en el momento de los hechos, decidió vender unos manuscritos heredados de su padre, para paliar las necesidades económicas de su familia. De esta forma, en 1999, publicó un anuncio en diversos periódicos nacionales comunicando la venta de un manuscrito de Konstantiné Gamsakhourdia, uno de los más célebres escritores georgianos del siglo XX. Tras la publicación de este anuncio, la nuera del escritor se personó en el domicilio del demandante, con un periodista, y le acusó de haber robado dicho manuscrito. Al cabo de unos días, apareció, en un periódico georgiano de gran difusión, un artículo titulado *El mercadeo público de los manuscritos de Kostantiné Gamsakhourdi ha comenzado* junto con la foto del demandante. El Sr. Gourguénidzé agotó todas las instancias jurisdiccionales internas solicitando una rectificación por parte del periódico y una indemnización por el daño moral que le habían causado, tanto las informaciones que le acusaban de robar el manuscrito como la aparición de su fotografía, pero no obtuvo tal reparación.

El TEDH constata que el demandante no se queja de una injerencia por parte del Estado sino de una ausencia de protección suficiente de su vida privada, ya que Georgia no adoptó las obligaciones positivas inherentes al derecho a la vida privada y familiar que le incumben en virtud del CEDH. La frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado, en virtud del artículo 8 del CEDH, no se presta a una definición precisa; sin embargo, los

principios aplicables son comparables. En concreto, en los dos casos, se debe tener en cuenta el justo equilibrio entre el interés general y los intereses individuales, gozando el Estado de un hipotético margen de apreciación. Esta protección de la vida privada debe apreciarse teniendo en cuenta la libertad de expresión garantizada en el artículo 10 del CEDH. Si bien es cierto que el CEDH no garantiza como tal el «derecho al honor y a la reputación», sin embargo, no permite que se vea afectado el ámbito «íntimo» del individuo hasta el extremo que le impida el normal desarrollo y cumplimiento de su personalidad. El TEDH estima que, al margen de la falta de celo profesional por parte del periodista, existió una ausencia de evaluación de los intereses en causa (derecho a la vida privada y derecho a la libertad de expresión) por parte de las jurisdicciones internas. Teniendo en cuenta estas consideraciones, a pesar del margen de apreciación del que dispone el Estado, el TEDH considera que, por lo que respecta a la publicación de las informaciones y de la fotografía del demandante, las jurisdicciones georgianas no han establecido un justo equilibrio entre los intereses en conflicto, no asegurando una protección suficiente y efectiva de su vida privada. En consecuencia, constata una violación del artículo 8 del CEDH y obliga a Georgia a indemnizar por daños morales al demandante.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

A la lista de sentencias aquí sugerida deben añadirse también las sentencias a las que se hace referencia en los distintos apartados de la sección temática

STJCE de 30 de mayo de 2006, Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas.—Recurso de anulación contra la Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos, y contra la Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de Aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos. Entiende el Parlamento que la Comisión se extralimitó al adoptar la Decisión 2004/535/CEE amparándose en el artículo 25.6 de la Directiva 95/46, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. A tenor del artículo 3, apartado 2, primer guión de la Directiva, sus disposiciones no se aplicarán al tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho comunitario y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad y las actividades del Estado en materia penal. Según el Tribunal, la transferencia de datos de qué trata la Decisión constituye un tratamiento que tiene por objeto la seguridad pública y las actividades del Estado en materia penal; ello es así sin perjuicio de reconocer que, en un primer momento, los datos personales son recogidos por las compañías aéreas en el marco de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Procede, pues, anular la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección. Considera también el Tribunal que el artículo 95 CE no constituye base jurídica suficiente para adoptar la Decisión 2004/535: lejos de fundamentarse en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, su finalidad consiste en legalizar el tratamiento de datos personales impuesto por la legislación de Estados Unidos. Tampoco la Directiva 95/46 legitimaría aquella Decisión en la medida en que versa ésta sobre tratamiento de datos que no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

* Profesora Lectora de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto 2005 SGR 00789.

STJCE de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica Italiana.—Demanda de decisión prejudicial. Tribunale di Genova. Requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario, cuando dicha violación es imputable a un órgano jurisdiccional nacional. El Derecho comunitario se opone a toda normativa nacional que, por un lado, excluya toda responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por violación del Derecho comunitario cometida por un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia cuando dicha violación resulta de una interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por este órgano jurisdiccional, y que, por otra, limita esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o culpa grave del juez. El principio según el cual todo Estado está obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento, ya había sido establecido en la sentencia Köbler, de 20 de septiembre de 2003. En esta misma Sentencia se había precisado, sin embargo, que aquella exigencia de responsabilidad, lejos de ser ilimitada, requería de una vulneración manifiesta del Derecho comunitario. Y a fin de apreciar la concurrencia de este requisito, el juez nacional que conozca de la demanda de indemnización debe considerar todos los elementos que caractericen el supuesto de hecho, el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria y el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero. Así pues, el carácter manifiesto de aquella vulneración, que cabría incluso presumirse cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, es el único requisito exigible a efectos de exigencia de responsabilidad. De ello resulta que, si bien no cabe excluir que el Derecho nacional precise los criterios relativos a la naturaleza o al grado de una infracción que deben reunirse para que pueda exigirse la responsabilidad del Estado por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia, estos criterios no pueden imponer exigencias más estrictas que las derivadas del requisito de una infracción manifiesta del Derecho aplicable.

STJCE de 13 de julio de 2006. Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriático Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico c. Assitalia SpA y Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA.—Demanda de decisión prejudicial. Giudice di pace di Bitonto (Italia). Interpretación del artículo 81 del Tratado. Se plantea, en particular, si un acuerdo entre compañías aseguradoras consistente en un intercambio recíproco de información que permite un incremento de las primas del seguro de responsabilidad civil de automóviles no justificado por las condiciones de mercado, vulnerando así las normas nacionales de defensa de la competencia, puede constituir también una infracción del artículo 81 CE, habida cuenta, en particular, de la participación en el acuerdo o en la práctica concertada de empresas procedentes de diferentes Estados miembros. Se plantea, también, si el artículo 81 CE legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo prohibido por dicho artículo y, cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo

o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio. El Tribunal, tras reiterar la naturaleza de disposición de orden público que revisten los artículos 81 y 82 CE, recuerda: primero, que en materia de competencia el Derecho comunitario y el Derecho interno se aplican paralelamente, dado que contemplan las prácticas restrictivas bajo aspectos diferentes; segundo, que los artículos 81 y 82 CE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean derechos en favor de los justiciables; tercero, que la primacía del Derecho comunitario exige que se excluya la aplicación de cualquier disposición de una ley nacional contraria a una norma comunitaria, tanto si es anterior como si es posterior a ésta. El único presupuesto al que se supedita la aplicación de los artículos 81 y 82 CE a una práctica colusoria o abusiva es que dicha práctica pueda afectar al comercio entre los Estados miembros de tal manera que pueda malograr la consecución de los objetivos de un mercado único, en particular aislando los mercados nacionales o alterando la estructura de la competencia en el mercado común. A estos efectos, el hecho de que una práctica colusoria sólo tenga por objeto la comercialización de los productos en un único Estado miembro no basta para excluir que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. Siendo ello así, la práctica concertada entre compañías aseguradoras que se examina puede constituir una infracción del artículo 81 CE si, habida cuenta de las características del mercado nacional en cuestión, existe un grado suficiente de probabilidad de que el acuerdo pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en la venta de pólizas de este seguro en el Estado miembro de que se trate por parte de empresas establecidas en otros Estados miembros y de que esta influencia no sea insignificante. Por lo demás, el artículo 81 CE legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de una práctica colusoria prohibida por dicho artículo y para solicitar la reparación del perjuicio sufrido. Corresponde a cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio de esta reclamación, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de «relación de causalidad» que deberá respetar, en todo caso, los principios de equivalencia y de efectividad. También corresponde a cada Estado miembro determinar el plazo de prescripción de aquella acción de indemnización y al órgano jurisdiccional nacional verificar si el *dies a quo* de su cómputo hace prácticamente imposible el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido. Por lo demás, es competencia de los Estados miembros designar los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de aquellas reclamaciones, configurar la regulación procesal de estos recursos y fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación del perjuicio causado, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante y el pago de intereses.

STJCE de 13 de julio de 2006. Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG c. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG.—Demanda de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania). Interpretación del artículo 16, núm. 4, 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, y a cuyo tenor son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio, «en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, los tribunales del Estado contratante en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún convenio internacional». Se cuestiona el alcance de dicha competencia exclusiva; en particular, si la norma se aplica a

todos los litigios que tengan por objeto la inscripción o la validez de una patente, tanto si la cuestión se plantea por vía de acción o por vía de excepción, o si se aplica exclusivamente a los litigios en los que la cuestión de la inscripción o de la validez de la patente se haya suscitado por vía de acción. El Tribunal, tras recordar que las reglas del artículo 16 están dotadas de un carácter exclusivo e imperativo y tras precisar que por «litigio en materia de inscripción o validez de patentes» deben entenderse los litigios relativos a la validez, la existencia o la caducidad de la patente o la reivindicación de un derecho de preferencia fundado en un depósito anterior, concluye que la cuestión planteada debe resolverse atendiendo a la finalidad perseguida por el artículo 16 habida cuenta que su tenor literal no permite, por sí solo, escla-recerla. Y tras identificar dicha finalidad con la atribución de la competencia a los órganos que tienen una mayor proximidad material y jurídica con los litigios de que se trata, se resuelve que la competencia exclusiva prevista en el artículo 16, núm. 4, debe aplicarse con independencia del marco procesal en el que se suscite la cuestión de la validez de una patente, ya sea por vía de acción o por vía de excepción, en el momento de interponer la demanda o en una fase posterior del proceso. Por ello, permitir al juez que conoce de una acción por violación de patente, o de una acción de declaración de inexistencia de violación de patente, que constate con carácter incidental la nulidad de la patente controvertida sería contrario a la naturaleza imperativa de la regla de la competencia prevista en el artículo 16, núm. 4, del Convenio.

STJCE de 13 de julio de 2006. Roche Nederland BV y otros c. Frederick Primus y Milton Goldenberg.—Demanda de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación del artículo 16, núm. 1, 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, y a cuyo tenor las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán también ser demandadas «*si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos*». La aplicación del precepto requiere, a juicio del Tribunal, que entre las diferentes demandas formuladas por un mismo demandante contra distintos demandados exista una conexión de tal naturaleza que sea de interés tramitarlas y juzgarlas conjuntamente a fin de evitar soluciones que pudieran ser inconciliables si los litigios se juzgaran por separado. El carácter inconciliable de las resoluciones exige que, atendiendo a una misma situación de hecho y de derecho, se impongan consecuencia jurídicas que se excluyan recíprocamente. Según el Tribunal, este riesgo de contradicción no puede apreciarse en el marco de un litigio por violación de patente europea en el que intervienen varias sociedades, establecidas en diferentes Estados contratantes, en relación con hechos cometidos en el territorio de uno o de varios de esos Estados, aun cuando dichas sociedades, pertenecientes a un mismo grupo, hubieran actuado de manera idéntica o similar, con arreglo a un plan de acción conjunta elaborado por una sola de ellas. Aquel riesgo no existiría en la medida en que no existiría una misma situación de hecho, ya que los demandados son diferentes y los actos de violación que se les imputa no son los mismos.

STJCE de 13 de julio de 2006. Mobistar SA c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT).—Demanda de decisión prejudicial. Cour d'Appel de Bruxelles. Interpretación de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de

comunicaciones electrónicas, y de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de telecomunicaciones electrónicas. La tarificación de la interconexión para la conservación de los números contemplada en el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2002/22/CE, se refiere a los costes de transporte de los números objeto de cambio de operador y a los costes de establecimiento soportados por los operadores de telefonía móvil para ejecutar las solicitudes de cambio de operador del número. Esta disposición no se opone a la adopción de una medida nacional que defina un método determinado para el cálculo de los costes y que fije de antemano los precios máximos que puede reclamar el operador cedente al receptor en concepto de costes de establecimiento, siempre que las tarifas se fijen en función de los costes de manera que no se disuada a los abonados de hacer uso de la facilidad relativa a la conservación de los números y siempre que no se impongan al público tarifas para la conservación de los números que puedan falsear la competencia. Por lo demás, el artículo 4 de la Directiva 2002/21/CE debe interpretarse en el sentido de que el organismo designado para conocer de los recursos contra las decisiones de las autoridades nacionales de reglamentación debe disponer de toda la información necesaria para examinar la procedencia de un recurso, incluida la información confidencial que se haya recabado para adoptar la decisión que se recurre. Sin embargo corresponde a dicho organismo garantizar la confidencialidad de dicha información, asegurando el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio.

Jurisprudencia Nacional (mayo 2006 a septiembre 2006)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Competencia desleal

– STS (Sala Civil) de 21 de junio de 2006 (TOL 964468). Ponente: Francisco Marín Castán. La sentencia trae causa de la demanda interpuesta por una productora de cremas de manos internacionalmente conocida contra una empresa que, habiendo finalizado los contratos de distribución que le unían a la primera, introdujo en el mercado una crema de manos de nombre parecido, que se presentaba en envases similares y para cuya publicidad empleó un eslogan ideado por la demandante. La demanda fue estimada parcialmente y recurren en casación ambas partes. Ante la alegación de la demandada, conforme a la cual la sentencia recurrida se basó en el criterio subjetivo del juzgador y no en los informes periciales aportados (en concreto, en el que hacía hincapié en la fidelidad de los consumidores españoles a sus marcas en este mercado), la Sala estima correcta la actuación de las instancias inferiores, puesto que (FJ 2.º): « J) Todo ello está en coherencia con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 16 de julio de 1998 (asunto C-210/96), sobre publicidad engañosa, al tomar en consideración la expectativa que se producía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, y declarar que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales la apreciación de si una mención publicitaria produce un efecto engañoso, no excluyendo que el Juez nacional pueda evacuar un informe pericial o encargar un sondeo de opinión pero también, desde luego, sin obligarle a ello. K) La reciente Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales toma como referencia, en su artículo 5.2 b), al consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o al miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo de consumidores. L) Finalmente, de seguir la tesis de este motivo hasta sus últimas consecuencias se acabaría transformando la disciplina de la competencia desleal en un especie de Derecho gremial dominado por los informes de los expertos; es decir, en todo lo contrario de lo pretendido por el legislador de 1991 al atender al conjunto de intereses que confluyen en el sector (el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado en mantener un orden concurrencial saneado) e incorporar el principio de protección del consumidor “en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado”, vertiente “generalmente desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal”. La preten-

* Profesora Lectora de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en las actividades del Proyecto 2005 SGR 00759.

sión de que se condenase a la demandada a “no realizar publicidad alguna” de su crema de manos es desestimada por ambigua e incongruente (FJ 3.º)». En cuanto a la procedencia y al alcance de la indemnización debida por los daños resultantes de los actos de competencia desleal, se resuelve en que FJ 7.º: «Aunque en las sentencias de esta Sala sobre la materia se adviertan algunas diferencias acerca de si el comportamiento desleal causa por sí mismo daños y perjuicios al demandante o por el contrario éste necesita acreditar la existencia de tales daños y perjuicios ateniéndose a la regla general, lo cierto es que resulta difícilmente imaginable, tratándose de actos desleales efectivamente puestos en práctica, que éstos no hayan sido en nada perjudiciales para quien promueve el litigio. De ahí que en materia de competencia desleal, y siempre claro está que la acción ejercitada no sea la de prohibición de un acto no puesto en práctica todavía, parezca más acorde con la realidad social regulada por la Ley de 1991 seguir la línea marcada por las sentencias de esta Sala de 23 de febrero de 1998, 17 de noviembre de 1999, 7 de diciembre de 2001, 19 de junio de 2003, 23 de diciembre de 2004 y 1 de junio de 2005, porque, como declara la penúltima de las citadas, raramente podrá darse la infracción que ningún beneficio reporte al infractor, o ningún perjuicio cause al demandante interesado en que cese la ilicitud, si se tiene en cuenta el interés económico que preside estos ámbitos, generalmente vinculados a actividades empresariales». Concluye la Sala que la indemnización consistirá en el coste de una campaña publicitaria a nivel nacional para distinguir ambos productos.

– STS (Sala Civil) de 22 de junio de 2006 (RJ 2006/4712). Ponente: Jesús Corbal Fernández. La fabricación y comercialización de productos textiles utilizando la marca y restantes signos distintivos de otra empresa constituyen supuestos de competencia desleal. La demandada formuló reconvencción alegando la aplicabilidad directa de los artículos 85 y 86 (81 y 82 actuales) del Tratado Constitutivo de la CEE; su pretensión no fue analizada, por entender el tribunal de instancia que la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles en este ámbito se encuentra limitada a cuestiones planteadas de modo incidental, y no de modo principal (como ocurre cuando se ejercita una reconvencción). Contrariamente, el Tribunal Supremo interpreta la competencia de la jurisdicción civil en sentido más amplio, de conformidad con la jurisprudencia más reciente, tanto nacional como del TJCE, en su función protectora de los intereses de los particulares (FJ 2.º). Por ello, pasa a analizar, en el FJ 3.º, la eventual vulneración de los referidos preceptos, estimando innecesario plantear una cuestión prejudicial al TJCE. Se entiende que no concurre en la actora la condición de ocupar una posición dominante en el mercado de referencia –que es el mercado textil en general, y no sólo parte del mismo, como pretendía la reconviniente– y se señala qué se entendería por «abuso» de esa posición, caso de concurrir. Por otro lado, la negativa de la actora a suministrar productos de su marca a todos los comercios que lo solicitan no se considera contraria al artículo 85 (actual 81) del Tratado (FJ 3.º, con análisis del ámbito de aplicación del precepto).

– STS (Sala Civil) de 11 de julio de 2006 (RJ 2006/4977). Ponente: Encarnación Roca Trías. Se confirma la calificación de los actos realizados por los demandados, en el ámbito de la gestión de patentes y marcas, como constitutivos de competencia desleal, en los términos recogidos en el artículo 9 de la Ley 3/1991, por darse en ellos los requisitos que ha venido a establecer la jurisprudencia y que se resumen en el FJ 4.º: «Se trata, por tanto, de actos que suponen un ataque a la reputación del tercero y que están realizados con finali-

dad concurrencial; en ellos deben presentarse estos elementos: a) el menoscabo de la reputación y el crédito del tercero en el mercado, como así se deduce de la sentencia de 20 marzo 1996; b) la falsedad; c) que sean pertinentes, y d) que tengan finalidad concurrencial. Así, por ejemplo, la sentencia de 20 marzo 1996 consideró acto de denigración las alusiones a la solvencia de la empresa afectada, en un supuesto muy parecido al que ahora es objeto de recurso. La sentencia de 1 abril 2004 definía lo que debía entenderse como denigración, siendo “la propagación a sabiendas de falsas aserciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente; es decir, actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto; o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio”, criterio que había sido ya expresado en la sentencia de 15 octubre 2003, que consideró denigratoria una carta que atribuía una actuación incorrecta al demandante, lo que generó la paralización de unas obras y podría influir en los posteriores concursos para la adjudicación de obras». En cuanto al artículo 5 de la Ley 3/1991, en el FJ 5.º se recoge doctrina del propio TS en el sentido de entender que se trata de una norma que sanciona la contravención de los deberes generales de conducta de quien concurre en el mercado, de modo parecido a como operan los artículos 6 y 7 del Código Civil, 57 del Código de comercio o 1:201 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, y que funciona como límite del principio de libertad de empresa recogido en el artículo 38 de la Constitución; el artículo 5 debe ser entendido como una cláusula general que cubre aquellas conductas que suponen competencia desleal y que no están tipificadas en alguna de las disposiciones que le siguen. Por lo que se refiere a la flexibilización de la regla contenida en el artículo 1137 del Código Civil en materia comercial y de conformidad con los Principios de Derecho europeo de los contratos (art. 10: 102) puede verse el FJ 7.º

Cooperación jurídica en materia civil

– STS (Sala Civil) de 5 de septiembre de 2006 (TOL 995533). Ponente: Vicente Luis Montés Penadés. Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: medidas cautelares; notificaciones y emplazamientos. En el FJ 1.º se afirma que: «[...] el artículo 39 del Convenio de Bruselas se ha de complementar con los preceptos de la ley española y faculta, pero no obliga, al Juez para adoptar las medidas cautelares, sin prueba ni alegación sobre el *fumus boni iuris*, pero sólo cuando se den los supuestos de *periculum in mora* señalados por la *lex fori*, pero sobre todo sostiene su reiterada doctrina (Sentencias de 18 de mayo y 13 de diciembre de 1993, 12 de abril y 7 de noviembre de 1995 y 5 de febrero de 1996, entre otras) sobre que no cabe recurso de casación en materia de medidas cautelares». En los FFJJ 2.º y 3.º se razona que las notificaciones y emplazamientos realizados no se consideran ineficaces al amparo del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, ni llevados a cabo en contravención del artículo 27 del Convenio de Bruselas, puesto que caben alternativas igualmente válidas a la actuación de la llamada Autoridad Central, prevista en el artículo 2 del primero de los Convenios citados, siempre que comporten la posibilidad efectiva de conocimiento por parte del destinatario de la comunicación, como ocurrió en el caso enjuiciado.

Derecho extranjero

– STS (Sala Civil) de 4 de julio de 2006 (TOL 964470) Ponente: Encarnación Roca Trías. Aparte de analizar los medios disponibles para la acreditación del derecho extranjero, la Sala tuvo que resolver acerca de la

posibilidad de recurrir en casación por la vulneración del derecho extranjero. A este respecto, en el FJ 2.º se entendió que: «A nuestro parecer deben distinguirse dos aspectos en lo que se refiere a la aplicación de la Ley extranjera: a) El primero consiste en la determinación del contenido de la Ley que deba aplicarse según la norma de conflicto correspondiente; en este momento, deben utilizarse todos los medios de prueba dirigidos a demostrar al juzgador la vigencia, el contenido y la interpretación de la norma declarada aplicable, para lo cual debe emplearse el artículo 12.6 CC; b) Cuando se ha demostrado al Juez cuál es el derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto de normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del artículo 1692, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía que el recurso de casación debía fundarse en “la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate” y en este caso, el aplicable es el derecho alemán. La Ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc., y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (art. 24 CE), además de infringir la norma conflictual española. Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del derecho extranjero no debe ser tenida como doctrina legal a los efectos del artículo 6.1 del Código Civil, sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas».

Propiedad industrial

– STS (Sala Civil) de 23 de junio de 2006 (TOL 964444). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Marcas: caducidad por falta de uso y significado de la expresión «uso real y efectivo». En un caso sometido a la Ley de Marcas de 1988, se confirma la caducidad por falta de uso de una marca: la carga de la prueba del uso real y efectivo de la marca pesa sobre quien la alega y la valoración de esa prueba es competencia exclusiva del juzgador de instancia (FJ 3.º). Sobre el alcance del doble adjetivo («real y efectivo») que se predica del uso en la legislación española, el mismo FJ 3.º describe la jurisprudencia interna y se recoge la doctrina de la sentencia del TJCE de 11 de marzo de 2003, para concluir que: «una mera oferta que no ha sido seguida de ningún resultado comercial, ni efecto tangible, no puede estimarse que reúne la consideración de un uso público y externo de la marca con presencia o repercusión en el mercado, y difusión de manera efectiva. En definitiva, no se cumple ninguna de las pautas que podrían demostrar la efectividad del uso: volumen del negocio realizado por el titular bajo el signo, continuada en el tiempo, medidas adoptadas para satisfacer la obligatoriedad y uso del signo en la publicidad o en los medios de comunicación». Por otro lado, en el FJ 4.º se estima, como ya hiciera con anterioridad la STS de 28 de marzo de 2005, que el artículo 55.2 de la Ley 32/1988 debe ser interpretado de conformidad con el artículo 11.1 de la Directiva 104/89, de modo que la irretroactividad de la caducidad por no uso no puede conducir a legitimar al titular a interponer acciones de nulidad de otras marcas (art. 3 Ley 32/1988) en tanto la sentencia no adquiera firmeza.

Propiedad intelectual

– ATS (Sala Civil) de 20 de julio de 2006 (JUR 2006/201421). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Auto por el que se acuerda someter una cuestión prejudicial al TJCE en cuanto al concepto de «comunicación pública». El auto trae causa de la reclamación presentada por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales contra un establecimiento hotelero que captó y retransmitió a los televisores de cada habitación 20 canales emitidos vía satélite y 6 canales emitidos vía terrestre. La Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia de 31 de mayo de 1999, confirmó la sentencia de primera instancia, en el sentido de desestimar la demanda por entender que el establecimiento hotelero había satisfecho ya los derechos correspondientes a los productores por medio del contrato que había suscrito con la SGAE. El Tribunal Supremo, tras analizar los recientes desarrollos comunitarios y de derecho interno en la materia (en particular, las leyes 19 y 23/2006, de 5 de junio y 7 de julio, respectivamente), estima que la resolución del caso depende de la interpretación que se dé a las expresiones «actos de comunicación al público» y «actos de puesta a disposición del público» en el derecho español (art. 20 TRLPI), lo que a su vez pasa por averiguar cuál es el sentido del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE. De ahí que se estime pertinente elevar una cuestión prejudicial al respecto al TJCE (art. 234 Tratado CE). El Tribunal Supremo se hace eco de sus sentencias de 3 de enero y 10 de mayo de 2003, que mantienen criterios distintos en este punto y se muestra consciente de que el TJCE, en sentencia de 3 de febrero de 2000 (cuestión prejudicial C-293/98), tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema, pero lo hizo remitiendo la decisión al derecho nacional, puesto que no se había aprobado todavía la citada Directiva de 2001. En el FJ 3.º, puede leerse además que: «Pese a que el Ministerio Fiscal dice en su informe de fecha 8 de febrero de 2006 que, al ser anterior a la entrada en vigor de la Directiva la presentación de la demanda iniciadora del litigio del que deriva este recurso, ésta no resultaría aplicable al caso, esta Sala insiste en que necesita conocer la opinión del Tribunal de Justicia acerca de la interpretación adecuada a la expresión “acto de comunicación”, porque dicha frase es utilizada también por la Ley española, por lo que, aún cuando no se aplicara directamente al caso la citada Directiva, la duda acerca del sentido que debe darse a la expresión “comunicación pública” seguiría existiendo. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene declarado en el apartado 108 de su Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/04) que “procede recordar que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 249 CE, párrafo tercero (véase, en particular, la Sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I- 8835, apartado 113, y la jurisprudencia que allí se cita). Esta obligación de interpretación conforme concierne a todas las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la directiva de que se trate (véase, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8, y la sentencia Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 115)». Las cuestiones finalmente planteadas al TJCE pueden verse en el FJ 4.º y en el acuerdo con que concluye el Auto.

Propiedad industrial

– STS (Sala Civil, Sección 1.^a) de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006/2365). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Concurrencia entre denominación social y nombre comercial. Como se explica en el FJ 1.º, la controversia se reduce en casación a determinar si procede acordar la modificación de una denominación social posterior por ser similar a un nombre comercial, y crear riesgo de confusión por asociación, a los consumidores, al coincidir las actividades comerciales de las entidades demandante y demandada. En el FJ 3.º, amén de un amplio repaso de la jurisprudencia y de la legislación existente en la materia, se parte de que «[...]Evidentemente, como resulta de la sentencia recurrida, la denominación social y el nombre comercial se desenvuelven en distintas esferas de actuación. Tienen diferente régimen jurídico y responden a funciones diversas. La denominación social –o razón social (pese a la confusión del EPI con nombre comercial)– es un signo de identidad personal, identifica al titular (empresario) a modo de un nombre, y con él opera en el tráfico jurídico como sujeto de derechos y obligaciones», y se concluye que «[...] reconoce la facultad de pedir por parte del titular de una marca o nombre comercial prioritario la modificación de la denominación social posterior, cuando hay identidad o similitud en las denominaciones y semejanza en las actividades, de modo que se crea para los consumidores un riesgo de confusión sobre los productos, o de asociación, como manifestación del error o confusión acerca de la procedencia empresarial, si bien la modificación de la nomenclatura social debe limitarse al vocablo o vocablos que producen la confundibilidad»; así se resuelve, revocando el pronunciamiento de la Audiencia. La normativa aplicable era la Ley de Marcas de 1988.

– STS (Sala Civil) de 8 de junio de 2006 (RJ 2006/3356). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Marcas: supuesto de marcas homónimas, una registrada en España y la otra no. Concepto de marca notoria o renombrada. La titular de la marca registrada pretende que se condene a la demandada a dejar de utilizarla para todos sus productos, sean o no del mismo tipo que los que comercializa la actora. En apelación, se estimó parcialmente esta pretensión, pero sólo para productos de la demandada respecto de los cuales podía existir riesgo de confusión. Ante la alegación en casación por parte de la actora de infracción de los artículos 4.4, 12.a), 31 y 35 de la Ley 32/1988, la Sala, en el FJ 4.º analiza si por ser la marca notoria o renombrada y existir riesgo de asociación en el mercado no es precisa la identidad o similitud de productos, concluyendo que en cualquier caso la Ley 32/1988 exigía la identidad o similitud de los productos para el éxito de toda acción de violación (art. 31). A continuación, se analiza si concurre en el caso esa identidad o similitud, que permita apreciar el riesgo de confusión o de asociación. La cuestión no es considerada mera cuestión de hecho, por encerrar la interpretación de un concepto jurídico indeterminado y «[...] aplicando esta doctrina al caso, la Sala, teniendo en cuenta que nos hallamos ante productos alimenticios destinados al consumo humano, que incluso pertenecen a la misma familia, se venden en los mismos establecimientos, e incluso en las mismas zonas o departamentos, y tienen los mismos consumidores potenciales, y sobre todo la absoluta identidad –homonimia– del signo distintivo, que acentúa el riesgo de asociación, determinante de confusión, en relación con el origen productivo o procedencia empresarial (SSTJCE de 29 de septiembre 1998. Asunto Canon; 22 de junio de 1999, Lloyd; 22 de junio de 2000, marca Mode), por todo ello no comparte el criterio de la sentencia recurrida. La apreciación resulta reforzada

por una doble consideración. Por un lado, la apreciación de «similitud» de los productos, aquí comprendidos en las marcas en litigio, en la Resolución de la Oficina de Armonización del Mercado Interior comunitario (OAMI) dictada en Alicante el 25 de enero de 1999 que rechaza la solicitud de marca comunitaria formulada por Nutrexpá, S. A.; y, por otro lado, singularmente, que la entidad actora –del mismo grupo empresarial que la demandada, según resulta de autos– se opuso a dicha concesión con base en la “identidad” de los productos, por lo que resulta contradictorio el distinto comportamiento observado, según se trate del mercado español o alemán». En cuanto a la alegación de caducidad por no uso de la marca de la actora y a la interpretación de los artículos 4 y 53 de la Ley de Marcas de 1988, puede verse el FJ 6.º

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico

– SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 2 de mayo de 2006 (AC 2006/777). Ponente: Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo. Nulidad del contrato de aprovechamiento y del préstamo vinculado. FJ 2.º: «En los mencionados pactos, los denominados adquirentes, no pueden saber lo que adquieren, es decir, sobre qué bien inmueble tienen el derecho de uso, en qué períodos de tiempo, en qué estación anual, cuáles son los servicios en base a los cuales se les exige una cuota, y lo único claro es el montante económico que ha de percibir la parte denominada transmitente. En estos datos contenidos en el contrato poco error probatorio puede existir. Con este total confusiónismo sobre el objeto, difícilmente se puede hablar de consentimiento libre y difícilmente se puede hablar de igualdad de prestaciones». Además, se incumplieron los deberes de información previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998 (FJ 4.º). Se estima que concurren los requisitos para estimar vinculado el contrato de préstamo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, siguiendo la línea jurisprudencial que entiende que cabe flexibilizar el requisito de la exclusividad (FJ 5.º). Sobre créditos vinculados a contratos de aprovechamiento por turno, pueden verse, de la misma Audiencia (Sección 1.ª), la sentencia de 12 de junio de 2006 (JUR 2006/191858), ponente: Luis Casero Linares, apreciando también la vinculación; SAP de Madrid (Sección 11.ª) de 22 de mayo de 2006 (JUR 2006/192254), ponente: Jesús Gavilán López, y SAP de Cáceres (Sección 1.ª) de 10 de mayo de 2006 (JUR 2006/158578), ponente: Leopoldo Puento Segura, reseñada en el apartado sobre «crédito al consumo».

Cláusulas abusivas

– SAP de Alicante (Sección 7.ª) de 5 de mayo de 2006 (JUR 2006/183798). Ponente: Javier Gil Muñoz. Contrato de agencia inmobiliaria. Aunque quepa admitir, no sin discusiones, la validez del pacto de exclusiva para la gestión de venta, la renuncia por el propietario a enajenar personalmente la finca sí comporta una limitación de sus facultades dominicales. Por tanto, la cláusula penal prevista (1,5 por 100 del precio) debe entenderse referida únicamente a la vulneración del pacto de exclusiva por haber enajenado la finca otra mercantil, pero no si lo hace directamente el propietario. Por tanto, en su interpretación amplia

sería nula por abusiva, habida cuenta del desequilibrio que genera entre las partes, ya que el propietario no recibe contrapartida alguna por su renuncia. No obstante, la resolución unilateral por parte del propietario genera la obligación de indemnizar los gastos de gestión realizados hasta la fecha, cosa que no tuvo lugar en el caso porque el agente no facilitó a la propietaria la liquidación de tales gastos, pese a haber ofrecido ella pagarlos.

– SAP de Valencia (Sección 9.^a) de 17 de mayo de 2006 (TOL 986647). Ponente: Gonzalo Caruana Font de Mora. Tarjeta de crédito. Tras describir el carácter atípico del contrato de tarjeta de crédito y su naturaleza de contrato de adhesión, en el FJ 3.^o se afirma que: «[...] las consecuencias perjudiciales que pueden derivar de tal riesgo [se refiere al riesgo de uso fraudulento] en principio han de ser asumidas por las entidades bancarias, pues son ellas la parte fuerte o dominante del contrato, las generadoras de la fuente del riesgo, dado que son las que emiten las tarjetas e impulsan su uso en masa; las que marcan las reglas de funcionamiento y seguridad de la propia tarjeta fijadas en el propio contrato de adhesión y, por último, porque controlan y confeccionan los medios tecnológicos desplegados para su efectividad y su seguridad, pues son las que han configurado en el punto ahora que interesa, los cajeros automáticos, su ubicación y sus medidas de seguridad». La diligencia exigida al cliente es la propia de un buen padre de familia, mientras que la exigida a la entidad bancaria es la correspondiente a un profesional. La cláusula que imputa al cliente-consumidor, de modo automático y sin contemplación de una eventual falta de diligencia por su parte, la responsabilidad en supuestos de uso fraudulento es nula, por abusiva, de conformidad con lo dispuesto en la DA 1.^a II, apartados 10 y 14, y IV, apartado 19, de la Ley 26/1984.

– SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 23 de mayo de 2006 (JUR 2006/192227). Ponente: Amparo Camazón Linacero. Contrato de limpieza de centros de enseñanza. No resultan aplicable la regulación de las condiciones generales de la contratación (por tratarse de una cláusula negociada individualmente) ni la relativa a las cláusulas abusivas (por no tratarse de contratos celebrados con consumidores), pero la cláusula penal desproporcionada por desistimiento unilateral puede ser moderada al amparo del artículo 1154 CC.

– SAP de Huesca (Sección 1.^a) de 31 de mayo de 2006 (AC 2006/914). Ponente: Antonio Angós Ullate. En aplicación de la DA 1.^a, apartado 1.3, de la Ley 26/1984, se declara nula, por abusiva, la estipulación conforme a la cual no existe límite de tiempo para el devengo de la penalización diaria por falta de devolución de una película al videoclub. La Audiencia modera la indemnización, fijándola en treinta días, pero sobre la base del precio de alquiler de la película, que es superior a la penalización.

– SAP de Cáceres (Sección 1.^a) de 31 de mayo de 2006 (JUR 2006/183380). Ponente: Antonio María González Floriano. Aunque no afecta al fondo de la resolución, se considera que no es calificable de venta por catálogo la realizada en el establecimiento del vendedor, estableciéndose una relación personal con el comprador, pese a que no estén físicamente presentes los objetos del contrato. No obstante, se considera abusiva la cláusula inserta en el reverso de la hoja de pedido, que no fue firmada por el cliente en manifestación de su aceptación y que fue establecida unilateralmente por el vendedor, conforme a la cual la cancelación del pedido comportaría la pérdida del 10 por 100 de la cantidad abonada como señal por el cliente si se realizaba dentro de los diez

días siguientes a la adquisición y del total, si tenía lugar con posterioridad. Además, el carácter abusivo deriva del hecho de que la anulación del pedido no causa perjuicios al vendedor.

– SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 2 de junio de 2006 (JUR 2006/187472). Ponente: Francisco Javier Menéndez Estébanez. Contrato de mantenimiento de ascensores por un plazo de diez años y con renovación automática salvo preaviso de la comunidad de propietarios con tres de meses de antelación. La duración no se estima abusiva, pero sí el plazo de preaviso, que de hecho impide al consumidor ejercitar sus derechos. No obstante, en el caso enjuiciado la comunidad pretendió desvincularse del contrato al año seis, sin preaviso alguno, lo cual se considera incumplimiento contractual por su parte. Respecto de la cláusula penal, que establecía una indemnización para estos casos del 50 por 100 de los plazos pendientes, se califica de abusiva, por desproporcionada, y por comportar una doble sanción, al solaparse con el reintegro de las cantidades percibidas como descuento por la duración del contrato, amén de no tener paralelo en caso de desistimiento por la compañía de mantenimiento. Declarada la nulidad de la cláusula en este sentido, el tribunal la integra aplicando la regla general del artículo 1124 CC y estableciendo una indemnización a cargo de la comunidad del 15 por 100 de los pagos pendientes. Para el mismo tipo de contrato, con preaviso de seis meses para el desistimiento y previsión de indemnización a cargo del cliente y no de la empresa suministradora, SAP de Asturias (Sección 4.^a) de 17 de mayo de 2006 (JUR 2006/187880), ponente: Francisco Tuero Aller, pero absolviendo en este caso por completo a la consumidora demandada, por estimar la nulidad absoluta de las cláusulas analizadas; también SAP de Asturias (Sección 6.^a) de 15 de mayo de 2006 (AC 2006/920), ponente: Jaime Riaza García.

– AAP de las Islas Baleares (Sección 3.^a) de 6 de junio de 2006 (JUR 2006/194221). Ponente: María Rosa Rigo Rosselló. Cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo por impago de cuotas: se estima su validez, sin que se aprecien en ella las notas características de las cláusulas abusivas, que en este supuesto se cifrarían en el carácter discrecional de la facultad de declarar el vencimiento. Tras analizar la evolución de la consideración que han merecido este tipo de cláusulas, el FJ 5.º concluye que en el caso enjuiciado el pacto de vencimiento anticipado no comporta un desequilibrio de derechos y obligaciones que perjudique al consumidor, puesto que no contempla cualquier incumplimiento menor y su apreciación no queda al arbitrio de la entidad financiera.

– SAP de Asturias (Sección 7.^a) de 9 de junio de 2006. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente. Interés calificable de abusivo, a tenor de las Leyes 26/1984 y 7/1995. Según el FJ 3.º: «[...] debe calificarse de abusivo un interés que supera en más de cinco veces el legal del dinero, pues no existen en las actuaciones índices para determinar el interés que resultaría aplicable en este tipo de operaciones de préstamo, en el que aquéllos pueden superar los de otro tipo de contratos en el que el prestatario ha de ofrecer mayores garantías, aunque no cabe olvidar que, en el presente caso, los prestatarios aceptaron sesenta letras de cambio en garantía del pago, por lo que procede reducir el interés a los límites que prevé el artículo 19.4.º de la Ley de 23 de marzo de 1995, de Crédito al Consumo, no porque entienda la Sala que deban equipararse matemáticamente ambas operaciones, ya que no es lo

mismo un contrato de préstamo y sus intereses remuneratorios, que un descubierto originado en el contrato de cuenta corriente, sino por estimar que es utilizable en determinadas ocasiones por analogía ese índice para adecuar los intereses pactados a la normativa protectora del consumidor cuando no existen otros de mayor fiabilidad, cual ocurre en el caso enjuiciado, tal y como ha hecho en otras ocasiones esta Audiencia (Sentencia de 21 de noviembre de 2005». Imposibilidad de aplicar al caso la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, por no haberse probado cuál era el tipo de interés habitual a la fecha del contrato para operaciones de la misma clase, de modo que falta el elemento comparativo (FJ 4.º). Pueden verse también los FJ 5.º y 6.º, con abundante cita jurisprudencial, respecto del posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento, que se niega, y a la posible moderación de sus consecuencias, por la vía del artículo 1154 CC, a lo cual se da lugar. Véase, en cambio, AAP de Toledo (Sección 2.ª), de 8 de junio de 2006 (JUR 2006/191891), de la que fue ponente Juan Manuel de la Cruz Mora, y en la que, siguiendo la doctrina del TS en sentencia de 2 de octubre de 2001, se estima que, al tener naturaleza penal los intereses moratorios, no pueden ser calificados de usurarios según la Ley de 1908.

Competencia desleal

– SAP de Madrid (Sección 14.ª) de 8 de mayo de 2006 (AC 2006/925). Ponente: Amparo Camazón Linacero. No se estima producido ninguno de los supuestos de competencia desleal previstos en la Ley 3/1991 en un caso en que dos de los socios minoritarios y consultores de una empresa de asesoría y consultoría a empresas la abandonan y constituyen una nueva sociedad, para desarrollar por medio de ésta su actividad profesional. El hecho de que otro de los colaboradores de la citada empresa pusiera fin a su contrato con ella, en aplicación de las cláusulas del mismo, no es indicio de mala fe ni denota la inducción por parte de los socios salientes a este comportamiento, sino que es consecuencia natural de la relación de confianza que les unía.

– SAP de Madrid (Sección 10.ª) de 8 de mayo de 2006 (JUR 2006/188123). Ponente: José González Olleros. Estando pendiente un pleito sobre patentes entre la actora y la demandada, en la que la primera vio desestimada su pretensión de obtener medida cautelar de retirada de la circulación del medicamento genérico comercializado por la segunda, la demandante envió más de 150 requerimientos a distribuidoras farmacéuticas explicando la situación, lo cual produjo un efecto devastador sobre las ventas del genérico, que su fabricante compara a las que hubiese producido la medida cautelar denegada. Por ello, insta un procedimiento por competencia desleal, por entender infringidos los artículos 5, 7, 9 ó 14 de la Ley 3/1991. La Audiencia entiende que la veracidad y la redacción de los requerimientos impiden estimar concurrente ninguno de los tipos de ilícito contemplados en la referida Ley.

Condiciones generales de la contratación

– SAP de la Rioja (Sección 1.ª) de 21 de junio de 2006 (JUR 2006/187240). Ponente: Alfonso Santisteban Ruiz. No hay duda alguna sobre la incorporación de las condiciones generales y particulares al contrato de préstamo para el comprador de bienes muebles, en el que se hace referencia expresa a las mismas, es firmado por ambas partes y el prestatario recibe una copia, amén

de constar en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, cumpliéndose, por tanto, los requisitos exigidos por la Ley 7/1998. Se estima que tampoco se vulnera la Ley 26/1984, por tratarse de un contrato normado, que obedece a una resolución oficial de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyas cláusulas fueron expresamente aceptadas por las partes, que manifestaron conocerlas.

Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles

– SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 10 de mayo de 2006 (AC 2006/929). Ponente: Amparo Camazón Linacero. La reconvención planteada por la adquirente de una colección de libros, frente a la demanda de pago interpuesta por la editorial-vendedora, pretendiendo la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad del contrato, por incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley 21/1991, se desestima por entender que en el caso se cumplieron todas las referidas previsiones.

– SAP de Asturias (Sección 6.^a) de 12 de junio de 2006 (JUR 2006/205828). Ponente: José Manuel Barral Díaz. Adquisición de un tractor agrícola. No resulta de aplicación al caso la Ley 21/1991, porque el agricultor solicitó la presencia en su domicilio del vendedor y, además, no concurre en el comprador la condición de consumidor o usuario.

Crédito al consumo

– SAP de Zaragoza (Sección 4.^a) de 10 de mayo de 2006 (JUR 2006/188055). Ponente: María Jesús de García Muñoz. No se aprecia la vinculación del crédito a los efectos de la Ley 7/1995, por haber sido negociado individualmente por la compradora con su entidad bancaria habitual y por no quedar acreditada la exclusividad en la financiación.

– SAP de Cáceres (Sección 1.^a) de 10 de mayo de 2006 (JUR 2006/158578). Ponente: Leopoldo Puente Segura. Se estima vinculado el préstamo concertado para la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno –cuya declaración de nulidad en primera instancia no es impugnada (art. 14.2 Ley 7/1995). No se estima aceptable la alegación de la entidad bancaria recurrente conforme a la cual la Ley 7/1995 no es aplicable a préstamos para la adquisición de bienes inmuebles. En cuanto al cumplimiento de los requisitos del artículo 15 de la referida Ley, se hace especial hincapié en el acuerdo previo entre la constructora y la entidad bancaria, la inexistencia de pactos similares con otras entidades bancarias y la falta de relación de los adquirentes con la sucursal concedente del préstamo; todo ello, pese a que en el contrato se estableciese que el adquirente podía elegir la financiación que más conveniente le pareciese. Véanse, también, las sentencias reseñadas en el apartado «aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico».

– SAP de Las Palmas (Sección 1.^a) de 15 de mayo de 2006 (AC 2006/1010). Ponente: Mónica García de Yzaguirre. Se aprecia el carácter de crédito vinculado del concertado para la financiación de un curso de idiomas, al que resulta de aplicación la Ley 7/1995, así como el artículo 1288 CC, por tratarse de un contrato de adhesión. La entidad financiera incumplió su obligación de redactar por escrito el contrato y de entregar al cliente una copia del mismo suscrita por la entidad. La sentencia recoge y sigue resoluciones anteriores respecto de la misma academia de idiomas y la misma financiera, para

entender concurrente el requisito de la exclusividad y el destino del curso a la satisfacción de necesidades personales, imprescindibles para la consideración del crédito como vinculado. Cerradas las puertas de la academia, procede la resolución del contrato de préstamo, con devolución sólo de las cantidades devengadas tras el incumplimiento por la academia. En sentido prácticamente idéntico, respecto de otra academia de inglés que dejó de prestar sus servicios y empleaba el mismo método de financiación, SAP de Las Palmas (Sección 4.ª) de 9 de mayo de 2006 (JUR 2006/212786), ponente Emma Galcerán Solsona.

Garantías en las ventas de bienes muebles de consumo

– SAP de Cáceres (Sección 1.ª) de 24 de mayo de 2006 (JUR 2006/183418). Ponente: Juan Francisco Bote Saavedra. Vestido del boda del que se desprendían pañuelos. Se ejercita una acción indemnizatoria por incumplimiento contractual (art. 1101 CC), y, por consiguiente, no es de aplicación la Ley 23/2003, al no haberse planteado ninguna de las acciones en ella previstas.

– SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 30 de mayo (JUR 2006/187552). Ponente: Carlos Moreno Millán. La apelación trae causa de la demanda interpuesta por el adquirente de un automóvil contra el distribuidor y el fabricante, solicitando la sustitución del vehículo o, subsidiariamente, la resolución del contrato, debido a los defectos que presentaba. En primera instancia, se estimó parcialmente la demanda. Recurren el adquirente y las demandadas. La Audiencia desestima, en el FJ 2.º, la alegación de falta de legitimación pasiva formulada por el fabricante en España; el Tribunal entiende que la Ley 23/2003, en concordancia con las previsiones de la Ley 26/1984, establece una responsabilidad directa, objetiva y solidaria de todos los intervinientes en el proceso de producción y comercialización, aunque no fuese a ellos imputable el defecto del producto; de ahí que el artículo 10 de la Ley 23/2003 prevea las correspondientes acciones de regreso. Por otro lado, el vendedor es legitimado pasivo respecto de la posible pretensión de sustitución (FJ 3.º). La sustitución del vehículo se consideró, no obstante, desproporcionada, por la excesiva onerosidad para el vendedor (art. 5.1 Ley 23/2003), por lo que la resolución acordada en primera instancia se confirma: los defectos que presentaba el vehículo no afectaban a su seguridad y funcionamiento, pero sí se consideran de suficiente entidad como para dar lugar a la resolución del contrato, una vez intentada sin éxito la reparación (FJ 4.º).

Propiedad industrial

– SAP de Madrid (Sección 11.ª) de 12 de mayo de 2006 (AC 2006/933). Ponente: Félix Almazán Lafuente. Marcas. Demanda interpuesta por los titulares de las marcas de la familia «Citi» contra una empresa, inicialmente dedicada sólo a la prestación de servicios inmobiliarios y aduaneros, cuya marca registrada es únicamente «Citi». El hecho de que la marca de la entidad financiera actora sea mixta, en el sentido de incluir representaciones gráficas, y vaya acompañada siempre de un sufijo («Bank», «House», «Corp», etc.) hace que no exista riesgo de confusión, en los términos establecidos por la jurisprudencia del TJCE (sentencia de 26 de octubre de 2005). Respecto del registro del nombre de dominio «citi.es» por parte de la demandada véanse las consideraciones vertidas en el FJ 8.º, rechazando igualmente

la pretensión de las actoras-recurrentes. En materia de riesgo de confusión, incluyendo los nombres de dominio en Internet, puede verse también SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006/192897), ponente: Pablo Quecedo Aracil (especialmente, FJ 4.^o).

– SAP de Albacete (Sección 1.^a) de 24 de mayo de 2006 (JUR 2006/192160). Ponente: Manuel Mateos Rodríguez. Demanda interpuesta por los titulares de la marca comercial «Cornetto» contra la empresa que comercializaba igualmente helados con el nombre «Conatto», sin tener registrada marca alguna. Se estiman concurrentes los requisitos necesarios para estimar que la semejanza entre los signos implica un riesgo de confusión para el público [art. 34.2.b) Ley 17/2001] (FJ 4.^o). El hecho de que el uso en España de la marca «Conatto» fuese anterior al registro de la marca «Cornetto» se estima irrelevante (FJ 5.^o), puesto que la segunda era ya utilizada en Europa y, además, la empresa comercializadora de la segunda no tiene registrada la marca, por lo que no puede beneficiarse de la protección que brinda la Ley de Marcas. No se aprecia prescripción de las acciones de propiedad industrial y de competencia desleal ejercitadas, por aplicación de la doctrina de los actos continuados (FJ 3.^o), pero sí limitación en cuanto a los efectos indemnizatorios, de conformidad con el artículo 45.2 de la Ley 17/2001. A partir de 1995, cuando la marca «Cornetto» fue introducida masivamente en España, la demandada estuvo llevando a cabo claros actos de confusión, a los que es de aplicación el artículo 6 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

– SAP de Burgos (Sección 3.^a) de 13 de junio de 2006. Ponente: Ildelfonso Barcalá Fernández de Palencia. Marcas. La Audiencia declara la nulidad de una marca («La Sepia») y de la marca mixta que lleva el mismo nombre, por haber sido registrada en contravención de la prohibición establecida en el artículo 5.1 de la Ley 17/2001, al tratarse de una denominación genérica, de uso habitual en el ámbito de la restauración, al que se dedica el titular, que no puede servir para distinguirlo de otros competidores. No se estima aplicable la excepción prevista en el artículo 5.2 de la Ley 17/2001. A pesar de ello, la denominación puede seguir siendo empleada como distintivo del local, como se ha venido haciendo durante treinta años, puesto que en este ámbito no está prohibido el uso de denominaciones genéricas, y, por consiguiente, su titular puede interponer las acciones pertinentes para evitar que otros en la misma localidad usen signos que no distingan adecuadamente un negocio de otro. En este punto, se aplica la doctrina surgida al amparo del artículo 82.2 de la Ley de Marcas de 1988, pese a haber quedado ahora la cuestión desplazada al ámbito de la competencia desleal. «En el supuesto de autos, la posibilidad de confundir el bar o el restaurante de la parte actora con el de la parte demandada es prácticamente nula, pues el primero se halla en el centro de la ciudad donde lleva establecido treinta años, y el segundo se ha abierto recientemente en una de las grandes superficies que están a las afueras de Valladolid. Ni por la proximidad entre los establecimientos, ni por la clientela que acude a uno o a otro local, ni por las costumbres que hacen que esa clientela se desplace en búsqueda del servicio ofrecido, puede decirse que la parte demandada realice alguno de los actos que son constitutivos de competencia desleal. Por otra parte, el nombre de ambos establecimientos introduce algún elemento diferenciador, girando uno como la Sepia y el otro como Casa de la Sepia, como para que no se produzca una identidad absoluta ente ambos nombres que impida su identificación».

– SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) de 22 de junio de 2006 (JUR 2006/225847). Ponente: Pedro Antonio Pérez García. Marcas. Recogiendo la doctrina del TS y del TJCE, la Audiencia estima que no hay riesgo de confusión entre las marcas «Marqués de Alella» y «Marqués de Maella», puesto que, pese a referirse ambas a vinos, uno es tinto y el otro es blanco, sus envases y etiquetas no presentan semejanza y su modo de elaboración y denominación de origen es también diverso, de modo que el consumidor medio, a quien se presume cierto conocimiento en la materia, no sufre el peligro de confusión aludido. Tampoco se estima concurrente la notoriedad de la primera de las marcas, que pudiera comportar la expansión de sus efectos a otros productos o servicios.

Propiedad intelectual

– SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) de 15 de junio de 2006 (JUR 2006/183294). Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver. Se parte de que la emisión de música en una escuela de danza es un acto de comunicación pública y no un acto de uso privado, dado el beneficio comercial que con ello obtiene la escuela. Se reconoce la legitimación de la SGAE para reclamar de la escuela, por no haber acreditado ésta que la música que utilizaba en sus clases era de la llamada «libre», esto es, colgada en Internet por sus autores con renuncia implícita a sus derechos de explotación, siendo así que la carga de la prueba pesaba sobre la demandada y no sobre la SGAE, a quien se presume representa a todos los autores.

Recensiones de libros sobre Derecho Privado Europeo

SANZ CABALLERO, Susana: *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, 397 pp., ISBN: 84-8456-387-1.

Podría decirse que en nuestros días la realidad social parece desbordar a la realidad legal tradicional en torno a la noción de familia y a los derechos que le son inherentes. Por ello es del todo oportuno preguntarse, como lo hace la autora de esta obra, Susana Sanz Caballero, «qué tipo de medidas se adoptan en el ámbito internacional al objeto de proteger los intereses familiares, qué clase de iniciativas se promueven y fomentan para que los Estados cumplan con sus obligaciones hacia la familia y, en definitiva, eleven el nivel de bienestar de la misma» (p. 23). Con una trayectoria especializada en derecho internacional de los derechos humanos y derecho comunitario –la Dra. Sanz es Titular de la Cátedra Jean Monnet de Integración Europea de la Universidad Cardenal Herrera de Valencia, donde es profesora ordinaria de Derecho Internacional Público–, la autora se adentra en un análisis del derecho internacional en la materia. El resultado ha merecido la calificación de ser la primera monografía dedicada a estudiar con «rigor científico» y «coherencia» el ámbito jurídico de lo que constituye «la célula básica de la sociedad» desde la perspectiva de la protección internacional (universal y europea) de los derechos humanos, como indica el Profesor Dr. Jorge Cardona Lloréns en el prólogo (pp. 17 y 20).

La obra se estructura en seis capítulos que representan en realidad tres grandes ámbitos de análisis: el primero, y menos extenso, se dedica al concepto y protección de los derechos de la familia en el sistema de las Naciones Unidas (capítulo I); el segundo aborda el concepto y derechos de la familia en el seno del Consejo de Europa (capítulos II y III), y el tercero estudia el concepto y derechos de la familia en la Unión Europea (capítulos IV y V). El capítulo VI es de conclusiones finales. El uso de un método jurídico de análisis uniforme a lo largo de toda la obra es muy acertado. Se diría que la autora realiza una construcción teórica que parte de una lectura inductiva de instrumentos jurídicos y jurisprudencia para llegar a enunciar a modo de ideas conceptuales los *pormenores jurídicos* del concepto de familia y de los derechos humanos que le son intrínsecos en la realidad social actual. Por ello, en lo que se refiere a la parte regional europea, la obra ofrece un compendio sistematizado de un número considerable de sentencias ágilmente manejadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Su contenido es en exceso descriptivo, echándose en falta, en ocasiones, una mayor profundización y apoyo doctrinal con respecto a diversos de los conceptos jurídicos que se destacan, así como con respecto a las valoraciones personales que se aportan.

Quizás el primer capítulo, dedicado a las Organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, será el menos interesante para el *iusprivatista*, por consistir en una relación indicativa –no exhaustiva– de distintos instrumentos jurídicos internacionales, en su mayoría de *soft law*, que incluyen derechos humanos vinculados a la familia (como, por ejemplo, el derecho a la vida privada y familiar, derecho a contraer matrimonio, a fundar una familia y la

igualdad de derechos entre cónyuges, derecho de la persona a una remuneración justa que le asegure a ella y su familia una vida digna, etc.). Al respecto, si bien se echa en falta un mayor análisis contextual de cada instrumento (Estados parte en el tratado o Estados que adoptan la resolución internacional en cuestión, las causas de su adopción, etc.), el capítulo no deja de ilustrar sobre la relevancia del *valor familia* en la sociedad internacional universal, así como sobre la dificultad de manejar un concepto único de ésta en un ámbito que es tributario de la heterogeneidad de los Estados que lo componen.

Mayor interés ofrecen los capítulos siguientes donde se reflejan dos lecturas, en cierto modo opuestas, de los derechos humanos de la familia: la visión *humanista, cristiana y liberal* (p. 349) y la visión *pragmática y utilitarista* (p. 354), en expresiones de la autora, del juez de Estrasburgo y el juez de Luxemburgo, respectivamente.

La aproximación al Consejo de Europa se hace a partir de la inexistencia de una definición de *familia* en el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos humanos y Libertades Fundamentales. Ésta se deducirá a partir de una jurisprudencia que «se puede tildar actualmente de poco conservador[a]» (p. 350), vivo reflejo de la adecuación de los jueces al *air du temps* y de su tendencia a proteger la *famita natural* (así, por ejemplo, hay familia entre una madre soltera y su hijo natural desde el momento de su nacimiento; la familia puede incluir a los abuelos; existe familia entre unos padres y su hijo matrimonial desde el mismo momento del nacimiento, independientemente de que los progenitores convivan con el niño; puede existir vida familiar entre personas transexuales, etc.). El concepto de *esposo y matrimonio* tiene su giro jurisprudencial en el 2002 (sentencias Goodwin e I), cuando parece darse mayor peso al *sexo psíquico* que al biológico y así se puede interpretar el artículo 12 del Convenio —que textualmente se refiere al derecho a casarse de «el hombre y la mujer»— abriendo la puerta al derecho a casarse de los transexuales. Otro tanto decirse del concepto jurisprudencial de *hijo*, basado en la necesaria igualdad entre *todos* los hijos; o de *vida privada y familiar*, de la *igualdad de derechos de los cónyuges y del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia*, que se realizan a continuación. Tras este ensayo de construcción conceptual, el contenido concreto de los derechos se analiza en el capítulo III (*derecho a una vivienda, al respeto de la propiedad familiar, derechos socio-económicos, situación ante la expulsión de extranjeros, derecho a la educación de los hijos, la custodia de los hijos*, etc.), no sin las necesarias remisiones a puntos analizados en el capítulo anterior; en alguna ocasión se fuerza demasiado el discurso para extraer las conclusiones reflejadas en la sistematización del capítulo. Por otra parte, la autora muestra también con acierto que el liberalismo del TEDH choca en alguna ocasión con la falta de pronunciamiento sobre temas excesivamente polémicos o sobre los que no hay aún un consenso entre los jueces, como es el caso del aborto.

En cuanto a la Unión Europea, la autora parte de su falta de competencia expresa sobre derechos fundamentales ni sobre los derechos de la familia. Ello conlleva que la Unión se interese por éstos «en la medida en que un asunto que verse sobre ellos afecte a un objetivo de la Unión como pueda ser la libre circulación de personas o bienes, la creación del mercado único o la libre competencia entre las empresas» (p. 323). Es, por tanto, del todo lógico, que el TJCE encare el tema de forma «economicista e instrumental» (p. 244), pues «los derechos de la familia interesan en tanto que medio para conseguir el crecimiento económico europeo y la integración y cohesión social». Claro ejemplo es que «la mayoría de las normas comunitarias protege a la familia

del trabajador migrante comunitario, descartándose por lo general sus aplicación para el caso de familiares de migrantes de terceros Estados» (p. 245). La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al derecho originario, no cambiaría demasiado el panorama, pues, con la excepción de su artículo 33.1, la mayoría de los derechos ya se protegían en la Unión de un modo u otro. El análisis del concepto y los derechos de la familia se basa en los mismos elementos conceptuales utilizados en los capítulos anteriores. Aun observándose influencias de la jurisprudencia del TEDH (claro ejemplo es el de las sentencias Goodwin e I sobre la Sentencia KB/Nacional Health Service Pensionsagen, admitiendo el derecho al matrimonio entre transexuales), los resultados son en global divergentes. La jurisprudencia en torno a los *derechos socio-económicos* es lógicamente más profusa, sin embargo, los logros positivos del juez de Luxemburgo deben ser matizados y criticados por su visión económica, «tan diferente e incluso distante en materia de derechos fundamentales» (p. 360), lo que «produce cierta esquizofrenia jurídica» (p. 361) en Europa.

De todo lo visto, dado el objeto de la obra, más que el listado de documentación final que se presenta, hubiese sido deseable incluir un índice de citas de los instrumentos jurídicos y sobre todo de las sentencias, especialmente teniendo en cuenta la remisión que de éstas se hace de un capítulo a otro. Pero ello no impide considerar el resultado global como un muy interesante y sugerente análisis jurídico basado en un método ordenado y coherente que permite al lector aproximarse con un menor (Sistema de Naciones Unidas) y mayor (ámbito regional europeo) detalle al concepto de familia y de los derechos que le son inherentes en una perspectiva internacional.

Helena TORROJA MATEU
Universidad de Barcelona

SERRANO FERNÁNDEZ, María: *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, València, Tirant Lo Blanch, 2005. ISBN 84-8456-291-3, 437 pp.

El libro se presenta a modo de estudio comparado del proceso de interpretación de los contratos en los diferentes sistemas jurídicos de nuestro entorno. Tal metodología se impone por entender la autora que, para poder abordar la consecución de un Derecho civil europeo, antes es preciso llevar a cabo la tarea de aproximación de los dos grandes sistemas jurídicos civiles occidentales: el *Civil Law* y el *Common Law*.

La obra se estructura en tres partes, divididas, cada una, en tres capítulos. A la vez, la materia se divide en tres temas clave: La «interpretación y prueba documental», la «interpretación, integración e interpretación integrativa del contrato» y los diferentes tipos de «normas de interpretación (subjettivas y objetivas), su posible jerarquía, y la buena fe como criterio de interpretación». Entorno a tales cuestiones, se analizan los problemas que plantean el Derecho civil español y otros Derechos civiles continentales (Parte Primera) y el anglosajón (Parte Segunda). Además, se toman en consideración los tres más importantes instrumentos de armonización jurídica-privada actuales (Parte Tercera), esto es: la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de

compraventa internacional de mercaderías, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de Derecho europeo de contratos.

Asimismo, la autora divide cada uno de estos tres temas clave en varios puntos, cuyo análisis se va repitiendo con respecto a cada uno de los ordenamientos jurídicos y normas antes mencionados.

En primer lugar, en relación con la «interpretación y prueba documental», cabe destacar lo siguiente:

1) El análisis de la admisibilidad de la *parol evidence rule* o «regla de la palabra» del Derecho civil anglosajón (Parte Segunda, Capítulo I), la cual imposibilita el recurso a una prueba extrínseca ante una manifestación de voluntad contractual que no adolezca de lagunas.

En el Derecho civil español, la noción «términos claros» no es una regla similar a la anglosajona de la *parol evidence rule*. Se entiende que son claros los términos del contrato (art. 1281 CC) si reflejan realmente la intención evidente de los contratantes y que la literalidad de los términos tiene un papel subordinado respecto de la valoración de todos los demás datos (art. 1182 CC), a la hora de estimar cuál fue la intención de las partes. Una regla como la *parol evidence rule* tampoco está vigente en otros Derechos civiles continentales. Así, se analiza el artículo 1156 *Code* francés, llegando a la conclusión de que la literalidad tiene un valor relativo, aunque exista un principio de prueba tasada (art. 1341 *Code*). Igualmente, el artículo 1362 del *Codice* italiano impone el deber positivo de indagar la común intención de las partes y, en dicha indagación, la literalidad de los términos tiene un papel secundario, con respecto a datos extrínsecos. Por último, se observa que el parágrafo 133 BGB también impone al intérprete el deber de buscar la voluntad real o común de las partes, por encima del texto literal.

Finalmente, respecto a los instrumentos internacionales (Parte Tercera) cabe destacar que la CV (art. 8), los PU (art. 4) y los PECL (art. 5101) señalan, como material hermenéutico, la común intención de las partes. Para buscarla deben tomarse en consideración todas las circunstancias (art. 4.3 PU) y el intérprete tiene un amplio abanico de medios (art. 5102 PECL), con lo cual estos textos no han acogido la regla de la *parol evidence rule*.

2) La cuestión de la validez de las *merger clauses* o cláusulas de restricción probatoria, del Derecho civil anglosajón (Parte Segunda, Capítulo I), en las que las partes indican que el acuerdo debe ser interpretado dentro del marco de los acuerdos escritos.

Por lo que se refiere al Derecho civil español, esta cláusula puede nacer al amparo del artículo 1255 CC; no obstante, las partes no pueden excluir reglas imperativas de interpretación (arts. 1291-1289 CC). En el Derecho civil francés, la cuestión se resuelve en los mismos términos; mientras que el Derecho civil alemán y el italiano admiten la posibilidad de pactar formas convencionales.

En los instrumentos internacionales, la CV no admite las *merger clauses* ex artículo 8.3, aunque se trate de una norma dispositiva (art. 6). Mientras que, los PU las admiten, si su propósito es delimitar lo que constituye el acuerdo definitivo de las partes, respecto de las negociaciones previas. También las admiten los PECL (art. 2105), pero entendiendo que puede probarse que dichas cláusulas no fueron acordadas con la finalidad de neutralizar una promesa verbal u otra hecha en otro documento.

En segundo lugar, en relación con la «interpretación, integración e interpretación integrativa del contrato» (Parte Primera, Capítulo II), la autora explica con profundidad la interpretación integradora. Su construcción en el

Derecho civil español se realiza a partir de la tesis de Alfaro, que la considera preferente a la integración mediante normas de Derecho dispositivo, cuando existan datos en el contrato que induzcan a pensar que la solución prevista por las partes hubiera sido distinta a la prevista por éste. Por otro lado, esta construcción recibe críticas basadas en que la reglamentación contractual carece de posibilidades propias de autointegración (López y López). Como colofón a esta cuestión, se aborda el tema de la interpretación integradora en los contratos celebrados bajo condiciones generales a partir de los artículos 8 y 10 LCGC y del artículo 10 bis LGDCU. Estos preceptos remiten a las reglas del artículo 1258 CC, sin acudir previamente al mecanismo de la interpretación integradora. Solución que valoramos como lógica teniendo en cuenta que, en estos contratos, cede el poder de autorregulación de los propios intereses. La temática se cierra con una referencia comparada a las soluciones del Derecho de francés (arts. L.132 ss del Código de Consumo), con mayor detalle, a las soluciones del Derecho italiano (art. 1341 *Codice*) y un breve apunte a los Derechos portugués (art. 9 Decreto-ley de 31 de agosto de 1995) y holandés (arts. 213 a 247 BW).

En cuanto a la interpretación integrativa en el sistema del *Common Law*, la autora plantea la cuestión (Segunda Parte, Capítulo II) siguiendo a Treitel. Resalta la idea de que, por la ausencia de una conciencia clara de que los efectos del contrato no se agotan en el propio acuerdo y de que es preciso añadirles otros efectos derivados de fuentes objetivas, los Tribunales del *Common Law*, para la interpretación integrativa, acuden a la ficción de considerar implícitos en el contrato los *statutes* (fuentes extrínsecas).

En tercer y último lugar, se abordan las «clases de normas de interpretación y su jerarquía». Merece destacarse, en el estudio del Derecho civil español (Parte Primera, Capítulo III), que un sector doctrinal (López y López) considera que las normas subjetivas tienen preferencia y otro (Jordano Barea, Díez-Picazo, Gil Rodríguez) piensa que deben utilizarse simultáneamente las reglas subjetivas y las objetivas. También es interesante la exposición del tema de la cláusula general de buena fe (art. 1258 CC) como criterio objetivo de interpretación de los contratos.

El Derecho civil anglosajón parte igualmente de una interpretación objetiva, pues el intérprete ha de determinar el alcance de las obligaciones asumidas con el parámetro del *reasonable man*. Asimismo rige el principio general de buena fe en sentido objetivo (*fair dealing*).

El libro no cuenta con un apartado de conclusiones. Tal vez por ello, la autora anticipa una a su comienzo, aunque se trate de una idea conocida: las soluciones acogidas en el *Civil Law* y en el *Common Law* respecto de los problemas que plantea la interpretación de los contratos se encuentran en íntima conexión con la propia concepción del contrato y con el papel del principio de autonomía de la voluntad.

Finalmente, nos queda realizar una valoración crítica de la obra. Sin duda, la autora ha sabido escoger un tema importante y sugerente para el análisis y la metodología de Derecho comparado utilizada se revela especialmente interesante, necesaria incluso. Con todo, los resultados se hubieran visto notablemente mejorados si, además de los ordenamientos jurídicos nacionales, también hubiera tomado en consideración las directivas comunitarias, por cuanto en la posible estructura que pueda tener un MCR, prevista en la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2004 [COM(2004) 651 final], la interpretación del contrato aparece como una de las partes del acervo comunitario que debe ser revisado. Desde luego, ello hubiera contribuido a aportar nuevos

datos o soluciones a los problemas que plantea la interpretación del contrato, tanto desde la perspectiva del derecho propio como del resto de derechos nacionales. Problemas que, por otra parte, generalmente se abordan desde una perspectiva meramente descriptiva y desde una posición excesivamente acrítica (por ejemplo: al concluir sobre la cuestión de la integración del contrato con condiciones generales tras la declaración de nulidad parcial –p. 195–; o sobre si la buena fe es sólo un medio de interpretación objetiva –p. 258–; o sobre la valoración de la presunción *iuris tantum* a favor de la validez de una *merger clause* que, indica la autora, establece el artículo 2205 PECL, cuando dicha cláusula no ha sido negociada individualmente –p. 422–, lo cual, a primera vista, nos parece una formulación poco acorde con el principio *pro consumatore*). También el apartado bibliográfico es reducido. Ni siquiera se recogen las contribuciones de la doctrina española más reciente (por ejemplo: PARRA LUCÁN, «Interpretación del contrato», en: CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*, 2003; y ESPIAU ESPIAU, «Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo», en: ESPIAU ESPIAU/VAQUER ALOY, *Bases de un Derecho contractual europeo*, 2003), ni cierta doctrina extranjera, que merece ser citada en un estudio comparado (KÖTZ, «Interpretation of Contracts», en: HARTKAMP/HESSELINK/HONDIUS/JOUSTRA/DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, 1998; y GALGANO, *Atlas de Derecho privado comparado*, 1999). Ahora bien, se trata sin duda de una obra útil, clara y formativa para quien quiera obtener una primera aproximación al estado de la cuestión en materia de interpretación y, también, desde la perspectiva del Derecho comparado.

Francisca LLODRÀ GRIMALT
Universidad de Les Illes Balears

SCHULZE, Reiner (Hrsg.), *Europäische Genossenschaft (SCE), Handbuch, Baden-Baden, Nomos, 2004, ISBN 3-8329-0658-4, 269 pp.*

1. Introducción

El grado de armonización alcanzado entre las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito del Derecho de sociedades ha contribuido de manera decisiva al avance en un fenómeno todavía más intenso, tendente a lograr no sólo la *aproximación* de legislaciones diversas sino la *unificación* del régimen jurídico de determinadas formas de sociedad. La creación de formas sociales «europeas», entendiéndose por tales las dirigidas a ofrecer una vestidura jurídica a proyectos y actividades empresariales transfronterizos, desarrollados en dos o más Estados miembros de la Unión Europea, ha sufrido un impulso notable en la presente década.

La primera manifestación de este fenómeno fue la creación, en 1985, de la *Agrupación Europea de Interés Económico* (AEIE)²⁴, configurada como una entidad sin ánimo de lucro, que tiene prohibido desarrollar una actividad empresarial por sí misma al estar destinada exclusivamente a facilitar las actividades económicas de sus miembros, y que responde a un modelo de organización personalista: responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios,

²⁴ Reglamento (CEE) núm. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE).

voto por cabezas y regla de unanimidad en la toma de decisiones sociales, cambios de socios sometidos a autorización unánime de los restantes, etc. [arts. 24, 17 y 22 del Reglamento (CEE) núm. 2137/85].

Hubo que esperar hasta el año 2001 para que, tras un largo proceso lleno de altibajos, se introdujera en el Ordenamiento comunitario una forma social de naturaleza capitalista y con vocación de alcanzar un mayor protagonismo que la anterior en la realización del mercado interior: la *Sociedad Anónima Europea* (SE)²⁵. Sólo dos años después, en julio de 2003, queda completado el panorama actual de formas sociales supranacionales con el nacimiento de la *sociedad cooperativa europea*, cuyo estatuto jurídico se establece en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003 (en adelante, RSCE). Con esta norma, el legislador europeo asume, dentro de su marco de actuación, las directrices expresadas por Naciones Unidas en diversas Resoluciones (entre ellas la Resolución 56/114, aprobada por la asamblea general el 19 de diciembre de 2001 [A/RES/56/114], y la 58/131, de 22 de diciembre de 2003 [A/RES/58/131]), alentando a los gobiernos a «crear un entorno propicio al desarrollo de las cooperativas», así como «proteger y promover su potencial para ayudarlas a lograr sus objetivos».

La obra colectiva *Europäische Genossenschaft* (SCE) es el resultado de la colaboración de seis autores, de cuatro nacionalidades diferentes, para abordar de manera sistemática los principales aspectos del régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea (en adelante, SCE). Su director, Reiner Schulze, es Catedrático de Derecho civil e Historia del Derecho en la Universidad de Münster (Alemania) y cuenta con una dilatada experiencia académica e investigadora tanto en el campo del Derecho privado europeo como en el ámbito del Derecho de cooperativas. Además de ocuparse de la dirección, el Prof. Schulze es autor de dos capítulos esenciales en esta obra (el primero, introductorio, y el quinto, relativo a la estructura de la SCE), y se encarga, asimismo, de ofrecer en el último capítulo (el séptimo) una perspectiva general del Derecho alemán en la materia, junto a otros autores que exponen, a su vez, la situación de sus respectivos Ordenamientos: el francés (a cargo de Elie Alfandari y Bernard Piot, que son también los autores del capítulo cuarto, relativo a la condición de socio), el italiano (por Emanuele Cusa, responsable además del capítulo sexto sobre aplicación del resultado empresarial) y el británico (del que se encarga Ian Snaith, quien asume asimismo el capítulo segundo sobre el Derecho aplicable). A los cinco autores ya citados sólo falta añadir el Dr. Martin Ebers, vinculado a la Universidad de Münster al igual que R. Schulze, que se encarga del capítulo tercero dedicado a la constitución de la SCE.

La sociedad cooperativa europea es una entidad que, aunque tiene importantes elementos en común con la Sociedad Anónima Europea (SE), está orientada a satisfacer las necesidades específicas de las cooperativas en sus actividades transfronterizas²⁶. Es preciso señalar que, en la doctrina mercantil española, la SCE no ha recibido hasta el momento un tratamiento monográfico, habiéndose centrado el interés doctrinal, en mucha mayor medida, en el estudio de la Sociedad Anónima Europea (SE). Entre los escasos trabajos dedicados a la sociedad cooperativa europea tras la aprobación del Reglamento que establece su estatuto jurídico (en adelante, RSCE) cabe destacar,

²⁵ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

²⁶ Cfr. Cdos. 5 y 6 del Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (RSCE).

por ejemplo, los de Vicent Chuliá y Fajardo García²⁷, ambos publicados en el 2003, así como los más recientes de la profesora Alfonso Sánchez²⁸.

Esta materia quizás despierte mayor atención doctrinal en el futuro, cuando el legislador español termine de dictar las normas necesarias para la plena efectividad del régimen establecido en el Reglamento comunitario en diversos aspectos (entre los que puede destacarse, como hace el prof. Schulze en la p. 18, la designación de la «autoridad competente» para diferentes asuntos relacionados con la constitución y la actividad de la SCE, a la que se alude en los arts. 7, 21, 29, 30, 54 y 73 RSCE). Hasta el momento sólo se ha verificado la transposición de la Directiva sobre implicación de los trabajadores²⁹ en una norma conjunta para las SE y las SCE³⁰, pero no se ha abordado un tratamiento legislativo nacional (y/o, en su caso, autonómico) respecto a las SCE domiciliadas en España, en aquellas materias relativas a la organización interna de esta forma social que lo requieran, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003.

Debe hacerse notar, en relación con este tema, que se ha rebasado ya la fecha prevista en el Reglamento (art. 80) para el inicio de su propia «aplicación» (no su entrada en vigor, producida ya el 21 de agosto de 2003). Esta diferenciación entre la fecha de entrada en vigor del Reglamento y la de inicio de su aplicación parecía tener la intención de procurar que los Estados miembros dictaran, en el periodo comprendido entre ambas, las disposiciones necesarias para el cumplimiento efectivo del mismo, además de la incorporación de la Directiva³¹, pero al menos en el caso del Derecho español no ha podido lograrse el efecto pretendido.

2. Contenido

Los dos primeros capítulos de la obra que nos ocupa contemplan aspectos generales relacionados con la nueva forma social y el Reglamento que establece su estatuto jurídico. Los capítulos tercero a sexto se dedican, en particular, a sendos aspectos del régimen de la SCE (constitución, condición de socio, estructura orgánica, etc.), mientras que el último capítulo de la obra retoma el enfoque general para hacer un análisis comparado del estado de las legislaciones de los distintos Estados miembros.

²⁷ VICENT CHULIÁ, F., «La sociedad cooperativa europea», *Rev. Ciriéc-España*, núm. 14, 2003, pp. 51-82; FAJARDO GARCÍA, I. G., «Reflexiones sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea», en CHAVES/FAJARDO/NAMORADO (Coords.), *Integración empresarial cooperativa. Posibilidades, ventajas e inconvenientes*, Ed. Ciriéc, Valencia, 2003, pp. 203-210.

²⁸ ALFONSO SÁNCHEZ, R., «La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 252, 2006, pp. 19-34 y, de la misma autora, «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», *Boletín Aldizkaria*, Academia Vasca de Derecho, núm. extraordinario II (Jornadas sobre la implantación del estatuto de la SCE), junio 2006, pp. 11-52.

²⁹ Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

³⁰ Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Las especialidades de la SCE respecto a la SE se regulan, en particular, en la disposición adicional segunda.

³¹ La fecha prevista, tanto para la aplicación del Reglamento como para la adopción de las disposiciones necesarias para el cumplimiento de la Directiva, era el 18 de agosto de 2006 [cfr. art. 80 Reglamento (CE) núm. 1435/2003 y artículo 16 Directiva 2003/72/CE].

En el primer capítulo, de carácter introductorio, el profesor Schulze destaca los elementos configuradores de la sociedad cooperativa europea tal y como ha sido regulada en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003. Las singularidades de las cooperativas respecto a otras formas de empresa han llevado al legislador comunitario a establecer un régimen jurídico unificado que permita constituir sociedades cooperativas europeas entre personas físicas y/o jurídicas con domicilio en diferentes Estados miembros, de manera que puedan competir en condiciones de igualdad con otras formas sociales en el desarrollo de sus actividades transfronterizas sin perder sus rasgos identificativos.

El Prof. Schulze comienza su análisis resaltando la finalidad perseguida por el Reglamento, deducible de lo dispuesto en los Cdos. 6, 7, 11 y 12: atender a las específicas necesidades de las cooperativas para que, manteniendo sus principios característicos, puedan desarrollar actividades fuera de las fronteras nacionales, en todo o parte del territorio de la Unión Europea, en igualdad de condiciones con otras formas de empresa.

Tras la exposición de la estructura del Reglamento, se atiende a los *elementos esenciales* de la forma «sociedad cooperativa europea» que, para el citado autor, se establecen en el artículo 1 RSCE y son los siguientes: *a)* entidad dotada de personalidad jurídica; *b)* capital dividido en participaciones y carácter variable tanto del capital como del número de socios; y *c)* responsabilidad de los socios por las obligaciones de la SCE limitada al importe del capital suscrito, salvo disposición en contrario de los estatutos en el momento de la constitución. Una vez identificada la esencia de la SCE, el autor se detiene en señalar determinados *principios inspiradores*, entre los que se integran tanto aquéllos de carácter funcional que permiten distinguir a las cooperativas (y a la SCE) de los demás sujetos económicos con otras formas jurídicas, así como los principios que atienden al fin u objetivo principal de una cooperativa (y SCE): la satisfacción de las necesidades de sus socios o el fomento de sus actividades económicas o sociales. Pertenecerían al primer grupo el principio de preferencia de la persona sobre el capital, el de estructura y control democráticos o el de distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio (Cdos. 7 y 8 RSCE). Respecto a los principios relativos a la finalidad primordial de la SCE, cabe señalar, por ejemplo, el que proclama la necesidad de participación de los socios en la actividad de la cooperativa, debiendo ser al mismo tiempo, en la mayoría de los casos, clientes, proveedores o trabajadores de la misma. Tratamiento específico y separado merece, finalmente, el principio que garantiza la implicación de los trabajadores en la SCE.

Junto a las cuestiones indicadas [tratadas en los A) y B)], en este capítulo primero se completa la caracterización jurídica de la sociedad cooperativa europea mediante el estudio de las relaciones entre esta nueva forma social y la tradición europea en materia de cooperativas, exponiéndose los presupuestos y antecedentes del régimen actual de la SCE [ap. C)]; también son abordadas las relaciones de ésta con las cooperativas nacionales, basadas en el principio de no discriminación [ap. D)].

De especial interés es el epígrafe dedicado a la distinción entre «Derecho europeo» y «Derecho nacional» de la SCE [ap. E)]. El Reglamento y la Directiva relativos a la SCE no agotan en absoluto su régimen jurídico, sino que en numerosos aspectos le resultarán de aplicación las disposiciones nacionales en materia de cooperativas (e incluso las normas aplicables a las sociedades anónimas nacionales, en materias objeto de armonización comunitaria), ya sea por virtud de la remisión expresa de un concreto precepto del Reglamento comunitario o bien por la aplicación del sistema general de fuen-

tes establecido en el artículo 8 RSCE. El encaje entre las distintas fuentes puede suscitar, en ciertos aspectos, dudas de interpretación que el Prof. Schulze apunta, si bien un desarrollo más amplio de estas cuestiones debe buscarse, como veremos, en el capítulo segundo del libro.

Concluye el capítulo primero con algunas consideraciones sobre el fundamento normativo del Reglamento, la entrada en vigor y su aplicación o vigencia efectiva [ap. F)].

El *capítulo segundo* se dedica al estudio pormenorizado del Derecho aplicable a la SCE. Dividido en tres apartados, en el primero (A) se analiza la cláusula general que deriva del artículo 8 RSCE en materia de jerarquía normativa. El orden de prelación de fuentes establecido parte de la primacía del *Reglamento* sobre cualquier otra norma; sólo cuando el Reglamento lo autorice expresamente se aplicarán, en segundo lugar, las disposiciones de los *estatutos de la SCE*; y, en tercer lugar, las materias no reguladas en el Reglamento (de forma total o parcial) se regirán por la *legislación de los Estados miembros* (bien la que éstos dicten específicamente para la SCE o, en su defecto, las leyes aplicables a las cooperativas constituidas según el Derecho del Estado miembro donde la SCE tenga su domicilio). El sistema de fuentes se cierra admitiendo la aplicación de las restantes disposiciones estatutarias de la SCE (esto es, las relativas a materias donde no exista una autorización expresa del RSCE) en las mismas condiciones exigidas para las cooperativas nacionales.

El autor de este capítulo, Ian Snaith, presta atención a una cuestión de interés tanto para el Derecho británico (en el que se detiene especialmente, como es lógico, por ser el Ordenamiento que le resulta más próximo) como para otros ordenamientos comunitarios y, en particular, para el Derecho español: la determinación de la legislación interna aplicable cuando en el Estado del domicilio de la SCE existen *diversas regulaciones aplicables a las cooperativas*. Esta pluralidad de regímenes puede darse en razón de la actividad a la que la cooperativa se dedique (como pasa en el Derecho francés), o bien, como ocurre en el caso español y en el británico, por la existencia de regulaciones regionales (en nuestro caso, autonómicas) de cooperativas.

La solución más sencilla para este problema sería que el Estado miembro afectado dictara una norma específica que disipara las dudas; en defecto de ley especial al respecto, el autor se manifiesta partidario de aplicar, cuando proceda, la legislación interna que sería de aplicación si la SCE en cuestión hubiera sido registrada como cooperativa nacional y tuviera tanto su administración central como su domicilio en el lugar en el que deberían haber sido establecidos conforme a la regulación regional de cooperativas (cfr. p. 21). En una línea similar se ha pronunciado la doctrina española, que defiende la aplicación a la SCE domiciliada en el territorio de una Comunidad Autónoma de la correspondiente ley de cooperativas autonómica (si la tiene), que a estos efectos debería ser considerada como «legislación del Estado miembro» en el sentido del artículo 8.1.c) RSCE³².

En el segundo apartado (B) de este capítulo, se atiende al régimen aplicable a cuestiones específicas, atendiendo en su tratamiento al esquema que resulta del enunciado de los capítulos del Reglamento (disposiciones generales; constitución; estructura; emisión de títulos con privilegios específicos; cuentas anuales y cuentas consolidadas; disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos).

³² VICENT CHULIÁ, F., *La sociedad cooperativa europea*, cit., p. 65; ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La sociedad cooperativa europea*, cit., p. 29.

Finalmente, el tercer apartado adopta de nuevo una perspectiva general para tratar una cuestión calificada como característica central del sistema de regulaciones aplicables: la de si, para la conexión de la SCE con un determinado Ordenamiento jurídico, habría de tenerse en cuenta el lugar de constitución (*Gründungstheorie*) o bien aquél donde se sitúe su domicilio o centro de administración efectiva (*Sitztheorie*). Tras reproducir los términos del debate en el ámbito comunitario, ante la presencia de uno y otro modelo en los ordenamientos de los Estados miembros, se destaca, cómo el RSCE se decanta en su artículo 6, por el criterio del domicilio, que deberá situarse en el lugar de administración central de la SCE (cfr. arts. 6, 7 y 73 RSCE). Este régimen se ha considerado un triunfo de la teoría de la sede real (*Sitztheorie*) para las SCE, según reconoce expresamente el legislador comunitario en el Cdo. 14 del Reglamento.

El enfoque general de los capítulos anteriores se abandona en los siguientes para, a partir del capítulo tercero y hasta el sexto, emprender el estudio de distintos aspectos particulares de la disciplina que rige la creación y el funcionamiento de una SCE.

En el *capítulo tercero* se analizan detenidamente los tres procedimientos admitidos para la constitución de una SCE: 1) creación *ex novo* por personas físicas y/o jurídicas [pp. 54-56]; 2) fusión de cooperativas (bien mediante la absorción de una cooperativa, que se extingue, por otra que adopta la forma de SCE o bien mediante extinción de todas las cooperativas participantes en la fusión para integrarse en una nueva SCE) [pp. 56-69]; y 3) transformación en SCE de una cooperativa nacional que haya tenido un establecimiento o filial en otro Estado miembro durante, al menos, dos años [pp. 69-70]. En el estudio de cada una de estas vías para la constitución de una SCE se aborda el análisis del régimen jurídico aplicable, y se ponen de manifiesto los principales mecanismos jurídicos previstos con la finalidad de tutelar los diversos intereses afectados, especialmente en el supuesto de fusión: los de los socios, los acreedores y los trabajadores.

Por su claridad expositiva y su trascendencia para la comprensión de cada uno de estos procedimientos merecen ser resaltadas las consideraciones previas dedicadas por el autor de este capítulo (M. Ebers) a la exposición sistemática de los *presupuestos generales del régimen de constitución* de esta nueva forma social, con independencia del procedimiento elegido (pp. 44-54). Trataremos, a continuación, de sintetizar tales presupuestos.

a) Remisión del Reglamento, en importantes aspectos de esta materia, al régimen aplicable a las sociedades anónimas en el Estado del domicilio de la SCE, bien de manera directa, desplazando al Derecho de cooperativas (p. ej., en materia de registro de la SCE, conforme a lo dispuesto en art. 11.1 RSCE), o bien en defecto de aquél (p. ej., respecto al control de legalidad en el caso de constitución de la SCE mediante fusión, según dispone el art. 29.1 RSCE).

b) Supranacionalidad como elemento indispensable, pues los socios fundadores deben tener su domicilio en –o estar sujetos al Derecho de–, al menos, dos Estados diferentes de la Unión Europea o, en el caso de transformación de una cooperativa estatal, tener un establecimiento o una filial en otro Estado miembro.

c) Forma escrita del contrato de constitución con los estatutos, debiendo ser suscritos ambos por los socios fundadores y contener, en cada caso, las menciones mínimas señaladas en el RSCE.

d) Respeto de las reglas para la formación inicial del capital (que es variable) de la SCE, que incluyen la previsión de un capital «legal» mínimo

de 30.000 euros, si bien en la escritura y los estatutos podrá fijarse una cifra mínima de capital por encima de dicha cifra, que funcionará como límite cuantitativo respecto a los socios que deseen abandonar la SCE (ya que la devolución de sus participaciones no podrá llevarse a efecto si, como consecuencia de ello, el capital quedara por debajo de la cifra mínima fijada); además del capital mínimo, el legislador comunitario contempla otros mecanismos para garantizar una adecuada formación del capital, como la prohibición de emitir participaciones por debajo de su valor nominal o la exigencia de desembolso inicial obligatorio de, al menos, el 25 por 100 de las aportaciones dinerarias y del importe total de las no dinerarias.

e) Inscripción en el registro del Estado de su domicilio, a partir de la cual la SCE adquiere personalidad jurídica; con anterioridad estaríamos ante una SCE en constitución, a la que el RSCE dedica el artículo 18.2, aunque no especifica a partir de qué momento debe entenderse aplicable dicho precepto; a este problema y sus posibles soluciones se dedican las páginas 70 a 73 de este capítulo.

f) Preceptivo cumplimiento de deberes adicionales de publicidad, que varían en función del procedimiento de constitución.

g) Ausencia de un sistema de control preventivo de la constitución de una SCE, de carácter judicial o administrativo, que sea común a todas las modalidades de constitución; en su lugar sólo contempla el Reglamento una remisión al Derecho de sociedades anónimas del Estado miembro donde se fije el domicilio.

h) Necesaria observancia de las previsiones de la Directiva 2003/72/CE sobre implicación de los trabajadores como presupuesto para el registro de la SCE, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 RSCE.

Como cierre del capítulo tercero se incluye un apartado que no se refiere propiamente a ningún aspecto relativo a la *constitución* de la SCE sino justamente al «reverso» de ésta: su *extinción*. En él se trata de clarificar bajo qué presupuestos puede ser extinguida una SCE ya constituida [pp. 73-76], dedicándose especial atención a las causas de disolución contempladas en el artículo 73 RSCE, cuya eficacia queda condicionada a la declaración de una autoridad judicial o administrativa competente del Estado del domicilio de la SCE.

En el *capítulo cuarto* se estudia la condición de socio en la SCE. En esta materia se aprecian gran parte de los rasgos configuradores de esta forma social, que le atribuyen su identidad y la diferencian con nitidez de otras figuras con las que comparte su finalidad de promover la realización del mercado interior y el desarrollo de actividades transfronterizas, en particular la sociedad Anónima Europea (SE).

Siendo el fin de la SCE la satisfacción de las necesidades de sus socios o promover sus actividades económicas y sociales, no debe extrañar que sea caracterizada por los autores de este capítulo (Elie Alfandari y Bernard Piot), así como en los mismos Considerandos del Reglamento (CE) núm. 1435/2003, como una empresa orientada a los socios y no a los inversores, con primacía de la persona sobre el capital, donde sus miembros revisten una doble cualificación (pues, además de socios, son clientes, suministradores, empleados o participan de cualquier otro modo en la actividad de la cooperativa) y el reparto del resultado empresarial responde a un principio de distribución equitativa.

Siguiendo un esquema clásico en el tratamiento de la condición de socio en el Derecho de sociedades, su análisis respecto a la SCE comprende tres cuestiones: presupuestos de *adquisición* (y mantenimiento) de la condición de socio en la SCE [apartado A)]; *contenido*, esto es, derechos y deberes de los socios [apartado B)]; y C) *pérdida* de la condición de socio [apartado C)].

Respecto a la primera de estas cuestiones, se aborda inicialmente el estudio de las personas legitimadas para adquirir la condición de socio en una SCE (que pueden ser tanto físicas como jurídicas, siempre que reúnan los requisitos de número y supranacionalidad del art. 2 RSCE). Se adquiere tal condición mediante la suscripción de participaciones, por virtud de una declaración de ingreso en la que el interesado se compromete a cumplir los estatutos y a desembolsar las participaciones en los plazos y condiciones establecidos. La admisión como socio debe ser aprobada por el órgano de administración o de dirección de la SCE, salvo en el caso de los socios inversores, en el que se atribuye tal competencia a la asamblea. En caso de constitución por fusión o transformación, los socios de las sociedades implicadas adquieren *ipso iure* la condición de socios en la SCE resultante.

Ya ha sido apuntado que los socios en la SCE responden a un principio de doble cualificación, que se materializa en la conclusión con ésta de acuerdos sobre suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras para el desempeño de las actividades de la cooperativa (art. 1.3 RSCE). Esta regla general presenta, no obstante, ciertas excepciones. Es posible, por un lado, que la SCE desarrolle operaciones con terceros que no tengan la condición de socios, siempre que así se establezca en sus estatutos. Cabe también, por otro lado, que la SCE tenga socios no usuarios o «inversores», cuando así se prevea en los estatutos y tal posibilidad se admita en el Derecho del Estado donde la SCE tenga su domicilio. En este sentido, el Derecho estatal de cooperativas español prevé la figura del «socio colaborador» (cfr. art. 14 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas). Los autores del presente capítulo se ocupan de estas y otras excepciones al principio de doble cualificación con especial consideración del Derecho francés (cfr. pp. 81 y 82).

En cuanto al contenido de la condición de socio en la SCE destaca el tratamiento, en el ámbito de los derechos políticos o de participación, del derecho de información y sus límites, así como del derecho de voto (pp. 84-86). Siendo la regla el voto por cabezas («un socio, un voto»), se admite no obstante el voto ponderado, siempre que esté permitido en el Estado de domicilio de la SCE, en función de la participación de los socios en la actividad de la cooperativa y, en determinados supuestos, también en proporción a la participación en el capital de la cooperativa. En el ámbito de los derechos económicos o patrimoniales, se estudian los tres siguientes (pp. 86 a 88): 1) derecho al valor patrimonial de las participaciones (en el doble aspecto de que éstas pueden ser transmitidas, respetando las condiciones indicadas en el art. 4.11 RSCE, y pueden ser total o parcialmente reembolsadas a los socios que abandonen la sociedad, siempre que no se rebase el límite previsto en el art. 3.4 RSCE); 2) derecho de participación en el resultado empresarial de la SCE, incluyendo tanto el retorno (en función de la actividad cooperativa realizada) como el eventual reparto de los excedentes disponibles, y 3) derechos de los socios en caso de disolución de la SCE, regulados en el artículo 75 RSCE.

Se completa el capítulo cuarto de la obra recensionada con el análisis de las diversas hipótesis que conllevan la pérdida de la condición de socio y, en especial, los supuestos de salida voluntaria o separación (*Austritt*) y de exclusión (*Ausschluss*) de socios.

De conformidad con el carácter variable del capital y el número de socios en la SCE, cualquier socio podrá abandonar voluntariamente una SCE en los términos previstos por sus estatutos (que podrán condicionar pero no excluir plenamente tal posibilidad). Al margen de esta «vía ordinaria» de salida de socios cabe también una «extraordinaria», consistente en el ejercicio por éstos

de un derecho de separación. Tal derecho se atribuye por el artículo 15.2 RSCE exclusivamente a aquellos socios que hayan votado en contra de un acuerdo de la asamblea general de modificación de estatutos del que se deriven consecuencias perjudiciales para los socios, en los términos definidos por el citado precepto. La versión española del RSCE utiliza para estos casos el concepto de «renuncia», desconociendo así los avances dogmáticos sobre esta cuestión en el ámbito del Derecho de sociedades, conforme a los cuales ha de estimarse técnicamente más preciso el de «separación». Junto a estas hipótesis de abandono voluntario de la SCE se ha previsto también una salida forzosa: la exclusión de socios («expulsión» en el RSCE). Respecto a las causas en las que procede excluir (o «expulsar») a un socio de la SCE, se ha utilizado en su formulación una interesante técnica de cláusula general: «*cuando el socio haya incumplido gravemente sus obligaciones o haya incurrido en actos contrarios a los intereses de la SCE*»³³. Su apreciación en cada caso compete al órgano de administración o de dirección, aunque la decisión que dicte éste podrá ser recurrida ante la asamblea general (art. 15, núms. 1 y 3, RSCE).

En el *capítulo quinto* del libro comentado, el prof. Schulze afronta el estudio de la estructura orgánica de la SCE, materia ésta donde las similitudes con el régimen de la SE son evidentes. El modelo adoptado en ambos casos se basa en el reconocimiento de un derecho de elección entre dos sistemas de organización: monista y dualista.

Además de la asamblea general, cuyo régimen es idéntico cualquiera que sea el sistema elegido, la estructura de la SCE se compone, en el sistema monista, de un único órgano de administración (que asume la gestión y representación de la SCE) y, en el sistema dualista, de dos órganos: el de dirección (a quien corresponde la gestión y la representación de la SCE ante terceros) y el de control (que supervisa la gestión desarrollada por aquél y representa a la SCE exclusivamente ante el órgano de dirección o sus miembros en caso de litigio o en la celebración de contratos).

La adopción de este modelo de regulación tiene importantes consecuencias para aquellos Estados miembros (como es nuestro caso) en los que no se prevé más que uno de estos dos sistemas de organización para las cooperativas nacionales, ya que estarán obligados a regular el otro sistema para que las SCE domiciliadas en su territorio tengan garantizada la posibilidad de elección que el Reglamento les reconoce. Esta exigencia hace surgir la duda sobre si el derecho de elección entre dos posibles sistemas (con la mayor flexibilidad que conlleva) debe limitarse a las SCE o extenderse también a las cooperativas nacionales para evitar discriminaciones, hipótesis esta última que en nuestro caso exigiría, en buena lógica, modificar no sólo la legislación estatal sino también las leyes autonómicas de cooperativas.

El prof. Schulze trata con detalle todos los aspectos del régimen jurídico de los sistemas dualista y monista. En las páginas 93 a 104 ofrece una visión crítica y sistemática de los preceptos que el RSCE dedica a su regulación, tratando tanto las competencias de cada órgano, como su composición o las reglas para la designación de sus miembros y su revocación. Siguiendo la estructura acogida en el propio Reglamento, se ocupa a continuación de los preceptos comunes

³³ Para una valoración crítica de esta técnica de regulación de la exclusión de socios en relación con las sociedades mercantiles, tanto personalistas como capitalistas, nos permitimos remitir a SÁNCHEZ RUIZ, M., *La facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 203 a 222.

a ambos sistemas previstos en los artículos 45 a 51 RSCE, reproduciendo el diseño acogido ya en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 para la SE.

Finalmente concluye este capítulo con el análisis del régimen de la asamblea general, a cuya regulación dedica el Reglamento una considerable extensión. Sin entrar en detalles, sólo diremos que aborda, entre otras cuestiones, las competencias de la asamblea, su composición y las normas sobre constitución y funcionamiento de la misma, con especial atención al ejercicio del derecho de voto y las mayorías para la válida adopción de acuerdos, así como al derecho de información de los socios. Un último epígrafe hace referencia a la posibilidad de constituir asambleas sectoriales o de sección, cuando se den los requisitos fijados por el artículo 63 RSCE.

«La aplicación del resultado empresarial» es el título del *capítulo sexto*. El prof. Emanuele Cusa desarrolla aquí, de manera minuciosa y crítica, una materia compleja, que conecta directamente con la esencia de las cooperativas: las reglas especiales sobre aplicación del resultado en la SCE que, tal y como señala del Cdo. 7 RSCE, están informadas por el principio de distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio financiero.

Comienza el autor señalando cuáles son las fuentes de regulación de la materia estudiada que, a su juicio, no se agotan en las incluidas en el artículo 8 RSCE. Destaca la importancia de la *Declaración sobre la identidad cooperativa* aprobada por la Alianza Cooperativa Internacional en 1995, que no se limita a axiliar en la interpretación de los Derechos de los Estados miembros y del Derecho comunitario, sino que puede constituir en sí misma una fuente de Derecho en la medida en que el Derecho nacional lo permita y se admita la costumbre como fuente jurídica. Debería considerarse, en su opinión, como una especie de «*ius commune cooperativum*».

El Derecho aplicable a la aplicación del resultado en la SCE sólo se contiene de manera parcial en el Reglamento, de manera que las materias no previstas se regirán por el Derecho aplicable en los Estados miembros y por la autonomía estatutaria, en las condiciones señaladas por el artículo 8 RSCE. Según señala Cusa, las únicas disposiciones imperativas del Reglamento son tres: las relativas a la reserva legal, las que se refieren a la absorción de pérdidas de ejercicios anteriores y la preferencia del retorno cooperativo, que se antepone a la remuneración de los capitales aportados (y asimilados).

Antes de avanzar en el estudio de la materia objeto de este capítulo sexto, se acometen ciertas precisiones terminológicas, con notables referencias comparadas a la legislación de algunos Estados miembros, en especial la italiana y la española.

En primer lugar, se indica que los conceptos de «excedente» y de «resultado» son considerados como sinónimos en el RSCE, y se precisa el significado de dichos términos en el propio Reglamento y, en general, en el Derecho comunitario. En segundo lugar, se apunta que los conceptos de «aplicación» y de «reparto» se utilizan siempre en el RSCE con un significado concreto: mientras el término «aplicación» se refiere a todos los destinos posibles del resultado empresarial, el concepto de «reparto» se emplea sólo para determinado tipo de aplicaciones, en especial las que tienen como beneficiarios a los socios y a terceros (p. ej.: trabajadores, inversores), pero no las que se realizan en beneficio de la propia SCE. En tercer lugar, se analiza el concepto de «retorno», clarificándose su significado en relación con las diversas modalidades posibles de realizar el fin principal, mutualista, de la SCE. Se distingue así, en atención al método de cálculo para el reparto del retorno, entre SCE configurada como cooperativa de consumo o de producción. Se recuerda, por

otro lado, que sólo los socios usuarios podrán recibir retornos, y que las cantidades repartidas en concepto de retorno deberán proceder precisamente de los excedentes obtenidos en las operaciones de la SCE con sus socios.

A continuación se abordan diversas cuestiones relacionadas con la autonomía estatutaria reconocida en el Reglamento en la materia analizada. Entre ellas destaca la posibilidad prevista en el artículo 67.3 de excluir totalmente el reparto, cuyo alcance puede suscitar ciertas dudas. En opinión de Cusa, dicha exclusión estatutaria podrá afectar tanto a socios como a no socios, ya que el precepto citado no distingue y el artículo 66 RSCE señala que los estatutos «podrán» (no «deberán») prever el pago de un retorno a los socios.

Después de tratar el tema del órgano competente para la aplicación del resultado, se estudian las especialidades en materia de aplicación y distribución del resultado en función de los sujetos destinatarios: la misma SCE, los socios (distinguiendo entre el pago de retornos y la remuneración de las aportaciones u otras inversiones) y los terceros inversores (titulares de obligaciones u otros títulos distintos de las participaciones).

Termina este capítulo con el tratamiento de un eventual reparto del resultado (y del patrimonio, en caso de disolución de la SCE) en beneficio de terceros no inversores, y con algunas reflexiones sobre la verificación de las cuentas anuales de la SCE.

La obra se cierra, como ya hemos indicado, con el *capítulo séptimo* destinado a exponer la situación de los Ordenamientos francés, italiano, alemán y británico en relación con la SCE. De una manera sintética se ofrece una visión general del régimen aplicable a las cooperativas nacionales y a la SCE en cada uno de ellos, para después apuntar las principales singularidades que presentan en relación con las materias objeto de tratamiento en el RSCE.

3. Breve valoración general

Para una correcta valoración de la obra recensionada es preciso destacar un rasgo de la misma que hasta ahora habíamos silenciado: constituye la primera edición de un manual. Estructurado en siete capítulos, más dos anexos legislativos (que reproducen el Reglamento-SCE y la complementaria Directiva sobre implicación de los trabajadores en esta forma social), estamos ante un trabajo asequible y con una organización sistemática sencilla, a pesar de la dificultad consustancial a la materia tratada. Su orientación didáctica, sin embargo, no le hace perder rigor en la exposición de los numerosos problemas de interpretación que suscita la disciplina de las sociedades cooperativas europeas, ofreciéndose en la mayoría de los casos propuestas de solución razonablemente fundadas.

Supone una excelente introducción en el régimen de esta reciente forma social de carácter europeo y, debido a que en su enfoque tiene muy presente el análisis comparativo de los diversos Ordenamientos de los Estados miembros, constituye una aportación significativa que puede contribuir a la incorporación del complejo sector del Derecho cooperativo al debate sobre la conformación de un Derecho privado europeo.

Mercedes SÁNCHEZ RUIZ
Universidad de Murcia

WOOD, Philip. R., *Maps of World. Financial Law*, Londres, Allen & Overy LLP (ed.), Londres, 2005⁵ (sin ISBN ni D.L.), 175 pp.

Estamos ante la quinta edición de una curiosa e interesante publicación que, según su propio autor, persigue tres objetivos: *a)* ayudar a aquellos que tienen que ver con el derecho comparado de las finanzas, con datos muy destilados; *b)* aportar una nueva clasificación de sistemas legales más útil que la tradicional; *c)* realizar un ejercicio comparativo entre sistemas jurídicos sobre diferentes aspectos legales.

Con este prefacio, Wood nos introduce en un completo Atlas Jurídico compuesto de 44 mapamundis más sus explicaciones. Aunque algunos aspectos sean de derecho financiero, tratan también importantes cuestiones relacionadas con el Derecho civil y el Derecho mercantil; es decir, es *financial law* en sentido amplio y comprende todas las normas que puedan afectar al «derecho de las finanzas», hasta el punto en que casi un tercio del libro está dedicado a clasificar los ordenamientos jurídicos que existen en el mundo en base a su derecho privado: *Common Law* (distinguiendo entre el sistema Inglés y el sistema norteamericano), napoleónicos (Francia, Brasil, Argelina, Egipto, Grecia, Portugal, España, entre otros), germánicos (Alemania, Austria, Holanda, Polonia, Rusia, Suecia, Finlandia, entre muchas otras), mixtos *Civil Law-Common Law* (incluye a Escocia, Sudáfrica, Japón, China, Quebec, Taiwan), islámicos (esencialmente, Arabia Saudita y otros estados de la Península Arábiga) y jurisdicciones especiales (ej., Vaticano, Cuba, Corea del Norte).

Dicha clasificación se realiza en base a unos indicadores que el autor ha considerado relevantes para la actividad jurídico-financiera: el derecho de compensación (alcance, especialmente en supuestos de concurso), la negociabilidad de los contratos (cuál es el efecto de la no comunicación/consentimiento de la cesión de un crédito al deudor, y especialmente en el supuesto en que pague al cedente y éste resulte insolvente), el comportamiento concursal de las garantías, la posibilidad de utilizar el *trust* comercial y, por último, la posibilidad de perseguir dinero de quien no tiene derecho a él y está en situación de insolvencia.

Precisamente es el estudio de dichos indicadores lo que ocupa la mayor parte del resto de la obra. Ello se realiza desde una doble perspectiva: los mapas y gráficos y una explicación de los mismos haciendo, a menudo, ejercicios de derecho comparado.

a) Sobre la compensación: estudia una serie de auto-ejemplos, propios de la práctica bancaria, como son la compensación de depósitos bancarios y préstamos, compensación en *swaps* (permutas financieras) o en adquisición cruzada de valores, etc. Señala una importante diferencia entre los sistemas de Derecho civil francés y los de *common law*: mientras en éstos la compensación es obligatoria en caso de insolvencia del deudor, incluso cuando el acreedor no tiene garantía, en los de Derecho civil de origen francés está expresamente prohibido en dicha circunstancia (aumentando el patrimonio del deudor insolvente). A España, como a Francia, Irlanda, Canadá o Estados Unidos, la coloca en una «compensación débil», pero con disposiciones legales específicas al respecto (ver los arts. 58 y 205 LC que prohíben, en general, la compensación una vez declarado el concurso, aunque lo permite si los requisitos ya se daban con anterioridad o una ley especial lo autoriza).

b) Sobre la libertad en la cesión de créditos y su publicidad. El autor considera que en la mayoría de jurisdicciones de *Common Law* no se requiere, para la validez de la cesión en caso de concurso del cedente (no en el

supuesto de cesión normal entre solventes), la notificación al deudor, así como en los de Derecho civil de origen germánico. En cambio, los que tienen origen en el artículo 1690 *Code français* sí que la requieren. Casos interesantes son el de Holanda, donde fue obligatorio entre 1994 y 2004, la poca claridad de la legislación China a este respecto y la abolición de tal obligación en Bélgica en 1994. Le dedica algunas líneas a supuestos especiales, normalmente ligados a procesos titulizadores que, a menudo, excepcionan tal obligatoriedad. A España la sitúa entre los ordenamientos que requieren una notificación formal al deudor. El artículo 1527 CC (para créditos hipotecarios, véase en el mismo sentido el 149 LH) señala que «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación», que legitima al deudor a pagar con efectos liberatorios al cedente si no le ha sido notificada la cesión (STS 19 de febrero de 1993). Ahora bien, verificándose la no comunicación, y pagando el deudor al cedente y entrando éste en concurso, lo pagado bien podría caer dentro del ámbito del artículo 76.1 LC y difícilmente podrá ser considerado «bien de titularidad ajena» (art. 80 LC) con derecho de separación (el cesionario tendrá un derecho de crédito para reclamar lo que se le debe con base en el contrato de cesión contra el cedente insolvente, pero deberá incluirse en la masa pasiva, arts. 84 ss LC). De manera que si el cesionario del crédito quiere asegurarse el cobro, deberá notificar al deudor, que es lo que apuntaba Wood. Éste no es el caso en Inglaterra, Estados Unidos, Canadá (excepto Quebec) o Alemania, entre otros. El autor considera que la exigencia de notificación impide un mercado libre de intangibles (créditos) y diversas operaciones financieras.

c) Sobre la fuerza de las garantías de los acreedores privilegiados en concurso o insolvencia del deudor. Destaca, en los sistemas de *Common Law* inglés la facilidad con la que se puede crear una *floating charge* sobre todos los activos del deudor, lo que permite cierta tranquilidad a su titular, aunque sea subordinadamente a las *fixed charges* (como las hipotecas). Para comprobar su fuerza, toma en cuenta algunos caracteres como son su ejecutabilidad, su alcance (inclusión o no de deudas futuras), su preferencia concursal o en la insolvencia, costes y tasas, subordinación, etc. Así, hay jurisdicciones, como en Estados Unidos, Inglaterra, Escocia, Australia o India que dan mucha relevancia a las garantías, en los aspectos que hemos comentado, situando a España en el grupo de «límites a las garantías» junto a Rusia, China, Italia, y la mayoría de países sudamericanos, aunque con más eficacia jurídica que Francia y parte de sus antiguas colonias. Lo cierto es que, tras las Ley Concursal 2003, los créditos hipotecarios no pueden ejecutarse tan rápidamente como antes (arts. 55 a 57 LC), se ha producido una resurrección de las hipotecas tácitas (art. 90.2 LC), al tiempo que no queda esclarecida la naturaleza ni posición de las denominadas «cargas reales» (ej., en Propiedad Horizontal, bonos hipotecarios, etc.); tampoco es clara la posición de los derechos reales de garantía de los Derechos territoriales (ej., los que regula el Libro 5.º del Código Civil de Cataluña de 2006); y se produce un crecimiento de los créditos contra la masa que tienen derecho a prededucción que, a causa de la indeterminación de la naturaleza de la garantía de alguno de ellos (ej., disp. adic. 19.ª), puede llegar a afectar a los créditos concursales (los del art. 90 LC, algunos de los cuales son preferentes por estar especialmente garantizados).

d) Sobre el *trust* financiero, relata alguna de sus utilidades (tenencia de bonos a favor de inversionistas, fondos de pensiones, titulización, protección de depósitos, custodia de inversiones, etc.) y busca, entendemos que acertadamente, estructuras parafiduciarias que puedan cumplir con más o menos éxito

alguna de las funciones que allí se describen, sin necesidad de descartar *a priori* un ordenamiento jurídico porque formalmente no tenga el *trust*. Así, Alemania, Polonia, Suiza o Chile pueden tener estructuras fiduciarias más limitadas que el *trust* pero con algunas pocas funciones análogas; más amplio es Méjico, Malta, Japón o Sudáfrica y, desde luego, en último lugar, sin poder realizar eficientemente todos los negocios en los que se utiliza el *trust*, se sitúan el gran grupo de España, Francia, Italia, etc. En alguno de estos países se ha introducido con mayor o menor alcance el *trust* (ej., Italia) o se está debatiendo (ej., Francia). Este debate puede hacerse extensivo a Cataluña (no así en el ámbito del Código Civil) tras la presentación de un nuevo borrador de Anteproyecto de Ley sobre patrimonios fiduciarios en septiembre de 2006.

A partir de la página 115, Wood relata cuestiones muy concretas relacionadas con el sistema concursal, aporta datos interesantes (ej., países con problemas bancarios entre 1980 y 2002, entre ellos está España; países con normativa sobre el blanqueo de dinero, seguros, etc.).

En definitiva, se trata de una obra muy original e interesante, con información valiosa, dada la gran experiencia del autor en la práctica financiera a nivel mundial. Necesariamente, este tipo de obras generalistas pueden caer en errores respecto a países en concreto (ej., clasificarlos en uno u otro grupo) no sólo por la necesidad de simplificar la información al máximo sino también por la enorme cobertura geográfica (mundial) de la obra, de manera que la normativa en las 319 jurisdicciones analizadas es, y debe ser, cambiante. A pesar del (exagerado) *disclaimer* presente en cada pie de gráfico o mapa (*Do not rely on this, it is not legal advice*), el libro es una excelente guía aproximativa de la realidad jurídica global para cualquier estudioso y práctico del derecho y comparatistas.

Sergio NASARRE AZNAR
Universitat Rovira i Virgili

Miscelánea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

I. INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

Italia ha sido denunciada por la Comisión europea ante el TJCE por conceder prerrogativas especiales a los inversores de las sociedades privatizadas, lo cual es susceptible de ser considerado una restricción injustificada de la libre circulación de capitales y del Derecho de establecimiento (arts. 56 y 43 TCE) (Bruxelles, le 28 juin 2006, IP/06/859).

II. LEGISLAR MEJOR

Informe de la Comisión: «Legislar mejor 2005, de conformidad con el artículo 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad proporcionalidad». Bruselas, 13 de junio de 2006 COM (2006) 289 def. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0289es01.pdf

III. LIBROS VERDES

Publicadas las contribuciones al Libro verde sobre conflicto de jurisdicciones y el principio de *non bis in idem* en los procedimientos penales, adoptado por la Comisión el pasado septiembre de 2005. Se puede consultar en: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction/news_contributions_conflicts_jurisdiction_en.htm

Publicado el Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo [COM (2006) 400 final]. *Vid., supra*, Sección Temática, Derecho de Familia en la Unión Europea.

IV. ESTUDIOS

Estudio requerido por la Comisión de mercado interior y protección al consumidor sobre la Directiva de crédito al consumo. Autor: Prof. Jules Stuyck (Center for European Economic Law-KU Leuven, Bélgica).

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto 2005 SGR 00759.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/615/615453/615453es.pdf

V. **NORMATIVA EUROPEA, CONSULTAS, COMUNICACIONES E INFORMES**

Está disponible al público el portal de la Unión europea, en fase experimental desde el mes de abril de 2006, en el que se pueden consultar las legislaciones de los Estados miembros, gracias a la conexión que se ofrece a los sitios legislativos nacionales, mediante la búsqueda a través de una plantilla que contiene varios campos a través de los cuales introducir los criterios que permitirán obtener los resultados deseados.

<http://eur-lex.europa.eu/n-lex//pays.html?lang=es>

Legislación comunitaria y propuestas

La Comisión ha presentado una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con la introducción de datos biométricos y se incluyen disposiciones sobre la organización de la recepción y la tramitación de las solicitudes de visado. Bruselas, 31 de mayo de 2006. COM(2006) 269 final. 2006/0088 (COD). El objetivo es crear el fundamento jurídico para que los Estados miembros tomen los identificadores biométricos obligatorios –imagen facial y diez huellas dactilares planas– a los solicitantes de visado y establezcan un marco jurídico para la organización de las oficinas consulares de los Estados miembros con vistas a la aplicación del Sistema de Información de Visados (VIS). Puede consultarse en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0269es01.pdf. Vid. luego la Decisión de la Comisión, de 22 de septiembre de 2006, por la que se establecen las especificaciones técnicas de las normas sobre los identificadores biométricos en relación con el Sistema de Información de Visados [notificada con el número C(2006) 3699], publicada en *DOUE* L 267, de 27 septiembre de 2006.

Publicadas en el *DOUE* las medidas de ejecución de la Directiva sobre el mercado de instrumentos financieros. Consultable (Directiva y Reglamento) en: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/isd/mifid2_fr.htm

Consultas e informes

Informe de la Comisión europea de expertos sobre Derechos humanos en la Unión europea: http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm. El informe, <http://www.statewatch.org/news/2006/jun/EU-funrights-report05.pdf>

Comunicaciones de la Comisión

La Comisión europea ha acogido la propuesta del Consejo y del Parlamento de proclamar el año 2007, como año de la igualdad de oportunidades para todos. Se ha creado un sitio web (http://ec.europa.eu/employment_social/equality2007/index_fr.htm) en el que se explican los objetivos y un calendario de actividades. Se trata de incrementar la convicción en los ciudadanos de

la Unión europea de su derecho a no ser discriminados y a recibir una igualdad de trato.

Con una comunicación del 31 de mayo de 2006, la Comisión explica su nueva estrategia para la seguridad de las tecnologías de la información para Europa, basada en un diálogo abierto con los Estados miembros, con la Agencia europea encargada de la seguridad de las redes y de la información (ENISA) y con el sector de las tecnologías de la comunicación y la información (ITC) [COM (2006 [...] 251] en: http://ec.europa.eu/information_society/doc/com2006251.pdf

El pasado 27 de septiembre, la Comisión ha adoptado una Comunicación al Parlamento Europeo relativa a la posición común definida por el Consejo en vista a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

Consejo de la Unión Europea

El Consejo ha llegado a un acuerdo político sobre la directiva relativa a los servicios del mercado interior. El objetivo es procurar la auténtica realización del mercado interno de los servicios a partir del establecimiento de un cuadro jurídico tendente a eliminar, por un lado, los obstáculos a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y, por el otro, las barreras a la libre circulación de servicios entre los Estados Miembros.

VI. PARLAMENTO EUROPEO

1. Resoluciones, recomendaciones y decisiones

Protección de los menores y dignidad humana, y derecho de réplica

El plano de la Cámara se ha pronunciado sobre la propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y dirigida igualmente a permitir el derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información. Doc.: A6-0244/2005. Procedimiento: Codecisión (1.ª lectura). Debate: 6 de septiembre de 2005. Votación: 7 de septiembre de 2005. Entre las medidas que propone el Parlamento para mejorar la protección de los menores figuran, entre otros, una mejor formación permanente de los profesores y educadores, junto con asociaciones de protección de la infancia, fomento de internet y un enfoque educativo integrado y continuo. Además se propone adoptar una etiqueta de calidad de los proveedores, de tal manera que cualquier usuario pueda comprobar fácilmente si un determinado proveedor está o no acogido a un código de buenas conductas o implantar una línea telefónica única para las denuncias de actividades ilegales o sospechosas en la red. Entre las propuestas, figura también la creación de un nombre de dominio («.kid», por ejemplo) controlado permanentemente y que se comprometa a respetar a los menores y sus derechos. En relación con el derecho de réplica en los medios de comunicación, se trata de establecer principios mínimos a nivel europeo.

Convenio de Protección de Datos EU-Canadá

El Parlamento Europeo ha rechazado la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el

Gobierno de Canadá sobre el tratamiento de datos procedentes del sistema de información anticipada sobre pasajeros (API) y de los expedientes de los pasajeros (PNR). Doc.: A6-0226/2005. Procedimiento: Consulta. Votación: 7 de septiembre de 2005. Aunque se estima que el acuerdo mantiene un equilibrio aceptable entre asegurar la seguridad y la protección de datos personales, el Parlamento no estima conveniente firmar el acuerdo hasta que el Tribunal Internacional de Justicia se pronuncie sobre el acuerdo similar que la UE firmó con EE.UU, cuyo contenido es susceptible de violar la protección de datos personales.

Resolución sobre el cierre de Guantánamo

El Parlamento ha adoptado por gran mayoría una resolución en la que solicita a los EEUU la clausura de la prisión de Guantánamo, condena cualquier forma de tortura y solicita que sean garantizados los derechos humanos en la lucha frente al terrorismo. Se ha propuesto además enviar una delegación de diputados a Guantánamo. Doc. PE 373.350v01-00 / B6-0295/2006.

Decisión sobre el control de las personas en las fronteras externas

Aprobada la Decisión núm. 895/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que introduce un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores, basado en el reconocimiento unilateral por la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia de determinados documentos como equivalentes a sus visados nacionales para fines de tránsito en su territorio. DOUE L 167, de 20 de junio de 2006.

2. Informes

Informe previo a la Resolución para unificar los plazos de prescripción. *Vid., supra* Sección temática, Derecho de Obligaciones y contratos.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/614/614975/614975es.pdf

Informe sobre la adopción unitaria del concepto de consumidor. *Vid., supra*, Sección temática, Derecho de Obligaciones y contratos.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/615/615453/615453es.pdf

Informe que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamentos

Vid., supra, Sección temática, Espacio Judicial Europeo.

Informe sobre el papel de las mujeres en Turquía

El Parlamento Europeo ha votado un informe sobre el papel de las mujeres en la vida social, económica y política en Turquía. Doc.: A6-0175/2005. Procedimiento: Iniciativa. Debate: 5 de julio de 2005. Votación: 6 de julio de 2005. El Parlamento recuerda que es necesario respetar los derechos de la mujer en Turquía para ser miembro de la UE y aprueba el informe que se le somete a votación por 573 votos a favor, 19 en contra y 32 abstenciones. Los mayores problemas para las mujeres son: violencia

doméstica (aunque recientemente se ha tipificado ya como delito la violación dentro del matrimonio), torturas, matrimonios forzados, crímenes de honor (castigado también como delito, recientemente), poligamia, acoso sexual, o pruebas de virginidad, analfabetismo, infrarepresentación en la esfera política (en el Parlamento turco, sólo un 4,4 por 100). Se rechazó una enmienda que instaba a Turquía a retirar su prohibición a las chicas de llevar velo en Universidades o edificios públicos, dadas las implicaciones que esta petición podría implicar para Francia. Los diputados piden al gobierno turco que cree un centro de acogida para mujeres maltratadas en todos los municipios con más de 50.000 habitantes (párrafo 16). Se exige también una debida asistencia sanitaria a las víctimas y la creación de líneas telefónicas de ayuda (párrafo 24). Además, que se mantenga un registro de los matrimonios y los nacimientos en el país, para que los padres no puedan mentir sobre la edad de sus hijas (enmienda 1).

Informe sobre el papel de la mujer en política

Informe de base para una Resolución del Parlamento Europeo sobre la mujer en la Política internacional. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. Ponente: Ana María Gome. Doc [2006/2057(INI)]. Fecha: 17 de octubre de 2006. Doc. Final A6-0362/2006. El informe presenta un panorama de la situación de las mujeres en la política internacional a comienzos del siglo XXI y señala que las mujeres están infrarepresentadas en los foros políticos e institucionales en prácticamente todo el mundo y, como consecuencia, insta a los Gobiernos y a los Partidos políticos a cambiar la situación.

Plan de Acción europeo 2006-2007, personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada

Informe sobre la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el Plan de Acción Europeo 2006-2007. Ref. [2006/2105(INI)]. Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: Elizabeth Lynne. Fecha 13 de octubre de 2006. Doc. Final A6-0351/2006.

3. Preguntas parlamentarias

– Pregunta escrita de Georgios Papastamkos (PPE-DE) a la Comisión

Asunto: Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Ref. E-4672/06

En su respuesta a mi pregunta E-3848/06 relativa a los planes de creación de una página web para ofrecer música «gratuita» cuyo acceso, sin embargo, se ve condicionado por la necesidad de navegar a través de un programa de publicidad, la Comisión indica que: «La Comisión no es la autoridad en mejor posición para valorar casos concretos. Las autoridades y tribunales nacionales son competentes para garantizar la aplicación de la legislación nacional por la que se transpone el Derecho comunitario, incluida la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales».

1. ¿Considera la Comisión que no tiene competencias para valorar un caso que incide en el marco regulador de una Directiva que ella misma ha propuesto?

2. Dado que el plazo dado a los órganos competentes de los Estados miembros para transponer la Directiva 2005/29/CE a la legislación nacional expira el 12 de junio de 2007, ¿no considera la Comisión que existe margen suficiente para aclarar algunos aspectos de la aplicación de dicha Directiva, en particular en lo que respecta a los casos que crean problemas jurídicos acerca de la publicidad más avanzada, potencialmente engañosa?

3. Esta práctica comercial concreta puede dar lugar a reagrupaciones fundamentales en el mundo y, por extensión, en el mercado europeo de los productos de audio musicales. Dado que la naturaleza del medio –internet– que se utilizará para promover la práctica comercial en cuestión puede afectar directamente, debido a sus funciones técnicas, a una amplísima sección de los consumidores en Europa, ¿no considera la Comisión que es necesario tomar decisiones preventivas y anticipativas para abordar las cuestiones planteadas?

– Pregunta escrita de Ashley Mote (NI) a la Comisión.

Asunto: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Fecha: 21 de septiembre de 2006. Ref. E-3989/06

¿Reconoce la Comisión que su propuesta de creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia» repercutirá profunda y singularmente en el Reino Unido, en cuanto que los cambios propuestos minarán por completo el sistema judicial británico basado en el common law– que ha prestado durante siglos un buen servicio al mundo anglosajón–, sin ningún beneficio discernible y por ninguna buena razón?

Responde el Sr. Frattini, en nombre de la Comisión (fecha 24 de octubre de 2006), diciendo que no comparte tal opinión. La Comisión cree que los instrumentos adoptados para crear un espacio común de libertad, seguridad y justicia respetan las tradiciones de los Estados Miembros. Un propósito fundamental en esta área es la mejora de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, lo que fundamentalmente ha sido posible a partir del principio de mutuo reconocimiento, que asegura que las decisiones judiciales pronunciadas en un Estado miembro puedan ser reconocidas en otro. Desde luego, esto no se lleva a cabo de manera indiscriminada, de manera que los Estados miembros pueden rechazar tal reconocimiento en determinados casos y, desde luego, deben rechazar la ejecución de decisiones que supongan violación de derechos fundamentales. Además, tales instrumentos contienen provisiones en favor de los afectados que se aplican de acuerdo con las disposiciones nacionales de los Estados miembros más destacados. Algunos instrumentos de la EU armonizan algunos aspectos de derecho sustantivo y procesal de los Estados miembros. Sin embargo, tales medidas sólo se adoptan en ámbitos en los que se ha revelado necesario establecer una regulación a nivel comunitario. Debe siempre tenerse en cuenta, además, que en su implementación se deja un gran margen de discrecionalidad a los Estados miembros y, por tanto, se posibilita la preservación de sus características particulares y sus propias tradiciones. Es importante, finalmente, subrayar que el Reino Unido, junto con Irlanda, se beneficia de la posibilidad de quedar al margen en materia de justicia civil europea tal y como queda establecido en un Protocolo al Tratado de Amsterdam. En esta área, ambos Estados miembros tienen la posibilidad de desentenderse de cualquier proposición justo después de haberse realizado. Si la legislación de la Unión europea finalmente se adopta sin su intervención, pueden luego adoptarla si la Comisión lo aprueba.

– Pregunta escrita de Ashley Mote (NI) a la Comisión.

Asunto: ¿Están los franceses socavando la UE? Fecha: 21 de septiembre de 2006. Ref. E-3988/06

¿Podría comentar la Comisión el reciente informe de Civitas (laboratorio de ideas políticas con sede en el Reino Unido) en el que se señala que la UE funcionaría mejor sin Francia? Civitas acusa a Francia de:

- a) No transponer en repetidas ocasiones las Directivas de la UE a su legislación.
- b) Mostrar una fuerte resistencia a aplicar la legislación de la UE.
- c) Ignorar la amenaza de sanciones.
- d) Socavar la autoridad de las instituciones de la UE.
- e) Socavar sistemáticamente el mercado único al no permitir la libre circulación de mercancías, servicios, capital y personas.

¿Qué tiene que decir la Comisión al respecto? ¿No será que, ahora que Francia no puede dominar un grupo de 25 como lo hacía con uno de seis, se ha convertido en un miembro si cabe más incómodo que el Reino Unido?

La respuesta proporcionada por el Sr. Barroso, en nombre de la Comisión (fecha: 3 de octubre de 2006) es que no compete a la Comisión comentar las alegaciones/juicio de carácter general que se efectúan en relación con algún Estado Miembro.

– Pregunta escrita de Ashley Mote (NI) a la Comisión.

Asunto: Pesimismo de una Ministra francesa ante las perspectivas de la UE. Fecha 21 de septiembre de 2006. Ref. E-3986/06

¿Podría la Comisión valorar los comentarios de la Ministra francesa de Asuntos Europeos, Catherine Colonna, quien ha dicho en una reunión de embajadores franceses (29 de agosto de 2006) que la UE padece «agotamiento general» y que le resulta preocupante su funcionamiento? ¿Qué respuestas da la Comisión a la idea expuesta por la Sra. Colonna de que uno de los problemas actuales que aquejan a Francia es la llegada de más países con distintas lenguas, muchos de los cuales tienen una actitud liberal ante el comercio que constituye una amenaza para el modelo social francés?

La respuesta dada por el Sr. Barroso en nombre de la Comisión (fecha 6 de octubre de 2006) es que la Comisión no acostumbra a comentar las afirmaciones de los representantes de los Estados miembros o bien de las Instituciones europeas.

– Pregunta escrita de Alejo Vidal-Quadras (PPE-DE) a la Comisión

Asunto: Aplicación de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales. Fecha: 8 de septiembre de 2006. Ref. P-3893/06

Tal y como se puso de manifiesto en la pregunta anterior [Respuesta escrita de 15 de febrero de 2006, H-0022/06, existen sospechas de que la Generalitat de Cataluña podría haber utilizado historiales clínicos sin garantizar plenamente la protección de los datos personales de los afectados y con fines no demasiado claros. En su respuesta escrita, la Comisión se comprometió a solicitar más información a las autoridades españolas con el ánimo de verificar el cumplimiento de la Directiva 95/46/CE sobre la protección de las personas en el tratamiento de datos personales, en especial de sus artículos 7, 8, 10, 11, 18 y 20. Además, la Agencia Española de Protección de Datos confirmó recientemente que se utilizaron historiales clínicos originales de pacientes claramente identificables con fines

lingüísticos, sin garantizar su anonimato. ¿Han proporcionado las autoridades españolas la información pertinente? ¿Se ha incumplido la directiva mencionada? ¿Cuáles son los siguientes pasos que seguirá la Comisión Europea?

Respuesta del Sr. Frattini en nombre de la Comisión (fecha 3 de octubre de 2006). Como indicó la Comisión en su respuesta a la pregunta oral H-0022-6 de Su Señoría en el turno de preguntas de la sesión del Parlamento de febrero de 2006 (respuesta escrita de 14 de febrero de 2006), son las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de los datos, en virtud de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre protección de los datos, las competentes para supervisar la legalidad de las actividades referentes al tratamiento de los datos personales realizadas en su territorio. Dichas autoridades deben adoptar las medidas convenientes para garantizar el respeto de la legislación nacional sobre protección de datos y para poner fin a las actividades ilegales en este ámbito. La Comisión se dirigió a las autoridades españolas para saber si las investigaciones realizadas por los servicios de la Generalitat de Cataluña con el fin de evaluar la utilización del catalán por los servicios sanitarios respetaron la legislación española sobre la protección de los datos personales, adoptada en aplicación de la Directiva 95/46/CE. A este respecto, solicitó a las autoridades españolas cuáles eran las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de dicha legislación. En su respuesta de 15 de junio de 2006, las autoridades españolas informaron a la Comisión que las autoridades españolas competentes en materia de protección de los datos personales (Agencia de Protección de Datos y Agencia Catalana de Protección de Datos) habían realizado inspecciones en el marco de sus competencias respectivas para determinar si las investigaciones de los servicios de la Generalitat de Cataluña respetaron la legislación española sobre protección de datos. Las autoridades españolas informaron también a la Comisión que, a raíz de estas inspecciones, se iniciaron algunos procedimientos contra algunas entidades para determinar si se habría vulnerado la legislación y, en su caso, adoptar las medidas convenientes. Estos procedimientos están aún en curso. Con fecha de 15 de septiembre de 2006, la Comisión se dirigió de nuevo a las autoridades españolas para solicitarles información sobre el curso dado a los distintos procedimientos abiertos y, en su caso, las sanciones y medidas que se habrían adoptado para poner fin a las posibles infracciones cometidas.

– Pregunta oral de Marc Tarabella a la Comisión.

Asunto: Fracaso de la política de los consumidores en el mercado interno. Fecha 25 de octubre de 2006. Ref. H-0955/06.

La última encuesta del Eurobarómetro, realizada en marzo de 2006, puso de manifiesto una vez más la total desconfianza de los consumidores de cara al mercado interno, así como su completa ignorancia de sus derechos y de los medios de que disponen para resolver sus problemas.

¿Puede la Comisión explicar por qué la legislación existente es inadecuada y/o ha sido tan mal aplicada que ha desalentado a los consumidores y los ha hecho desconfiar de las adquisiciones transfronterizas? ¿Cómo piensa la Comisión proteger a los consumidores contra los abusos crecientes de que son víctima como consecuencia de la rápida expansión de las ventas a través de internet? ¿Por qué no tiene en cuenta la Comisión los millares de quejas relativas a las compras transfronterizas que recibe de sus propias redes, concernientes a las compras transfronterizas, los viajes, la atención sanitaria, etc.?

Vida Jurídica. Reseña de congresos en materia de Derecho Privado Europeo

ALUFFI, Roberta (cur.), *Persone, Famiglia, Diritti. Recenti riforme legislative nell'Africa mediterránea*, Turín, 26 maggio 2006.

El Congreso trató de un tema delicado y de muchísima actualidad: la reforma del Derecho de familia en los países musulmanes (el matrimonio, el estatuto personal, la maternidad adoptiva y fuera del matrimonio), así como de un tema de alcance más general como los Derechos humanos y el principio «de condicionalidad» en el sistema de las relaciones euro-mediterráneas y la formación del jurista en algunos países del Mediterráneo. Tomaron parte en el evento varios juristas provenientes del área mediterránea: Hossam El Ehwani (Universidad de Ayn Shams, El Cairo); Mohamed Loukili (Universidad de Rabat-Agdal); Nadia Ait Zai (Universidad de Argelia); Hocine Benkheira (École des hautes études en sciences sociales, París); Pier Giuseppe Monateri (Universidad de Turín); Massimo Papa (Universidad de Bolonia); Silvia Angiol.

Barbara PASA
Università di Torino

Área de Derecho civil del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Pablo de Olavide, «Jornadas sobre Derecho Privado Europeo». Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 1 y 2 de junio de 2006.

Los días 1 y 2 de junio de 2006 tuvieron lugar las «Jornadas sobre Derecho Privado Europeo», organizadas por el Área de Derecho civil del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Pablo de Olavide.

El propósito de las Jornadas era, tal y como se apuntaba en el boletín informativo de las mismas, «[...] analizar, a través de la visión de prestigiosos profesores expertos en la materia, las características más relevantes del proceso de unificación que se está llevando a cabo, así como los perfiles que poco a poco va adquiriendo ese Derecho Privado que se está desarrollando en el marco del proceso de la construcción europea».

Los dos días de duración de las Jornadas se organizaron en tres sesiones: una primera de carácter general («Perspectivas de la unificación del Derecho Privado Europeo») y las otras dos centradas en el análisis de un aspecto concreto de la unificación, la del Derecho Patrimonial Privado [«La unificación del Derecho Patrimonial Privado (I) y (II)»].

La primera sesión comenzó con una presentación de las Jornadas por parte de la Profesora Dra. Rosario Valpuesta Fernández, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide y principal impulsora de esta interesante iniciativa.

Los profesores encargados de explicar cuáles son las perspectivas de la unificación del Derecho Privado europeo fueron los Doctores Sixto Sánchez Lorenzo (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada) y Stefan Leible (Catedrático de Derecho civil, Derecho procesal civil, Derecho Internacional privado y Derecho comparado en la Universidad de Jena). Las dos intervenciones adoptaron puntos de vista diferentes pero complementarios.

El Dr. Sánchez Lorenzo quiso poner de manifiesto con su intervención «Límites culturales y axiológicos en la unificación del Derecho Privado Europeo» las dificultades intrínsecas a dicho proceso. El ponente ilustró su tesis a través de tres ejemplos concretos en los que las diferencias culturales y axiológicas dentro de la Unión Europea resultan evidentes: el matrimonio homosexual, la dicotomía sede social-sede real, y la dignidad humana *versus* las libertades comerciales.

El Dr. Leible, por su parte, se ocupó de exponer los diferentes caminos que existen para lograr la unificación del Derecho Privado Europeo en una ponencia («Vías para la unificación del Derecho Privado Europeo») estructurada en cinco puntos: la relación que media entre el mercado interior y el Derecho Privado Europeo, la armonización positiva y negativa en la Unión Europea, los problemas del escalonamiento del Derecho Comunitario, la necesidad y los límites de la unificación del Derecho Privado en la Unión Europea y las vías de unificación para lograrla. La preparación del «marco común de referencia» y las diversas redes de investigadores dedicadas a ello, en particular los trabajos del «Acquis Group», al que pertenece el propio ponente, fueron los puntos especialmente desarrollados en esta ponencia.

Como ya se ha apuntado, las sesiones II y III se ocuparon del Derecho Patrimonial Privado.

La primera ponencia de la segunda sesión, a cargo del Dr. Ángel López y López (Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla) titulada «Sistemas jurídicos civiles y Constitución Europea» analizó la influencia de ésta última en el proceso de unificación del Derecho Privado. Fueron cuatro los puntos principales de su exposición: en primer lugar, la constatación de la diversidad de Ordenamientos dentro de la Unión Europea y la ausencia de uniformidad incluso dentro de cada sistema jurídico civil. En segundo lugar, el Dr. López y López se preguntó cuál es el nivel de inserción de la Constitución europea en las Constituciones y en los códigos civiles nacionales. En tercer lugar, el ponente puso de manifiesto que el proceso de unificación del Derecho Privado Europeo es inevitable, pues resulta necesario, entre otras razones, para lograr llevar a término los principios de libre competencia y libre circulación de bienes y servicios. En cuarto y último lugar, la intervención finalizó apuntando las previsibles líneas de tendencia del proceso.

A partir de la siguiente ponencia, a cargo de la Dra. Liliana Rossi Carleo (Profesora Ordinaria de Diritto Privato en la Universidad degli Studi Roma Tre), las Jornadas se centraron en temas concretos del Derecho Privado Europeo. La Profesora italiana, a través de su vivencia de primera mano de la elaboración de un Código de Consumo en Italia expuso el «Futuro del Derecho de consumo europeo». La primera parte de la intervención tuvo como objeto explicar la estructura del código de consumo aprobado en Italia en el año 2005, así como la razón de algunas de las elecciones tomadas en su elaboración, por ejemplo el haber dejado fuera sectores como el contrato de seguro o el farmacéutico. La segunda parte de la ponencia fue más allá del Derecho italiano, refiriéndose a las diversas opciones existentes para recibir

el Derecho de consumo, elaborado por las instituciones europeas, en los diversos Estados miembro. La Dra. Rossi Carleo concluyó que las opciones futuras se reducen a dos: la elaboración de un código autónomo (como en el caso italiano o francés) o la inserción de las reglas en el código civil (tal y como ha realizado el legislador alemán).

La sesión III comenzó con la intervención del Dr. Santiago Cavanillas Múgica (Catedrático de Derecho civil en la Universidad de las Islas Baleares), centrada en el «Derecho Europeo de la sociedad de la información». El ponente justificaba la elección del tema de su ponencia aduciendo que la sociedad de la información puede considerarse un «laboratorio» del Derecho Privado Europeo. La ponencia trató las cuestiones que plantea la sociedad de la información en el ámbito contractual y en el del Derecho de daños.

Precisamente del Derecho de daños se ocupó el Dr. Miquel Martín Casals (Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Girona) quien, a través de su ponencia «Los Principios Europeos del Derecho de Daños», informó al público asistente de las líneas fundamentales de estos recientes principios, en cuya elaboración participó el propio ponente. Entre los puntos que trató destaca la regulación sobre la causalidad, sobre la responsabilidad objetiva y sobre la determinación de la cuantía de la indemnización.

De los Principios del Derecho europeo de los contratos se ocupó el Dr. Antonio Manuel Morales Moreno (Catedrático de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid) con su ponencia «El incumplimiento en el marco de los principios del Derecho europeo de contratos». El Dr. Morales Moreno puso de manifiesto la evolución de la responsabilidad contractual en nuestro sistema: de una visión tradicional, adoptada por nuestro CC, caracterizada por la disgregación y la falta de articulación de los remedios frente, al moderno Derecho de obligaciones, que aporta una visión unitaria del incumplimiento y que concibe los remedios como una vía de reparto del riesgo. El Dr. Morales Moreno nos ilustró sobre el modelo adoptado por los Principios del Derecho europeo de los contratos, ejemplo del nuevo sistema.

A los participantes en las Jornadas, fundamentalmente Profesores de Derecho civil de varias Universidades españolas, pero también profesionales del Derecho de fuera del ámbito universitario, se les ofreció una visión general del proceso de unificación del Derecho Privado europeo, con sus límites y vías de desarrollo, así como ejemplos concretos de este proceso que ya está en marcha de manera especialmente acusada en el ámbito del Derecho patrimonial.

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI
Universidad Autónoma de Madrid

**ARROYO AMAYUELAS, Esther (dir.), *¿Por qué el Trust en Cataluña?*
Jornada celebrada en el Colegio de Registradores de la Propiedad y
Mercantiles de España, Barcelona, 16 de junio de 2006.**

El día 16 de junio de 2006 se celebró en el Decanato Autonómico de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña una jornada dedicada a la institución del *trust*, que tanto interés suscita entre los civilistas, especialmente en Cataluña, pues no hay que olvidar el reciente Congreso celebrado en la Universidad de Tarragona sobre los patrimonios

fiduciarios y el trust (NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coords.): *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de Derecho Civil Catalán*, celebrado en Tarragona, 20 y 21 de octubre de 2005, 1.ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2006). La jornada reunió a civilistas de gran nivel, con participación de ponentes venidos de universidades de Francia, Italia y China.

La profesora Mirzia Bianca, de la Università degli Studi di Roma, *La Sapienza*, inició la jornada centrándose en los patrimonios de destino, en el vínculo de destino establecido negocialmente y en su relación con la separación de patrimonios, desde el punto de vista de la regulación italiana sobre el *trust*. La ponente hizo especial hincapié en las limitaciones a la responsabilidad patrimonial universal (art. 2740.1 CC Italiano, 1911 CC), para después analizar en detalle las ventajas e inconvenientes del patrimonio de destino. Entre las ventajas, destacó la selección de los acreedores dada por la creación del patrimonio o que constituye un nuevo medio en manos del operador jurídico frente a las sociedades unipersonales. Como inconvenientes, señaló la difícil relación entre autonomía privada y la tutela del crédito, la falta de instrumentos de publicidad de la existencia del vínculo de destino o instrumentos que permitan la conservación del vínculo en caso de enajenación (poniéndolo en relación con la subrogación real que se contemplaba en el Anteproyecto del Libro V del CC de Cataluña). Finalizó su ponencia proponiendo diferentes soluciones derivadas del nuevo artículo 2545-ter CCI y declarándose crítica ante la carencia de regulación en algunos aspectos, como la mencionada conservación del vínculo.

El registrador Celestino Pardo impartió su conferencia sobre la confusión de patrimonios y la publicidad registral. Indicó tres aspectos problemáticos acerca del *trust*: la distinción que debemos realizar entre personalidad y capacidad, apuntando como ejemplo a la herencia yacente que tiene capacidad pero no personalidad; la existencia de un patrimonio y de la posibilidad de que el propio *trust* haga suyas las ganancias del mismo; o la causa de la aportación del fundador, que de ser gratuita, cabría la posibilidad de una acción de rescisión por parte de los acreedores del fundador. El ponente pasó después a referirse a la gestión del fondo, tanto en su vertiente pasiva como activa. La gestión, afirmaba, implica la confusión entre los derechos del patrimonio del gestor y del fondo. El principio de subrogación real se presenta como una solución al problema, aunque éste es inseguro en la gestión activa y dinámica. Para esta gestión se propone el principio de representación, ya que en ella es difícil identificar los bienes. El gestor sólo vincula al fondo cuando actúa como tal y en nombre del *trust*, sin embargo en el tráfico jurídico inmediato –operaciones al contado– se complica, por ello el profesor Pardo apuesta por exponerse públicamente las condiciones de la gestión.

D. Jesús Sempere introdujo el tema de la fiscalidad del *trust*. Reivindicó el reconocimiento expreso de la figura del *trust* en la legislación de nuestro país. Señaló como antecedente del *trust* la figura de la fiducia aragonesa, donde se sometía a gravamen la primera transmisión. También lo relacionó con el heredero de confianza que existe en la regulación de Cataluña y Navarra. El ponente señaló como figuras afines al *trust* los patrimonios fiduciarios, sin embargo se les aplica el impuesto de sociedades y no estamos ante el mismo régimen de titularidad, por lo que no podemos aplicar por analogía sus principios. Sempere fijó unas reglas básicas del *trust*, entre ellas, la capacidad de pago. Posteriormente realizó un análisis de la clasificación de los *trust* (personales/familiares...).

Al acto constitutivo del *trust* le asigna un papel esencial en la tributación del mismo, ya que allí se fija la organización del fondo. Aunque Sempere propone tres posibles líneas de actuación: desconocer este acto y aplicarle la tributación al constituyente; gravar a cuenta en el inicio y realizar una declaración complementaria al final de la vida del fondo; o finalmente, que se establezca un gravamen moderado en las constituciones del *trust*.

La siguiente ponente de la jornada fue la profesora Esther Arroyo que expuso algunas propuestas para la regulación del *trust* en Cataluña, defendiendo la regulación sobre los patrimonios fiduciarios que contenía el anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña. Esta regulación finalmente fue desechada por la Generalitat, decidiendo no realizar ninguna regulación concreta para este tema, a pesar de que como se pudo observar en las conferencias, es una figura de calado, con futuro y extendida en muchos países del extranjero, incluso en China. Las características del *trust* no son del todo desconocidas en Cataluña, porque existen instituciones como la fiducia testamentaria, el albaceazgo, y las sustituciones fideicomisarias. Aún con todo, el Anteproyecto sólo recogía la fiducia de gestión, dejando de lado el *trust* de garantía. La profesora Arroyo propone un mayor estudio de esta última figura. En el anteproyecto, el fiduciario sólo acepta el encargo de administración, pero no adquiere los bienes. La ponente examinó los diferentes tipos de constitución de fiducia (voluntaria – mortis causa o *inter vivos*– y la judicial), así como los sujetos que participan en la estructura del *trust* «catalán», que es de forma triangular. Finalizó su exposición indicando obstáculos de orden público ante el reconocimiento del *trust*, como la infracción del artículo 1911 CC, o la acción de reintegro de los artículos 71 y 73 de la Ley Concursal. La solución del anteproyecto a este problema fue la inoponibilidad de acto frente a los acreedores que ya existían ante de la constitución, pero recibió críticas al discriminar otros acreedores.

El profesor François Barrière, de la Universidad Panthéon-Assas de París, abrió las ponencias de la tarde con el tema: «el *trust* y aplicaciones comerciales». En Francia, se ha venido intentando crear una ley sobre la fiducia desde 1992, aunque en 2005 con la proposición de ley y el posterior anteproyecto sigue la corriente del estudio y regulación de esta materia por los diferentes países. A día de hoy, todavía no se ha incorporado al ordenamiento jurídico la regulación de la fiducia típica (*fiducie nommée*), que de aprobarse permitiría la creación de las fiducias de gestión y de garantía. A pesar de lo anterior, el Estado francés ya ha regulado fiducias atípicas (*innommées*), figuras que tienen el mismo funcionamiento que el *trust*. Según el anteproyecto de 2006, sólo podrán constituirse fiducias por personas jurídicas y los fiduciarios –que recibirán la propiedad fiduciaria sólo podrán ser ciertos establecimientos de crédito, mutuas y cooperativas. Los últimos textos surgidos en Francia excluyen las transmisiones a título gratuito. El ponente propuso la existencia de una cierta neutralidad fiscal para que la fiducia pueda adaptarse a la vida comercial, así como una regulación minuciosa del procedimiento de transferencia de derechos al fiduciario.

El siguiente ponente fue el Dr. Ángel Serrano de Nicolás que puso en relación el *trust* con el derecho de sucesiones. Después de hacer un análisis de la situación en el mundo anglosajón, apuntó que el *trust* podría utilizarse para la transmisión *mortis causa* de grandes patrimonios. Afirmó que el gestor del fondo no es propietario porque no estamos ante propiedades temporales. El ponente incidió en que Cataluña ya posee instituciones jurídicas (albaceazgo, fideicomiso de residuo, usufructo con facultad de disposición...) que tienen características semejantes al *trust*. Planteó que las legítimas podrían causar dis-

torsiones en este régimen y deberían tenerse en cuenta, así como la posibilidad de revocar el *trust*, hasta el último momento, incluso mediante testamento.

El profesor Lihong Zhang, de la East China University of Political Science and Law de Shangai, realizó una exposición sobre los orígenes y la regulación actual del *trust* (*Xin Tuo*) en China. El primer instrumento jurídico chino sobre el *trust* lo estableció el Banco Central China en 1986, mediante un reglamento provisional para la gestión del *trust*. El ordenamiento jurídico chino es de tradición romanista, hecho que ha permitido la buena recepción de esta institución procedente de países capitalistas. La regulación del *trust* se plasmó en ley en el 2001. Hay tres tipos de *trust* en China: el civil (no lucrativo), el mercantil (lucrativo) y el de utilidad pública. En la regulación china no existe la obligación de la transmisión de la propiedad al fiduciario, el *trustee* sólo adquiere el poder de gestión. El ponente hizo referencia a los requisitos de constitución del *trust*, por ejemplo, la obligación formal de realizarlo por escrito. Al hablar de los sujetos del *trust* indicó que tiene también una estructura triangular, como en Cataluña, dado que el disponente no pierde protagonismo. Dio mucha importancia a la segregación del fondo del *trust*, principal característica del *trust* chino según el ponente. Finalmente se refirió a las características del *trust* de utilidad pública.

Cerró la jornada científica una mesa redonda que discutió sobre los patrimonios fiduciarios en el derecho civil catalán, para finalmente el profesor Ferran Badosa Coll, de la Universidad de Barcelona, presentar las conclusiones de la jornada.

Andrés Miguel COSIALLS UBACH
Universitat de Lleida

BIN, Marino; LENTI, Leonardo, y MONATERI, Pier Giuseppe (dirs.), *Ciclo di Lezioni organizzate dal Dottorato di Ricerca in Diritto Civile e informatica giuridica nelle società tecnologicamente avanzate. Torino, Aprile/Maggio 2006.*

El ciclo de lecciones destinadas a los doctorandos de Derecho civil estuvo abierto también a un público mucho más amplio, y abordó problemas generales de método en la justicia contractual. Los ponentes invitados son conocidos estudiosos italianos de Derecho civil: Rodolfo Sacco (Universidad de Turín), habló de la «Justicia contractual y la libertad de consentimiento»; Pier Giuseppe Monateri (Universidad de Turín), de la «Integración del contrato y la justicia contractual» y de «el método crítico y la civilística»; Alessandro Somma (Universidad de Pisa), disertó sobre la «Justicia contractual y la ordenación liberal de la sociedad: reflexiones críticas»; Giovanni Marini (Universidad de Perugia), sobre la «Redistribución e identidad en el Derecho de contratos»; Ugo Mattei (Universidad de Turín), sobre «Justicia contractual y análisis económico del Derecho»; Roberto Calvo (Universidad de Turín), se ocupó de «la equidad en el Derecho privado»; Francesco Galgano (Universidad de Bolonia) habló sobre «la justicia contractual: nuevas perspectivas»; Giuseppe Vettori (Universidad de Florencia), sobre «Justicia y remedios en el Derecho de contratos».

Barbara PASA
Università di Torino

MONATERI, Giuseppe (dir.), *Italia-Usa a confronto: danni e responsabilità alla luce del nuovo codice dei consumatori*. Torino, 23 Maggio 2006

El tema del congreso fue la comparación realizada por prácticos y académicos de ambos países en materia de responsabilidad civil. La prospectiva italiana es especialmente interesante desde el momento que acaba de ser promulgado en Italia un nuevo *Codice del Consumo* (año 2005), que regula la responsabilidad del productor, del vendedor, y del *tour* operador. La jurisprudencia estadounidense ha individualizado en las *class actions* y el daño punitivo los instrumentos adecuados para corregir los desequilibrios de una economía liberal, más bien agresiva y absolutamente ajena a los Derechos de la persona. En los últimos años, la jurisprudencia italiana ha tenido en cuenta las soluciones creadas ultramar, por su capacidad pragmática de conjugar las exigencias sistemáticas con las de tutela del usuario-consumidor-víctima. Se presentaron en síntesis algunos temas recurrentes en los tribunales civiles de los EEUU y también en los italianos y ello facilitó el análisis comparativo concreto.

Barbara PASA
Università di Torino

NORTON, Rose, *Oxford Colloquium on Contract Terms*. St. Hugh's College, Oxford, 22 e 23 settembre 2006

Tal y como se desprende del título, las cláusulas contractuales fueron el tema de discusión elegido en el *Norton Rose-Oxford Colloquium* que tuvo lugar los pasados 22 y 23 de septiembre. La primera sesión se dedicó a la interpretación de tales cláusulas y fue Gerard McMeel quien comenzó exponiendo sobre los principios y las políticas de la interpretación contractual, tomando en consideración el desarrollo del derecho jurisprudencial inglés del último decenio. Siguió la intervención de Edwin Peel, con el título «*Whither contra proferentem?*», centrada en la oportunidad de renunciar a la regla de interpretación «*contra proferentem*» sobre todo en relación con las llamadas «*exemption clauses*». Tras él, Andrew Burrows afrontó el tema de las relaciones entre interpretación y rectificación del contrato, explorando concretamente el alcance que contemporáneamente asume la «*rectification*». A su conferencia siguió la intervención de Robert Stevens, con el título «*Objectivity, Mistake and the Parol Evidence Rule*». Al término de la sesión matutina tomó la palabra Stefan Vogenauer, con el fin de evidenciar algunas conclusiones en el ámbito del Derecho comparado en materia de interpretación del contrato. El autor se fijó en el Derecho francés y alemán y sobre todo mostró el diferente planteamiento con el que ambos países enfocan el tema y, por tanto, constató las divergencias existentes en el seno de sistemas jurídicos que pertenecen a una misma tradición jurídica, esto es, la del *Civil Law*.

La segunda ponencia se basó en el control legislativo de las llamadas «*limitation clauses*» y «*exemption clauses*», así como en las cláusulas abusivas. Elizabeth MacDonald se refirió al *Unfair Contract Terms Act* de 1977, a sus funciones y al desarrollo del Derecho jurisprudencial en torno a tal norma, con particular referencia a las relaciones entre empresas. A continua-

ción, Susan Bright intervino con el tema de la «*unfairness*» y el *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations*, que ya está en vigor desde hace más de diez años. La jornada finalizó con la intervención de Hughe Beale, que disertó sobre el tema «*Exclusion and Limitation Clauses in Business Contracts: Transparency*». El ponente expuso algunas sugerencias manifestadas en el informe sobre *Unfair Terms in Contract*, que la *Law Commission* inglesa y la *Scottish Law Commission* publicaron en el año 2005 y subrayó especialmente la necesidad de una mayor transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales.

La jornada del sábado fue íntegramente dedicada a las cuestiones surgidas en relación con determinadas cláusulas contractuales. Las sesiones se inauguraron con una ponencia de John Cartwright sobre el tema «*Excluding liability for Misrepresentation*» en la que el autor analizaba las dificultades conexas a la exclusión de la responsabilidad por *misrepresentation*. Siguió a continuación la ponencia de Ewan McKendrick sobre cláusulas relacionadas con la fuerza mayor. El ponente se refirió sobre todo al *gap* que se da entre la teoría y la praxis y, finalmente, se concentró en el control legislativo de tales cláusulas. Por el contrario, Simon Whittaker habló sobre las «*termination clauses*» e indagó sobre los diferentes modos a través de los cuales tales cláusulas sufren en la práctica restricciones y controles. Clausuró las intervenciones Louise Gullifer con una ponencia sobre «*retention of title clauses*».

Alexandra BRAUN
St. John's College, Oxford

SECOLA, *Constitutional Values and European Contract Law*, Universidad Humboldt, Berlín, 8-9 de septiembre de 2006

Los días 8 y 9 de septiembre de 2006 tuvo lugar en la Sala del Senado de la Universidad Humboldt de Berlín la Conferencia anual de SECOLA (*Society of European Contract Law*), bajo el título «*Constitutional Values and European Contract Law*».

La primera jornada comenzó con una conferencia impartida por Prof. Miguel Poiares Maduro, Abogado general del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre los valores constitucionales de la Unión Europea y sus implicaciones en el ámbito del Derecho de contratos, la cual sirvió de introducción al tema general de la Conferencia. A continuación, el Prof. Giuseppe Vettori (Universidad de Florencia) analizó, desde una perspectiva institucional, la Constitución económica y social de la Unión, mientras que el Prof. Schepel (Universidad de Canterbury) se refirió a las libertades fundamentales de la Unión Europea y a sus consecuencias en el Derecho europeo de contratos. Su intervención fue completada con un breve comentario del Prof. Stefan Leible (Universidad de Bayreuth). Posteriormente, el Prof. Fernando Gómez (Universidad Pompeu Fabra) expuso el tema de la imbricación entre derechos económicos y Derecho contractual, mientras que el Prof. Johannes Hager (Universidad de Munich) trató la cuestión de los derechos fundamentales en los sistemas contractuales de algunos Estados miembros de la Unión Europea, completando su conferencia una breve intervención de la Dra. Olha Cherednychenko (Universidad de Utrecht). Los Profs. Martijn Hesselink y Arthur Hartkamp (ambos de la Universidad de

Amsterdam) cerraron la primera jornada con una exposición sobre las bases constitucionales del Derecho de contratos en Europa, tras la cual se celebró la Asamblea General de SECOLA.

La segunda jornada comenzó con la intervención del Prof. Giovanni Comandé (Escuela Superiore Sant' Anna de Pisa) sobre los derechos económicos y el Derecho europeo de contratos, siendo completada su conferencia con un comentario de la Prof. Ewa Letowska (Universidad de Varsovia). Respecto de la relación entre derechos humanos y Derecho de contratos, la Profra. Maria Rosaria Marella (Universidad de Perugia) expuso el estado de la cuestión, al que añadió un breve comentario la Dra. Aurela Colombi Ciacchi (Universidad de Bremen). A continuación, el Prof. Nuno Manuel Pinto Oliveira (Universidad de Miño) se refirió a las reglas antidiscriminación existentes en el Derecho europeo de contratos, tras cuya intervención se expusieron las principales conclusiones de la Conferencia.

Javier LETE ACHIRICA
Universidad de Santiago de Compostela

BIBLIOGRAFÍA

Libros

AVILÉS GARCÍA, Javier: *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*, ed. Comares, Granada, 2006, 476 pp.

Este estudio contiene un amplio y exhaustivo análisis de la actual regulación de la compraventa de bienes de consumo, constituyendo una muy valiosa aportación al tema, pues se ofrece una visión completa del proceso de transformación que viene sufriendo esta materia en nuestro ordenamiento, formulando propuestas interpretativas orientadas a una aplicación satisfactoria y más operativa de la Ley 23/2003, con clara referencia al nuevo trámite de refundición de nuestra LGDCU puesto en marcha con la nueva habilitación dada al Gobierno en virtud de la DF 5.^a de la reciente Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, por la cual se deberán «regularizar, aclarar y armonizar» los diferentes textos legales existentes en la materia. ¿Podrá también, en algunos aspectos, codificarse, tal y como propone el autor de este trabajo?

Comienza el estudio con una introducción donde se exponen las directrices fundamentales que se desarrollan en los capítulos posteriores. Se sitúa al lector ante la problemática del derecho del consumidor, apuntándose las novedades de la Ley 23/2003 frente al concepto tradicional de la compraventa del Código Civil y de la normativa codificada sobre las acciones edilicias, así como de la jurisprudencia elaborada al respecto. Atención especial nos merece el enfoque realizado desde el punto de vista del Derecho privado europeo, particularmente vivo en este momento, por cuanto que estamos inmersos en un proceso de armonización y revisión de todo el acervo comunitario en estas materias (Marco Común de Referencia). No en vano se hace alusión dentro de este proceso de renovación intracomunitario al denominado «Código Civil europeo», por lo que supone de espaldarazo legitimador a toda la línea de reformas ya emprendidas y llevadas a cabo en el propio seno de la Comisión acerca del «Derecho contractual europeo». Actualmente, a mi juicio, son estos trabajos sobre la incidencia de las transposiciones de las Directivas europeas los que, en mayor medida, contribuyen a enriquecer y desarrollar el Derecho civil contractual vigente tanto en su vertiente teórica como práctica. En esta línea destaca el autor, entre otros extremos, dentro del camino emprendido hace años, la posible incidencia de la resolución del Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo, de 23 de marzo de 2006, por lo que tiene de «decisión política» de elaborar un Código Civil Europeo. La amplia documentación aportada en materia de Derecho privado

comunitario y su reflejo en materia de compraventa aumenta la estructura y solidez de esta monografía, sin que existan aspectos que parezcan de relleno. Así, por ejemplo, resulta sugerente la preocupación del autor por la protección del consumidor, también en aquellas ventas a las que no puede aplicarse la Ley 23/2003, como son, por ejemplo, las ventas de viviendas, ya que resulta congruente que se haga referencia a estas cuestiones desde la perspectiva del futuro texto refundido de la LGDCU, ahora en preparación, donde se pretende recoger una garantía comercial específica sobre compraventa de vivienda, la cual pretende ser (al menos así aparecía en el borrador inicial de TR-LGDCU, como señala el profesor Avilés) una prolongación de la garantía sobre el catálogo de los llamados «bienes de naturaleza duradera» del artículo 11 LGDCU (entre los que se viene incluyendo inopinadamente a la vivienda desde el año 1991, Real Decreto 287/1991). Este elenco o clasificación de bienes es juzgado como un tanto arbitrario y el autor se muestra decididamente crítico con él, tanto desde un punto de vista teórico como acerca de su viabilidad futura o de su operatividad y utilidad presente.

En el capítulo I se ofrece una primera aproximación entre la nueva normativa plasmada en la Ley 23/2003 (LGVBC) y las diversas disposiciones sobre consumidores ya vigentes en nuestro ordenamiento afines a ella LGDCU y LOCM sustancialmente), destacándose la pervivencia del artículo 11 LGDCU basado en la voluntad de «seguir manteniendo a ultranza un tipo de garantía específica sobre los denominados bienes de naturaleza duradera». Por una parte parece claro, a juicio del autor, que no coinciden los ámbitos de aplicación de la LGDCU y la LGVBC, aunque reconoce que se solapan en muchos aspectos fundamentales. Asimismo se pronuncia acerca del plazo mínimo de duración de esta garantía de consumo de los «bienes de naturaleza duradera», tratando de presentar la que él denomina «garantía de consumo y mantenimiento» como una garantía específica que debería diferenciarse en el futuro más nítidamente de la garantía comercial en sentido estricto. Se trata de presentar esta «garantía de consumo y mantenimiento» a modo de un *tertium genus* que recoja aquellos aspectos más sobresalientes que afectan a la garantía en su modalidad de mantenimiento postventa de los bienes de consumo, esto es, incorporando un aspecto que puede afectar a la eventual existencia de piezas de repuesto de los bienes de consumo que lo precisen o a la eventual necesidad de acceder a un servicio postventa durante un plazo de tiempo determinado. De este modo pretende extraerse este particular aspecto de la garantía de su actual ubicación dentro de la LOCM (art. 12), para situarla claramente en la esfera de la regulación de la garantía sobre bienes de consumo en sentido estricto, más concretamente dentro del título de «Garantías y servicios postventa» dentro del proyectado TR-LGDCU. En opinión del autor, la garantía de los bienes de naturaleza duradera pervive como una atrabiliaria peculiaridad de la garantía comercial a pesar de que esto «crea una clara disfunción»: garantía legal obligatoria del artículo 11 LGDCU frente a la garantía adicional voluntaria del artículo 11 LGVBC. Por otro lado, respecto a los plazos de garantía justifica y propone una traslación de los nuevos plazos de garantía de la LGVBC a la específica garantía de los «bienes de naturaleza duradera» de la LGDCU, si bien se critica la actual permanencia en nuestro sistema de esta clasificación por entenderla perturbadora, confusa e inoperante. De ahí que se abogue por una definición más clara de aquellos aspectos de la garantía legal del artículo 11 LGDCU (que debería desaparecer) y del artículo 12 LOCM, para pasar a incardinarse en una garantía

legal de conformidad en sentido amplio, que incluya aspectos que no aparecen actualmente reglados dentro de ella sino al margen (piezas o repuestos de los bienes; existencia de servicios especializados postventa).

En el capítulo II, tras reconocer la vigencia «residual y provisional» de la garantía de consumo del artículo 11 LGDCU, que no considera garantía comercial, el profesor Avilés realiza una pormenorizada elaboración acerca del contenido de la obligación específica que deriva de esta garantía, poniéndola en relación con la obligación de saneamiento de los artículos 1484 y siguientes de nuestro CC. Se analiza con profusión la problemática de los bienes de naturaleza duradera, tanto en sus aspectos teóricos como prácticos. Respecto a los plazos de duración de la garantía de consumo destaca la desazonadora fragmentación de regulaciones actualmente en vigor (art. 11 LGDCU, art. 12 LOCM y LGVBC), abogando por una armonización y regularización de esta materia dentro del proyectado TR-LGDCU. Particular interés reviste la atención que presta al problema de los títulos competenciales sobre la denominada «garantía de mantenimiento postventa», con aportaciones fundadas acerca de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de «la existencia de un adecuado servicio técnico o del suministro de piezas de repuesto» dentro del plazo legal establecido (art. 11.5 LGDCU; art. 12.3 LOCM). A este respecto, resulta interesante el desarrollo exhaustivo realizado acerca del servicio postventa con base en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, así como la minuciosa referencia al importante supuesto específico de las piezas de recambio de los vehículos de motor, donde se examinan tanto las diversas disposiciones aplicables así como el contenido del Dictamen-Informe del Instituto Nacional de Consumo (INC), y que ha sido recurrido por la vía jurisdiccional. Por entresacar una de las aplicaciones de esta garantía legal de conformidad, merece la pena destacar el estudio que ahí se hace del supuesto específico que incide en las piezas de recambio y los servicios postventa de los vehículos de motor, tema íntimamente ligado a la interpretación del propio Reglamento (CE) núm. 1400/2002 sobre prácticas comerciales restrictivas en el sector de los vehículos de motor y que afectará, en alguna medida, al desarrollo de la reciente «Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución» elaborada en el seno de la Comisión General de Codificación, y del que se da cumplida cuenta en estas páginas.

Comienza el capítulo III partiendo de la aceptación del nuevo «principio de conformidad» de corte angloamericano, aunque, a mi juicio, éste tiene también profundas raíces en el continente europeo. Tras pronunciarse acerca de los distintos criterios de conformidad recogidos en la Directiva 1999/44/CE, así como sobre la incidencia de la publicidad en el contrato de compraventa de bienes de consumo, se profundiza en los problemas de interpretación que plantean los diversos remedios legales mínimos y la garantía comercial, dentro del amplio margen de indefinición con que ésta aparece recogida en la Directiva 1999/44/CE. Este capítulo III tiene su plena justificación y acierto dentro del estudio por cuanto que se presentan toda una serie de elementos y herramientas útiles sobre la «interpretación y los criterios de transposición europeos», que aparecen al final sistematizados y ordenados dentro del índice analítico del libro, y que ayudarán a una correcta integración de muchos puntos oscuros que puedan derivarse de una primera lectura de la transpuesta Ley 23/2003.

El último capítulo IV se destina a un detallado análisis de las garantías legal y comercial tal y como aparecen reguladas en la Ley 23/2003, partiendo de la distinción de éstas con otras figuras afines. El enfoque dado al mismo

está hecho en clara referencia a la proyectada reforma de la LGDCU, donde aparecerá incluida la propia Ley 23/2003. Muchas de las propuestas y reflexiones se hacen en razón de un texto legal que debería ir, a juicio del autor del estudio, más allá de una mera pretensión armonizadora, esto es, con una decidida voluntad de redefinir y sistematizar esta materia «recodificando» algunos puntos al respecto, y que redunden en una mayor claridad y operatividad de la normativa literalmente copiada del texto de la Directiva 1999/44/CE. En esta materia, tal y como queda claramente recogido en el trabajo, se recogen los problemas que afectan a la compraventa en su conjunto (al margen de la particular incidencia de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías), dejando reflejadas las intenciones legisladoras que aparecen dentro de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de compraventa» de 2005, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, y por la que se pretende unificar el sistema del saneamiento del Código civil y el régimen del incumplimiento por falta de conformidad de la Ley 23/2003. El autor se refiere a las implicaciones que puedan derivar del carácter imperativo de las normas, la renuncia de derechos y los actos en fraude de ley. Asimismo aborda el ámbito de aplicación de la Ley 23/2003 deteniéndose en el mutante concepto de consumidor, con especial mención de los profesionales no especialistas y de cómo afecta la garantía a los eventuales subadquirentes de bienes de consumo usados. Se ofrece una exhaustiva y minuciosa enumeración de supuestos específicos de bienes muebles corporales destinados al consumo privado, entre ellos algunos de dudosa naturaleza. Especialmente se mencionan los bienes muebles de naturaleza perecedera, medicamentos y productos cosméticos y fitosanitarios, animales (señalando, por ejemplo, a este respecto, la vigencia de los arts. 1491 ss. CC, salvo cuando se trate de «ventas de ganados y animales entre profesionales y consumidores» en que será de aplicación la LGVBC), productos de *software*, prótesis e implantes dentales, material ortopédico, bienes muebles anejos a la entrega de un bien inmueble nuevo y que se transmiten junto con él. Tras ocuparse de los diversos criterios de conformidad, deteniéndose y profundizando en las distintas interpretaciones de cada uno de los párrafos del artículo 3 LGVBC, aborda los problemas que afectan a cada uno de los remedios jurídicos del consumidor (reparación, sustitución, rebaja del precio, resolución) y también a los distintos plazos de ejercicio del saneamiento por disconformidad, la acción directa contra el productor o fabricante, la transmisión de la condición de beneficiario, la eventual concurrencia de remedios legales (acción indemnizatoria de daños; acción de anulación por error) y, en último lugar, el tratamiento de la garantía comercial dentro de la LGVBC, con especial referencia a los supuestos de las «garantías ampliadas» y al alcance legal de la publicidad inserta dentro de aquéllas.

Finalmente se añade un amplio y completo elenco bibliográfico, así como un índice analítico que facilita la lectura y la búsqueda de las distintas materias tratadas en el libro. En suma, se trata de un muy interesante examen de los diversos aspectos y perspectivas que conlleva el contrato más relevante dentro del tráfico de bienes de consumo como es el de compraventa. La solidez de este estudio se manifiesta no sólo a través del rigor que suponen sus valiosas aportaciones, sino también porque éstas se sustentan en una base muy documentada. El lector se encuentra con un tema de gran actualidad y enorme trascendencia práctica, pues convierte al comprador consumidor en el eje de los numerosos aspectos que se tocan. No en vano, en el libro del profesor Avilés se habla también de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley de

modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», elaborada en la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, donde pretenden catalogarse como «mercantiles» todos los contratos que se celebren por los empresarios con los consumidores. Basada al parecer tal iniciativa en la desconfianza que a la propia Comisión General de Codificación le merece el creciente proceso de disgregación del Derecho común, paralelo a la proliferación de la legislación autonómica en materia de consumo, el autor no vacila en observar que «ni el principio constitucional de la unidad de mercado ni el de seguridad formal deben servir de baluarte o coartada para consagrar oficialmente el carácter exclusivamente “mercantil” de todo el Derecho de contratos con consumidores o usuarios».

Es un trabajo profundo donde se estudian un enorme abanico de cuestiones y ello queda reflejado en la inevitable y necesaria extensión de la misma.

Cristina FUENTESECA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?* ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, 205 pp.

1. Los elementos esenciales de un contrato ¿pueden ser sometidos a control por medio de la legislación sobre cláusulas abusivas cuando resulten perjudiciales para el consumidor y hayan sido impuestos por medio de cláusulas predisuestas? Ésta es la pregunta con la que Sergio Cámara Lapuente da comienzo a una interesante obra en la que se estudia de nuevo el tema del posible sometimiento a control de contenido de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, tema cuya solución, lejos de quedarse en un plano meramente dogmático, influye sobre cuestiones tan trascendentes como la legitimación de los jueces para entrar a controlar la justicia objetiva del contrato o la equivalencia de las prestaciones, o para dictaminar el precio justo, como mecanismo de protección de los consumidores.

El autor, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de La Rioja, aborda el estudio de esta materia con precisión y claridad, desentrañando a lo largo de la obra las claves de una polémica que surgió en nuestro Ordenamiento a partir de lo que la mayoría de la doctrina –y el propio Cámara Lapuente– califica de error en el proceso legislativo de transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Concretamente, la omisión en este proceso legislativo de la transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva –que es el que excluye el control de contenido respecto de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato y sobre la relación calidad/precio, siempre que las mismas se redacten de manera clara y comprensible– ha dado lugar a una disparidad de interpretaciones respecto a la efectiva transposición o no a nuestro ordenamiento de dicha norma, disparidad que, como destaca el autor, se ha trasladado a la jurisprudencia y ha generado cierta inseguridad jurídica.

El profesor Cámara Lapuente se enfrenta a este tema con el objetivo de atajar dicha inseguridad, tratando de proporcionar una serie de pautas o criterios que sirvan para establecer una solución satisfactoria y uniforme.

2. Para ello, el autor declara desde un primer momento su intención de enfocar el análisis desde una doble perspectiva: la propia Directiva 93/13/CEE, y su incorporación a los diversos Estados miembros de la UE, y el análisis de la jurisprudencia recaída en nuestro país sobre el tema. De ambos enfoques, el estudio del derecho comparado europeo es, quizá, uno de los mayores aciertos de la obra, en la que se expone un completo panorama de cómo se ha recibido el artículo 4.2 de la Directiva en los diversos ordenamientos nacionales, así como los problemas que ha planteado en ellos. Esta exposición resulta especialmente meritoria, a mi juicio, no sólo porque pone de relieve la relativa disparidad de resultados que genera el instrumento de la Directiva como vía de armonización del Derecho europeo, sino también –y sobre todo– porque permite perfilar con mayor precisión la solución más idónea para los propios problemas nacionales. Así lo hace, de hecho, el autor, quien, tras declarar inicialmente que el método que va a emplear a lo largo de la obra es el comparatista, hace uso con gran maestría de este derecho comparado, acudiendo a él allí donde resulta pertinente o ilustrativo y allí donde puede ofrecer un posible modelo de cara a una futura regulación en España sobre esta materia concreta. Tal buen hacer en el manejo del Derecho comparado, sin embargo, no resulta sorprendente en un jurista como Cámara Lapuente que, desde hace ya varios años, ha centrado una de sus líneas de investigación en la armonización del Derecho privado europeo y ha participado y participa en diversos foros y proyectos internacionales de estudio sobre estas cuestiones (entre los que hay que destacar, especialmente, su integración en el grupo de juristas europeos del Proyecto *European Common Core of Private Law*, coordinado por los Profesores Mattei y Busani de la Universidad de Trento, así como su ponencia en el *Compendium on EU Consumer Law Acquis*, elaborado en el año 2006 para la Comisión Europea). Todo ello le proporciona una innegable solvencia en el conocimiento y empleo del Derecho de los países de nuestro entorno, que ha quedado perfectamente acreditada en esta obra.

3. Los objetivos y presupuestos arriba mencionados quedan ya plasmados en el primer apartado del libro, que sirve como introducción y planteamiento del tema. En este apartado inicial se presentan las bases de la polémica –en los términos aquí expuestos–, así como el plan o estructura a través del cual se va a desarrollar el análisis de la misma. A través de este plan de la obra, sucintamente expuesto en las primeras páginas de la misma, se puede comprobar ya desde un principio que ésta responde a un desarrollo lógico y bien estructurado que permite al lector conocer progresivamente los elementos que conducen al autor a las conclusiones que finalmente alcanza.

Uno de estos elementos utilizados posteriormente por el autor, presente ya desde el principio, es un informe de la Comisión Europea de evaluación de los cinco primeros años de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, publicado en el 2000. Dicho informe –elemento novedoso en el tratamiento de la materia, aunque hay que señalar que de mínimo valor normativo– es aportado por el autor en este capítulo introductorio no sólo como una prueba de la necesidad de abordar un estudio de esta cuestión, sino también, en parte, como instrumento del que se servirá para apoyar, como veremos, una de las conclusiones de la obra que más oposición puede suscitar entre la doctrina que ha profundizado en el tema (por todos, J. Alfaro, J. M.^a Miquel y F. Per-

tíñez): el carácter de la Directiva como Directiva de mínimos en relación a la exclusión del control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato.

4. El segundo apartado del libro se centra en analizar la transposición del artículo 4.2 de la Directiva en los diversos ordenamientos comunitarios. Hay que destacar aquí que este estudio no se limita a una mera exposición de cómo se ha desarrollado la transposición del mencionado precepto en los Estados miembros que, efectivamente, lo han incorporado, sino que va más allá, completando el panorama con la situación de los Estados miembros en los que la transposición no ha tenido lugar. De hecho, a juicio del autor, esta situación no ha recibido hasta ahora la atención que merece, omisión que él subsana dedicándole unas breves páginas. En ellas, se pone de relieve el elevado número de países que no ha llevado a cabo la mencionada transposición (un total de diez), así como la voluntad expresa de algunos de ellos –concretamente, los países nórdicos– de no llevarla a cabo en lo relativo a la exclusión del control de contenido sobre las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato, en un intento de proporcionar una mayor protección a los consumidores, coherente con sus modelos económicos de cuño más social.

Mayor espacio se dedica a los países en los que se ha llevado a cabo la transposición del artículo 4.2 de la Directiva, quizá porque parece que la situación y los problemas a los que se han enfrentado estos Estados, de acuerdo con los diversos matices de la transposición realizada, pretende mostrarse como ilustración de lo que debería o no debería hacer el legislador español en el futuro. En este apartado se exponen, pues, con cierto detalle los avatares de la transposición del artículo 4.2 en aquellos Estados miembros de la UE que han incorporado este precepto a su derecho nacional. Éstos se clasifican de acuerdo con el instrumento a través del que se ha realizado la transposición –Código civil, Código de consumo, leyes especiales sobre cláusulas abusivas o varios textos legislativos–, criterio que no se justifica por el autor y cuya pertinencia resulta, en cierto modo, cuestionable, pues los problemas planteados en cada Estado no parecen derivar tanto del instrumento empleado para la transposición como, más bien, de los términos más o menos literales empleados por el legislador nacional en la transposición de la Directiva, o del *iter* de la misma.

En esta clasificación, el análisis se centra, principalmente, en los países que no han transpuesto literalmente el precepto, que son los que ofrecen un mayor interés por los problemas que esto ha planteado. Así, se pone un énfasis particular en el caso de Alemania (cuna de la doctrina que inspiró la redacción del art. 4.2 de la Directiva), los Países Bajos (obligados por la STJCE de 10 de mayo de 2001 a incluir una mención expresa al deber de transparencia recogido por el art. 4.2, lo que ha servido de ejemplo para la transposición de la norma en otros países, como Francia) y Reino Unido (del que se destaca la labor jurisprudencial de perfilamiento de los términos del art. 4.2 y las propuestas de reforma de las normas en él recogidas). El estudio de la transposición del artículo 4.2 concluye con un breve examen de la acogida que ha recibido en los textos de armonización del Derecho europeo, tanto los *PECL* de la Comisión Lando, como el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos del Profesor Gandolfi.

De todo ello extrae el Profesor Cámara Lapuente dos importantes conclusiones con las que finaliza este apartado. La primera es que es lícito no incorporar el límite del artículo 4.2 de la Directiva a los ordenamientos nacionales, con el objetivo de aumentar la protección de los consumidores, conclusión

que apoya en el Informe de la Comisión al que hizo referencia en el apartado primero y en el hecho de que, en efecto, tal incorporación no se ha producido en diez Estados miembros. Con ello, el autor se enfrenta a una importante corriente doctrinal –a la que él mismo se refiere en nota al pie– que sostiene que, en este punto, la Directiva no es de mínimos. Ahora bien, sin entrar aquí de lleno al debate, sí hay que señalar brevemente a este respecto que esta tesis no sólo resulta cuestionable en sí misma, a la luz de nuestro modelo económico, sino que, además, los propios razonamientos que ofrece el autor en su apoyo no acaban de convencer, ya que la argumentación resulta, a mi juicio, algo débil, pues, a fin de cuentas, se apoya en un texto sin valor normativo y en lo que no deja de ser un mero hecho. Por ello, es más importante la segunda conclusión que extrae el autor, respecto a que, en cambio, sí existe obligación de transponer el deber de transparencia también en relación con los elementos esenciales, pues así se extrae de la jurisprudencia del TJCE.

5. Pasando al tercer apartado de la obra, como apunta ya el inciso final de su título («*error negligente*»), en él se describe el cúmulo de desaciertos que condujo a la omisión de la transposición del artículo 4.2 de la Directiva en el párrafo quinto de la redacción propuesta para el artículo 10 bis 1 LGDCU. Concretamente, se relatan los acontecimientos que llevaron a la aprobación de la norma tal y como finalmente fue votada, acudiendo para ello a las fuentes que proporcionan los Diarios de sesiones del debate suscitado en la Comisión de Justicia e Interior. El resultado de la votación final por la que se aprobó la enmienda del Grupo Federal IU-IC que proponía eliminar el citado párrafo, pese al rechazo por parte del partido con mayoría parlamentaria (el PP), es calificado por el autor, junto con la mayoría de la doctrina, de «error en la votación» y, consiguientemente, de «omisión no voluntaria de la regla comunitaria».

A partir de ahí, se critica la enmienda del Grupo Federal IU-IC origen de la controversia, basada en lo que el profesor Cámara Lapuente califica de «deficiente comprensión del fundamento del control de contenido de las cláusulas abusivas», y se concluye con la afirmación –clave de la obra y que se repetirá posteriormente– de que otorgar a la falta de transposición formal del artículo 4.2 un valor absoluto, sin tener en cuenta otros datos, es sobrevalorar el silencio legislativo. Por ello, en opinión del autor, un resultado de consecuencias tan capitales para el ordenamiento español debe ser objeto de una previsión normativa expresa, con su correspondiente argumentación.

6. Sobre estos presupuestos, el profesor Cámara Lapuente se detiene en el apartado cuarto en examinar las razones que justifican la exclusión del control del contenido respecto de las cláusulas sobre los elementos esenciales del negocio. En concreto, el análisis se centra principalmente en el fundamento general de la exclusión que, según indica el autor, se encuentra en una proyección de la tesis liberal sobre la regulación de las condiciones generales y la protección de los consumidores. A partir de ahí, se examinan brevemente los postulados fundamentales de esta tesis, que se resumen de la siguiente forma: «no existen ni el precio justo ni la justicia contractual objetiva; el equilibrio contractual es puramente subjetivo y viene determinado por el mercado y por los mecanismos que tutelan la pureza de este mercado y del consentimiento emitido en él». Sin embargo, el autor no se conforma con exponer los argumentos favorables a la opción por la que él claramente se decanta (la transposición del art. 4.2 de la Directiva), sino que, con la honestidad que manifiesta a lo largo de toda la obra, ofrece también un resumen de los postulados de la teoría contraria (las tesis intervencionistas), conforme a

la que se propugna la posibilidad de valorar el desequilibrio de las prestaciones, buscando la justicia contractual objetiva y dejando en manos de los jueces la posibilidad de revisar el contrato para conseguir un precio justo.

Una vez expuestas las dos grandes tesis, el autor trata de reconducir el debate a sus justos términos y aplacar los miedos que puede suscitar la opción por la primera de ellas. Recuerda así que el ordenamiento ofrece al contratante otros instrumentos de protección al margen de la legislación sobre cláusulas abusivas. De hecho, lo único que descarta el artículo 4.2 de la Directiva es el control de contenido de las cláusulas que versen sobre elementos esenciales del contrato, pero no elimina al mismo tiempo ni otros controles en materia de condiciones generales (fundamentalmente, el de transparencia), ni los demás controles que existen en el Ordenamiento, de los que se puede valer el consumidor para corregir precios desproporcionados (concretamente, los remedios generales del Código civil, los de la legislación civil especial sectorial, los de la legislación administrativa o el mecanismo de la rescisión por lesión, de amplia aplicación en Cataluña y Navarra). Por ello, concluye el profesor Cámara Lapuente que la auténtica cuestión en este punto es si el cauce para la protección frente a un precio excesivo ha de ser la normativa específica sobre cláusulas abusivas o el resto de los mecanismos establecidos en el ordenamiento de forma general. En concreto, él se decanta claramente por la segunda opción, que es la que deriva del artículo 4.2.

7. El quinto apartado de la obra se dedica a una síntesis de las claves conceptuales para desentrañar los problemas del control sobre cláusulas relativas a los elementos esenciales. Haciendo un sabio uso de la doctrina extranjera –especialmente, la alemana–, así como, fundamentalmente, de las opiniones de la doctrina dominante en nuestro país –a la que, no obstante, se limita a citar en nota al pie–, el autor proporciona una serie de reglas o criterios que ayudan a determinar cuándo y cómo procede aplicar el control de contenido a una cláusula concreta; por tanto, cuándo la cláusula se refiere a un elemento esencial y ha de operar la exclusión y en qué consiste dicha exclusión.

Respecto a lo primero –determinación de las cláusulas sobre las que recae la exclusión del art. 4.2–, el autor baraja cuatro criterios, en sendos epígrafes. En el primero, se examina el contenido normativo o económico del contrato como criterio delimitador, y las consecuencias de esta distinción. Se parte, pues, de la idea ya asumida por la doctrina española más autorizada de que lo que queda sometido a control de contenido es el equilibrio jurídico o normativo (entre derechos y obligaciones) del contrato, pero que no existe control, en cambio, respecto al equilibrio económico de las prestaciones pactadas (la pura descripción de las prestaciones y los acuerdos sobre el valor de cambio del objeto o servicio). En el segundo epígrafe, se limita el control de contenido propio de las cláusulas abusivas a los elementos accesorios del contrato (se descarta, pues, para los principales). En el tercer epígrafe, se acude al criterio de la eventualidad como criterio de determinación de las cláusulas a las que se refiere el artículo 4.2 (no son elementos esenciales del contrato los que sólo entran en juego eventualmente). Por último, en el cuarto epígrafe se precisa que el elemento excluido del control de contenido no es el precio en sí, sino, exclusivamente, la llamada «relación calidad/precio» (adecuación entre precio y retribución). A continuación, se muestra el paralelismo entre los criterios anteriormente barajados y la distinción entre cláusulas limitativas, delimitadoras y lesivas en el contrato de seguro. Así, la inclusión de esta distinción en el artículo 3 LCS y su desarrollo por la jurisprudencia

parecen servir al autor de prueba que acredita la certeza de los criterios que él recoge.

El último epígrafe de este apartado se centra brevemente en la segunda cuestión ya enunciada: en qué consiste la exclusión que establece el artículo 4.2 de la Directiva. Concretamente, se analiza qué es lo que se denomina control de inclusión, control de contenido y control de transparencia. Respecto de este último, el autor concluye que no parece ser algo distinto del control de inclusión formulado en otros preceptos de la Directiva y que podría quedar comprendido en nuestro Derecho en una formulación amplia del control de inclusión. Ahora bien, creo que esta conclusión se formula con una brevedad que no parece hacer justicia ni a su importancia, ni a su interés. Así, la falta de un razonamiento más detallado al respecto contribuye a consolidar la impresión de que el verdadero objeto de esta obra se centra en la primera parte de la norma plasmada en el artículo 4.2 de la Directiva (la exclusión del control de contenido), más que en la segunda (el deber de transparencia), cuando quizá sea ésta última la que más merece la pena destacar (y así lo ha hecho, fundamentalmente, Miquel González, en los *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, coord. Menéndez, Díez-Picazo y Alfaro, Civitas, 2002, pp. 908 ss., al que sigue, en parte, Pertíñez Vílchez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, 2004), dado que existe ya una corriente doctrinal mayoritaria conforme con la idea de que no cabe un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato.

8. Pasando al apartado sexto, en él se recoge el segundo de los grandes enfoques que ya se avanzaban inicialmente como claves del estudio propuesto del tema. Concretamente, aquí se aborda el análisis de la respuesta ofrecida por la jurisprudencia española ante la omisión de la transposición del artículo 4.2 de la Directiva, respuesta que, pese a sus matices, se dice favorable mayoritariamente al rechazo del control de contenido sobre las cláusulas relativas a elementos esenciales. Las numerosas sentencias analizadas –fundamentalmente, de la llamada «jurisprudencia menor»– se agrupan en dos grandes bloques: el primero, conformado por las sentencias que rechazan el control de contenido sobre las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato, y el segundo, conformado por las sentencias que admiten dicho control. Cada uno de ellos, a su vez, se divide en varios epígrafes que agrupan las sentencias, al parecer, según el mérito de la argumentación jurídica con la que apoyan o rechazan la exclusión del control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato.

Este exhaustivo examen de la jurisprudencia resulta especialmente interesante como contrapunto de las ideas desarrolladas hasta el momento por el autor y de los argumentos esgrimidos por la doctrina española en apoyo o rechazo de la regla del artículo 4.2 de la Directiva. De hecho, el profesor Cámara Lapuente incluye a continuación de cada gran grupo de sentencias –a mi juicio, con gran acierto– los argumentos doctrinales adicionales de apoyo a la tesis fundamental de las mismas, ofreciendo así un panorama completo del estado de la cuestión en nuestro ordenamiento. Es en el examen de estos argumentos doctrinales, donde se manifiesta, fundamentalmente, la opinión personal del autor. De hecho, tras la lectura de estos epígrafes, quedan pocas dudas de que la posición del mismo se inserta dentro de la doctrina dominante, favorable a la exclusión del control de contenido sobre las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato. Prueba de ello es que desmonta con precisión cada uno de los razonamientos doctrina-

les adicionales que apoyan la admisión del control de contenido respecto de las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato. Ahora bien, esto no significa que el autor acoja en bloque o acriticamente los argumentos doctrinales de igual orientación a la suya; antes bien, de forma coherente con la controvertida tesis que ha sostenido en los apartados precedentes (sobre el carácter de mínimos de la Directiva respecto a la norma del art. 4.2), rechaza el argumento esgrimido por parte de la doctrina de que no es posible alterar sustancialmente el modelo de la Directiva, haciendo alusión a los razonamientos que ya recogía al final del segundo apartado y que ya se han criticado en su momento.

Al margen de esta cuestión, que creo que, en el fondo, no es central para las conclusiones que se alcanzan en la obra, el mayor peso de la argumentación se centra en otros dos argumentos que asume el autor: por un lado, en la idea ya apuntada anteriormente de que el silencio legislativo no puede suponer la introducción de un control judicial de precios en los contratos con consumidores y, por otro, en lo que, finalmente, será su propuesta: la falta de transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva ha de salvarse aplicando el principio de interpretación conforme con el Derecho comunitario establecido por la jurisprudencia del TJCE.

9. De hecho, ésta y otras propuestas se recogen en el séptimo y último apartado de la obra objeto de esta reseña. En él, tras un primer epígrafe en el que se resumen las tesis principales que se han ido apuntando a lo largo de los apartados anteriores, el autor llama la atención en los siguientes tres epígrafes sobre la necesidad de que el legislador español se pronuncie expresamente sobre la cuestión, a fin de atajar la inseguridad jurídica generada por la omisión de la transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva. En este punto, aunque –fiel a su tesis– mantiene el profesor Cámara Lapuente que el legislador español podría optar por someter a control las cláusulas sobre elementos esenciales, aconseja en cambio que se opte por la solución contraria, incorporándose expresamente al Derecho español la regla del artículo 4.2 de la Directiva. Concluye sugiriendo como instrumento idóneo para dicha actuación legislativa el Proyecto de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, en fase de tramitación en el momento de la publicación del libro aquí reseñado.

10. Pese a este loable propósito, el legislador no ha hecho uso del mencionado Proyecto (consolidado actualmente como Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, publicada en el BOE núm. 312) para llevar a cabo la transposición del artículo 4.2 de la Directiva, y, aunque doctrinalmente la cuestión está bastante resuelta, no podemos sino mostrarnos de acuerdo con que una actuación del legislador pondría fin a la inseguridad y clarificaría la compleja situación que se ha generado. Hasta el momento en que éste se pronuncie, sin embargo, la solución del problema deberá continuar perfilándose entre los juristas. En este sentido, la obra del profesor Cámara Lapuente puede ser de una gran ayuda, en tanto que constituye en sí misma una valiosa aportación a este debate, altamente recomendable por la claridad en su desarrollo, por el enfoque escogido y, sobre todo, por la perspectiva general que aporta sobre el estado de la cuestión.

Andrea MACÍA MORILLO
Profesora Ayudante de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RODRÍGUEZ PINTO, María Sara: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, 430 pp.

Esta obra de la profesora chilena, María Sara Rodríguez Pinto, contiene el trabajo de su tesis doctoral, realizada en la Universidad Autónoma de Madrid bajo la dirección del profesor don Antonio Manuel Morales Moreno, y en la que obtuvo la máxima calificación ante un Tribunal presidido por el profesor don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. La autora tuvo oportunidad de madurar posteriormente su investigación en Harvard, becada por la Universidad estadounidense, dando como resultado este libro, de interés para *iusprivatistas* en general, a cuyo contenido paso a referirme a continuación.

[1] El primer párrafo del artículo 1259 CC español dispone que *ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal*. El contrato celebrado en tales circunstancias *será nulo*, salvo ratificación conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo de la norma citada.

A la inversa, podemos afirmar que está permitido que un sujeto contrate en nombre de otro, en una de estas dos situaciones: *a)* Cuando está autorizado por éste, como es el caso del mandato; *b)* Cuando tiene por ley su representación legal, como es el caso de padres y tutores.

[2] Sin embargo, cuando una persona contrata a nombre de otra, incluso en los casos en que esté autorizada por ésta, o incluso en los casos en que tenga por ley su representación legal, puede ocurrir que su interés personal entre en conflicto con el interés de su mandante o de su representado. Esto ocurre especialmente cuando el representante o el mandatario adquieren para sí los bienes del representado o del mandante. Este conflicto de intereses es el que denominamos autocontratación.

[3] La autocontratación es un concepto o figura jurídica que –según estudia la autora– se introduce en la doctrina y jurisprudencia españolas años después de la publicación del Código civil. El legislador del Código civil no utilizó esta expresión. Se trata de una categoría dogmática introducida en la primera mitad del siglo xx, por la doctrina de profesores, registradores y jueces, y que paulatinamente va teniendo reflejo en la jurisprudencia. Procede de autores alemanes y, en menor medida, franceses e italianos.

María Sara Rodríguez Pinto dedica la primera parte de su obra al análisis del advenimiento y posterior evolución del concepto y del régimen jurídico aplicable en los supuestos de autocontratación, tanto en la doctrina (capítulo I) como en la jurisprudencia españolas, siendo especialmente destacable el tratamiento pormenorizado de esta última (capítulos II y III).

[4] La autora aporta una lograda síntesis de los mecanismos jurídicos dirigidos a tutelar el interés de los particulares afectados en los supuestos de autocontratación. Distingue dos tipos de medidas: *a)* Las que integran lo que la autora denomina *tutela preventiva*, que son medidas tendentes a evitar el daño; y *b)* Las que integran lo que la autora denomina *tutela resarcitoria*, que son medidas previstas para aquellos supuestos en que se haya producido el daño.

[5] Entre las medidas de tutela preventiva, tendentes a evitar el daño, merece especial consideración la relativa a la invalidez del contrato. La razón es la siguiente: La ley española prohíbe expresamente la autocontratación en determinados supuestos (así, los padres o tutores no pueden adquirir para sí los bienes de sus representados, ni los mandatarios los bienes de sus

mandantes, ni los albaceas los bienes confiados a su cargo, ni los empleados públicos los bienes de cuya administración estuvieran encargados,..., *ex art. 1459 CC*). Se trata de prohibiciones legales. Por tanto, para la realización de estos actos, no existe representación legal, porque está limitada en estos supuestos. Siendo así, será de aplicación el artículo 1259 CC, aludido al inicio, y es posible afirmar la nulidad que afecta al negocio celebrado.

Ahora bien, realizada la compraventa –por ejemplo– en los casos en que hubo autocontratación, ¿ante qué tipo de invalidez nos encontramos, nulidad absoluta o anulabilidad, esto es, nulidad relativa? Aquí encontramos, a mi juicio, otra de las aportaciones de la autora. A través de su estudio jurisprudencial, María Sara Rodríguez Pinto descubre cómo estos supuestos, tradicionalmente tratados como supuestos de nulidad absoluta, son paulatinamente tratados como supuestos de nulidad relativa. La diferencia de régimen jurídico es notable: Si los tratamos como supuestos de nulidad absoluta, el contrato es inválido e ineficaz desde el inicio y es una nulidad “oficial”, que puede ser declarada de oficio por el Juez, con independencia de cuál sea la voluntad de las partes. Sin embargo, si –como apunta la autora– entendemos que es un supuesto de nulidad relativa, permitimos que sea el particular afectado quien decida si ratifica el contrato, confirmándolo, o si lo anula, dejándolo definitivamente ineficaz.

Esta segunda alternativa –la nulidad relativa– favorece al particular afectado más que la nulidad absoluta, pues es él mismo quien tiene poder reconocido para disponer de la eficacia del contrato. Como apunta la autora, *si el contrato lo satisface podrá darlo por firme expresa o tácitamente. En cambio, si supone para el principal un resultado indeseable, éste podrá desvincularse de él sin demostrar una lesión o daño, sino simplemente el conflicto de intereses que afectaba a su agente.*

[6] La noción de *conflicto de intereses* la describe la autora como *el riesgo de un perjuicio al representado, de entidad significativa*. Es precisamente esta expresión “conflicto de intereses” la que utiliza el legislador español. La expresión es amplia y polisémica, aspecto que lleva a la autora a detenerse, en la *Introducción* del libro, a fin de acotar el concepto y desplegar el abanico de una variada tipología de casos.

[7] Como antes se indicó, junto a las medidas de tutela preventiva, la autora describe otro tipo de remedios, de carácter resarcitorio. Se aplicarán estos remedios, explica, *cuando la tutela preventiva sea ineficaz en los hechos y el contrato cause al principal un daño o lesión efectiva*. Define estos remedios resarcitorios como *los mecanismos variados que ofrece el ordenamiento para indemnizar a la víctima de un daño, cuando el conflicto de intereses del agente ha causado al principal un daño o lesión efectiva*.

[8] En cuanto a la metodología empleada por la autora en su estudio, junto a algunas interesantes alusiones al Derecho comparado, a los Principios UNIDROIT o al proyectado Derecho europeo, quisiera destacar dos aspectos que me permitirán –a la vez– detallar el contenido de la monografía:

1.º En primer lugar, hay que destacar el análisis exhaustivo de la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Supremo, pero también de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y la de otros Tribunales (así, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, y las Audiencias Provinciales, o algún caso tratado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). Es ésta una característica que probablemente pueda atribuirse al magisterio del director de la tesis, el profesor Morales Moreno. La autora ofrece al final de libro una tabla de sentencias

y resoluciones, ordenadas cronológicamente y con referencia a las páginas del libro en que son tratados los casos.

2.º En segundo lugar, hay que destacar la *visión renovada y actual del problema*, como expresamente ha apuntado el autor del *Prólogo*. La autora no se limita a estudiar la doctrina del autocontrato (su incorporación, desarrollo y proyección jurisprudencial), sino que se propone ofrecer una panorámica actual del tema y, al lograrlo, *traspasa los límites estrictos del autocontrato y se proyecta sobre toda la rica problemática de los conflictos de intereses, en proceso permanente de expansión. Esta expansión se percibe*—continúa el profesor Morales Moreno, en el *Prólogo* al libro— *en los capítulos en los que estudia los conflictos en las actuaciones de los administradores sociales, de los intermediarios profesionales en bolsas y mercados o en algunos contratos mercantiles especiales*. Este análisis expansivo marca precisamente la estructura de la segunda parte de la obra, en la que la autora ordena los capítulos haciendo referencia a los singulares supuestos de conflictos de intereses. Así, si bien los capítulos IV, V y VI, están dedicados al tratamiento del conflicto de intereses en la actuación de padres, tutores, curadores y albaceas, y en el capítulo VII se aborda el tema de los conflictos de intereses de mandatarios y comisionistas, el capítulo VIII se titula *autocontratación y conflictos de intereses de administradores sociales* y en él la autora diversifica en apartados un amplio abanico de casuística y su régimen jurídico; y el capítulo IX, *autoentrada y conflictos de intereses en la contratación en bolsas y mercados, y en otros contratos mercantiles de colaboración y distribución*, ofrece también una diversificación de supuestos, circunscritos a este ámbito mercantil.

Cabe recordar aquí al profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, don Aníbal Sánchez Andrés, que tantas veces compartió con la autora, siendo doctoranda, su saber y consejo en materias mercantiles, y que integró después el Tribunal que enjuició la tesis. Me consta el reconocido agradecimiento de la autora hacia él.

[9] Del estudio jurisprudencial, la autora extrae las conclusiones siguientes:

Primera.—Que se admite la autocontratación en determinados casos, tales como, cuando no hay conflictos de intereses (es decir, no existe riesgo de perjuicio, dadas las circunstancias); cuando la actuación del representante está autorizada por el principal; o cuando el mandante interviene directamente en el acto como vendedor. La autora constata que nuestra jurisprudencia va reconociendo progresivamente que sólo el representado está legitimado para impugnar el contrato, subrayándose así que la modalidad de ineficacia reconocida es la de una nulidad relativa o anulabilidad. Además, constata la expansión de la categoría de la autocontratación a otros supuestos, antes mencionados.

Segunda.—En cuanto a la prueba, la autora constata la tendencia jurisprudencial a *tratar el conflicto de intereses como una presunción «iuris tantum» a favor del representado*. De tal modo, que el representado, cuando impugna el contrato, no está obligado a demostrar la existencia de conflictos de intereses, ni la existencia de un perjuicio (lo que, una vez más, aproxima la figura a la nulidad relativa), mientras que el demandado tiene, sin embargo, la carga de probar que estaba autorizado para actuar. La autora observa que la prueba presentada por el demandado, de que la gestión carecía de conflicto de intereses, puede llegar a admitirse por la jurisprudencia.

Personalmente, deseo felicitar a la autora por este trabajo. Espero que siga contribuyendo con otras interesantes publicaciones al desarrollo de la Ciencia jurídica.

Carmen JEREZ DELGADO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

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.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

BUSTOS PUECHE, José Enrique: «¿Existen instituciones en la Constitución que limiten al legislador ordinario», en *RDPr*, septiembre-octubre 2006, pp. 77 ss.

CANO VILÁ, Eva: «Interdicto de obra nueva. Abuso del derecho. Responsabilidad civil (comentario a la STS de 29 de diciembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 57 ss.

CARROZZA, Paolo: «El “Multilevel Constitutionalism” y el sistema de fuentes del derecho», en *REDE*, núm. 19, 2006, pp. 341 ss.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La confianza y el Derecho Civil, ¿cuándo el trust?», en *RDNot*, núm. 59, 2006, pp. 285 ss.

GÓMEZ JENE, Miguel: «Transexual cuya ley personal no contempla el cambio de sexo. No aplicación de la ley extranjera por ser contraria al orden público internacional. Aplicación directa de la ley española (comentario a la RDGRN de 24 de enero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 71 ss.

HEREDIA CERVANTES, Iván: «Denegación de la inscripción de documento notarial extranjero (comentario a la RDGRN de 7 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 115 ss.

- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.^a Lourdes: «Evolución histórica de las presunciones. Dos ejemplos: la presunción de paternidad y la presunción muciana», en *RDN*, núm. 58, 2006, pp. 9 ss.
- ROSSI CARLEO, Liliana: «La codificación sectorial, entre límites y oportunidad: el Código italiano de consumo», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 39 ss.
- SÁNCHEZ-ARJONA, Javier: «De nuevo, el Fuero de Baylio», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2005, pp. 1781 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALONSO HERREROS, Diego: «El documento de voluntades anticipadas. Análisis de la Ley holandesa sobre la eutanasia», en *RJC*, núm. 2, 2004, pp. 381 ss.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «El concepto de domicilio en relación con los requerimientos y las notificaciones notariales: un estudio histórico», en *RDN*, núm. 59, 2006, pp. 9 ss.
- CORDERO CUTILLAS, Iziar: «La discapacidad e incapacitación judicial (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2006, pp. 1157 ss.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel: «De vuelta con las células madre: el marco europeo de la clonación humana y los bancos de cordones umbilicales», en *RDCE*, núm. 24, 2006, pp. 481 ss.
- GÓMEZ JENE, Miguel: «Transexual cuya ley personal no contempla el cambio de sexo. No aplicación de la ley extranjera por ser contraria al orden público internacional. Aplicación directa de la ley española (comentario a la RDGRN de 24 de enero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 71 ss.
- GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, Isidro: «Reflexiones sobre el derecho a la protección de datos de los menores de edad y la necesidad de su regulación específica en la legislación española», en *RDNT*, núm. 11, 2006, pp. 71 ss.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Oposición del padre biológico al acogimiento preadoptivo de su hijo: no transformación en contencioso del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor; derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y derecho a una resolución judicial motivada. Principio del interés superior del menor; principio de reinserción del menor en su familia de origen (comentario a la STC de 4 de abril de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 323 ss.
- HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar: «La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2006, pp. 2389 ss.
- JIMÉNEZ LINARES, M.^a Jesús: «Derecho a la libertad de información. Derecho al honor. Derecho a la intimidad. Derecho a la propia imagen (comentario a la STS de 20 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 973 ss.
- LAMARCA I MARQUÉS, Albert: «Acción penal, remedios civiles y protección del derecho al honor: caducidad, incompatibilidad y opción de la víctima», en *DPC*, núm. 19, 2006, pp. 55 ss.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afectan», en *DPC*, núm. 19, 2006, pp. 93 ss.
- PALMA DEL TESO, Ángeles de: «La protección de los menores por las administraciones públicas», en *RJC*, núm. 2, 2004, pp. 353 ss.
- PALOMINO DÍAZ, Isabel: «La incidencia de la tutela automática sobre menores desamparados en la tutela ordinaria preexistente», en *RDF*, núm. 30, 2006, pp. 23 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «La protección legal de los discapacitados en Cuba: una visión de “lege data y de lege ferenda”», en *RGLJ*, núm. 1, 2006, pp. 51 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «La Administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *RCDI*, núm. 695, 2006, pp. 1057 ss.
- SERNA MEROÑO, Encarna: «Tutela judicial efectiva. Vicio de irrazonabilidad de la sentencia. Declaración de la paternidad basada exclusivamente en la negativa a someterse a la prueba biológica. Quiebra de la doctrina jurisprudencial: la negativa no es una “ficta confessio” y como tal carece de carácter absoluto de prueba de paternidad. Vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley: falta de justificación en la sentencia del cambio de criterio jurisprudencial (comentario a la STC de 14 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 155 ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: «De las instituciones de beneficencia a las fundaciones sanitarias», en *Actualidad Civil*, núm. 22, pp. 2638 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ACEBES CORNEJO, Raúl: «Las deudas del causante y la sucesión de los arrendamientos urbanos», en *RDN*, núm. 58, 2006, pp. 9 ss.
- ADÁN DOMÉNECH, Federico: «Crédito cambiario y tutela judicial», en *RDBB*, núm. 101, 2006, pp. 87 ss.
- AGULLÓ MATEO, Rafael: «Arrendamientos históricos valencianos. Intervención administrativa», en *RGLJ*, núm. 2, 2006, pp. 279 ss.
- ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa: «Donación de cosa futura. Impugnación de la validez de una donación de acciones suscritas en aumento de capital no inscrito en el Registro Mercantil (comentario a la STS de 18 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 765 ss.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «La subrogación del arrendatario de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *RCDI*, núm. 696, 2006, pp. 1331 ss.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A.: «La responsabilidad en el uso, compra y copia de programas de ordenador. Estudio jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 696, 2006, pp. 1497 ss.

- BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «Base del negoci i motiu causalitzat: la configuració de la donació per raó de matrimoni», en *RJC*, núm. 2, 2004, pp. 325 ss.
- BECH SERRAT, Josep Maria: «Responsabilidad contractual por vicios constructivos. Daño moral derivado de la lesión de bienes inmateriales (comentario a la STS de 7 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 203 ss.
- «Responsabilidad civil derivada de daños ocasionados por incendios. Causa desconocida. Doctrina del riesgo. Responsabilidad del arrendatario *ex* artículo 1563 del Código Civil (comentario a la STS de 20 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 809 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Contrato de edición: carácter esencial de la forma escrita; nulidad apreciada de oficio; “iura novit curia” e incongruencia (comentario a la STS de 31 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 849 ss.
- BETANCOR SÁNCHEZ, Victoria E., y ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «De la esclavitud documental a la ausencia de documento en el descuento bancario», en *RDBB*, núm. 101, 2006, pp. 157 ss.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia», en *RDP*, núm. 16, 2005, pp. 163 ss.
- COBAS COBIELLA, M.^a Elena: «Seguridad en el comercio electrónico: Mito o realidad», en *RDNT*, núm. 11, 2006, pp. 55 ss.
- CANO VILÁ, Eva: «Interdicto de obra nueva. Abuso del derecho. Responsabilidad civil (comentario a la STS de 29 de diciembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 57 ss.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «El control de oficio en la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2006, pp. 2629 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco: «Cartas de patrocinio. Obligaciones resultantes de las declaraciones de titularidad sobre el capital de la filial y de apoyo financiero en caso de insolvencia (comentario a la STS de 30 de junio de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 895 ss.
- COLINA GAREA, Rafael: «Contrato de compraventa. Resolución por incumplimiento. Retroactividad de los efectos derivados de la resolución. Restitución de las prestaciones recíprocas. Delimitación del alcance de la restitución: intereses legales; no está obligado el vendedor que ejercita la acción resolutoria por impago del precio aplazado a satisfacer intereses legales de la parte pagada en compensación al aumento planeamiento urbanístico (comentario a la STS de 1 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 917 ss.
- CUARTERO RUBIO, M.^a Victoria: «Competencia judicial internacional en la reclamación de un premio anejo a una oferta para celebrar un contrato de consumo (comentario a la STJCE de 20 de enero de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 657 ss.

- DÍAZ ALABART, Silvia: «La aplicación de la Ley de Garantías en las Ventas de Bienes de Consumo: primeros pronunciamientos», en *RDP*, julio-agosto 2006, pp. 3 ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio: «Cláusulas abusivas de los contratos bancarios por aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», en *RDBB*, núm. 101, 2006, pp. 185 ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Notas sobre la reforma de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003 por la Ley de 30 de noviembre de 2005», en *RDNot*, núm. 59, 2006, pp. 223 ss.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, y BETANCOR CÁCERES, Victoria E.: «De la esclavitud documental a la ausencia de documento en el descuento bancario», en *RDBB*, núm. 101, 2006, pp. 157 ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «Consecuencias respecto del acreedor frustrado de la extinción de la obligación de dar por imposibilidad sobrevenida causada por un tercero. Análisis del artículo 1186 CC: ámbito de aplicación, supuestos de operatividad y acciones a que se refiere», en *RDP*, núm. 16, 2005, pp. 185 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.^a Ángeles: «Efectos del concurso sobre los contratos bilaterales (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2006, pp. 1909 ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «¿Revocación del crédito irrevocable confirmado?», en *RDBB*, núm. 102, 2006, pp. 213 ss.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Ruina de edificio. Ejecución “in natura”. Responsabilidad solidaria de arquitecto, arquitecto técnico y constructor. Subrogación de compañía aseguradora (comentario a la STS de 20 de diciembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 19 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Constitución de hipoteca inmobiliaria en garantía de préstamo. Depósito irregular sin intereses. Declaración de quiebra de la promotora hipotecante. Retroacción. Nulidad de la hipoteca. Situación fraudulenta. Reintegración (comentario a la STS de 29 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 283 ss.
- GINEBRA MOLÍNS, Esperanza: «Hipoteca ordinaria o de tráfico. Hipoteca de seguridad: hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, como modalidad de hipoteca de máximo. Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda. Causa (comentario a la STS de 7 de junio de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 857 ss.
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa: «“Lex Artis” y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 67 ss.
- GONZÁLEZ LEÓN, Carmen: «Responsabilidad por ruina. Concepto de promotor: sociedad de gestión con mandato otorgado por la propietaria del solar. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario. Responsabilidad solidaria. Falta de legitimación pasiva del técnico que realiza los cálculos de la estructura como auxiliar del arquitecto autor del proyecto. Resolución recurrible en casación por razón de la cuantía litigiosa (comentario a la STS de 31 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 305 ss.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma la validez del Reglamento núm. 261/2004 (compensación en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de un vuelo), en *GJ*, núm. 243, 2006, pp. 3 ss.

HERAS GARCÍA, Manuel Ángel de las: «Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios: el inacabado dilema competencial», en *RGLJ*, núm. 2, 2006, pp. 205 ss.

HERRERA PEREZAGUA, Juan F.: «Control de la ilicitud de la actividad ejecutiva (cuantificación del importe a indemnizar en concepto de daños y perjuicios que se reservó a la fase de ejecución de sentencias) (comentario a la STS de 4 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 935 ss.

INFANTE RUIZ, Francisco J.: «Fianza. Regla de la no presunción y forma de la fianza mercantil. Interpretación de acuerdo a las reglas generales. Calificación e indicios de delimitación (comentario a la STS de 6 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1029 ss.

— «Fianza. Deudas futuras. Determinabilidad. Plazo de la garantía y vencimiento de las deudas futuras. Emisión de títulos valores para pago del precio del contrato de compraventa subyacente (comentario a la STS de 13 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1083 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Sobre la cesión de los créditos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 694, 2006, pp. 443 ss.

LAFUENTE SUÁREZ, Manuel: «Análisis de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, tras dos años de vigencia: problemas no resueltos en torno a los certificados de firma electrónica», en *RDNT*, núm. 11, 2006, pp. 39 ss.

LICINI, Cesare: «Los corales surgidos en Sumatra (estudio sobre antropología notarial)», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 113 ss.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: «Suficiencia de la acreditación de la existencia de vicios ruínógenos mediante dos actas notariales y responsabilidad solidaria del arquitecto y de la promotora al no probar su falta de culpa (comentario a la STS de 22 de julio de 2004)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 629 ss.

— «Legitimación pasiva del Colegio profesional que reclama los honorarios de un colegiado respecto de la reconvención formulada por el demandado (comentario a la STS de 24 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1123 ss.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Contrato de financiación a comprador de bienes muebles con reserva de dominio inscrita. Inadmisión de la tercería de dominio ejercitada por el financiador. Posibilidad de considerar esa reserva de dominio como un supuesto de venta en garantía (“fiducia cum creditore”) (comentario a la STS de 5 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 427 ss.

— «Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas», en *RDP*, septiembre-octubre 2006, pp. 3 ss.

MARTÍ LACALLE, Rocío: «El embargo del saldo de la tarjeta de crédito», en *RDBB*, núm. 102, 2006, pp. 145 ss.

- MARTÍ VIRAVALLS, Jaume, y RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «La regulación china de la franquicia», en *DN*, núm. 190, 2006, pp. 7 ss.
- «Deberes de información precontractual respecto a contratos de colaboración comercial: la nueva Ley belga de transparencia en redes», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 25 ss.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Disposiciones generales y comunes del seguro marítimo en el anteproyecto de 2004», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 115 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «“Aliud pro alio” versus vicios ocultos en compraventa mercantil de cosa genérica (aceite de oliva) (comentario a la STS de 21 octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1101 ss.
- MARTÍNEZ VALENCOSO, Luz M.: «La responsabilidad civil del empresario por los perjuicios ocasionados por sus dependientes», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 995 ss.
- MENDOZA LOSANA, Ana I.: «Arrendamiento de servicios: incumplimiento contractual del arrendatario: inexistencia: servicio de comunicaciones eróticas o multiconferencia a través del prefijo 903 no constituye incumplimiento; revisión en casación. Abuso de derecho: inexistencia. Indemnización por daños y perjuicios: procedencia: culpa contractual: resolución unilateral sin causa; lucro cesante (comentario a la STS de 9 de junio de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 561 ss.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: «Contrato de compraventa: la perfección del contrato. Etapa formativa del contrato: contrato preliminar, promesa, precontrato o pacto de contrayendo. El acuerdo de intenciones: su naturaleza jurídica y diferencias frente al precontrato en sus distintas acepciones doctrinales. El correcto y definitivo intercambio de una oferta y su correlativa aceptación contractual como hecho determinante de la perfección de todo contrato, incluido el precontrato: características esenciales. La denominada “regla del espejo” o la necesidad de que la oferta y la aceptación resulten plenamente coincidentes: consecuencias del incumplimiento de dicho principio y sus límites. La interpretación del contrato y de las voluntades exteriorizadas por los sujetos partícipes en la elaboración de un contrato. La forma escrita del contrato: el principio espiritualista vigente en nuestro ordenamiento (comentario a la STS de 13 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1057 ss.
- MENESES VADILLO, Alfredo: «Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003 sobre el derecho de enervación de la entidad financiera acreedora», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 175 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «La protección del cliente electrónico como contratante a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 77 ss.
- MOZOS, José Luis de los: «Los tratos preparatorios del contrato y el Proyecto de Pavía», en *RGLJ*, núm. 2, 2006, pp. 175 ss.
- MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «Sobre la relación causal entre la circunstancia omitida y el siniestro en los seguros de personas con especial referencia al de vida», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 995 ss.

- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CEDE y en la Ley 3/2004», en *RDP*, núm. 16, 2005, pp. 93 ss.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Compraventa: resolución: producción de efectos “ex tunc”: interés legal “ex” artículo 1124 del Código Civil (comentario a la STS de 27 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1159 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «Las nuevas directivas sobre la contratación pública en la Unión Europea: renovación normativa y experiencia judicial», en *REDE*, núm. 18, 2006, pp. 153 ss.
- RECALDE CASTELL, Andrés: «La entrega de las mercancías contra reembolso en el transporte internacional por carretera», en *DN*, núm. 195, 2006, pp. 5 ss.
- «El “derecho de disposición” en el transporte internacional de mercancías por carretera», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 945 ss.
- REGINA TARTIÈRE, Gabriel: «El “escrow arround”: contrato y garantía», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2007, pp. 35 ss.
- El término «escrow arround», en el ordenamiento norteamericano, se refiere a todo tipo de caución dineraria, judicial o voluntaria. Su traslado a nuestro Derecho, según lo desarrolla este estudio, puede catalogarse como un auténtico depósito en garantía y como una situación muy similar a la que expresa el negocio fiduciario, no ya de garantía, sino, más correctamente, de administración.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Caída en escaleras mecánicas en estación de ferrocarril. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Yuxtaposición de responsabilidades y unidad de la culpa civil. Principio “iura novit curia” e indefensión (comentario a la STS de 23 de diciembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 43 ss.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «Oferta, aceptación y perfección de los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2006, pp. 1413 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Los gastos de la compraventa», en *RGLJ*, núm. 1, 2005, pp. 7 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «La responsabilidad civil por servicios de transporte terrestre que afectan a la seguridad de las personas», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 55 ss.
- ROSSI CARLEO, Liliana: «La codificación sectorial, entre límites y oportunidad: el Código italiano de consumo», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 39 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Doble venta: supuesto de hecho. Doble venta y venta de cosa ajena. Concepto y formas de tradición. Tradición y entrega. Normas aplicables a la doble venta de un buque. Naturaleza de la publicidad registral sobre buques y aeronaves. Inscripción declarativa y no constitutiva. Sentido correcto de la inoponibilidad de títulos. Concepto y naturaleza de la buena fe exigida en toda doble venta. Consecuencias sustantivas de esa exigencia legal de buena fe (comentario a la STS de 18 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 457 ss.

- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Responsabilidad civil medioambiental. Contaminación del aire. Carácter objetivo de la responsabilidad. Antijuridicidad. El sujeto responsable. El abuso de derecho. Prevención de daños. Daño indemnizable: en particular, el lucro cesante. El problema del daño ecológico puro. Transposición de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (comentario a la STS de 14 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 695 ss.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio, y MARTÍ VIRAVALLS, Jaume: «La regulación china de la franquicia», en *DN*, núm. 190, 2006, pp. 7 ss.
- «Deberes de información precontractual respecto a contratos de colaboración comercial: la nueva Ley belga de transparencia en redes», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 25 ss.
- SAGASTI AURREKOETXEA, José J.: «El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo», en *RCDI*, núm. 695, 2006, pp. 987 ss.
- SÁCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», en *RDP*, julio-agosto 2006, pp. 27 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Préstamo con garantía hipotecaria concertado con carácter solidario. Conexión de contratos. Ineficacia del contrato celebrado por el falso representante (comentario a la STS de 7 de abril de 2004)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 395 ss.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La responsabilidad del productor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *RDP*, núm. 16, 2005, pp. 121 ss.
- «La constitución de hipoteca en fraude de acreedores y la declaración del concurso», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 79 ss.
- VAQUERO PINTO, M.^a José: «Responsabilidad civil por daño medioambiental», en *RDP*, mayo-junio 2006, pp. 35 ss.
- VARGAS BEJUMEA, Inmaculada: «La nulidad radical absoluta del contrato», en *Actualidad Civil*, núm. 17, 2006, pp. 2021 ss.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión (1.^a parte)», en *RJC*, núm. 1, 2006, pp. 61 ss.
- VERA DE PAZ, Nemesio: «El contrato de “renting”», en *RDBB*, núm. 103, 2006, pp. 11 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «El dolo “in contrahendo”», en *RDP*, núm. 16, 2005, pp. 25 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Inexistencia de “leasing” inmobiliario: préstamo con garantía real a través de pacto comisorio no permitido en nuestro ordenamiento jurídico (comentario a la STS de 10 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 679 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza», en *RDN*, núm. 57, 2006, pp. 9 ss.

ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: «Reclamación de cantidad por parte de la actora contra la demandada fundada en un contrato de suministro. Excepción de compensación y reconvencción por parte de la demandada en base a la existencia de un contrato de préstamo entre la demandada y la entidad Aianox, S. A., anterior en el tiempo. Esta sociedad Aianox, S. A., había sido declarada en quiebra. Adquisición de las acciones de la actora por parte de Aianox, S. A., estando esta última en situación de quiebra y consiguiente situación de unipersonalidad de la actora debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en virtud de la cual se estima que entre la actora y la prestataria existe identidad por lo que se admite la compensación (comentario a la STS de 6 de abril de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 375 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ACHÓN BRUÑÉN, María José: «La ejecución contra comunidades en régimen de propiedad horizontal: problemática y soluciones prácticas», en *RCDI*, núm. 695, 2006, pp. 885 ss.

ALMAGRO NOSETE, José: «La protección jurisdiccional en el uso de la marca», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2006, pp. 2261 ss.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A.: «La responsabilidad en el uso, compra y copia de programas de ordenador. Estudio jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 696, 2006, pp. 1497 ss.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Acción declarativa de dominio ejercitada por el Estado sobre un bien inscrito a favor de la Universidad de Santiago de Compostela pero en posesión del Estado: legitimación activa. Naturaleza jurídica y titularidad de los bienes de las Universidades antes de la LRU. Bienes inmuebles pertenecientes o dependientes de otros. Usucapición “secundum tabulas”. Principios registrales de exactitud y de legitimación y su operatividad (comentario a la STS de 19 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 953 ss.

BACHES OPI, Sergio: «La aplicación del derecho “antitrust” al ejercicio unilateral de los derechos de propiedad intelectual e industrial: el estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EE.UU.», en *RDM*, núm. 260, 2006, pp. 241 ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «Exclusión del efecto de cosa juzgada sobre las pretensiones indebidamente acumuladas en el juicio de tutela sumaria de la posesión (comentario a la STS de 30 de septiembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1003 ss.

BOTÍA VALVERDE, Antonio: «La hipoteca de la edificación en construcción», en *RDN*, núm. 58, 2006, pp. 63 ss.

CANO VILÁ, Eva: «Interdicto de obra nueva. Abuso del derecho. Responsabilidad civil (comentario a la STS de 29 de diciembre de 2004)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 57 ss.

CAPOTE PÉREZ, Luis: «Dominio público y Registro de la Propiedad», en *RGLJ*, núm. 1, 2006, pp. 107 ss.

- CARPI MARTÍN, Rebeca: «La realización del valor de los bienes hipotecados: ¿acto dispositivo del acreedor?», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 107 ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Hipoteca “versus” privilegio salarial. Cancelación de hipotecas y anotaciones preventivas de embargo anteriores en procedimiento ejecutivo por impago de créditos salariales con privilegio salarial del artículo 32.1 del ET: alcance de la preferencia del artículo 32.1 del ET; concepto de privilegio, de embargo, de hipotecas y de prenda. Los privilegios salariales y la purga de cargas tras la ejecución hipotecaria. Los privilegios salariales en la ejecución de hipotecas (comentario a la RDGRN de 28 de junio de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 873 ss.
- CURTO POLO, Mercedes: «Caducidad de la marca por no uso. Obligación de uso real y efectivo de la marca. Causas justificativas del no uso. Reanudación del uso de la marca en forma diferente a la registrada. Uso contrario a la buena fe objetiva sin efectos rehabilitadores. Prescripción por tolerancia (comentario a la STS de 28 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 241 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Adquisición de inmuebles vacantes por el Estado. Inscripción registral a nombre de la Administración General del Estado. Certificación administrativa de la adquisición por ministerio de la ley de un bien calificado como bien vacante, que figura inscrito en el Registro a favor de un titular registral desconocido (comentario a la RDGRN de 20 de enero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 57 ss.
- «Anotación preventiva de embargo. Caducidad o prórroga indefinida de las anotaciones preventivas prorrogadas judicialmente antes de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Derecho transitorio (comentario a la RDGRN de 30 de noviembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1209 ss.
- ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Antonio de la: «De nuevo sobre el artículo 788 del Código Civil (La perpetuidad y la hipoteca)», en *RCDI*, núm. 695, 2006, pp. 1101 ss.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «El nombramiento de administrador de la propiedad horizontal: procedimiento de investidura ordinaria, pactos estatutarios de designación de administrador provisional y administrador judicial», en *RDN*, núm. 58, 2006, pp. 129 ss.
- GASPAR LERA, Silvia: «Propiedad horizontal. Impugnación de norma estatutaria y acuerdo adoptado en junta de propietarios sobre distribución de gastos comunes y exclusión de pago. Régimen de invalidez de los acuerdos comunitarios contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal. Caducidad de la acción de impugnación (comentario a la STS de 25 de enero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 99 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Constitución de hipoteca inmobiliaria en garantía de préstamo. Depósito irregular sin intereses. Declaración de quiebra de la promotora hipotecante. Retroacción. Nulidad de la hipoteca. Situación fraudulenta. Reintegración (comentario a la STS de 29 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 283 ss.
- GINEBRA MOLINS, Esperanza: «Hipoteca ordinaria o de tráfico. Hipoteca de seguridad: hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, como

- modalidad de hipoteca de máximo. Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda. Causa (comentario a la STS de 7 de junio de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 857 ss.
- GUICHOT REINA, Emilio: «La publicidad registral a la luz de la normativa sobre protección de datos. En especial, las cuestiones jurídicas que plantea el acceso telemático al contenido de libros del Registro», en *RCDI*, núm. 697, 2006, pp. 1867 ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «Denegación de la inscripción de documento notarial extranjero (comentario a la RDGRN de 7 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 115 ss.
- HERRERO OVIEDO, Margarita: «Alteración del dato registral de la superficie de las fincas», en *RCDI*, núm. 695, 2006, pp. 923 ss.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «Lo que el Registro publica, ¿para qué lo publica?», en *RDN*, núm. 57, 2006, pp. 157 ss.
- IZQUIERDO PERIS, José J.: «Sistema de registro comunitario de diseños: balance de los tres primeros años», en *GJ*, núm. 244, 2006, pp. 17 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Contrato de financiación a comprador de bienes muebles con reserva de dominio inscrita. Inadmisión de la tercería de dominio ejercitada por el financiador. Posibilidad de considerar esa reserva de dominio como un supuesto de venta en garantía (“fiducia cum creditore”) (comentario a la STS de 5 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 427 ss.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio: «El comiso de bienes propiedad de tercero: análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)», en *DPC*, núm. 19, 2006, pp. 225 ss.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo: «El Registro de Bienes Muebles: rasgos definidores y procedimiento registral», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 127 ss.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: «La obra cinematográfica derivada de otra obra cinematográfica: “remakes”, segundas o sucesivas partes y otros supuestos», en *RDP*, núm. 16, 2005, pp. 93 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino: «La producción de derechos de propiedad: panorama histórico», en *RCDI*, núm. 694, 2006, pp. 629 ss.
- «Confusión de patrimonios y publicidad registral: el caso del “trust”», en *RCDI*, núm. 697, 2006, pp. 1909 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Eficacia del deslinde de los bienes de las Administraciones públicas», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 2006, pp. 2501 ss.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «La identificación de la finca rústica a efectos de la acción reivindicatoria: un estudio jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 694, 2006, pp. 543 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Doble venta: supuesto de hecho. Doble venta y venta de cosa ajena. Concepto y formas de tradición. Tradición y entrega.

Normas aplicables a la doble venta de un buque. Naturaleza de la publicidad registral sobre buques y aeronaves. Inscripción declarativa y no constitutiva. Sentido correcto de la inoponibilidad de títulos. Concepto y naturaleza de la buena fe exigida en toda doble venta. Consecuencias sustantivas de esa exigencia legal de buena fe (comentario a la STS de 18 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 457 ss.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: «Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos», en *RCDI*, núm. 697, 2006, pp. 1999 ss.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La constitución de hipoteca en fraude de acreedores y la declaración del concurso», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 79 ss.

SERRERA COANTRERAS, Pedro Luis: «Inscripción de los bienes de dominio público», en *RCDI*, núm. 697, 2006, pp. 1975 ss.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: «Acerca de la autoría y la titularidad en el contexto jurídico cubano. ¿El Estado como titular del derecho de autor», en *RGLJ*, núm. 3, 2006, pp. 435 ss.

VAS GONZÁLEZ, Juana María del: «Aportaciones críticas al régimen de impugnación de acuerdos comunitarios», en *RCDI*, núm. 696, 2006, pp. 1445 ss.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: «La publicidad registra, base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad», en *RCDI*, núm. 696, 2006, pp. 1557 ss.

VICENTE DÍAZ, Matilde: «La tutela cautelar en la protección de la marca», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2006, pp. 2149 ss.

DERECHO DE FAMILIA

AGUILAR RUIZ, Leonor, y HORNERO MÉNDEZ, César: «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», en *RDN*, núm. 57, 2006, pp. 9 ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de Sucesiones», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 2006, pp. 1525 ss.

BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «Base del negoci i motiu causalitzat: la configuració de la donació per raó de matrimoni», en *RJC*, núm. 2, 2004, pp. 325 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Régimen de separación de bienes: compensación al cónyuge que trabajó para la casa a la extinción del mismo. Separación matrimonial. Vecindad civil y determinación del régimen económico-matrimonial (comentario a la STS de 11 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 139 ss.

BLASI PUJOL, Ramón: «El protocol familiar como a instrument apte per pactar la compensació econòmica per raó de treball de l'article 41 del Codi de Família», en *RJC*, núm. 31, 2006, pp. 707 ss.

- BUSTO LAGO, José Manuel: «Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”», en *DPC*, núm. 19, 2006, pp. 7 ss.
- CAMAS RODA, Ferrán: «La pensión de viudedad ante la convivencia *more uxorio* de sus beneficiarios», en *RJC*, núm. 3, 2005, pp. 773 ss.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «El derecho de visita de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *RDF*, núm. 30, 2006, pp. 45 ss.
- FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: «La adopción internacional. Especial referencia a la adopción en China», en *RDN*, núm. 57, 2006, pp. 143 ss.
- FERNÁNDEZ SOTO, Concepción: «El régimen económico matrimonial de separación de bienes en Cataluña», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2006, pp. 1029 ss.
- «El régimen económico-matrimonial de separación de bienes. Análisis comparado», en *RDF*, núm. 32, 2006, pp. 47 ss.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa: «Liquidación de sociedad de gananciales. Inclusión en el pasivo del inventario de la partida correspondiente a los gastos de comunidad a la que pertenece la vivienda matrimonial abonados por la esposa. Inclusión en el pasivo del inventario del importa de la indemnización que le fue abonada por despido antes de que se produjera la disolución del régimen ganancial (comentario a la STS de 25 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 507 ss.
- FERRER RIBA, Josep: «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», en *RJC*, núm. 3, 2006, pp. 729 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El fracaso del divorcio en España y en Europa: anotaciones a la Ley de 2005», en *RDN*, núm. 58, 2006, pp. 167 ss.
- GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio: «La liquidación de bienes conyugales en el régimen de separación de bienes de Catalunya», en *RJC*, núm. 2, 2004, pp. 457 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Inconstitucionalidad por omisión del artículo 136, párrafo primero, del Código Civil; “dies a quo” de cómputo de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el padre/marido. Declaración de inconstitucionalidad pero no de nulidad del precepto. Mandato al legislador para su reforma (comentario a la STC de 26 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 519 ss.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura: «Responsabilidad de bienes gananciales: responsabilidad extracontractual beneficiosa para la sociedad de gananciales; patrimonio ganancial responsable de la deuda. Contrato declarado nulo por simulación: acción de nulidad legitimado cualquier interesado (comentario a la STS de 1253 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1139 ss.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Oposición del padre biológico al acogimiento preadoptivo de su hijo: no transformación en contencioso del

procedimiento de jurisdicción voluntaria. Derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor; derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; y derecho a una resolución judicial motivada. Principio del interés superior del menor; principio de reinserción del menor en su familia de origen (comentario a la STC de 4 de abril de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 323 ss.

HORNERO MÉNDEZ, César, y AGUILAR RUIZ, Leonor: «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», en *RDN*ot, núm. 57, 2006, pp. 9 ss.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales», en *RDP*, núm. 16, 2005, pp. 145 ss.

MÉNDEZ PÉREZ, José: «Apuntes sobre Derecho sustantivo y procesal de la filiación. La “ficta confessio” en la doctrina del Tribunal Constitucional con especial referencia a su sentencia 29/2005, de 14 de febrero», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2007, pp. 5 ss.

MORALEJO INVERNÓN, Nieves: «Legitimación del accionista titular de unas acciones gananciales al portador para impugnación de los acuerdos de la sociedad anónima tras la disolución de su régimen económico matrimonial (comentario a la STS de 14 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 177 ss.

QUICIOS MOLINA, Susana: «Filiación no matrimonial: acción de reclamación de la paternidad: legitimación activa del sedicente progenitor sin posesión de estado: es inconstitucional no reconocérsela legalmente, pues se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (comentario a la STC de 27 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1169 ss.

— «La impugnación de la paternidad matrimonial. Estado de la cuestión tras las SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y 156/2005, de 9 de junio», en *DPC*, núm. 19, 2006, pp. 55 ss.

RIBERA SABATÉS, Vidal: «Acercas de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC», en *RDP*r, mayo-junio 2006, pp. 63 ss.

ROCA, Encarna: «Familias homosexuals: matrimoni, adopció i acolliment de menors», en *RJC*, núm. 1, 2006, pp. 9 ss.

SALAS MURILLO, Sofía de: «Nulidad canónica de matrimonio. Eficacia civil de sentencia dictada por Tribunal Eclesiástico. Ajuste al Derecho estatal (comentario a la STS de 23 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 787 ss.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)», en *RDN*ot, núm. 57, 2006, pp. 233 ss.

SÁNCHEZ-ARJONA, Javier: «De nuevo, el Fuero de Baylio», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2005, pp. 1781 ss.

SERNA MEROÑO, Encarna: «Tutela judicial efectiva. Vicio de irrazonabilidad de la sentencia. Declaración de la paternidad basada exclusivamente en

la negativa a someterse a la prueba biológica. Quiebra de la doctrina jurisprudencial: La negativa no es una “ficta confessio” y como tal carece de carácter absoluto de prueba de paternidad. Vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley: falta de justificación en la sentencia del cambio de criterio jurisprudencial (comentario a la STC de 14 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 155 ss.

VEGA SALA, Francesc: «La reforma de la separació i el divorci», en *RJC*, núm. 1, 2006, pp. 41 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

ACEBES CORNEJO, Raúl: «Las deudas del causante y la sucesión de los arrendamientos urbanos», en *RDN*, núm. 58, 2006, pp. 9 ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de Sucesiones», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 2006, pp. 1525 ss.

CALDUCH GARGALLO, Manuel: «El usufructo legal de fidelidad en Navarra: naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo», en *RJN*, núm. 40, 2005, pp. 75 ss.

CERDÁ GIMENO, José: «De la codificación civil y la prohibición de sucesión contractual», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2006, pp. 1285 ss.

— «La prohibición de la sucesión contractual desde la perspectiva normativa del Código Civil», en *RCDI*, núm. 697, 2006, pp. 1733 ss.

— «La prohibición de la sucesión contractual desde la perspectiva de la argumentación jurídica», en *RDP*, mayo-junio 2006, pp. 3 ss.

— «De los precedentes de la prohibición de la sucesión contractual. I. De los precedentes remotos (Derecho Romano)», en *RJN*, núm. 58, 2006, pp. 81 ss.

— «De los precedentes de la prohibición de la sucesión contractual. II. De los precedentes mediatos (Derechos Medievales)», en *RJN*, núm. 59, 2006, pp. 91 ss.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «De nuevo sobre la sucesión en los títulos nobiliarios (¿El punto y final a una absurda polémica?)», en *RJN*, núm. 58, 2006, pp. 201 ss.

COBAS COBIELLA, M.^a Elena: «Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 49 ss.

ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Antonio de la: «De nuevo sobre el artículo 788 del Código Civil (La perpetuidad y la hipoteca)», en *RCDI*, núm. 695, 2006, pp. 1101 ss.

GALICIA AIZPURÚA, Gorka: «Testamento en peligro inminente de muerte. Injustificada falta de intervención notarial y subsiguiente nulidad (comentario a la STS de 10 de junio de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 593 ss.

- MASIDE MIRANDA, José Enrique: «El derecho de reversión del artículo 812 del Código Civil», en *RCDI*, núm. 694, 2006, pp. 515 ss.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil», en *RGLJ*, núm. 3, 2006, pp. 403 ss.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, María: «La sucesión del cónyuge separado judicialmente o de hecho, tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio», en *RCDI*, núm. 695, 2006, pp. 969 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «El convenio arbitral y el arbitraje testamentario», en *RGLJ*, núm. 3, 2006, pp. 467 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, y ACEBES CORNEJO, Raúl: «La repudiación de la herencia: problemática jurídica», en *RDN*, núm. 58, 2006, pp. 317 ss.
- ROMERO-GIRÓN DELEITO, Juan: «El nuevo artículo 831 CC. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica», en *RDN*, núm. 57, 2006, pp. 221 ss.
- SÁNCHEZ-ARJONA, Javier: «De nuevo, el Fuero de Baylio», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2005, pp. 1781 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Comentario del artículo 19 del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 109 ss.
- ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael: «Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 23 ss.
- ALMAGRO NOSETE, José: «La protección jurisdiccional en el uso de la marca», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2006, pp. 2261 ss.
- ÁLVAREZ, Milagros y BEL, Germá: «La reforma del control de concentraciones en España: un balance provisional», en *GJ*, núm. 243, 2006, pp. 35 ss.
- BACHES OPI, Sergio: «La aplicación del derecho “antitrust” al ejercicio unilateral de los derechos de propiedad intelectual e industrial: el estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EE.UU.», en *RDM*, núm. 260, 2006, pp. 241 ss.
- BEL, Germá, y ÁLVAREZ, Milagros: «La reforma del control de concentraciones en España: un balance provisional», en *GJ*, núm. 243, 2006, pp. 35 ss.
- BROKELMANN, Helmut: «La reforma del régimen de control de concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 89 ss.
- BUSTILLO SAIZ, M.^a del Mar: «Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción

- de oro», Primera parte», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 7 ss., y Segunda parte, en *RDM*, núm. 260, 2006, pp. 457 ss.
- CALVIÑO, Nadia: «El proceso de modernización de la política de competencia en España», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 5 ss.
- CANTOS BAQUEDANO, Francisco, y SANTOS LORENZO, Salomé: «Algunas reflexiones sobre la regulación del procedimiento sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 46 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto y MIAZZETTO, Fabrizio: «Algunas reflexiones sobre las primeras sentencias adoptadas por el Tribunal de Apelación español competente en materia de marcas y diseños comunitarios», en *GJ*, núm. 242, 2006, pp. 51 ss.
- CORELL BADÍA, José Luis: «El grupo de sociedades en concurso», en *DN*, núm. 188, 2006, pp. 23 ss.
- CUADRADO BELLO, Elena, y GARCÍA ALONSO, Juan Andrés: «Los efectos civiles de las infracciones administrativas en materia de control de concentraciones, ¿validez o nulidad?», en *GJ*, núm. 243, 2006, pp. 45 ss.
- CUENCA ANAYA, Francisco: «Competencia leal y desleal», en *RDN*, núm. 57, 2006, pp. 127 ss.
- CURTO POLO, Mercedes: «Caducidad de la marca por no uso. Obligación de uso real y efectivo de la marca. Causas justificativas del no uso. Reanudación del uso de la marca en forma diferente a la registrada. Uso contrario a la buena fe objetiva sin efectos rehabilitadores. Prescripción por tolerancia (comentario a la STS de 28 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 241 ss.
- FELIU REY, Manuel Ignacio: «“Landing Trust” (o la “Cuestión del Trust”)», en *DN*, núm. 188, 2006, pp. 5 ss.
- FERNÁNDEZ, Cani, y WARD, Andrew: «Las facultades de investigación en el nuevo sistema de defensa de la competencia», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 51 ss.
- FOLGUERA CRESPO, Jaime, y MARTÍNEZ CORRAL, Borja: «Aspectos procesales de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 89 ss.
- FRIGNANI, Aldo: «Abuso de posición dominante», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 859 ss.
- GALINDO DORADO, Raquel, y MIR FERNÁNDEZ, Carlos: «¿Un nuevo marco corporativo para los cambios en gestión empresarial?», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 143 ss.
- GARCÍA ALONSO, Juan Andrés, y CUADRADO BELLO, Elena: «Los efectos civiles de las infracciones administrativas en materia de control de concentraciones, ¿validez o nulidad?», en *GJ*, núm. 243, 2006, pp. 45 ss.
- GARCÍA PÉREZ, Rafael: «Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», en *GJ*, núm. 242, 2006, pp. 60 ss.

- GARCÍA-VILLARRUBIA, Bernabé, y MAGIDE HERRERO, Mariano: «El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo: la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto “Planes claros”)», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 1087 ss.
- GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio: «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la reforma de la Ley», en *GJ*, núm. 243, 2006, pp. 18 ss.
- IZQUIERDO PERIS, José J.: «Sistema de registro comunitario de diseños: balance de los tres primeros años», en *GJ*, núm. 244, 2006, pp. 17 ss.
- JIMÉNEZ LATORRE, Fernando: «La clemencia en la lucha contra los cárteles», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 71 ss.
- MAGIDE HERRERO, Mariano, y GARCÍA-VILLARRUBIA, Bernabé: «El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo: la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto “Planes claros”)», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 1087 ss.
- MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «Competencia desleal por actos de engaño, explotación y aprovechamiento de la reputación ajena e infracción de normas jurídicas sobre la elaboración del cava, que suponen la utilización indebida de esa denominación en relación con el producto obtenido por tales medios. Inexistencia de actos de denigración por falta de entidad suficiente y desproporción manifiesta en las declaraciones presuntamente denigratorias. Aplicación de la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal sólo en defecto de tipificación de los actos de competencia desleal y no cuando tales actos se hallan expresamente catalogados en otras normas. Improcedencia de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de los actos desleales enumerados con anterioridad por falta de acreditación suficiente de los daños concretos ni tampoco de la cuantía de los mismos: Inexistencia de presuntos daños morales, puesto que ningún operador económico aislado puede constituirse en defensor del prestigio del cava (comentario a la STS de 23 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 481 ss.
- MARTÍNEZ CORRAL, Borja, y FOLGUERA CRESPO, Jaime: «Aspectos procesales de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 89 ss.
- MARTÍNEZ VALENCOSO, Luz M.: «La responsabilidad civil del empresario por los perjuicios ocasionados por sus dependientes», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 995 ss.
- MEDRANO, Sabiniano, y TRAMOYERES, Pablo: «El régimen sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia: persistencia de la inconstitucionalidad por vulneración del principio de legalidad sancionadora», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 61 ss.
- MIAZZETTO, Fabricio, y CASADO CERVIÑO, Alberto: «Algunas reflexiones sobre las primeras sentencias adoptadas por el Tribunal de Apelación

- español competente en materia de marcas y diseños comunitarios», en *GJ*, núm. 242, 2006, pp. 51 ss.
- MIR FERNÁNDEZ, Carlos, y GALINDO DORADO, Raquel: «¿Un nuevo marco corporativo para los cambios en gestión empresarial?», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 143 ss.
- MOLINA MARTÍNEZ, Rafael: «La protección de la marca en el entorno digital. Supuestos de infracción y aplicación de la acción del artículo 41.1.d) LM», en *RDNT*, núm. 10, 2006, pp. 121 ss.
- NÚÑEZ GARMENDIA, J. Leandro: «Enlaces patrocinados y derecho de marcas: una nueva ciberocupación», en *RDNT*, núm. 11, 2006, pp. 15 ss.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «Autoridad única: la Comisión Nacional de Competencia. Funciones del Consejo y de la Dirección de Investigación», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 13 ss.
- SANTOS LORENZO, Salomé, y CANTOS BAQUEDANO, Francisco: «Algunas reflexiones sobre la regulación del procedimiento sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», en núm. 241, 2006, pp. 46 ss.
- SYLVESTER FLEMING, Pablo: «El derecho de la competencia en la OMC: inventario y perspectiva», en *GJ*, núm. 244, 2006, pp. 84 ss.
- TRAMOYERES, Pablo, y MEDRANO, Sabiniano: «El régimen sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia: persistencia de la inconstitucionalidad por vulneración del principio de legalidad sancionadora», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 61 ss.
- VICENTE DÍAZ, Matilde: «La tutela cautelar en la protección de la marca», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2006, pp. 2149 ss.
- WARD, Andrew, y FERNÁNDEZ, Cani: «Las facultades de investigación en el nuevo sistema de defensa de la competencia», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 55 ss.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «El concurso de normas en el derecho *antitrust* y el impacto del Reglamento CE 1/2003 en la materia», en *GJ*, núm. 244, 2006, pp. 77 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, y FRANCO ARIAS, Justo: «La competencia de los juzgados de lo mercantil en materia de responsabilidad civil de los administradores», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 171 ss.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «Validez de la Junta general extemporánea, inclusión de nuevos puntos en el orden del día y utilización de medios telemáticos», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 1035 ss.
- CAMPUZANO, Ana Belén: «Las certificaciones electrónicas de denominaciones sociales (comentario a las RRDGRN de 13 de septiembre de 2004, RJ 2004, 6602, y 11 de noviembre de 2004, RJ 2005, 2561)», en *RDNT*, núm. 10, 2006, pp. 111 ss.

- CASADO CASADO, Belén: «La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada», en *RDN*ot, núm. 57, 2006, pp. 7 ss.
- CASTELLANO RAMÍREZ, M.^a José: «La presunción de solicitud pública de representación del accionista en la Junta General», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 193 ss.
- CORELL BADÍA, José Luis: «El grupo de sociedades en concurso», en *DN*, núm. 188, 2006, pp. 23 ss.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás, y LÓPEZ CURBELO, Jorge: «Determinación de los daños y perjuicios derivados del impago del dividendo acordado: una propuesta de solución», en *RDM*, núm. 260, 2006, pp. 411 ss.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal: «La nueva regulación del Capital-Riesgo en la Ley 25/2005, de 24 de noviembre», en *RDS*, núm. 26, 2006, pp. 95 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», en *RDS*, núm. 26, 2006, pp. 269 ss.
- FRANCO ARIAS, Justo, y ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: «La competencia de los Juzgados de lo mercantil en materia de responsabilidad civil de los administradores», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 171 ss.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo, y PALÁ LAGUNA, Reyes: «El Real Decreto 1333/2005, sobre abuso del mercado en la perspectiva del Derecho de Sociedades», en *RDS*, núm. 26, 2006, pp. 119 ss.
- GUISADO MORENO, Ángela: «Sociedades de responsabilidad limitada: nulidad del acuerdo de la junta general por el que se destinan los beneficios repartibles a la constitución de reservas voluntarias; acuerdo mayoritario adoptado sin la correspondiente autorización estatutaria y sin que se justifique la necesidad de la medida que, al convertirse en práctica societaria reiterada, implica privar sistemáticamente al socio de su derecho a participar en los beneficios distribuíbles (comentario a la STS de 26 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 833 ss.
- LÓPEZ CURBELO, Jorge, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás: «Determinación de los daños y perjuicios derivados del impago del dividendo acordado: una propuesta de solución», en *RDM*, núm. 260, 2006, pp. 411 ss.
- MARTÍNEZ, María Teresa: «El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día. Su ejercicio en los supuestos de asistencia telemática del socio a la Junta General», en *RDS*, núm. 26, 2006, pp. 39 ss.
- MORALEJO INVERNÓN, Nieves: «Legitimación del accionista titular de unas acciones gananciales al portador para impugnación de los acuerdos de la sociedad anónima tras la disolución de su régimen económico matrimonial (comentario a la STS de 14 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 177 ss.

- MUÑOZ PAREDES, José María: «Asistencia y delegación de voto por medios de comunicación a distancia en las juntas generales de accionistas», en *RDBB*, núm. 1021, 2006, pp. 187 ss.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, Concepción: «La responsabilidad de los administradores de sociedad por no haber instado el concurso, ¿un supuesto asegurable?», en *RDS*, núm. 26, 2006, pp. 311 ss.
- PALÁ LAGUNA, Reyes, y GUERRA MARTÍN, Guillermo: «El Real Decreto 1333/2005, sobre abuso del mercado en la perspectiva del Derecho de Sociedades», en *RDS*, núm. 26, 2006, pp. 119 ss.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «Convocatoria de la Junta General y ampliación del orden del día por la minoría», en *RDS*, núm. 26, 2006, pp. 19 ss.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «Ampliación del orden del día y solicitud pública de representación», en *RDS*, núm. 26, 2006, pp. 59 ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Administradores y deudas sociales: Derecho de sociedades *versus* Derecho concursal», en *DN*, núm. 194, 2006, pp. 5 ss.
- SÁNCHEZ GIMENO, Sergio: «La retribución de los administradores de sociedades de capital y las relaciones de prestación de servicios distintos al desempeño del cargo en caso de concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 97 ss.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: «Medios electrónicos para la comunicación y la difusión de información en las sociedades anónimas», en *RDS*, núm. 26, 2006, pp. 333 ss.
- VEGA COPO, Abel B.: «El ejercicio de los derechos de los accionistas a la luz de la Propuesta de Directiva de 5 de enero de 2006. El accionista extranjero», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 1087 ss.
- VIGUERA REVUELTA, Rodrigo: «Transmisión de acciones de una sociedad anónima. Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad. Derecho de adquisición preferente. Posible eficacia de la compraventa llevada a cabo contraviniendo la cláusula de preferencia (comentario a la STS de 14 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 221 ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: «Reclamación de cantidad por parte de la actora contra la demandada fundada en un contrato de suministro. Excepción de compensación y reconversión por parte de la demandada en base a la existencia de un contrato de préstamo entre la demandada y la entidad Aianox, S. A., anterior en el tiempo. Esta sociedad Aianox, S. A., había sido declarada en quiebra. Adquisición de las acciones de la actora por parte de Aianox, S. A., estando esta última en situación de quiebra y consiguiente situación de unipersonalidad de la actora debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en virtud de la cual se estima que entre la actora y la prestataria existe identidad por lo que se admite la compensación (comentario a la STS de 6 de abril de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 375 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- BENITO OSMA, Félix: «El Registro de contratos de seguro con cobertura de fallecimiento», en *DN*, núm. 189, 2006, pp. 5 ss.
- GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, Ignacio, y LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada: «Las normas de conducta de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras», en *RDM*, núm. 260, 2006, pp. 573 ss.
- HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: «La internacionalización de los mercados de valores y la lucha contra los abusos de mercados transfronterizos», en *RDBB*, núm. 103, 2006, pp. 47 ss.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, y GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, Ignacio: «Las normas de conducta de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras», en *RDM*, núm. 260, 2006, pp. 573 ss.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «Autoridad única: la Comisión Nacional de Competencia. Funciones del Consejo y de la Dirección de Investigación», en *GJ*, núm. 241, 2006, pp. 13 ss.
- RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, Alfonso: «La línea decisoria del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de registros de morosos a la luz de la jurisprudencia y la doctrina comunitarias sobre acuerdos de intercambio de información», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 219 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Organización de las empresas de servicios de inversión conforme a la disciplina jurídica bancaria», en *RDBB*, núm. 103, 2006, pp. 143 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «De nuevo y hasta cuándo, ¿qué son las Cajas de Ahorros», en *RDBB*, núm. 103, 2006, pp. 281 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales», en *RDBB*, núm. 103, 2006, pp. 209 ss.
- BENITO OSMA, Félix: «El Registro de contratos de seguro con cobertura de fallecimiento», en *DN*, núm. 189, 2006, pp. 5 ss.
- BETANCOR SÁNCHEZ, Victoria E., y ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «De la esclavitud documental a la ausencia de documento en el descuento bancario», en *RDBB*, núm. 101, 2006, pp. 157 ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio: «Cláusulas abusivas de los contratos bancarios por aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», en *RDBB*, núm. 101, 2006, pp. 185 ss.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, y BETANCOR CÁCERES, Victoria E.: «De la esclavitud documental a la ausencia de documento en el descuento bancario», en *RDBB*, núm. 101, 2006, pp. 157 ss.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «La incidencia de la “Legal Due Diligence” («revisión legal») en la contratación mercantil contemporánea», en *RDM*, núm. 260, 2006, pp. 603 ss.

INFANTE RUIZ, Francisco J.: «Fianza. Regla de la no presunción y forma de la fianza mercantil. Interpretación de acuerdo a las reglas generales. Calificación e indicios de delimitación (comentario a la STS de 6 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1029 ss.

MARTÍ VIRAVALLS, Jaume, y RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «La regulación china de la franquicia», en *DN*, núm. 190, 2006, pp. 7 ss.

— «Deberes de información precontractual respecto a contratos de colaboración comercial: la nueva Ley belga de transparencia en redes», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 25 ss.

MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Disposiciones generales y comunes del seguro marítimo en el anteproyecto de 2004», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 115 ss.

MIRANDA SERRANO, Luis María: «La protección del cliente electrónico como contratante a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 77 ss.

MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «Sobre la relación causal entre la circunstancia omitida y el siniestro en los seguros de personas con especial referencia al de vida», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 995 ss.

PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de “forward funding”», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 55 ss.

RECALDE CASTELL, Andrés: «La entrega de las mercancías contra reembolso en el transporte internacional por carretera», en *DN*, núm. 195, 2006, pp. 5 ss.

— «El “derecho de disposición” en el transporte internacional de mercancías por carretera», en *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 945 ss.

REGINA TARTIÈRE, Gabriel: «El “escrow arround”: contrato y garantía», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2007, pp. 35 ss.

El término «escrow arround», en el ordenamiento norteamericano, se refiere a todo tipo de caución dineraria, judicial o voluntaria. Su traslado a nuestro Derecho, según lo desarrolla este estudio, puede catalogarse como un auténtico depósito en garantía y como una situación muy similar a la que expresa el negocio fiduciario, no ya de garantía, sino, más correctamente, de administración.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa: «La responsabilidad por software defectuoso en la contratación mercantil», en *RDNT*, núm. 10, 2006, pp. 83 ss.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «La responsabilidad civil por servicios de transporte terrestre que afectan a la seguridad de las personas», en *RDM*, núm. 259, 2006, pp. 55 ss.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio, y MARTÍ VIRAVALLS, Jaume: «La regulación china de la franquicia», en *DN*, núm. 190, 2006, pp. 7 ss.

— «Deberes de información precontractual respecto a contratos de colaboración comercial: la nueva Ley belga de transparencia en redes», en *RDP*, núm. 17, 2006, pp. 25 ss.

VERA DE PAZ, Nemesio: «El contrato de “renting”», en *RDBB*, núm. 103, 2006, pp. 11 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

ADAN DOMÉNECH, Federico: «Crédito cambiario y tutela judicial», en *RDBB*, núm. 101, 2006, pp. 87 ss.

INFANTE RUIZ, Francisco J.: «Fianza. Deudas futuras. Determinabilidad. Plazo de la garantía y vencimiento de las deudas futuras. Emisión de títulos valores para pago del precio del contrato de compraventa subyacente (comentario a la STS de 13 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1083 ss.

VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «Las circunstancias de tiempo y de lugar en el régimen de la letra de cambio», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 45 ss.

DERECHO CONCURSAL

ARRANZ, Consuelo y VARONA, Juan Enrique: «La responsabilidad tributaria de los administradores concursales», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 163 ss.

CERVERA, Marta, y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo: «Cuestiones procesales de Derecho concursal transitorio», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 221 ss.

CORTÉS, Valentín: «El derecho transitorio en materia de retroacción», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 201 ss.

DÍAZ MORENO, Alberto: «La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 7 ss.

DORADO MÚÑOZ, Manuel: «El registro telemático de resoluciones concursales», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 173 ss.

EIDENMÜLLER, Horst: «Coordinación de procedimientos en los concursos de los grupos de empresas», en *ADCon*, núm. 9, 2006, pp. 7 ss.

EIZAGUIRRE, José María de: «La cuenta corriente en el concurso», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 151 ss.

ESPINIELLA, Ángel: «Competencia concursal en caso de pluralidad de deudores», en *ADCon*, núm. 9, 2006, pp. 149 ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La contabilidad en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 49 ss.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a Begoña: «La capacidad patrimonial del concursado», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 183 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.^a Ángeles: «Efectos del concurso sobre los contratos bilaterales (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2006, pp. 1909 ss.
- FERNÁNDEZ ROZADO, Manuel, y PANISELLO MARTÍNEZ, Juan: «La fase de liquidación en la nueva Ley Concursal», en *RJC*, núm. 1, 2006, pp. 85 ss.
- GARCÍA VICENTE, José-Ramón: «La prenda de créditos futuros en el concurso», en *ADCon*, núm. 9, 2006, pp. 51 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Constitución de hipoteca inmobiliaria en garantía de préstamo. Depósito irregular sin intereses. Declaración de quiebra de la promotora hipotecante. Retroacción. Nulidad de la hipoteca. Situación fraudulenta. Reintegración (comentario a la STS de 29 de marzo de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 283 ss.
- GÓMEZ LOZANO, M.^a del Mar: «La enajenación anticipada del derecho de marca en el concurso (comentario al Auto de 27 de abril de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid)», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 229 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «Las costas en la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 115 ss.
- GOZALO, Vicente: «El trato singular», en *ADCon*, núm. 9, 2006, pp. 181 ss.
- IGLESIAS, Juan Luis, y MASSAGUER, José: «Los efectos del concurso en relación con los acuerdos de compensación contractual», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 549 ss.
- LACASA GARCÍA, Rafael: «Apuntes sobre el concurso de las fundaciones», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 65 ss.
- LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel, y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé: «Insolvencia y derechos de los trabajadores. Un análisis comparado», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 65 ss.
- MASSAGUER, José, y IGLESIAS, Juan Luis: «Los efectos del concurso en relación con los acuerdos de compensación contractual», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 549 ss.
- MUÑOZ, Luis: «El concurso abreviado», en *ADCon*, núm. 9, 2006, pp. 101 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo; SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, y SACRISTÁN BERGIA, Fernando: «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 16 de febrero de 2006 como pretexto», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 199 ss.
- PANISELLO MARTÍNEZ, Juan, y FERNÁNDEZ ROZADO, Manuel: «La fase de liquidación en la nueva Ley Concursal», en *RJC*, núm. 1, 2006, pp. 85 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «El crédito de las personas especialmente relacionadas con el deudor en la Ley Concursal», en *RPJ*, núm. 79, 2005, pp. 163 ss.

- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 25 ss.
- REDONDO, Fernando: «La oposición del deudor a la calificación del concurso», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 187 ss.
- REVILLA, Fernando: «El fraude a los principios concursales. El caso de los créditos ordinarios no incluidos en el pasivo», en *ADCon*, núm. 9, 2006, pp. 203 ss.
- RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, y LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel: «Insolvencia y derechos de los trabajadores. Un análisis comparado», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 65 ss.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, y CERVERA, Marta: «Cuestiones procesales de Derecho concursal transitorio», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 221 ss.
- ROQUETA BOJ, Remedios: «Los créditos laborales y de la Seguridad Social en el concurso de acreedores», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 11 ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Administradores y deudas sociales: Derecho de sociedades “versus” Derecho concursal», en *DN*, núm. 194, 2006, pp. 5 ss.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando; MUÑOZ GARCÍA, Alfredo, y SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 16 de febrero de 2006 como pretexto)», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 199 ss.
- SÁNCHEZ GIMENO, Sergio: «La retribución de los administradores de sociedades de capital y las relaciones de prestación de servicios distintos al desempeño del cargo en caso de concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 97 ss.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael: «Concurso, regulación de empleo y derechos fundamentales», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 137 ss.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo; SACRISTÁN BERGIA, Fernando, y MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 16 de febrero de 2006 como pretexto)», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 199 ss.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «La titulación de los derechos de crédito de los concesionarios. El problema del concurso del cedente. Estado de la cuestión», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 93 ss.
- VALLE, Luis de: «Introducción al sistema de reintegración concursal en el sistema financiero español», en *RDBB*, núm. 102, 2006, pp. 71 ss.
- VARONA, Juan Enrique, y ARRANZ, Consuelo: «La responsabilidad tributaria de los administradores concursales», en *ADCon*, núm. 8, 2006, pp. 163 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», en *RDBB*, núm. 102, 2006, pp. 9 ss.

- VELASCO, Guillermo: «La reforma francesa del Derecho de las empresas en dificultades», en *ADCon*, núm. 9, 2006, pp. 261 ss.
- «Aspectos concursales de la reserva de dominio en Italia», en *ADCon*, núm. 9, 2006, pp. 267 ss.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «Sobre la admisibilidad de ciertas soluciones para anticipar o simplificar la liquidación concursal», en *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 15 ss.
- ZUBIRI SE SALINAS, Mercedes: «Reclamación de cantidad por parte de la actora contra la demandada fundada en un contrato de suministro. Excepción de compensación y reconvención por parte de la demandada en base a la existencia de un contrato de préstamo entre la demandada y la entidad Aianox, S. A., anterior en el tiempo. Esta sociedad Aianox, S. A., había sido declarada en quiebra. Adquisición de las acciones de la actora por parte de Aianox, S. A., estando esta última en situación de quiebra y consiguiente situación de unipersonalidad de la actora debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en virtud de la cual se estima que entre la actora y la prestataria existe identidad por lo que se admite la compensación (comentario a la STS de 6 de abril de 2005)», en *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 375 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Estudio del trámite de consultas en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos a la vista de la última jurisprudencia relativa a los artículos 42.5.c) y 83 de la Ley 30/1992. Especial referencia a la suspensión del plazo para resolver y a los informes extemporáneos», en *RDU*, núm. 229, 2006, pp. 127 ss.
- ARENAS CABELLO, Francisco J.: «Peculiaridades del Derecho urbanístico portugués. Especial referencia a su gestión urbanística», en *RDU*, núm. 228, 2006, pp. 129 ss.
- BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio: «Hacia la efectividad de la tutela jurídica del ambiente», en *RDA*, núm. 9, 2006, pp. 97 ss.
- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel: «La disponibilidad de agua como requisito de la probación de los planes urbanísticos. Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de febrero de 2005», en *RDU*, núm. 227, 2006, pp. 53 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «Los convenios urbanísticos en el estrado. ¿La existencia de una construcción sistemática por parte de los tribunales. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU*, núm. 227, 2006, pp. 73 ss.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «¿Es proporcionado cerrar una empresa por infracción a la Ley del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero?», en *RDA*, núm. 9, 2006, pp. 77 ss.

- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier: «Los principios informadores del Derecho urbanístico y su reflejo en la legislación de Navarra», en *RJN*, núm. 40, 2005, pp. 51 ss.
- FORTES MARTÍN: «Consideraciones acerca de la nueva significación conceptual e instrumental de la protección ambiental de las aguas», en *RDU*, núm. 228, 2006, pp. 157 ss.
- GRANADOS RODRÍGUEZ, Juan Fernando: «La revisión de actos nulos mediante el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo: Una herramienta más para combatir las ilegalidades urbanísticas», en *RDU*, núm. 228, 2006, pp. 47 ss.
- HURTADO ORTS, Francisco: «Las cuotas de sostenibilidad en la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat Valenciana, de ordenación del territorio y protección del paisaje», en *RUE*, núm. 13, 2006, pp. 15 ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Estudio de reciente jurisprudencia sobre gestión urbanística», en *RDU*, núm. 228, 2006, pp. 17 ss.
- IVARS BAÑULS, José Antonio: «El fomento del mercado del suelo para la promoción social del mismo en la Ley Urbanística Valenciana», en *RUE*, núm. 13, 2006, pp. 35 ss.
- IVORRA ARDITE, Tomás: «Las operaciones jurídicas complementarias: Normativa, jurisprudencia y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RDU*, núm. 229, 2006, pp. 171 ss.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: «Desde las urbanizaciones privadas a los complejos inmobiliarios (privados)», en *RDU*, núm. 228, 2006, pp. 25 ss.
- MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid: «La reforma urbanística en Gran Bretaña: planeamiento, control de la ejecución y expropiación urbanística (“The Planning and Compulsory Purchase Act 2004”）」, en *RUE*, núm. 13, 2006, pp. 73 ss.
- SÁNCHEZ JORDÁN, Elena: «Protección civil de la legalidad urbanística», en *RDP*, julio-agosto 2006, pp. 55 ss.
- SANZ RUBIALES, Iñigo: «El *Ombudsman* ambiental Derecho canadiense», en *RDA*, núm. 9, 2006, pp. 23 ss.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: «La responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de licencias urbanísticas ilegales, demora injustificada en su otorgamiento y denegación improcedente (el artículo 44.2 de la LRSV a la luz de la jurisprudencia)», en *RDU*, núm. 229, 2006, pp. 55 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- BELLIDO BARRIONUEVO, María: «¿Hacia un nuevo ordenamiento jurídico comunitario», en *RGLJ*, núm. 3, 2006, pp. 367 ss.

- CASADO CERVIÑO, Alberto, y MIAZZETTO, Fabrizio: «Algunas reflexiones sobre las primeras sentencias adoptadas por el Tribunal de Apelación español competente en materia de marcas y diseños comunitarios», en *GJ*, núm. 242, 2006, pp. 51 ss.
- CUARTERO RUBIO, M.^a Victoria: «Competencia judicial internacional en la reclamación de un premio anejo a una oferta para celebrar un contrato de consumo (comentario a la STJCE de 20 de enero de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 657 ss.
- FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa: «Principios del Derecho Comunitario y aplicación judicial en España en los años 2003 y 2004», en *RDCE*, núm. 23, 2006, pp. 135 ss.
- GARCÍA PÉREZ, Rafael: «Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», en *GJ*, núm. 242, 2006, pp. 60 ss.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel: «De vuelta con las células madre: El marco europeo de la clonación humana y los bancos de cordones umbilicales», en *RDCE*, núm. 24, 2006, pp. 481 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma la validez del Reglamento núm. 261/2004 (compensación en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de un vuelo)», en *GJ*, núm. 243, 2006, pp. 3 ss.
- GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio: «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: Mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la reforma de la Ley», en *GJ*, núm. 243, 2006, pp. 18 ss.
- HERRERA CUEVAS, Edorta E.: «Aspectos procedimentales de la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE por los jueces españoles. Estado de la cuestión», en *GJ*, núm. 242, 2006, pp. 26 ss.
- IZQUIERDO PERIS, José J.: «Sistema de registro comunitario de diseños: balance de los tres primeros años», en *GJ*, núm. 244, 2006, pp. 17 ss.
- MARTÍNEZ CAPDEVILLA, Carmen: «Otra virtualidad de las Directivas: su “efecto directo de exclusión”», en *GJ*, núm. 244, 2006, pp. 3 ss.
- MIAZZETTO, Fabrizio, y CASADO CERVIÑO, Alberto: «Algunas reflexiones sobre las primeras sentencias adoptadas por el Tribunal de Apelación español competente en materia de marcas y diseños comunitarios», en *GJ*, núm. 242, 2006, pp. 51 ss.
- SYLVESTER FLEMING, Pablo: «El derecho de la competencia en la OMC: Inventario y perspectiva», en *GJ*, núm. 244, 2006, pp. 84 ss.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «El concurso de normas en el derecho “antitrust” y el impacto del Reglamento CE 1/2003 en la materia», en *GJ*, núm. 244, 2006, pp. 77 ss.

DERECHO PROCESAL

- ARÉVALO NIETO, Pedro: «La ejecución provisional de la condena en costas», en *Actualidad Civil*, núm. 14, 2006, pp. 1653 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «Exclusión del efecto de cosa juzgada sobre las pretensiones indebidamente acumuladas en el juicio de tutela sumaria de la posesión (comentario a la STS de 30 de septiembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 1003 ss.
- CERVERA, Marta, y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo: «Cuestiones procesales de Derecho concursal transitorio», en *ADCOn*, núm. 8, 2006, pp. 221 ss.
- CHAVES RIVAS, Antonio: «Condena a la emisión de declaraciones de voluntad: Aspectos sustantivos y procesales», en *RCDI*, núm. 696, 2006, pp. 1361 ss.
- CORREA DELCASSO, Juan Pablo: «La manifestación de bienes del deudor en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RPJ*, núm. 78, 2005, pp. 197 ss.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y CAPOTE PÉREZ, Luis: «Apuntes acerca de la actuación procesal de las entidades de gestión de derechos», en *RGLJ*, núm. 1, 2006, pp. 33 ss.
- HERRERA CUEVAS, Edorta E.: «Aspectos procedimentales de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE por los jueces españoles. Estado de la cuestión», en *GJ*, núm. 242, 2006, pp. 26 ss.
- MÉNDEZ PÉREZ, José: «Apuntes sobre Derecho sustantivo y procesal de la filiación. La “ficta confessio” en la doctrina del Tribunal Constitucional con especial referencia a su sentencia 29/2005, de 14 de febrero», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2007, pp. 5 ss.
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José: «La regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RPJ*, núm. 78, 2005, pp. 163 ss.
- PUGA GÓMEZ, Santos: «La ejecución provisional de las costas», en *RDP*, núm. 16, 2005, pp. 207 ss.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, y CERVERA, Marta: «Cuestiones procesales de Derecho concursal transitorio», en *ADCOn*, núm. 8, 2006, pp. 221 ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005)», en *RJNot.*, núm. 59, 2006, pp. 285 ss.
- VALENTÍN REQUENA, José M.ª: «Tratamiento procesal de la “actio communi dividundo”», en *RJC*, núm. 2, 2004, pp. 325 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: **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉ-GUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Carlos LÉRIDA NAVARRO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, África VICIANA GARCÍA, 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. Innecesaria alegación del derecho extranjero en el proceso.

«Para que el derecho extranjero pueda ser aplicado en el proceso, su vigencia y contenido han de quedar probados. Se trata de una consecuencia de que al Tribunal y a las partes no se les puede exigir conocerlo, a diferencia de lo que sucede con el Derecho español, conforme a la regla *iura novit curia*». Sin embargo, «[...] el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero, lo que significa tanto que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte sólo es necesaria para suplir aquella información. Por otro lado, la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio» (FJ 1.º STS de 10 de junio de 2005).

Aplicación de la *lex fori* como norma subsidiariamente competente.—«Cuando el contenido y vigencia del derecho extranjero no ha resultado probado por las partes ni averiguados por el Tribunal en la medida que sería precisa para resolver el conflicto de intereses planteado y la regla de conflicto no impone otra cosa, resulta aplicable la *lex fori* como norma subsidiariamente competente (SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de marzo de 1994, 25 de enero de 1999, 5 de junio de 2000 y 13 de diciembre de 2000; STC de 2 de julio de 2001)» (FJ 1.º, STS de 10 de junio de 2005). (STS de 10 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña G. P. E. interpone demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra doña A. M. B. solicitando se condene a la demandada al desalojo de la vivienda y parcela de terreno hasta tanto se realicen las operaciones particionales correspondientes a la disolución de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por la actora con don F. E. R., así como de la herencia correspondiente a este último. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La parte actora interpone recurso de apelación que también resulta desestimado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Es jurisprudencia reiterada del Supremo que para que el derecho extranjero pueda ser aplicado, su contenido y vigencia han de ser probados, sin que resulte posible exigir al Tribunal su conocimiento (SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de marzo de 1994 y 25 de enero de 1999). Sin embargo, el Supremo viene a considerar en esta sentencia que el Juez deberá aplicar el derecho extranjero si lo conoce, sin que deba ser alegado por las partes. Esta sentencia supone un cambio en la línea jurisprudencial seguida en relación a la necesidad de prueba del derecho extranjero por las partes del proceso. Tradicionalmente el Supremo ha venido considerando que la carga de la prueba del derecho extranjero aplicable corresponde a la parte actora que lo invocó y pretende hacerlo valer (SSTS de 12 de enero y 21 de noviembre de 1989, 7 de septiembre de 1990, 19 de junio y 17 de diciembre de 1991, 13 de abril de 1992, 10 de marzo de 1993 y 31 de diciembre de 1994). La aplicación del derecho extranjero venía ha ser una cuestión de hecho y como tal debía ser alegado y probado por la parte que lo invoca, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (SSTS de 30 de junio de 1962, 4 de octubre de 1982 y 11 de mayo de 1989). La anterior regulación del artículo 12.6.2 CC llevó a la doctrina a entender que el derecho extranjero debía ser tratado como un hecho, y, por ello, debía ser objeto de alegación y prueba.

En sentencia más reciente, concretamente de 4 de julio de 2006, el Tribunal Supremo considera que, en virtud del artículo 12.6.1 CC, el derecho extranjero se aplica, no porque lo haya alegado una parte, sino porque lo exige la norma de conflicto. Ello supone un cambio radical en la línea jurisprudencial seguida por el Supremo en tema de aplicación del derecho extranjero por los Jueces y Tribunales.

En el supuesto que el derecho extranjero no pueda ser probado por las partes ni averiguado por el Tribunal, se aplicará como norma subsidiariamente competente la *lex fori*. De aplicarse la legislación española al caso concreto, se trataría de un supuesto de sociedad postganancial, de modo que la demandante sería titular de una cuota disponible sobre todo el patrimonio antes consorcial, el cual al disolverse el vínculo cambia el régimen y queda sometido al de coposesión. En base a estos razonamientos, no puede excluirse a la demandada el derecho a poseer como coposedora hasta que tengan lugar las operaciones particionales. A ello se añade el derecho de usufructo de la demandada en la sociedad del causante. (L. Z. G.)

2. Desarrollo jurisprudencial de la doctrina de los actos propios.

El fundamento se encuentra en la necesidad de protección de la buena fe y la confianza, así como de la apariencia de las situaciones jurídicas. El autor de dichos actos ha de quedar ligado cuando se produzca una contradicción entre lo primeramente realizado y la acción que el propio interesado ejercita, existiendo un nexo de causalidad entre ambos. La aplicación de la doctrina tiene lugar cuando exista oposición entre lo realizado y los actos que hubiesen creado una situación de derecho, sin posibilidad de alteración unilateral.

Exclusión jurisprudencial de la doctrina de los actos propios.—La jurisprudencia excluye de tal calificación los actos que «no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho» (F 2.º). La situación jurídica o de hecho es inalterable por quien se hallaba obligado a respetarla (STS de 16 de febrero y 10 de octubre de 1988, 5 de abril de 1991).

Prueba del quebrantamiento del deber de coherencia de los comportamientos.—Es necesaria su prueba para la aplicación de la doctrina, que encuentra su base en el artículo 7.1 CC. Ha de probarse la existencia de actos inequívocos, «en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir» una determinada situación jurídica (F 2.º). (SS de 10 de junio y 17 de diciembre de 1994, 30 de octubre de 1995, 24 de junio de 1996, 30 de enero de 1999, 25 de julio de 2000 y 5 de julio de 2002). (STS de 27 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre la sociedad H. S. e I. Revilla se celebraron dos contratos de representación comercial para zonas determinadas, de duración indefinida y sin exclusividad. La representada y demandada I. Revilla propuso a la demandante la modificación de las condiciones pactadas para que trabajase en exclusividad con dicha marca, propuesta que fue rechazada. Posteriormente, la mencionada sociedad demandada, mediante carta, procedió a la resolución de los contratos pactados alegando como motivos que los precios marcados superaban las directrices aconsejadas, la disminución de las ventas y la disposición de dinero de la demandada. La sociedad H. S. demanda a la sociedad representada por ir contra sus propios actos, solicitando su condena a abonar cantidad determinada en concepto de indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de la resolución unilateral de los contratos, en atención al lucro cesante y daño emergente. En primera instancia se

desestimó la demanda, de igual manera que en la Audiencia Provincial de Soria, ésta por falta de acreditación de daños y perjuicios. Se presentó recurso de casación por parte de la sociedad H. S. fundado en la inaplicación de la doctrina legal y jurisprudencial de los actos propios, y de los contratos de donación indefinida por tracto sucesivo y de agencia, comisión y corretaje. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (P. S. S.)

3. Adjudicación de fincas por cooperativa entre sus socios: Sistema de baremos y no de sorteo. No vulnera el principio de igualdad. Infracción del principio *venire contra proprium factum, non potest*: los actores conocían el sistema utilizado en estos casos, del que resultaron beneficiarios y no pueden oponerse ahora al mismo.—El examen de las actas de Asambleas Generales precedentes a la que es objeto de la actual impugnación, en cuanto marcan la política al respecto seguida por la cooperativa muestra un reiterado criterio de adjudicación por baremos, aprobado al efecto en cada caso. En la Asamblea aquí objeto de impugnación se acordó que las parcelas de «Montecanal» se adjudicarían, según el orden de prioridad, como adecuado a los «principios de la Cooperativa», o sea, a los que se han indicado, es decir, con arreglo a los que se hizo el reparto de las mismas, no correspondiéndoles a los actores ninguna, ya que, desde 1990, dejaron de realizar aportaciones económicas a las mismas. Los actores no pueden ignorar que conocían el sistema utilizado en estos casos, del que resultaron beneficiarios, y no pueden oponerse ahora al mismo (*venire contra proprium factum, non potest*). El criterio de la Audiencia, que entiende que es prioritario el de igualdad mediante sorteo, que eleva a categoría fundamental, cae por su base ante la aceptación por los socios e implantación de otro, como el utilizado en el caso de autos, que no es arbitrario y que se adopta con criterios también sociales (mayor aportación de cargas sociales, antigüedad, y mayor beneficio a los miembros de familia con más descendencia). (STS de 5 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía frente a la *Cooperativa de Viviendas San Cosme y San Damián*, en solicitud de que se declarase la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado por la Asamblea General de la misma, celebrada el 30 de marzo de 1995, por el que se aprobó la prioridad de la adjudicación de parcelas propuestas por la Junta Rectora, así como la de todos los acuerdos sociales que se hubiesen tomado con posterioridad y trajesen causa del mentado acuerdo. Argumenta la demandante que se vulnera el principio de igualdad de derechos de los socios al no atenerse al sistema de sorteo entre los mismos, para la adjudicación de las mencionadas parcelas, sino las aportaciones dinerarias efectuadas voluntariamente por aquéllos para sufragar los gastos de urbanización del referido sector en el que se ubican aquéllas. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda deducida por la señora C y declara la nulidad de pleno derecho de la Asamblea General demandada. La Audiencia Provincial confirma el fallo de instancia. La cooperativa demandada interpone recurso de casación. (S. M. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Títulos nobiliarios: orden sucesorio. Legalidad aplicable. Principio de propinuidad: preferencia del mejor grado y mayor edad.—Habiéndose suspendido la legalidad anterior a 1931, en lo afectante a esta materia, como consecuencia de la Guerra Civil española, no obstante la Ley de 4 de mayo de 1948 restableció esa legalidad en lo referente a Grandezas y Títulos del Reino, Ley que se desarrolló por Decreto de 4 de junio de 1948, estableciéndose una tramitación administrativa de los expedientes de rehabilitación igual para los demás territorios pertenecientes a la Corona de España, que la que se aplicaba a los Títulos de Castilla. Y en el artículo 5.º se disponía que el orden de suceder de todas las dignidades nobiliarias se acomodaría al dispuesto en el Título de concesión, y, en su defecto, al que «tradicionalmente se ha seguido en esta materia». La legalidad restablecida está contenida, principalmente, en el RD de 27 de mayo de 1912 y, en orden a la caducidad de los Títulos, en la RO de 29 de mayo de 1915.

La aplicación de la Partida II y de la Ley 5.ª de la Novísima Recopilación, que rigen la Sucesión en la Corona de España, y que se aplica a la de los Títulos Nobiliarios en línea regular (carentes de regulación propia sobre la sucesión en la Carta de Concesión), parte, en la descendencia colateral, del «principio de propinuidad» o de mayor proximidad (mejor grado y mayor edad, y, según la Ley, en la línea de descendencia, entre ellos, a falta, en uno de los grados, de varón, se permite la de la mujer). (STS de 15 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. interpone demanda con objeto de que se declare es mejor y preferente el derecho genealógico del mismo frente al demandado, D. R., y frente a las posibles personas que comparezcan, para usar, poseer y disfrutar de título, basado en el principio de propinuidad, que rige para las sucesiones nobiliarias entre parientes, colaterales del mismo grado, en cuyo supuesto ostenta el mejor derecho el de mayor edad, en este supuesto el actor que, al tiempo de interponer la demanda tenía 68 años, frente a los 59 del demandado. La oposición del demandado, D. R., se fundamenta, esencialmente, en negar la interpretación y alcance que pretende dar al principio de propinuidad, toda vez que la Partida II, que menciona, no habla de que una mujer colateral pueda suceder, por lo que, establecida y reconocida, por STC de 3 de julio de 1997, la preferencia del varón sobre la mujer al derecho nobiliario, resulta que el demandante trae su derecho de una mujer, mientras que el demandado lo trae de un varón, además de otras consideraciones acerca de que la piedra angular en las sucesiones nobiliarias no es la propinuidad, sino la representación, y, sobre que, en el supuesto de que la Carta de concesión del título nada establezca sobre la sucesión haya de regirse por la Ley XI de Toro, integrada en la Novísima Recopilación, y, restablecida, como toda la Legislación Tradicional al respecto, por la Ley de 4 de mayo de 1948 y Decreto de 4 de junio del mismo año.

La sentencia del Juzgado desestima la demanda. Contra este fallo se interpuso recurso de casación por D. C. (S. M. S.)

5. Intromisión ilegítima en el derecho al honor. Imposibilidad de alegar inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor por aplicación de la doctrina del reportaje neutral.—Tiene declarado el Tribunal Constitucional sobre el reportaje neutral que el objeto de la noticia ha de estar constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser noticia por sí mismos y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas, y que el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni realizar valoración alguna (SSTC de 15 de febrero de 1994 y 16 de diciembre de 1996; STS de 24 de enero de 1997). Es así que el reportaje neutral ha sido caracterizado por la jurisprudencia de las siguientes notas: *a)* El objeto de la noticia debe comprender declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, pero que son noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellos; *b)* El medio informativo debe limitarse a transmitir tales declaraciones sin que la noticia sea reelaborada; *c)* La veracidad se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de la responsabilidad respecto a su contenido (STC de 8 de abril de 2002; SSTS de 16 de diciembre de 1996, 24 de enero, 20 de febrero y 20 de marzo de 1997, 25 de septiembre de 1998, 5 de febrero, 16 de febrero y 19 de febrero de 1999, 18 de abril, 8 de julio y 26 de julio de 2000, 11 de abril, 7 de mayo y 1 de octubre de 2002, 6 de junio, 19 de junio y 22 de diciembre de 2003 y 12 de julio de 2004). (STS de 22 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora formula demanda contra don F. F. A. y don J. M. M. en la que solicita se condene a los demandados por intromisión ilegítima en el derecho al honor, al haber difamado su honestidad y buen nombre con la noticia publicada. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima en parte, condenando a los demandados de forma solidaria a satisfacer con determinado importe a la parte demandante en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La sentencia que anotamos se centra en la problemática de determinar si resulta posible, en este caso, entender que no existe intromisión ilegítima en el derecho al honor de la parte actora por aplicación de la doctrina del reportaje neutral. Considera el Supremo que el autor del reportaje periodístico parece haberse limitado a transcribir las declaraciones efectuadas en relación a la forma en que las demandantes obtuvieron sus puestos de trabajo, tratándose, además, de una noticia de interés público, cumpliéndose así, en principio, los requisitos del reportaje neutral. Sin embargo, la diligencia mínima exigible al medio de comunicación la impone la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, cosa que aquí no sucede. A ello se une la evidente existencia de intromisión cuando de forma irónica se advierte que la obtención de sus puestos de trabajo se debía a causas distintas a sus méritos profesionales, además de la inconcreción de la autoría, lo cual causa indefensión al no poder conocer la persona de la que partieron los datos de la noticia. (L. Z. G.)

6. Colisión entre el derecho fundamental a informar y a opinar y el derecho al honor.—El derecho fundamental a la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad de información se muestra indispensable en un Estado social democrático de Derecho. Sin embargo, este derecho no puede considerarse absoluto. Es así que la Constitución Española, en su artículo 20.4, establece como límite de este derecho el respeto, entre otros derechos, al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. (STS de 9 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. B. L. formula demanda contra don J. J. M. R. y la entidad mercantil «P. I., S. L.», con objeto de poner fin a lo que considera intromisiones que atentan contra su derecho al honor por la publicación de una serie de artículos en un conocido diario, en los cuales se hace referencia a la actividad profesional que desempeña la parte actora. El Juez de Primera Instancia estima la demanda y declara que los demandados han cometido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, por lo que condena al demandado a que indemnice al actor en los perjuicios y daños morales que le haya ocasionado. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial estima el citado recurso al entender que no existe intromisión ilegítima. Esta sentencia es recurrida por don E. B. L. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por tratarse de una información que versa sobre hechos de interés general, veraces, los cuales no han sido descritos con el propósito de ofender o menospreciar, sino con objeto de denunciar unos hechos de interés para los lectores.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Supremo que, en casos de colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, deben seguirse las siguientes directrices: *a)* La no fijación *a priori* de los límites entre ambos derechos, siendo necesario realizar una delimitación de la colisión en el caso concreto; *b)* La tarea de ponderación debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, del derecho a la libertad de expresión y de información (SSTS de 6 de junio de 2003 y 11 de febrero de 2004). Es necesario tener en cuenta que cuando el objetivo es suministrar información sobre hechos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz [art. 20.1.d) CE], lo cual impone al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales. Cuando se trate de expresar juicios o evaluaciones personales, éstas deben someterse al canon propio de la libertad de expresión, ya que el ejercicio del derecho de crítica no permite emplear expresiones injuriosas o innecesarias que pueden constituir intromisiones ilegítimas en el honor ajeno. Hay que tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro aun cuando la misma sea desabrida y pueda disgustar a quien se dirige (SSTC de 17 de enero de 2000, 20 de febrero y 5 de octubre de 2001, 28 de enero de 2002 y 15 de septiembre de 2003). Sin embargo, ello no supone que resulte posible emitir expresiones desvinculadas de la información y proferidas

gratuitamente, en cuyo caso nos hallamos ante la descalificación y el insulto (SSTC de 6 de junio de 1990, 21 de noviembre de 1995, 14 de octubre de 1998, 11 de octubre de 1999, 5 de mayo y 30 de diciembre de 2000, 6 de mayo de 2002, 9 de mayo y 15 de septiembre de 2003; STS de 9 de julio de 2004). En conclusión, para poder dar preeminencia al derecho fundamental a expresar opiniones y a informar es necesario que exista un interés general sobre la información divulgada, debiendo tratarse de una información veraz, entendiéndose por tal aquella comprobada y contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa (STC de 5 de mayo de 2000; SSTS de 5 de junio de 2003, 11 de febrero y 13 de febrero de 2004).

En la sentencia que anotamos, el conflicto gira en torno a una serie de artículos publicados en un conocido diario en los que parece cuestionarse la ética profesional del demandante, al emplearse frases como: «... Espero que no me condene por sacar la conclusión de que usted, Sr. B., pudiera ser un ladrón...». El Tribunal Supremo considera que, aunque estos artículos se corresponden con lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos denomina «términos duros», dichas opiniones o información hubieran producido el mismo efecto aun no utilizando una terminología tan dura. Por lo que se refiere a la expresión citada en la que utiliza el término «ladrón», estima el Supremo que no puede entenderse la misma como imputación de un delito, ya que no contiene una afirmación, sino una potencialidad, no resultando posible considerarlo un insulto o descalificación, sino que, tras esta expresión, subyace la voluntad de denunciar unos hechos que han sido objeto de múltiples críticas (FJ 1.º STS de 9 de junio de 2005). (L. Z. G.)

7. Tercería de dominio y doctrina del levantamiento del velo. Supuesto de tercerista aparente. Coincidencia de personalidades entre el deudor embargado y la sociedad tercerista. Sociedades familiares.—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 sentencias de 28 de mayo de 1984, 12 de febrero y 1 de abril de 1993, 11 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1997, 31 de enero, 30 de mayo y 9 de noviembre de 1998, 11 de octubre de 1999, entre otras). El Tribunal Supremo ha declarado, en reiteradas ocasiones, que la función de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, expresión adaptada de la palabra anglosajona «disgread» y de la germana «Durchgrift», es desvelar la realidad fáctica de distintos entes con personalidad jurídica creada para ficciones fraudulentas, que puedan implicar «... la frustración de los derechos de terceros,... pretendiendo evitar con ello simulación en la constitución de una sociedad que signifique elusión en el cumplimiento de un contrato así como la burla de

la Ley como protectora de derechos ajenos...» (FD 3.º de la STS de 22 de noviembre de 2000). Como técnica busca penetrar en la realidad económica de la personalidad jurídica de los entes sociales, tratando de descubrir sus efectivas relaciones sociales y responsabilidades ante los terceros con los que contrata, intentando aflorar *ad extra* la verdad material subyacente, cuando la misma se encubre bajo la apariencia de un ente con personalidad jurídica.

La tercería de dominio regulada en los artículos 1532 a 1543 LEC 1881 es una acción declarativa de dominio cuyo objeto es la declaración de propiedad del tercerista y el levantamiento del embargo trabado sobre el bien litigioso, en este caso, un grupo de abrigos de pieles. Para ello, el actor debe no sólo acreditar su dominio pleno y excluyente sobre dicho bien, sino igualmente su condición de tercerista. Así pues, se entiende que no puede prosperar el ejercicio de la tercería de dominio sobre los bienes litigiosos en aquellos casos en los que, en función de la realidad fáctica del supuesto, se constata la existencia de una confusión de personalidades y de patrimonios entre las entidades terceristas y ejecutadas, como en el caso que nos ocupa, y que, por tanto, no concurre en la persona del actor la condición de tercero (*vid.* al respecto, SSTS 22 de febrero de 1991, 16 de marzo de 1992, 11 de noviembre de 1995, 11 de octubre y 13 de noviembre de 1999 y 22 de noviembre de 2000, entre otras). Existe, por tanto, una confusión entre la persona jurídica actora y la persona física demandada, el cual utiliza la sociedad familiar con personalidad jurídica distinta para, mediante la aportación de bienes a la misma, «eludir sus propias responsabilidades personales, sirviéndose de la persona jurídica para incumplir sus obligaciones con sus acreedores y causándoles un perjuicio, al impedirles o disminuirles las garantías de cobrar sus créditos (FD 1.º). (STS de 20 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 17 de octubre de 1995, se dictó providencia despachando la ejecución y ordenando el embargo de los bienes de don J. B. A. por las deudas que tenía frente a la mercantil *Zurich Seguros y Reaseguros*, en concreto dos fincas cuyo embargo se practicó el día 30 de octubre de 1995. En el lapso temporal entre ambas actuaciones, en concreto el día 24 de octubre de 1995, don J. otorgó escritura pública de ampliación de capital de la mercantil *Caypre, S. L.*, entidad de carácter familiar cuyo capital pertenece casi en su totalidad a don J. B. A., correspondiendo el resto a su hijo y su yerno. La representación legal de la entidad *Caypre* ejercitó una tercería de dominio en el procedimiento de ejecución de dichas fincas, solicitando la declaración de su titularidad dominical sobre la misma. La demanda fue desestimada en primera instancia, así como el recurso de apelación interpuesto ante la misma. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—En el supuesto que anotamos el Tribunal Supremo viene a reiterar su jurisprudencia acerca de la denominada doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, en un supuesto de utilización de la personalidad jurídica de una sociedad, en este caso una empresa familiar, para eludir el deudor responsabilidad, empresa cuyo capital estaba suscrito por el deudor ejecutado, su hijo y su yerno. Aunque no estemos ante un claro supuesto de comunicabilidad de responsabilidad y de confusión de patrimonios que se aprecia con mayor facilidad en los supuestos de sociedades

unipersonales, el Tribunal Supremo entiende que estamos ante una sociedad pantalla, aun cuando el deudor ejecutado no es socio único, sino que también son socios de la entidad tercerista su hijo y su yerno, operando sobre el carácter de socio mayoritario de aquél. La aportación de los bienes objetos del embargo a la operación de aumento de capital de la sociedad tercerista por parte del deudor en el íter temporal que discurrió entre el embargo y su anotación perseguía la única finalidad de eludir la responsabilidad patrimonial del deudor frente a sus deudores, puesto que no existe independencia patrimonial entre el deudor ejecutado y la sociedad tercerista. (R. D. O.)

8. Indebida aplicación de las doctrinas sobre fraude de ley, abuso del derecho y levantamiento del velo y la conculcación del principio de la buena fe.—La contratista de la obra conocía perfectamente las circunstancias económicas y financieras de la entidad mercantil con quien contrataba. Tanto el capital social, como la hipoteca de la finca sobre la que se iba a construir, eran datos que gozaban de la publicidad registral, por lo que no cabe imaginar que haya podido haber engaño de ningún tipo, ni una apariencia de mayor solvencia determinante del contrato. La constructora sabía con quién contrataba, en qué condiciones lo hacía y, en suma, la entidad del riesgo asumido. No resulta razonable considerar que la constitución de una sociedad mercantil con responsabilidad limitada responde a una finalidad defraudatoria o torticera, cuando los que la integran no tienen un patrimonio importante que poner a salvo mediante la instrumentación de aquella limitación societaria de responsabilidad, que en la modalidad de sociedad anónima tiene carácter esencial. No es ilícito tratar de circunscribir la responsabilidad al importe de la aportación social, con exclusión de la personal, por las deudas del ente. Puede ser que los codemandados personas individuales hayan actuado con cierta dosis de imprevisión, inconsciencia e ingenuidad, pero no existe constancia alguna de que se hayan lucrado en nada, pues no existe información procesalmente valorable sobre el destino que tuvo el total dinerario procedente del préstamo hipotecario. Por otro lado, y sobre todo teniendo en cuenta lo repetido acerca del conocimiento de la situación por la entidad contratista, tampoco cabe entender que se haya conculcado el principio de la buena fe (*ex art. 7.1 CC*), en la perspectiva de haberse suscitado una confianza, o apariencia de solvencia, posteriormente defraudada. En definitiva, no cabe apreciar una situación de fraude de ley o de abuso de derecho, porque no se evidencia una situación abusiva mediante una instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria que deba traducirse en una sanción para los integrantes de la sociedad, mediante la aplicación de la técnica anglosajona del desentendimiento de la personalidad jurídica autónoma (cfr. doctrina jurisprudencial mencionada en la sentencia, sobre fraude de ley y abuso de derecho).

Requisitos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo: evidencia significativa de actuación fraudulenta.—En todo caso ha requerido la jurisprudencia la existencia de datos claros —significativos— que demuestren la actuación fraudulenta. Y éstos no concurren en el caso por las razones ya expuestas, sin que quepa deducirla de la circunstancia de que, en un momento dado, la sociedad quedó sin medios económicos para pagar a un acreedor, ni siquiera en el hecho de haber emprendido una obra importante con un capital exiguo, cuando, como se dijo, las condiciones económicas del

ente societario eran plenamente conocidas o debían serlo, por la contratista de la obra, ni, por lo demás tampoco consta que los cinco socios constituyentes de *Jadad, S. A.*, pretendieran sustraer a las resultancias de la operación inmobiliaria más patrimonio que el proveniente de su condición de empleados y que constituye el medio normal de su subsistencia propio y de sus familias. (STS de 28 de enero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Mafal, S. L.*, deduce demanda sobre extinción de contrato de obra con suministro de materiales y reclamación de cantidad contra la entidad mercantil *Jadad, S. A.* y las personas individuales don L. M., don G., don E., don L. A. y don R., solicitando la resolución del contrato referido, celebrado entre las dos sociedades litigantes, el 15 de agosto de 1988, por incumplimiento de la codemandada *Jadad, S. A.* —pagadas las cinco primeras certificaciones de obra, según el sistema pactado de libramiento mensual con obligación de abono mensual, dentro de los cinco primeros días de su recibo, siempre que concurriera la aprobación de la dirección facultativa, se dejó de pagar la sexta—; y, en su caso, la extinción del referido contrato por imposibilidad de terminación, por causa imputable a *Jadad, S. A.*, así como la condena de esta entidad al pago de las cantidades que se expresan por diversos conceptos y, por último, «se declare la responsabilidad de los condenados, personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, que lo serán de forma solidaria, con aquella entidad, y condenándoseles, asimismo, a las responsabilidades económicas correspondientes». La responsabilidad de las personas físicas se fundamenta en la doctrina del levantamiento del velo, a cuyo efecto, se argumenta: 1) la existencia de hipoteca constituida por los demandados sobre la edificación, a favor del *Banco Hipotecario*, que hace ilusoria cualquier acción de la actora sobre la finca, para hacer valer el crédito refaccionario del que goza, a la luz de las responsabilidades de aquel derecho real y del precio de la finca en subasta; esto evidenciaría la actuación fraudulenta de los codemandados, personas físicas, al constituir la mercantil demandada, con exiguo capital social, a fin de cubrir sus responsabilidades patrimoniales con cobertura de persona jurídica, eludiendo así el pago a la misma, que no a la Entidad de crédito, que tiene asegurada la suya a través de la garantía real. Los codemandados aludidos son los únicos socios de la mercantil demandada, que a ese solo fin constituyeron y participan por igual en las acciones suscritas y desembolsadas, y 2) Comisión de fraude de ley y ejercicio abusivo y de mala fe de derecho subjetivo. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y la Audiencia Provincial desestima los recursos interpuesto por los demandados. Contra la sentencia de la Audiencia se interponen dos recursos de casación. Uno por don G., basado en infracción de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 1, 129 y 133) y de los artículos 6.4 y 7 CC, así como de la doctrina jurisprudencial sobre levantamiento del velo. Y, otro, por don L. M., alegando infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al levantamiento del velo en las sociedades anónimas y del artículo 1253 CC (S. M. S.)

9. Teoría del levantamiento del velo. Requisitos de aplicación. Aplicación excepcional y sólo para aquellos casos de probado fraude, en los que las formas societarias se hayan creado o utilizado con el fin de perjudicar a los acreedores.—En el supuesto enjuiciado no pueden ignorarse las

fechas en que se generaron las deudas, por las que se ha reclamado, ni las de constitución de las distintas sociedades, ni los períodos de actividad de éstas, todo lo cual lleva a estimar que no ha quedado acreditada la existencia de ese fin fraudulento que exige la jurisprudencia para que pueda desplegar sus efectos el pretendido «levantamiento del velo». Por las distintas fechas de sus constituciones no consta probado que lo hicieran con el ánimo de defraudar entonces o para el futuro, ni que, cuando surge la deuda aquí reclamada, se aprovechen de nada, por no asumirla, por ser diferenciadas y no haberse probado lo contrario. Partiendo de los hechos probados no puede entenderse que de ellos deba deducirse que unas sociedades, diferenciadas, aunque tengan las coincidencias o similitudes que se expresan, deban responder por otras, ya que no aparece que su patrimonio sea único (global) y no esté diferenciado, y, en cuanto a sus socios componentes, en cuanto administradores, el no ejercicio de la acción de responsabilidad social frente a ellos por sus acreedores, les impide que tengan que ser declarados deudores.

No se admite fraude alguno frente a los acreedores por el hecho de que las deudas de *Almacenes Prieto Padilla, S. A.*, las haya pagado siempre ella; y, en cuanto que ésta las ha pagado siempre, y sólo a ella se limitan las relaciones de autos, no deben ser asumidas por compañías con personalidad distinta, en principio, (no aparece prevalencia direccional de una respecto a otras), pues tampoco consta probado que, en otras ocasiones, haya existido una confusión de pagos y reclamaciones que afecten a unas u otras. Y el hecho de que existiese algún pago aislado hecho por *Mayton, S. A.*, o de parte del mismo, a alguno de los acreedores de *Almacenes Prieto Padilla, S. A.*, no supone esa confusión, pues no se referían a deudas de *Almacenes Prieto Padilla* y, en cualquier caso, cualquier acto aislado de esta clase, mientras no se dé la confusión dicha, sólo tendrá el carácter de «pago hecho por tercero», ajeno a la obligación, pero liberador de la deuda, conforme al artículo 1158 CC. (STS de 10 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Seis entidades mercantiles interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía, en reclamación del precio de unas mercancías servidas, contra la entidad *Almacenes Prieto Padilla, S. A.*, a quien se le suministraron. Pero, además, se solicita que, solidariamente, abonen la cantidad adeudada, «*Mayton, S. A.*»; «*Confecciones Mayton, S. L.*»; don D.; doña M. D.; doña E.; don S. D. E., y doña F., alegando que el primer demandado y el resto de sus familiares codemandados han utilizado las formas societarias constituidas para defraudar los legítimos intereses de los acreedores, que verían satisfechos sus créditos si no hubiera la separación de patrimonios que se ha logrado con dicha constitución de sociedades. Más concretamente, se argumenta que, tanto «*Almacenes Prieto Padilla, S. A.*, como *Mayton S. A.*, y *Confecciones Mayton S. L.*, han sido constituidas por miembros de dicha familia, que las tres tienen el mismo objeto social y comparten locales de negocio, e, incluso, dos de ellas *Mayton, S. A.*, y *Confecciones Mayton S. L.*, tienen el mismo domicilio social. Todo ello facilitaría la compra, por parte de una sociedad insolvente (*Almacenes Prieto*

Padilla, S. A.), distribuyéndose esa misma mercancía a través de las otras sociedades. De tal modo, las personas físicas que han constituido esas sociedades obtendrían un lucro a costa de sus acreedores, comercializando una mercancía que no puede llegar a ser cobrada por éstos que la han suministrado.

El Juzgado de Primera Instancia admite, parcialmente, la petición de la demanda, y condena únicamente a *Almacenes Prieto Padilla, S. A.* Contra dicha sentencia, todos los demandantes interponen recurso de apelación, que fue desestimado, confirmando la sentencia recaída en instancia. (*S. M. S.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Nulidad de contrato. Artículo 1303 CC.—El Tribunal Supremo establece que conforme al artículo 1303 CC los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. Su finalidad, señala, es evitar el enriquecimiento injusto consiguiendo que las partes vuelvan a la situación anterior a la contratación. En consecuencia, si el contrato ha sido ejecutado en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenían cuando se celebró el contrato. (**STS de 6 de julio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—*BESAYA, S. A.*, y *R. E. I. B.* otorgaron escritura pública de traspaso de local de negocio referido al total local comercial ocupado por la primera en calidad de arrendataria, si bien estaba integrado por tres fincas independientes pertenecientes a dos propietarios distintos. *R. E. I. B.* abonó una cantidad a *BESAYA, S. A.*, reteniendo la cuantía que les correspondía a los dos propietarios del local traspasado. Los propietarios de los locales resuelven el contrato de arrendamiento y los diversos contratos objeto del traspaso quedan en consecuencia resueltos. El actor *R. E. I. B.* interpone demanda contra *BESAYA, S. L.*, solicitando, entre otros pronunciamientos, se declare el crédito que tiene frente a la sociedad por el dinero abonado en el momento de escrituración del contrato de cesión.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda del actor. *BESAYA, S. L.* y *R. E. I. B.* recurren en apelación.

La Audiencia Provincial estima parcialmente ambos recursos. *BESAYA, S. L.*, recurre en casación. (*A. V. G.*)

11. Apreciación del daño.—En relación con el artículo 1902 CC, si la existencia del daño se desprende de los hechos probados, se hace innecesario acreditar la verdad (S de 19 de octubre de 1996.)

Aplicación de las reglas de la hermenéutica.—Cabe la posibilidad de aplicar analógicamente las reglas de la hermenéutica contractual, que se aplica a todo el tracto contractual, a otros actos jurídicos, previos o posteriores al contrato.

Distinción entre la interpretación del contrato y la apreciación de los hechos.—La interpretación recae sobre hechos ya fijados por el órgano judicial, «por lo que no puede intentar acreditarse un error en la apreciación probatoria mediante la denuncia de un error de calificación jurídica» (F 2.º) (SS de 16 y 23 de octubre de 1982 y 12 de mayo de 1987). La interpretación queda desdoblada en dos momentos: en primer lugar, a través de la valoración de las pruebas practicadas el Tribunal fija los hechos; en segundo lugar, la aplicación de las normas contenidas en los artículos sobre hermenéutica (SS de 6 de febrero, 14 de junio y 20 de octubre de 1981 y 23 de diciembre de 1982).

Matización de la preferencia del sentido literal de los términos del contrato.—La doctrina jurisprudencial, aún partiendo de priorizar el sentido literal del contrato, sin embargo muestra la obligación de tener en cuenta otros datos, así como la conducta de los contratantes, de manera que se consideren los actos previos, coetáneos y posteriores, aplicando el artículo 1282 CC (SS de 17 de mayo y 28 de junio de 1976 y 28 de noviembre y 28 de junio de 1997). Máxime cuando existan dudas fundadas sobre la intención de los contratantes, que exige la utilización de los restantes medios hermenéuticos que ofrece el ordenamiento. (STS de 16 de junio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Obras y Urbanizaciones L. P.* formuló demanda con la empresa *Hidroeléctrica ENHER* y *FECSA* por la que solicitaba se condenara a las demandadas solidariamente a efectuar las instalaciones precisas para dotar a las parcelas existentes de la urbanización Las Palmeras de suministro eléctrico, en cumplimiento del compromiso adquirido por la primera demandada. Tras una serie de escritos por los que *ENHER* se disponía a suministrar energía a la Urbanización, tras las pertinentes informaciones por parte de los usuarios, posteriormente *FECSA* se subrogó en sus obligaciones. En primera instancia se desestimó la demanda interpuesta contra *ENHER*, estimándose parcialmente contra *FECSA*. En la Audiencia Provincial formularon recurso de apelación el demandante y *FECSA*, desestimando el del demandante y suprimiendo únicamente la condena de indemnizar de los daños de la demandada. Se declara haber lugar al recurso de casación, afirmando el Tribunal que de la interpretación del documento aparece clara la intención de realizar las obras necesarias por parte de las demandadas del transporte de energía de baja tensión a cada parcela.

NOTA.—La sentencia anotada continua la línea jurisprudencial, comenzada hace una década aproximadamente, por la que se relativiza la regla «in claris non fit interpretatio». Tal y como aclara Coca Payeras (voz «Interpretación de los contratos», *Enciclopedia Jurídica Básica*, pp. 3694 ss., vol. III, Civitas, 1995), se debe afirmar que los términos contractuales son claros únicamente cuando se haya averiguado la intención de las partes. La presunción a favor del sentido literal se debe interpretar en la medida en que tales términos en general responden a la intención de los sujetos intervinientes. (*P. S. S.*)

12. Compensación de créditos. Efectos. Automatismo de la compensación.—El artículo 1202 CC dispone que el efecto de la compensación es

extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores. Ese llamado automatismo de la compensación significa que la neutralización de deudas se produce desde el momento en que concurren los requisitos precisos, pero no que no sea necesario, para compensar, que lo quiera, al menos, uno de los deudores. Exigencia de declaración (cumplida en el caso) que deriva del principio dispositivo rector del proceso civil. Ello no impide, en cambio, como ha reiterado esta sala del Tribunal Supremo, en defensa de un criterio espiritualista, que la compensación legal (la que se produce por aplicación de las normas legales, una vez cumplidos todos los requisitos que las mismas exigen) se oponga, como excepción, aunque no sea nominalmente, al ser bastante con que se invoquen los hechos de los que resulte.

Compensación judicial.—El artículo 1196.4.º CC exige, para que proceda la compensación, que las deudas sean exigibles. Pero es cierto también que la jurisprudencia no impone que todos los requisitos de la compensación (entre ellos, la exigibilidad) concurren al interponer la demanda, pues admite la llamada compensación judicial, la cual se produce cuando no procede la legal solicitada por alguno de sus requisitos y éste se logra durante la tramitación del proceso (SS de 16 de noviembre de 1993, 9 de abril de 1994, 27 de diciembre de 1995 y 17 de julio de 2000). El crédito de la compradora, por los defectos de las mercancías, cuya compensación pretende, no pudo nacer directamente de la reglamentación contractual, sino de su alegada y supuesta infracción por la vendedora, la cual no la ha admitido, razón por la que la exigibilidad de la deuda a la indemnización de daños reclamaba una condena previa u obtenida en el propio proceso, y, por tanto, el ejercicio de una acción declarativa de la violación del contrato por la vendedora.

Resolución contractual.—Tratándose de obligaciones de dar, el deudor ha de entregar la misma cosa convenida y no otra diferente (art. 1166 CC), de modo que incumple cuando falta la necesaria identidad entre la prestación ejecutada y la debida (*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*), cual sucede, cuando la calidad quedó suficientemente determinada en el contrato o norma legal (art. 1167 CC). En tales supuestos, el comprador perjudicado puede reaccionar sin someterse a los breves plazos de las acciones edilicias (S de 26 de octubre de 1990), previstas para otros supuestos. Pero, en el caso enjuiciado, que el plazo de ejercicio de las acciones por saneamiento y por incumplimiento sean distintos, no varía la inadmisión de la compensación de un crédito discutible, no admitido por la deudora y, por tanto, inexigible sin una sentencia declarativa de la infracción contractual. (STS de 15 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Trust Inmobiliario Isleño, S. A.*, cesionaria de un crédito de diez millones de pesetas, del que había sido titular *Superlandia, S. A.*, contra *Elephant, S. A.*, pretende la condena de la deudora a cumplir la prestación objeto del derecho cedido. El derecho de crédito de *Trust Inmobiliario, S. A.*, había surgido de un contrato oneroso celebrado por *Superlandia, S. A.*, dueña de negocio establecido en unos locales que usaba como arrendataria, y *Elephant, S. A.*, interesada en continuar en el mismo tipo de negocio en dichos locales. La primera se obligó a transmitir a la segunda su posición contractual en el arrendamiento y la propiedad del conjunto de maquinaria, instalaciones, mobiliario y mercancías que constituían el medio para la obtención del resultado económico de

la explotación del negocio. *Elephant, S. A.*, demandada por *Trust Inmobiliario Isleño, S. A.*, opuso la excepción de su deuda con determinados créditos de los que afirmó ser titular contra la sociedad cedente. Alega como crédito contra la vendedora su derecho a una indemnización por las mercancías existentes en el supermercado que le vendió *Superlandia, S. A.*, y que estaban caducadas y en mal estado, por lo que no resultaron aptas para ser revendidas. El Juzgado de Primera Instancia declaró compensables sólo algunos de los créditos que había opuesto *Elephant S. A.*, contra *Superlandia, S. A.*, y condenó a la primera a pagar a la cesionaria demandante, *Trust Inmobiliario Isleño, S. A.*, una parte de la suma reclamada en la demanda. La demandada apela ante la Audiencia Provincial y su recurso es desestimado. Ante ello, *Elephant, S. A.*, recurre en casación la sentencia de apelación. (S. M. S.)

13. Improcedencia de la compensación de créditos. Necesario cumplimiento de los requisitos que para la compensación exige el artículo 1196 CC.

—Establece el artículo 1196 CC que para que proceda la compensación es preciso que: *a)* cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro; *b)* que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado; *c)* que las dos deudas estén vencidas; *d)* que sean líquidas y exigibles; *e)* que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificadas oportunamente al deudor.

Innecesario consentimiento del deudor cedido para que la cesión opere.—El contrato de cesión no requiere para su validez y eficacia ni el consentimiento del deudor ni el conocimiento del mismo.

Efectos de la cesión respecto al deudor originario.—El artículo 1527 CC establece que el deudor quedará liberado de la obligación si antes de tener conocimiento de la cesión satisface al acreedor. De este modo si el deudor originario, no teniendo conocimiento de la cesión, paga al acreedor, la deuda queda extinguida, quedando obligado respecto al cesionario desde que tiene conocimiento de la cesión. (STS de 11 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora formula demanda contra la mercantil *T.C., S. A.*, solicitando se le condene al pago de 62.901.733 pesetas, en virtud del crédito que ostenta a su favor derivado de las relaciones comerciales existentes entre ambas sociedades. La sociedad demandada formula reconvencción a través de la cual solicita que se desestime la demanda por quedar extinguida la deuda que se reclama por la actora como consecuencia de la aplicación de la compensación legal, a la vez que solicita se reconozca a su favor un saldo tras la compensación de 2.796.719 pesetas. Las compañías *PTI, S. A.*; *A., S. A.*; *C.A., S. A.*, y *K.A., S. A.*, cedieron su créditos contra la sociedad demandante a favor de la sociedad demandada, lo que supone una cuantía de 65.698.352 pesetas, cesión que tuvo lugar mediante documento privado el 3 de julio de 1992. Tres días más tarde, las cesiones fueron incorporadas a la escritura pública, no siendo notificadas a la sociedad actora hasta el 29 de julio de 1992. Entre tanto, el 10 de julio de 1992, la sociedad demandan-

te instó suspensión de pagos, teniéndose por solicitada la declaración judicial de suspensión de pagos. En la lista definitiva de acreedores se incluyó el crédito cedido a favor de la sociedad demandada por importe de 65.698.352 pesetas, y mediante auto de 29 de enero de 1993 se desestimó la pretensión deducida de la compensación de este crédito con la deuda que mantenía con la sociedad actora por 62.901.733 pesetas, lo que representaba un saldo a su favor de 2.796.619 pesetas, saldo reclamado en la demanda reconvenida presentada.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por la parte actora y estima parcialmente la reconvenición, declarando extinguida por compensación la deuda que reclamaba la sociedad demandante, reconociendo un saldo a favor de la demandada de 2.796.619 pesetas. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad actora, la Audiencia Provincial acuerda estimar el recurso y condena a la sociedad *T.C., S. A.*, a abonar a la actora la suma de 62.901.733 pesetas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Supremo que el contrato de cesión no requiere para su validez y eficacia, ni el consentimiento del deudor, ni el conocimiento del mismo, de suerte que el deudor que quedara al margen de esa operación, podría oponer la compensación que le correspondiere (SSTS de 27 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1993 y 15 de julio de 2002). La sentencia objeto de anotación no parece interpretar de forma adecuada la doctrina de esta Sala, al considerar que no procede la compensación de créditos al precisar la cesión operada del consentimiento del deudor cedido.

Por lo que respecta a la compensación, consideramos acertada la interpretación de la Sala en relación a la imposibilidad de que opere la compensación de créditos pretendida por la cesionaria con motivo de la declaración judicial de la suspensión de pagos, la cual tiene lugar con anterioridad a la notificación de la cesión, no cumpliéndose el requisito exigido por el artículo 1196 CC de que el demandado fuera real acreedor del demandante, ya que ello se produjo con posterioridad a la notificación notarial referida. No procederá, por tanto, la compensación si, como en este caso, no han quedado cumplidos, con anterioridad a la suspensión, los requisitos que el artículo 1196 CC exige para su operatividad. (*L. Z. G.*)

14. Desistimiento unilateral de contrato oneroso y ejercicio de la resolución.—Se ha de distinguir entre el desistimiento unilateral del contrato y el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria contractual. Para determinar la diferencia, es imprescindible formular de manera correcta los hechos que han de tomarse en consideración.

Posibilidad de formulación extrajudicial de la facultad resolutoria. La jurisprudencia considera efectuada la resolución extrajudicial sin que sea necesaria sujeción a forma alguna. Esto no es obstáculo para la necesidad de declaración judicial, postulada por vía de acción (demanda o reconvenición), pero nunca por excepción (SS de 6 de octubre de 2000, 1 de diciembre de 2001, 19 de abril de 2002, 12 de febrero y 10 de junio de 2004). El conte-

nido de dicha declaración judicial determina la conformidad al derecho de la resolución efectuada, concurriendo los requisitos exigibles. Como consecuencia, la decisión judicial «no causa la resolución sino que se limita a proclamar la procedencia de la ya operada» (F 2.º) (SS de 17 de enero de 1986, 15 de noviembre de 1999 y 27 de octubre de 2004.)

Efectos *ex tunc* de la resolución.—Cabe la posibilidad de un reintegro de las partes a la situación inmediata anterior al contrato en los casos distintos a contratos de tracto sucesivo. (STS de 22 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Por la entidad EMISA se presentó demanda contra RTVA solicitando se condenase a ésta al pago de cantidad así como devolución del aval constituido como garantía de cumplimiento de contrato. Por la entidad demandada se formuló reconvención en la que se solicitaba se declarase resuelto el contrato suscrito por ambas partes para la instalación de los sistemas de alimentación de la red digital de transportes de programas de RTVA, abonando a la reconviente RTVA una cantidad en concepto de daños y perjuicios, así como la posibilidad de EMISA de retirar los equipos. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de EMISA y estimó la reconvención, declarando resuelto el contrato suscrito por ambas partes, con la obligación de abonar la cantidad solicitada, así como el retiro de los equipos y sistemas. La Audiencia revocó la sentencia apelada en extremos concretos de la suma abonada. Por EMISA se presentó recurso de casación fundado en la infracción del artículo 1124 CC, así como de la doctrina de la inadmisibilidad del desistimiento unilateral de los contratos onerosos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—Se determina en la sentencia anotada la tesis clásica en torno a la cual la resolución posee efectos *ex tunc*, entendiendo que alcanza a los negocios anteriores, con efecto retroactivo, en relaciones obligatorias con efecto instantáneo, pero no así en los casos de tracto sucesivo, donde la resolución tendrá un efecto *ex nunc*. (P. S. S.)

15. Previsión de la solicitud y concesión de los permisos administrativos.—En el supuesto del arrendamiento de obras no son aplicables los artículos 1583 y 1184 CC, en el caso en que sea imputable al deudor no haber actuado con la diligencia exigible para la obtención de la licencia urbanística.

Interpretación del artículo 1272 CC en supuestos de no obtención de permiso administrativo.—En el supuesto de arrendamiento de obra, el hecho de no haber obtenido la licencia urbanística no determina la ilicitud o inexistencia del objeto, ya que el mismo existe y es lícito siempre que se respete la normativa urbanística.

Imposibilidad jurídica provocada.—La imposibilidad se origina en un momento anterior al contrato, por lo que se aceptan todos los riesgos, y este hecho determina la imputabilidad al que encarga la ejecución de la obra.

Posibilidad de desistimiento del comitente.—No constituye en el caso de la no obtención del permiso por circunstancia conocida anteriormente a la celebración contractual un supuesto de aplicación del artículo 1124 CC. El desistimiento es un acto voluntario, pleno y recepticio, cuya principal conse-

cuencia es la extinción de la relación obligatoria y la indemnización de los daños al contratista (SS de 5 de mayo de 1987, 3 de octubre de 1986, 29 de diciembre de 1995 y 20 de mayo de 1998.)

Diferencia existente entre los artículos 1124 y 1594 CC.—Es inexistente la relación entre el artículo 1124 y el 1594 CC, sin que sea posible su asimilación en cuanto a las consecuencias jurídicas (SS de 7 de octubre de 1982, 8 de junio de 1983 y 4 de febrero de 1997.)

Concepto de gastos en el artículo 1594 CC.—Se determina en este artículo la obligación de indemnizar al contratista de «los desembolsos realizados en la obtención de elementos incorporados o incorporables a la construcción, así como el precio de la obra» (F 2.º) (SS de 13 de mayo de 1995 y 20 de febrero de 1994). Es necesaria la prueba de tales gastos. La finalidad del precepto es combinar la posibilidad de desistimiento del comitente con la imposibilidad de originar daño a la otra parte. (STS de 26 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre las sociedades demandantes *Radio Club 21 y Radio Cataluña* y la sociedad demandada *Construcciones y Excavaciones C.* se celebró un contrato por el que se obligaba a la segunda a la construcción de una torre de comunicaciones, con suministro de materiales. Sin embargo, la obra no pudo ejecutarse al no haberse obtenido la licencia administrativa de instalación, al impedirlo la normativa urbanística, puesto que los terrenos donde iba a ser construida ya existía otra torre, con lo que resultaba zona limitada. La demandante exige a la sociedad constructora demandada el pago de determinada cantidad correspondiente a lo entregado de acuerdo con el contrato no llevado a cabo, basándose en la negligencia de la constructora por no haber realizado gestión alguna para la obtención de la licencia. La demandada reconvinó solicitando el pago de los gastos realizados, indemnización de daños y perjuicios y la existencia de un derecho de retención. En primera instancia se desestimó la demanda, porque del clausulado del contrato no se hacía referencia a obligación alguna, estimando parcialmente la reconvencción, obligando al pago de cantidad. En la Audiencia se desestimó el recurso de apelación. Se presentó recurso de casación con base en la interpretación errónea de los artículos 1184, 1258 y 1272, y 1544, 1583, 1588 y 1594 CC. Por el Tribunal Supremo se declaró no ha lugar.

NOTA.—La presente sentencia resuelve atendiendo a un contrato perfecto, y parece trasladar el perjuicio de la no concesión de licencia al comitente. Este caso se ha resuelto de muy diversas formas en situaciones parecidas o similares. En la S de 17 de febrero de 1997 se alegaba la existencia de causa ilícita por la no obtención de la licencia administrativa de apertura de local, rechazada por el Tribunal que determinó la acción de resolución como la pertinente en el caso. Por otro lado, el Tribunal no alude a la problemática en torno al objeto del contrato, a su extracomercialidad o licitud, afirmando sin planteamiento alguno la existencia del mismo. (P. S. S.)

16. Resolución de contrato de compraventa. Calificación como mejora del aumento del valor del terreno como consecuencia de la modi-

ficación del planeamiento urbanístico.—Junto a los efectos liberatorios de la resolución, es necesario concretar los efectos restitutorios que, en caso de prestaciones ejecutadas, necesariamente conducen a restituir o reintegrar dichas prestaciones. En este punto es parco el tenor literal del artículo 1124 CC que sólo atiende a los efectos frente a los terceros (párrafo cuarto), de modo que el Tribunal Supremo procede a aplicar el artículo 1123 CC, previsto para las genuinas condiciones resolutorias, así como, por remisión, el artículo 1122 CC (SSTS de 24 de febrero de 1988 y de 5 de febrero de 2002). Puesto que las mejoras del solar no se han ejecutado a expensas del deudor, supuesto en el que le corresponderían los derechos que el artículo 487 CC reconoce al usufructuario, ni tampoco puede considerarse como un fruto civil o natural de ella, su régimen es el previsto en el número 5 del mencionado artículo 1123, conforme al cual dicho aumento del solar como resultado del planeamiento urbanístico ceden a favor del acreedor de la prestación de restitución, esto es del vendedor. Como ha señalado con anterioridad el Tribunal Supremo en supuestos de resolución, «supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido... en cuanto que la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal y como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 CC al que expresamente se remite el artículo 1124, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1301, y para los supuestos de condición resolución expresa en el artículo 1123» (FD 2.º STS de 5 de febrero de 2002, con cita de la STS de 17 de junio de 1986).

Si bien con la condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios el Juez de Primera Instancia intentó compensar el aumento del valor del solar como resultado del planeamiento urbanístico, con los intereses de la parte del precio ya recibido, el aumento del valor no es resultado de la actuación de la parte compradora, que «en nada se ha empobrecido, y de él, además no ha querido beneficiarse, pues ha incumplido voluntariamente la obligación de pago del precio aplazado» (FD 1.º). (STS de 1 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. y doña J. habían procedido a la venta de un solar a favor de la entidad mercantil *Construcciones M, S. A.* Tras ciertas vicisitudes, los vendedores demandaron a la parte compradora solicitando se declarase judicialmente la resolución del mencionado contrato de compraventa, solicitando al mismo tiempo la entrega de la posesión de la cosa, así como el pago de una indemnización, cuya cuantificación se deja a fase de ejecución, en concepto de daños y perjuicios, reteniendo los actores a cuenta de dichos preceptos los diez millones de pesetas recibidos hasta el momento a cuenta. Contestada la demanda por los demandados, estos formularon demanda reconventional solicitando de igual modo la resolución del contrato de compraventa, así como la condena a la devolución de la cantidad entregada a cuenta más los intereses legales, así como una indemnización en concepto de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia declaró resuelto el contrato de compraventa, condenando, de una parte, a la parte compradora, a la restitución del solar y de otra, a la devolución de la cantidad entregada más los intereses legales desde que dicha cantidad se entregó. Recurrida en apelación, confirmó la de primera instancia en cuanto

a la resolución, pero desestimó íntegramente la demanda reconvenional. Los demandantes interpusieron recurso de casación alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 1124 CC y de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el Tribunal Supremo viene a analizar y concretar los efectos restitutorios como consecuencia de la resolución de un contrato de compraventa sobre un solar que, en el momento de la resolución, ha incrementado considerablemente su valor como consecuencia de su calificación urbanística. El Tribunal Supremo califica como mejora de la cosa el aumento del valor del solar como consecuencia del planeamiento urbanístico, mejora que reconoce a favor del vendedor, por aplicación de los artículos 1123 CC y por remisión, del artículo 1122, en concreto del número 5, como ya hizo en otras sentencias anteriores como la de 5 de febrero de 2002. El término mejora en la sentencia que anotamos responde, tal y como la doctrina lo ha definido, «al resultado de aquella conducta o serie de operaciones jurídicas o materiales que tiene por objeto aumentar de manera estable y relevante el valor de la cosa» (*Cabanillas Sánchez, A.*, voz «Mejora», en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1991, pp. 4255-4257), sin que la misma, como sucede en este supuesto, haya sido necesariamente el resultado de la actuación de aquel que la posee (arts. 487-488 CC, en sede de usufructo; art. 1573 CC, con relación al contrato de arrendamiento, y art. 1652 CC, para los censos). (*R. D. O.*)

17. Los daños por lucro cesante. Requisitos que han de concurrir para que proceda la indemnización de los mismos.—Para el Tribunal Supremo el lucro cesante tiene una significación económica a través de la cual se pretende obtener la reparación de las ganancias dejadas de recibir, concepto distinto de los daños materiales, de modo que ambos conceptos deben cubrir el quebrantamiento patrimonial sufrido por el perjudicado. Pero en cualquier caso «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 recibido y no ha sido así» (FD 2.º). En la reclamación de los daños por lucro cesante ha de probarse necesariamente el hecho con cuya base se reclama la indemnización, así como el nexo causal entre el «*hecho 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 de 21 de octubre de 1996)*» (FD 2.º).

Admisión del recurso de casación sobre una cuantía inferior a seis millones.—Para la determinación de la cuantía a efectos de la admisión o inadmisión del recurso de casación, dos son los criterios con base a los cuales puede resolver la Sala de Admisión: bien atendiendo a la cuantía sobre la que versa el propio recurso de casación, como en las SSTS de 23 de abril de 1994, 10 de mayo de 1995, 25 de marzo y 21 de octubre de 1996, 15 de febrero y 23 de mayo de 1997). O entendiendo que la cuantía atendible es aquella sobre la que versó la segunda instancia, «para evitar así la anomalía de que una misma sentencia pueda ser recurrida en casación por una parte pero no

por la otra», lesionando así al principio de igualdad procesal entre las partes (FD 1.º). (STS de 7 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 19 de abril de 1996, don J. R. y don M. V., en calidad de Presidente y Secretario, respectivamente, de la *Orquesta Ciudad X*, suspendieron de sus funciones al entonces director de la misma don J. Z. por un período de ocho meses, el cual demandó a la mencionada formación musical solicitando la declaración de nulidad de dicho acuerdo, así como una indemnización por los daños y perjuicios que sufrió el demandante. Estimada parcialmente dicha demanda en Primera Instancia, se declaró la nulidad del mismo pero se desestimó la demanda en lo relativo a la indemnización. Recurrida en apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial confirmó el fallo en cuanto a la declaración de nulidad e igualmente condenó a la parte demandada a abonar a don J. Z. las retribuciones que le hubieren correspondido al demandante desde la fecha del acuerdo hasta el día 8 de junio de 1996, fecha en la que se celebró una reunión de la Asamblea General y se repuso al director en su puesto. La parte demandada interpuso recurso de casación alegando entre sus motivos la infracción del artículo 1106 CC, al considerar que las cantidades que hubiere recibido el demandante no era en modo alguno remuneratoria, dado el carácter altruista de la asociación y sus asociados, sino indemnizatorias por las molestias que se puedan ocasionar con motivo de la asistencia a los ensayos y conciertos, asumiendo en cualquier caso los que se deriven de desplazamiento, alojamiento o manutención cuando los mismos tenían lugar fuera de la localidad.

NOTA.—El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia rigorista y criterio restrictivo para apreciar el lucro cesante, siendo imprescindible en cualquier caso la prueba de «los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido» (FD 2.º). (R. D. O.)

18. Indemnización de daños y perjuicios. Artículo 1106 CC. Cálculo.

A la hora de calcular los daños indemnizables, deben tenerse en cuenta los realmente ocasionados. En virtud del artículo 1106 CC, los daños alcanzan tanto el valor de las pérdidas como el de las ganancias que se haya dejado de obtener.

En el caso concreto, las pérdidas eran evidentes, dado que los sótanos albergaban menos plazas disponibles de las proyectadas; en cuanto a los beneficios, se determinaron por la ganancia derivada de la comercialización de todos los aparcamientos proyectados. El Tribunal concluyó que la pérdida real que sufrió la mercantil demandante era el valor en el mercado de los garajes de los que no pudo disponer, atendiendo al precio medio de comercialización en el momento en que la obra fue finalizada y puesta a disposición de la propiedad para su utilización más conveniente. (STS de 13 de junio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—*Intarem, S. L.* (demandante), encargó a un arquitecto (demandado) la edificación de un inmueble, adquirido por permuta de tres plantas y dos sótanos destinados a aparcamiento. En éstos se proyectó la ubicación de treinta plazas de garaje, quince en

cada una de las plantas. El arquitecto redactó el proyecto básico y el proyecto ejecutivo, ambos visados por el Colegio, y asumió la dirección de la obra.

Una vez ejecutada y entregada la obra, se comprobó que era materialmente imposible distribuir en cada sótano las quince plazas asignadas, ya que los vehículos no podían maniobrar cuando se producía la ocupación.

La sentencia de instancia determina la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del arquitecto, estableciendo como base del cálculo la diferencia entre la permuta realizada y la que hubiera podido tener lugar conociendo el número real de plazas que podía albergar cada sótano. La demandante recurre en casación alegando como único motivo incongruencia de la sentencia, debida a la mencionada fijación de las bases de cálculo. (B. F. G.)

19. Moderación de la pena por cumplimiento parcial. Cláusula penal moratoria.—«La jurisprudencia reiterada declara que la moderación procede cuando no se trata de incumplimiento total y sí cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida. El artículo 1154 CC contiene un mandato imperativo para el Juez en el sentido de proceder a moderar equitativamente la pena pactada por los contratantes en los supuestos de cumplimiento parcial, siendo conforme a la equidad, dadas las circunstancias del caso y apreciación discrecional de las concurrentes» (FJ 1.º, STS de 27 de abril de 2005). (STS de 27 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Construcciones J. V. Q., S. A.*, formula la demanda en virtud de la cual solicita se condene a la demandada a abonar a la parte actora la suma de 38.060.122 pesetas, parte del precio de las obras realizadas y materiales suministrados al demandado, más los intereses legales. La sociedad demandada *B. L. O., S. L.*, formula reconvencción a través de la cual solicita resolución del contrato de fecha 8 de enero de 1992 suscrito entre las partes e indemnización por daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y desestima la reconvencción formulada de contrario, condenando a la parte demandada al abono de la suma de 20.060.122 pesetas, de la cual deberá deducirse el importe de las obras de urbanización que queden pendientes. Ambas partes procesales interponen recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima en parte la demanda y la reconvencción, condenando a la entidad mercantil *B. L. O., S. L.*, al pago de la suma de 20.060.122 pesetas. La entidad mercantil *B. L. O. S. L.*, interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Tradicionalmente se ha considerado que en los supuestos de retraso en el cumplimiento resulta posible hablar de cumplimiento irregular a efectos de la aplicación del artículo 1154 CC, siendo reiterados los casos en los que los Jueces y Tribunales han moderado las penas moratorias en base a dicho cumplimiento (SSTS de 29 de enero de 1992 y 2 de noviembre de 1994). Sin

embargo, en sentencias posteriores el Supremo deja de moderar las cláusulas penales moratorias al hallarse prevista la moderación solamente para los supuestos de cumplimiento parcial o irregular de la obligación, supuesto inconciliable con el mero retraso. En los supuestos de entrega fuera del plazo previsto en el contrato no cabe la posibilidad de aplicar a la cláusula penal pactada la facultad moderadora por tratarse de un supuesto de efectivo incumplimiento total (SSTS de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 7 de febrero de 2002 y 29 de marzo de 2004).

La sentencia que anotamos se pronuncia a favor de la moderación de la cláusula penal moratoria, al entender que nos encontramos ante un supuesto de cumplimiento irregular por tratarse de una obra ejecutada y debidamente aprovechada, volviendo así al criterio jurisprudencial tradicional que calificaba la conducta del deudor como un supuesto de cumplimiento irregular. Por tanto, el Supremo, en este supuesto, acogiendo al mandato imperativo contenido en el artículo 1154 CC procede a moderar la pena por tratarse, a su juicio, de un cumplimiento irregular.

Si tenemos en cuenta que la pena ha sido pactada para el caso de retraso, su reducción parece ir en contra de lo querido por las partes. A ello se une que, generalmente, la cuantía de la sanción suele fijarse en proporción a los días de retraso, por lo que puede entenderse que existe una base segura para determinar la cuantía de la indemnización, sin necesidad de aplicar la moderación establecida en el artículo 1154 CC (*cf.* Espín Alba, I., *La cláusula penal*, Madrid, 1997, p. 88). Las partes contemplan la pena pensando no en un incumplimiento total sino en atención al supuesto de mora, por lo que, en caso de moderarse la cláusula, podría infringirse el principio de autonomía privada (*cf.* Mas Badía, M., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995, p. 122; Espín Alba, I., *La cláusula penal, op. cit.*, p. 89). (L. Z. G.)

20. Moderación judicial: cláusula penal en contrato de obra. Inexistencia de incumplimiento total. Obra ejecutada y aprovechada por el arrendatario. Enriquecimiento sin causa.—La sentencia aceptó la fijación del importe de la cláusula penal que el Juzgado, con las facultades moderadoras que autoriza el artículo 1154 CC, estableció en dieciocho millones de pesetas y al efecto tuvo en cuenta que la obra fue entregada hace cinco años, sobre finales de 1994 y explotada por la recurrente, por lo que, si el contratista tuviera que abonar cien millones de pesetas, ello resultaría injusto y se presentaría como supuesto de claro enriquecimiento sin causa, a lo que cabe añadir que la propiedad no abonó el precio total de la obra y que, por ello, hubo de ser demandada. El motivo no procede, pues si la obra fue aceptada y se vienen utilizando con provecho las instalaciones, evidencia que no están afectadas de graves defectos estructurales ni esenciales y el contrato no se declaró resuelto, como se pidió en reconvencción. La jurisprudencia reiterada declara que la moderación procede cuando no se trata de incumplimiento total, sino que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida, que es el caso de autos al tratarse de obra ejecutada y debidamente aprovechada.

El artículo 1154 CC contiene un mandato imperativo para el Juez, en el sentido de proceder a moderar equitativamente la pena pactada por los contratantes en los supuestos de cumplimiento parcial, siendo conforme a la equidad, dadas las circunstancias del caso y apreciación discrecional de las concurrentes (SSTS de 10 de marzo de 1995 y 22 de septiembre de 1997). **(STS de 27 de abril de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Construcciones *Jesús Villar Quintana, S. A.*, deduce demanda contra la *Cía. Mercantil López Ortiz, S. L.*, solicitando el pago de 38.060.122 pesetas como precio adeudado por la obra edificativa a favor de la recurrente, en virtud del contrato privado de 8 de febrero de 1992 y que consistía en la construcción de una nave industrial con dos viviendas e incluso oficinas. La sentencia recurrida estimó en parte la demanda y condenó a la demandada recurrente a satisfacer la cantidad adeudada de 20.060.122 pesetas. Recurren en apelación tanto demandante como demandada. El recurso de la demandada es desestimado y el de la demandante estimado parcialmente. La demandada formaliza recurso de casación contra la sentencia de apelación en base aun solo motivo en el que denuncia la aplicación indebida del artículo 1154 CC y doctrina jurisprudencial. Se solicita que se incremente la cantidad que corresponde en concepto de penalización por demora de la obra, de conformidad con la cláusula octava del contrato suscrito entre las partes el 8 de febrero de 1992 y según la cual: «A partir del 20 de abril de 1992, cada día que se retrase la terminación de la nave y la oficina se penaliza con 300.000 pts/día, salvo paralización por falta de personal o fuerza mayor». (S. M. S.)

21. Las indemnizaciones por despido no son equiparables a los créditos salariales.—En efecto, las indemnizaciones por despido no tienen el carácter de contraprestación laboral y, por tanto, no están amparadas por la garantía y privilegio que establece el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980. **(STS de 21 de junio de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—El *Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)* ejercitó tercería de mejor derecho contra la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba* y la *Compañía Española de Ingeniería, S. A.*, respecto de un crédito del tercerista. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró el mejor derecho de *FOGASA* para hacer efectivo su crédito con preferencia al de la Caja de Ahorros. Ésta interpuso recurso de apelación ante el Tribunal provincial que fue estimado en el sentido de revocar la resolución dictada por el Juez de Primera Instancia. *FOGASA* formalizó recurso de casación ante el cual el Tribunal Supremo declaró no haber lugar.

NOTA.—El artículo 32 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, fue modificado por la Ley de 11 de mayo de 1994, en el sentido de atribuir a las indemnizaciones por despido la misma consideración que los créditos salariales. Actualmente, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 25 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores que ha derogado el del año 1980, recoge esa equiparación en su artículo 32.3. (J. D. S. C.)

22. Novación contractual. Requisitos. Se desestima en el caso.—La recurrente alega que los contratos posteriores al de precio 215.000.000 suponen una novación consecutiva del primero. Y, por tanto, de aplicación preferente. Pero el Tribunal Supremo desestima la alegación y considera que no ha existido voluntad de novar al no haberse producido alteración esencial de los elementos estructurales del contrato donde se señalaba como precio la suma de 215.000.000 de pesetas, pues las modificaciones introducidas en el que marcaba la cantidad de 260.000.000 de pesetas para dicha finalidad no tienen virtualidad suficiente para originar el efecto aducido en el motivo.

Sobre la materia, el Tribunal Supremo afirma que esta Sala ha declarado: *a)* la voluntad tácita de novar se induce de la incompatibilidad entre ambas convenciones, que ha de ser apreciada por el Juzgador, según las circunstancias de cada caso; *b)* la novación, que es una renuncia de derechos, no se presume y debe constar de forma expresa o por incompatibilidad entre ambas obligaciones, tanto si es extintiva, como modificativa, por lo que no puede declararse en virtud de presunciones, por muy razonables que sean; *c)* la novación significa la sustitución de un convenio por otro, por lo que ha de constar con toda claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque también puede deducirse de la incompatibilidad de ambas obligaciones; *d)* corresponde a los Tribunales de instancia la determinación de si existe incompatibilidad entre ambas obligaciones, o, si no existe, habrá modificación de la obligación; *e)* las cuestiones relativas a los hechos determinantes de la novación son facultad del tribunal *a quo*; *f)* el artículo 1204 CC prevé la posibilidad de novación en forma tácita, fundada en la incompatibilidad de obligaciones, en tal manera que la primera contraría a la anterior de forma terminante o se produzca una variación muy acusada de las condiciones principales, atendiéndose en cada caso concreto a las circunstancias concurrentes, pero corresponde a los Tribunales de instancia decretar si se da la incompatibilidad que establece el referido precepto (*cf.* jurisprudencia citada al respecto). (STS de 4 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de enero de 1993 se concluyen tres contratos sobre los mismos objetos (fincas registrales urbanas sitas en jurisdicción de Barañain, Polígono III, solares 11, 12, 13, 14 y 20), vinculando a las sociedades mercantiles litigantes, *Golman, S. L.*, y *Promociones Alloz Vivienda, S. L.* Únicamente existe una variación sobre el contenido, relativa a una cláusula respecto a la «bajera» de unos 700 metros cuadrados, que habría de construirse sobre las fincas objeto de venta, de la cual, la sociedad vendedora, en todo caso, se reservará el 75% de su superficie, transmitiendo la cuarta parte restante a la sociedad compradora. El precio de los tres contratos, de iguales fecha y objeto, varía sustancialmente en el precio (215.000.000 de pesetas, en el primero de ellos; 150.000.000 en el segundo y 260.000.000 en el tercero). Como efectiva integración de la voluntad convencional, con igual fecha, los legales representantes de las sociedades mercantiles compradora y vendedora suscribieron un a modo de «recibo» o, más precisamente, «documento de constitución de depósito». Los reunidos indican que entregan en depósito a un tercero un sobre cerrado, lacrado y firmado por ellos, para que este tercero diese distintos destinos al sobre en caso de que se firmase escritura de compraventa de los locales antedichos o en

caso de que no fuese firmada por culpa de uno o de otro de los contratantes.

El recibo se incluyó sólo en el sobre que correspondía a uno de los contratos (el de precio 215.000.000 pesetas).

Promociones *Alloz Vivienda S. L.*, demandó a *Golman S. L.*, e interesa declaración de que el precio de la compraventa celebrada el 21 de enero de 1993 fue de 215.000.000 de pesetas o, subsidiariamente, de 150.000.000 de pesetas, de los que, en todo caso, fueron satisfechos 10.000.000 en el momento de otorgamiento del documento privado, con la condena a la demandada a otorgar escritura pública de compraventa de los solares descritos, en el precio que se fije en sentencia.

El Juzgado acoge la demanda y la sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. *Golman, S. L.*, interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. (*S. M. S.*)

23. Existencia de novación de contrato por incompatibilidad de clausulados.—Señala el artículo 1203 CC que «Las obligaciones pueden modificarse: 1.º variando su objeto o condiciones principales; 2.º sustituyendo la persona del deudor; 3.º subrogando a un tercero en los derechos del acreedor». Sin embargo, para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, deberá declararse expresamente o existir total incompatibilidad entre la antigua obligación y la nueva (art. 1204 CC).

Imposibilidad de que el nuevo contrato obligue al fiador al no haber firmado la modificación.—Resultando el primer contrato denominado de «concesión de distribución», que había sido firmado por las partes que lo conciertan y el fiador, totalmente incompatible en lo que respecta a su período de vigencia y al objeto del mismo con el nuevo contrato (denominado «anexo del primero») firmado únicamente por las partes contratantes y no por el fiador, no puede entenderse que el nuevo contrato obligue al fiador, ya que la fianza no puede extenderse a más de lo contenido en ella (art. 1827.1 CC). (**STS de 21 de junio de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de junio de 1986, la Compañía demandante celebra un contrato de «concesión de distribución» con la mercantil *H. L., S. A.*, siendo el mismo firmado por las partes que lo conciertan y por un fiador: la mercantil *L. C., S. A.* El 31 de diciembre de 1967 las partes contratantes celebran un segundo contrato («anexo del primero»), mediante el cual se modifica el clausulado relativo a la vigencia del contrato y al objeto del mismo. El fiador no firma esta modificación.

La parte actora interpone demanda contra la sociedad contratante *H. L., S. A.*, y la sociedad fiadora *L. C., S. A.*, sobre reclamación de cantidad. El Juzgado estima la demanda y condena a la demandada *H. L., S. A.*, al pago de de la cantidad reclamada más intereses legales, absolviendo a la codemandada *L. C., S. A.*, de los pedimentos formulados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial condena a la codemandada *L. C., S. A.*, como obligada solidaria al pago de la cuantía solicitada. La mercantil *L. C., S. A.*, interpone recurso de casación, el cual viene a ser estimado.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de la posible responsabilidad solidaria de la sociedad fiadora, en un supuesto en el cual, producida una modificación en el clausulado del primer contrato a través de la celebración de un segundo contrato, el cual, a diferencia del primero, han firmado únicamente las partes contratantes y no la sociedad fiadora, dichas cláusulas estipuladas en el segundo contrato son del todo incompatibles con el primero. Hay que tener en cuenta que el objeto de la reclamación deriva de unas ventas de productos fuera de los plazos de vigencia del primer contrato, único que obliga al avalista, tratándose además de productos no especificados como contenidos en el objeto de primer contrato. Es por ello, que las obligaciones que han sido asumidas entre concedente y distribuidor, por tratarse de facturas impagadas en relación a productos suministrados por la actora que no figuran en el segundo contrato, no pueden afectar al fiador al no haber sido expresamente afianzadas por éste (art. 1827 CC). (L. Z. G.)

24. Novación extintiva. Inexistencia. Compromiso de no ejercitar acciones derivadas de condición resolutoria expresa e inscrita antes de una hipoteca hasta que el Banco se adjudique la finca en procedimiento de ejecución hipotecaria y pague el precio aplazado con sus intereses al vendedor favorecido por la cláusula.—El recurrente, en primer término, sostiene que la renuncia al ejercicio de las acciones resolutorias y la asunción de la deuda por el banco o el tercero adjudicatario de la finca habían producido la novación extintiva de la primitiva obligación, por sustitución de la persona del deudor. Según reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, para apreciar novación extintiva se exige la clara constancia de una voluntad en tal sentido o la evidencia de la incompatibilidad entre las obligaciones antigua y nueva y, además de haber distinguido, en S de 21 de mayo de 1997, la novación extintiva por cambio de deudor de la asunción de deuda, carente de efectos extintivos, lo cierto es que ni hubo renuncia incondicional al ejercicio de las acciones derivadas de la condición resolutoria de la venta, sino compromiso de no ejercitarlas a expensas de lo que sucediera en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ni el compromiso del Banco determinaba la liberación del primitivo deudor, esto es, la compradora de la finca, sino la adición de un nuevo obligado que reforzaba la garantía del pago, a modo de asunción de deuda cumulativa y carente de efectos extintivos.

Obligación condicionada. Condición suspensiva. Condición positiva potestativa con indeterminación temporal. Diferencia con obligación sujeta a plazo. Transcurso del tiempo que verosimilmente se hubiera querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación, sin que se produzca el acontecimiento futuro e incierto.—De los hechos probados no se desprende ninguna obligación a plazo del Banco, sino el compromiso de la vendedora de no ejercitar la acción resolutoria si reproducía un determinado acontecimiento, cual era una ejecución hipotecaria promovida por el Banco y cuyo resultado final fuera la adjudicación de la finca al propio Banco o a un tercero. Se trataba de un hecho incierto, en cuanto no podía asegurarse que llegara a producirse, y, en consecuencia, su errónea calificación por la recurrente como plazo, cuando lo correcto sería considerarlo condición. De ahí

que la perspectiva adecuada sea la de la condición positiva potestativa con indeterminación temporal a la que, según la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también es aplicable el artículo 1118 CC y, por tanto, la consideración de no cumplida, si transcurre el tiempo que verosíblemente se hubiese querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación, sin que se produzca el acontecimiento futuro e incierto; tiempo que, en el caso examinado, merece calificarse hasta de exagerado y cuyo transcurso fue debido a las sucesivas y clamorosas negligencias del Banco hoy recurrente, que quedan reflejadas en los hechos probados. (STS de 14 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El Banco Exterior de España, S. A., pretende que se declare que una de las demandadas (*Asociación Mixta de Compensación del Polígono Industrial de Arinaga*), vendedora a la otra demandada (*Envases Metálicos Canarios*) de una finca bajo condición resolutoria expresa e inscrita en garantía del precio aplazado, al comprometerse, mediante convenio con el Banco, a no ejercer las acciones derivadas de las cláusulas resolutorias contenidas en el contrato de compraventa, había renunciado a ellas, y que, como consecuencia de tal renuncia, el Banco había asumido la obligación de pagar la deuda pendiente por la venta, aunque supeditando el pago a la adjudicación de la finca en el procedimiento hipotecario a iniciar por el propio Banco, de suerte que, una vez adjudicada ya la finca al Banco demandante, éste venía obligado a satisfacer a aquella vendedora la deuda pendiente, cuyo importe había consignado con los consiguientes efectos liberatorios, y la vendedora a otorgar la correspondiente escritura de cancelación de la condición resolutoria explícita contenida en la escritura de venta de 23 de junio de 1981. La petición es estimada en primera instancia. La sentencia es apelada por las demandadas y la Audiencia Provincial entiende que ha lugar y revoca la resolución del Juzgado de Primera Instancia. El Banco interpone recurso de casación. (S. M. S.)

25. Existencia de asunción de deuda acumulativa o de refuerzo.—Es doctrina reiterada del Supremo que la asunción de deuda se hace por la intromisión de un nuevo deudor en la relación obligacional de pago de un contrato en el que no es parte el que asume tal compromiso, lo que no requiere la liberación del primitivo deudor, sino que se adhiere con vínculo solidario a la obligación contraída por éste. La asunción de deuda acumulativa no se encuentra dentro de las previsiones del artículo 1205 CC, ni de las figuras delimitadas en los artículos 1203 y 1204 CC, ya que no se extingue ni modifica la obligación prístina, la cual se mantiene intacta, sino que lo que sucede es que se añade una nueva obligación contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago. Esta obligación precisa para su vinculación la aceptación expresa o tácita del acreedor (FJ 3.º, STS de 29 de abril de 2005). (STS de 29 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. A. C. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don J. A. R. y don J. V. E., solicitando se condene a los demandados a abonar al demandante, con carácter solidario, la suma de 8.000.000 de pesetas más intereses

legales. La cuestión objeto de debate se centra principalmente en determinar si el codemandado, don J. V. E. adeuda o no al actor la citada suma, al figurar como aceptante, junto al otro demandado, de dos letras de cambio, en que figura como librador el demandante. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La sentencia es confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia. Don J. V. E. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de determinar si don J. V. E. adeuda al actor la cantidad de 8.000.000 de pesetas, al aceptar, junto al codemandado, dos letras de cambio en que figura como librador el demandante. Alega el recurrente que, al no haber expresado su voluntad de asumir acumulativamente la deuda, no es posible hablar de asunción acumulativa de deuda, tratándose, por tanto, de la firma de dos letras de favor o de complacencia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que sólo podemos hablar de letras de complacencia cuando hubiera quedado demostrado que los librados aceptantes no mantenían relaciones comerciales directas con el librador, cosa que aquí no ocurre, ya que se prueba que existían relaciones comerciales entre los codemandados al existir otras letras de cambio firmadas por el recurrente. Queda claro que el recurrente firmó las letras de cambio objeto de autos con la finalidad de reforzar el crédito de que pudiera disfrutar el otro codemandado, lo que supone la existencia de una asunción acumulativa de deuda. (*L. Z. G.*)

26. Contrato de compraventa de solar. Cláusula contractual relativa al pago del Impuesto de Plusvalía por parte de los vendedores. Incumplimiento de la misma.—El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que son lícitos, desde el punto de vista civil, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, aquellos pactos y acuerdos que tengan por objeto la traslación del pago del impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana al adquirente, si bien la liquidación del mismo ha de notificarse al transmitente, por tratarse de la persona obligada al pago en concepto de contribuyente (SSTS de 23 de junio de 1986; de 16 de noviembre de 1988; de 20 de junio de 1994 y de 30 de diciembre de 1998), puesto que conforme al artículo 31 de la Ley General Tributaria, el contribuyente no pierde tal condición (SSTS de 5 de noviembre de 1991, 5 de noviembre de 1993 y 9 de julio de 1994).

El perjuicio a la imagen de la empresa como daño a la imagen o daño moral. Indemnización «global» por los daños derivados del embargo, y de la anotación preventiva de embargo.—Si bien el derecho al honor reconocido como derecho fundamental deriva de la dignidad humana, sin embargo su carácter eminentemente personalista no excluye la extensión de su garantía a las personas jurídicas, en concreto a las sociedades mercantiles, puesto que «admitido que el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección, no existe razón para excluir de la misma a las sociedades mercantiles en el desenvolvimiento de sus actividades» (FD 1.º, STS de 15 de abril de 1992), así como la protección de las mismas a través de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar

y a la Propia Imagen (SSTS de 9 de diciembre de 1993, 5 de abril de 1994 y 9 de octubre de 1997, 11 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2005 y 9 de julio de 2006; en sentido contrario, excluyendo dicha protección por el carácter de ente público de la persona jurídica, STS de 21 de julio de 2006). Aun cuando la Constitución Española no contiene mención alguna a la protección más que del honor, del prestigio profesional, a diferencia de otras Cartas Magnas como la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal Constitucional igualmente se pronuncia a favor de la extensión de la protección constitucional de los derechos consagrados en el artículo 18 CE a las personas jurídicas (STC de 26 de septiembre de 1995). (STS de 29 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de diciembre de 1988, don M., don J. y don S. vendieron a la entidad A, S. A., cuatro fincas urbanas contiguas entre sí, tomando, en aquel momento, la parte compradora posesión de la misma, así como subrogándose en el préstamo hipotecario que gravaba la finca. Posteriormente, el día 28 de abril de 1989, las partes elevaron a escritura pública dicha compraventa, escritura en la que además se procedió por los titulares registrales a la agrupación de dichas fincas, formando una única finca registral, pactándose, entre otros extremos como la hipoteca anteriormente mencionada, que «todos los gastos que se ocasionaren con motivo de dicha escritura serán satisfechos con arreglo a ley, siendo, por tanto, el Impuesto de Plusvalía de cargo de los vendedores». La parte vendedora incumplió con dicha obligación, por lo que la entidad compradora tuvo que soportar la correspondiente reclamación de la Administración competente, el posterior embargo de la finca, así como la anotación preventiva del mismo, su levantamiento mediante la prestación de un aval por el adquirente, así como las correspondientes reclamaciones administrativa como jurisdiccional. La parte compradora demandó a los vendedores solicitando que se les indemnizara por dichos conceptos, así como por el daño que la imagen de la empresa sufrió con dicho embargo. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados al pago de la cantidad de un millón a tanto alzado en concepto de daños sufridos durante el embargo, dado el perjuicio que sufrió la entidad dedicada a los negocios inmobiliarios; los gastos judiciales abonados en los recursos administrativos y contencioso-administrativo. La parte demandada interpuso recurso de casación, alegando entre otros motivos, la infracción de los artículos 1091, 1101, 1281 y 1283 CC, así como la jurisprudencia de esta Sala relativa a la ausencia de daño como consecuencia de una anotación preventiva de embargo.

NOTA.—EL Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos, vuelve a plantear el problema de la eficacia frente a la Administración de acuerdos entre las partes que vienen a determinar quién ha de asumir el pago de impuestos y tributos, en este caso, la denominada plusvalía, sobre la vigencia del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. El hecho de que dicha cláusula sea

habitual o usual no representa en nuestra opinión ningún uso o costumbre como señala el ponente en el FD 3.º, ni que la cláusula contractual en virtud de la cual comprador y vendedor establecen que será este último el que asuma la plusvalía, «derogue así cualquier costumbre o uso en contrario». En materia de daños indemnizables, el Tribunal Supremo continúa con la línea jurisprudencial que ha mantenido en sentencias anteriores (entre otras, S de 9 de mayo y 25 de junio de 1984, 24 de septiembre de 1986, 31 de mayo de 2000 y 17 de febrero y 28 de marzo de 2005) favorable a indemnizar el daño moral que pudiera producirse por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual. Sin embargo, más que daño moral consideramos que el daño indemnizable es del descrédito o desmerecimiento que el nombre de dicha entidad sufre como del embargo y la anotación preventiva del mismo, más que el daño moral entendido, si el mismo lo entendemos referido, en un sentido estricto, a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísicos resultantes de lesiones a derechos de la personalidad (Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, pp. 328-329; Rodríguez Guitián, «Comentario a la STC 139/1995, de 26 de septiembre», *ADC*, fascículo II, 1996, pp. 801 ss.) (*R. D. O.*)

27. Compraventa. Vicios ocultos.—El Tribunal Supremo determina que no procede acordar la resolución del contrato por la existencia de vicios ocultos cuando la parte demandante conocía o debía conocer el estado del material adquirido atendiendo a su pericia como especialista del sector. (**STS de 29 de junio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Aspica Constructora, S. A.*, interpone juicio de menor cuantía contra la entidad *Carpintería Metálica Mayoral, S. L.*, solicitando se declare la resolución del contrato firmado entre ambas y que se condene a la demandada a abonar una determinada cuantía por incumplimiento de contrato.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente las pretensiones de la parte actora condenando a la parte demandada al abono de una determinada cantidad económica. *Carpintería Metálica Mayoral, S. L.*, recurre en apelación.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia. *Aspica Constructora, S. A.*, recurre en casación. (*A. V. G.*)

28. Contrato de arrendamiento de local de negocio. Necesidad de obras de reparación del local e imposibilidad de disponibilidad del mismo hasta la finalización de las mismas. Reclamación de las rentas hasta dicho momento en concepto de indemnización por alquileres dejados de percibir.—Una vez finalizada la relación arrendaticia entre ambas partes, conforme al artículo 1561 CC, el arrendatario debe devolver la finca, una vez concluido el arriendo, tal y como la recibió, salvo que hubiere perecido si se hubiere menoscabado por el tiempo o por causa inevitable, al margen de la obligación convencionalmente asumida por la parte arrendataria en dicho sentido. Desde la fecha de finalización del contrato de arrendamiento

hasta la de entrega del local en el estado en que se recibió, si bien es cierto que no continúa la relación arrendaticia y por tanto no hay obligación de pago de renta en tal concepto, en la medida en que la parte arrendataria no ha podido volver a disponer del local, además de tener que asumir los gastos de comunidad del mismo, ha de ser indemnizada. La cuantificación de la indemnización procedente ha de ceñirse al importe que hubiera correspondido a las rentas de dichos meses pero «sin inclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido que igualmente incluía la parte actora como objeto de la reclamación [...], ya que el importe de las rentas se acepta exclusivamente como índice para determinar la cuantía del perjuicio sin que en realidad se hayan de satisfacer como precio del arriendo, lo que implica inexistencia de sujeción al artículo 4 de la Ley 37/992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido» (FD 5.º).

Cuantificación de los intereses aplicables. Atenuación de la regla *in illiquidis non fit mora*.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a suavizar la regla *in illiquidis non fit mora*, como medida de protección del crédito, reconociendo al acreedor el derecho a recibir desde el momento de la interposición de la demanda, además de aquello que se le adeuda, lo que en el momento que se le entregue «represente tal suma, no por tratarse de una deuda de valor, sino porque las cosas incluso fungibles y dinerarias son susceptibles de producir frutos civiles o intereses» (FD 6.º, con cita de las SSTs de 31 de enero, 10 de abril y 23 de mayo de 2001, 24 de septiembre de 2002, 12 de mayo de 2003 y 15 de diciembre de 2004).

Excepción de cosa juzgada.—No procede la excepción de cosa juzgada aun cuando existe sentencia firme en un pleito entre las mismas partes litigantes en el que la entidad arrendadora reclamó el pago de las rentas correspondientes desde el mes de mayo hasta la fecha de entrega del local, petición que fue desestimada al entender el órgano jurisdiccional que la relación arrendaticia había finalizado en el mes de abril. La causa de pedir en este nuevo pleito es distinta por cuanto se reclama la indemnización de daños por el retraso en el que incurrió el arrendador en el cumplimiento de la obligación de reposición del local al estado en el que lo recibió (entre otras, SST de 30 de septiembre de 2000, 20 de diciembre de 2001 y 9 de febrero de 2004, entre otras). **(STS de 11 de julio de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—Con fecha 1 de abril de 1984, la entidad Grupo C, alquiló a N. S.I., un local de negocio, acordándose, además de las pertinentes estipulaciones relativas al alquiler y a la fianza, que «el arrendatario reconoce recibir el local en perfecto estado de conservación, sus servicios en funcionamiento normal, obligándose a devolverlo en igual estado y, por consiguiente, a reparar por su cuenta los desperfectos y deterioros que puedan producirse durante la vigencia del contrato, con renuncia expresa de lo establecido en el artículo 107 LAU». Con fecha 26 de enero de 1993, la parte arrendataria notificó al arrendador su voluntad de dar por finalizado el contrato, procediendo al abandono del local el día 30 de abril de 1993. Por acta notarial se constató, a fecha de 6 de julio de 1993, el deficiente estado en el que se encontraba el local, estado que no permitía su alquiler. La parte arrendataria procedió a llevar a cabo las correspondientes obras de reposición que no finalizaron hasta el día 23 de septiembre de 1993, fecha hasta la que permanecieron los operarios en el local. La parte arrendadora demandó

al arrendatario solicitando que se le condenara por el incumplimiento de la cláusula anteriormente transcrita, o, alternativamente, al pago de las rentas dejadas de percibir en el período en el que no pudo disponer del local, deduciendo la fianza, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses de dichas cantidades a fijar desde la fecha de la interposición de la demanda, así como las costas. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación frente a dicha resolución, obligando a la devolución del local tal y como lo recibió pero sin reconocer que procediera indemnización alguna. La parte demandante formuló recurso de casación fundado en quebrantamiento de las formas esenciales por infracción de los artículos 359 y 360 LEC; así como de los artículos 1101, 1103, 1104, 1106 y 1107 CC, así como la jurisprudencia relativa a los mismos.

NOTA.—Por todos es sabido que los principales obstáculos que encuentra el Tribunal Supremo a la hora de indemnizar por lucro cesante *ex* artículo 1106 CC son tanto la prueba de la pérdida de dicha ganancia (entre otras, SSTS de 30 de junio y 30 de noviembre de 1993, 8 de julio y 21 de octubre de 1996), de modo que sólo cabe incluir los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido, y no «los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna» (FD 2.º, STS de 7 de julio de 2005), así como la cuantificación del mismo, calificando ella misma su jurisprudencia rigorista y criterio restrictivo en la apreciación del mismo. En la sentencia que anotamos, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a la necesidad de prueba de las posibilidades reales de alquiler del local durante ese período de tiempo que transcurrió entre la finalización del contrato de arrendamiento y la devolución del local en el estado en el que se recibió. (R. D. O.)

29. Arrendamientos rústicos. Acción de acceso del arrendador a la propiedad. Requisitos. Cumplimiento del supuesto de hecho del artículo 7.1.3.ª LAR.—El aumento del valor deriva de circunstancias ajenas al destino agrario y no a una aportación del arrendatario, con lo que desaparece la función social protectora que constituye la *ratio* de la exclusión legal del artículo 7.1.3.ª LAR.

No ejercicio del derecho de resolución del contrato de arrendamiento. Es facultad del arrendador. No impide que prospere la acción de acceso a la propiedad.—El hecho de que se mantenga el arrendamiento no quiere decir que inevitablemente esté sujeto a la LAR, pues es de todo punto necesario que las fincas no se encuentren en cualquiera de las circunstancias que enumera el artículo 7 de la misma, dado que, en otro caso, no tendría sentido la locución del apartado 1 del artículo 7, que dice «tampoco [el art. 6 anterior se refiere a las hipótesis exceptuadas de la Ley especial] se aplicarán las normas de esta ley a los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas en las que concorra alguna de las circunstancias que especifica». Por tanto, el hecho de no ejercitar la resolución del artículo 83.3 en relación con el 7.2 LAR no supone evitar la aplicación del artículo 7.1.3.ª ni permite al arrendatario ejercitar el derecho de acceso a la propiedad cuyo primer presupuesto es que el arrendamiento sea rústico y sujeto a la LAR. (STS de 3 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G., en calidad de arrendatario de dos fincas rústicas situadas en Álava, dedujo demanda de juicio de cognición en ejercicio de la acción de acceso de la propiedad del artículo 2.2.º de la Ley 1/1992, de 20 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, contra los dueños de las mismas, don J. M. y don A., que las heredaron de su padre, don L. Los demandados se oponen a la pretensión de declaración del derecho de acceso, fijación del precio y otorgamiento de la escritura pública de compraventa, con base en que las fincas tienen un valor real actual muy superior al doble del que tendrían como afectas a explotación agraria, por lo que interesan que se declare la no aplicación de la legislación especial contenida en las Leyes 83/1980, de 31 de diciembre, 1/1987, de 12 de febrero, y 1/1992, de 10 de febrero, por no concurrir los requisitos necesarios para ello o como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 7.º, epígrafes 1.º y 3.º de la primera de las citadas leyes. En primera instancia, se desestima la demanda, por considerarse probado el supuesto de hecho del artículo 7.1.3 de la LAR, con arreglo al que está excluido de la legislación especial el arriendo sobre fondos que tengan «por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo». La Audiencia Provincial de Álava desestima el recurso de apelación y confirma la resolución apelada. Don G. interpone recurso de casación. (S. M. S.)

30. Equiparación del constructor-promotor con el contratista en el artículo 1591 CC.—En cuanto a los efectos de la asunción de responsabilidad, la equiparación de ambas figuras debe entenderse efectuada en el artículo 1591 CC. Esto no conlleva un diferendo en la responsabilidad decenal, sin que exista obligación alguna de la configuración del litisconsorcio necesario, sino «el ejercicio de una acción por incumplimiento contractual que obliga a trabar la relación jurídica procesal entre las partes contratantes» (FD 1.º).

Diferencia entre los preceptos 1124 y 1490 CC.—En el contrato de obra con suministro de materiales no es de aplicación el plazo de caducidad de los seis meses del artículo 1490 CC sino el de prescripción de quince años. (STS de 21 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se presentó demanda por una comunidad de bienes contra la sociedad *Aluminio S.*, por la que se solicitaba que se condenase a la demandada a sustituir la carpintería de aluminio lacado en blanco suministrada e instalada en el edificio de la comunidad actora, reemplazándola por otra adecuada para tal fin, además de la indemnización de los daños. El Juzgado estimó la demanda, obligando a que se sustituyera toda la carpintería. En la Audiencia se estimó parte del recurso, condenando a sustituir sólo las piezas deterioradas por oxidación. Se formuló recurso de casación con base en la infracción de los artículos 1591, 1258 y 1490 CC. El Tribunal Supremo declaró no ha lugar.

NOTA.—Es relevante que la jurisprudencia, al tratar de la materia que resuelve la sentencia anotada, consagra la solidaridad entre

los distintos causantes del daño cuando no es posible la individualización. Según la sentencia de 31 de marzo de 2005, sólo se aplica el régimen de la solidaridad cuando no es posible determinar la proporción, grado o participación que cada uno de los agentes ha tenido en la producción de la ruina. Y, por otro lado, el concepto de responsabilidad por vicios se amplía, ya que existen casos en los que se responde aún sin ser responsable directo del daño. Así, en la S de 11 de febrero de 2005, se mezclan la acción de responsabilidad decenal con la acción de responsabilidad extracontractual. (P. S. S.)

31. Vicios en la construcción. Deber de reparación. Interpretación del artículo 1591 CC.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que admite que el artículo 1591 CC es de aplicación no sólo en los supuestos de ruina física del edificio (derrumbamiento total o parcial), sino también en aquellos de ruina funcional en sentido estricto (peligro de derrumbamiento total o parcial), o incluso en otro tipo de ruina funcional, concebida en sentido amplio (defectos de construcción que afectan a la idoneidad del objeto para su fin, o su utilidad), siempre que, en el último de los supuestos citados, se trate de defectos que excedan de las imperfecciones corrientes y que supongan un grave obstáculo para el normal disfrute del bien conforme a su destino. Tratándose de otro tipo de defectos de menor entidad, que no inciden en la habitabilidad de la vivienda ni en su normal utilización, y en ausencia de los anteriores, no puede hablarse de ruina, sino de imperfecciones técnicas en la ejecución definitiva. La acción para exigir la reparación de este tipo de defectos no puede ampararse en el artículo 1591 del CC, sino en la responsabilidad contractual conforme a lo dispuesto en los artículos 1101 a 1103 y 1258 CC. Esta responsabilidad contractual alcanza al promotor, pero no a los responsables de la construcción. (STS de 30 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio solicitó judicialmente que se condenase a la reparación de los defectos en la construcción del inmueble, siendo partes demandadas la sociedad promotora, la sociedad constructora, el arquitecto y el arquitecto técnico. En primera instancia se absolvió a parte de los demandados (la constructora, el arquitecto y el arquitecto técnico) y se condenó a la reparación a una de las mercantiles (la sociedad promotora). La demandante recurrió en apelación, pero la Audiencia Provincial confirmó la sentencia anterior. En casación, la comunidad de propietarios alegó, entre otros motivos, la infracción por interpretación errónea del artículo 1591 CC. (C. J. D.)

32. Responsabilidad civil de abogado: impericia profesional: inadmisión de recurso de casación en interés de la ley: defectos formales del recurso.—Constituye una patente contradicción interna del recurso el denunciar simultáneamente tanto el abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, como su defecto; el actor-recurrente ante la jurisdicción civil ha pedido ser indemnizado con base en normas de Derecho civil y por haber incurrido su abogado en responsabilidad civil profesional, y, en consecuen-

cia, el orden civil ha examinado el fondo de su pretensión, por lo cual no ha podido incurrir en defecto de jurisdicción, siendo improcedente invocar jurisprudencia recaída a propósito de los límites de la jurisdicción española con las extranjeras, así como los conflictos con la Administración, la jurisdicción militar u otros órganos jurisdiccionales de distinto orden o, en fin, derivados de la sumisión a arbitraje; el recurrente pueda tal vez no coincidir con el juicio del Tribunal de apelación sobre la naturaleza intrínseca de la causa de inadmisión apreciada en su día por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pero tal discrepancia carece de relación alguna con cualquier defecto, abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción. También constituye un defecto formal el citarse las normas infringidas mediante una fórmula genérica como «... y siguientes», reiteradísimamente considerada por esta Sala como incumplidora de las exigencias mínimas de claridad y precisión implícitas en el artículo 1707 LEC 1881, así como mezclar la norma relativa a la definición del contrato de arrendamiento de obras o servicios, con otras sobre la responsabilidad extracontractual y éstas, a su vez, con otras sobre responsabilidad contractual.

La responsabilidad del abogado no es objetiva.—La tesis del recurrente parece ser la responsabilidad objetiva del abogado por el solo hecho de la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina, desconociendo el recurrente que la casación, según STEDH de 19 diciembre de 1997, tiene un grado de complejidad creciente y progresivo desde sus requisitos más simples y objetivos, como los plazos de preparación e interposición, hasta los de técnica más depurada (identificación precisa de la norma infringida respetando siempre los hechos probados, justificación de la contradicción o del interés casacional), pasando por otros de dificultad intermedia (recurribilidad de la resolución), complejidad que no se corresponde con el reduccionismo o extrema significación de la tesis del recurrente.

Cuantía de la indemnización.—El recurrente pide, en el escrito de interposición de este recurso, la estimación íntegra de los pedimentos de su inicial demanda, dando por sentado que su recurso de casación social para unificación de doctrina habría prosperado de haberse justificado la contradicción en el escrito de formalización redactado por el abogado demandado, y sin embargo prescinde por completo de mencionar siquiera en este motivo sentencias de contraste del orden social que por aquel tiempo autorizaran tan rotunda conclusión. (STS de 14 de julio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—En su origen se trataba de una reclamación por despido ante la jurisdicción laboral, que fue desestimada en primera y segunda instancia por considerarse aquella de naturaleza civil. Se planteó por el abogado (profesor de Derecho del Trabajo) la posibilidad de interponer recurso de casación para unificar doctrina, estando de acuerdo el cliente en solicitar dictamen a un catedrático de Derecho del Trabajo, amigo de aquél, quien informó que la doctrina sostenida por los tribunales laborales era errónea y que aconsejaba interponer el indicado recurso, lo cual fue aceptado por el cliente y desarrollado por su abogado al redactar el recurso siguiendo dicho dictamen; la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acordó su inadmisión. En la sentencia extractada, de la que ha sido Pte. Marín Castán, se hace especial énfasis en la sorprendente conducta del cliente, quien acepta primero la solicitud de dictamen a un

experto en el tema, y luego se muestra conforme con interponer el recurso, redactado siguiendo aquél, pero que fue inadmitido por patentes defectos. La argumentación utilizada en el proceso de responsabilidad civil parece carecer de todo fundamento, y lo corrobora la desestimación de la demanda en ambas instancias, igual que lo desproporcionado de su cuantía superior a los 94 millones de pesetas. El supuesto resulta novedoso en su planteamiento, y cabría equipararlo al caso de seguir el abogado para interponer cualquier recurso, de modo puntual y estricto, las instrucciones de su cliente, pues, en el caso de fracasar, no parece le sea exigible ninguna clase de responsabilidad civil. (G. G. C.)

33. Responsabilidad civil del procurador: recurso de suplicación presentado fuera de plazo: pérdida de oportunidad: daño moral: *quantum indemnizatorio*.—Frente a sentencia desestimatoria por despido improcedente, el procurador presentó, fuera de plazo, el recurso de suplicación, que se tuvo como no anunciado por auto, siendo desestimado el recurso de queja, inadmitiendo el Tribunal Constitucional el recurso de amparo. El cliente ejerció contra el procurador la acción de responsabilidad, reclamando íntegramente lo pedido ante la jurisdicción laboral que superaba los trece millones de las antiguas pesetas, en razón a la reconocida negligencia del Procurador, siendo desestimada en primera instancia y estimada parcialmente en apelación, concediendo 200.000 pesetas. No es posible estimar tal pretensión, ni tenerse en cuenta para fijar el *quantum* indemnizatorio derivada de tal negligencia, ya que la misma supone un difícil juicio de ponderación que trata de relacionar el daño con el éxito de la expectativa iniciada y perseguida en el proceso, y todo ello conforme a la doctrina sentada por la STS de 29 de mayo de 2003. La determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia y no revisable en casación salvo que se hayan modificado las bases fácticas contempladas en la cuantificación; las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor. La parte recurrente estima insuficiente la suma concedida como montante de los daños morales derivados de la negligencia profesional de procurador, atendiendo a las circunstancias en que se desarrolló el procedimiento ante la jurisdicción laboral, razonamiento que resulta correcto, debiendo recordarse la doctrina establecida en la STS de 28 de enero de 2005 según la cual la reparación del daño moral se funda acudiendo a la doctrina de la *pérdida de oportunidad*. (STS de 6 de julio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto, en cierto modo, *clásico* de responsabilidad civil por actuación del abogado o del procurador (escrito o recurso fuera de plazo, con resultado de pérdida o caducidad de la pretensión), respecto del cual ha recaído ya un importante *corpus* de doctrina jurisprudencial en vías de consolidación (entre otras, SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de noviembre de 1997, 25 de julio de 1998, 26 de noviembre de 1999, 23 de mayo de 2002, 29 de abril, 29 de mayo, 8 y 28 de julio de 2003 y 18 de junio de 2004). Añádase, en el campo doctrinal, la importante tesis doctoral de M.^a Carmen Crespo Mora, *La responsabilidad del Aboga-*

do en el Derecho civil (Madrid 2005), especialmente p. 349 ss., y 388 ss. (G. G. C.)

34. Representación indirecta. Artículo 1717 II CC: excepción «cosas propias del mandante». Supuesto de hecho y responsabilidad del mandatario.—En el caso de actuación del mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante, el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una *contemplatio in re* que hace desaparecer la *denegatio actionis* (típica del mandato puro —no representativo—) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir se produce, en tal perspectiva, los mismos efectos de la representación directa (mandato representativo).

No obstante, el precepto —«exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante»— no aclara cuál es la situación en que queda el mandatario respecto de las personas con quien contrató, pudiéndose llegar a diversas conclusiones, según que se le ponga en relación con el inciso que le precede, o con el conjunto del precepto. El criterio que parece más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto de quienes celebraron el contrato. Se fundamenta en la manera de producirse exteriormente la intervención del mandatario en ejercicio de su propia personalidad —autonomía— jurídica y la perspectiva de los que con él contrataron, lógicamente interesados en su solvencia o responsabilidad.

Condiciones generales abusivas. Artículo 10.1.a), 2 y 4 LGDCU.—Se trata de cláusulas impuestas a los adquirentes sin tener intervención alguna en su confección, siendo compelidos a su aceptación como único medio de poder acceder a la propiedad deseada.

Deben considerarse abusivas aquellas cláusulas en las que se aprecia una absoluta indeterminación de las obligaciones asumidas en relación con la financiación de la construcción de las viviendas, puesto que se incumple el requisito de concreción, claridad y sencillez que exige la ley y que se sanciona con la nulidad de pleno derecho, teniéndola por no puesta.

Nulidad. Efectos jurídicos. Artículos 1303 y 1306.2.º CC.—La consecuencia económica de la nulidad es la reintegración de los desplazamientos patrimoniales producidos. La finalidad del artículo 1303 CC es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Así resulta de la dogmática jurídica de la nulidad, que conlleva como consecuencia ineludible e implícita el restablecimiento de la situación económica previa a la misma; a idéntica conclusión conduce la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial, pues de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente que dio lugar a la patología contractual. (STS de 22 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. y otros interponen demanda contra *Promociones Aixa, S. A.*, y *Gestión 17, S. A.*, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula séptima de los respectivos contratos de compraventa de vivienda y la devolución de las cantidades indebidamente abonadas.

Gestión 17 S. A., representante de *Promociones Aixa S. A.*, había firmado en los citados contratos de compraventa en el aparta-

do correspondiente al vendedor, así como en los recibos de entregas de dinero en concepto de intereses, sin hacer advertencia alguna o constancia de la actuación representativa. Los demandantes ignoraban, además, tal relación. Las viviendas objeto de los contratos pertenecían a *Promociones Aixa, S. A.*

En primera instancia se estima la demanda, declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula séptima contenida en los contratos suscritos por los actores y condenando a los demandados a pagar las cantidades y los intereses legales.

Ambos demandados interponen recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la entidad mercantil *Gestión 17, S. A.*

NOTA.—Téngase en cuenta que los preceptos de la LGDCU aplicados por esta sentencia han sido modificados por la DA 1.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril. A partir de la entrada en vigor de dicha ley, la LGDCU se aplica a las cláusulas no negociadas individualmente siempre que no sean condiciones generales. Estas últimas se rigen por las disposiciones de la Ley 7/1998, tal y como establece, además, la propia LGDCU en su artículo 10.3: «Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta».

Esta sentencia ha sido objeto de un comentario, ceñido a los aspectos relativos a la representación indirecta, publicado en el *ADC*, 2006, Fascículo IV. (*B. F. G.*)

35. Contrato de fianza en garantía de crédito en cuenta corriente. Posterior constitución de hipoteca por el afianzado. Superposición de garantías.—Conforme al artículo 1851 CC, la prórroga concedida por el acreedor al deudor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza (entre otras, SSTS de 27 de febrero de 1981, 1 de marzo de 1983, 8 de mayo de 1984), extinción que se justifica, tal y como señala el Tribunal Supremo, en «la mayor onerosidad surgida de la prolongación, que afectaría a la obligación del fiador y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado, sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato» (STS de 8 de octubre de 1986). El problema surge en la interpretación de la prórroga de la obligación garantizada como fianza, en el sentido de interpretar dicha prórroga como una simple prórroga del *dies a quo*, o, por el contrario, como prórroga del término de la relación garantizada. (STS de 28 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 22 de noviembre de 1990, la entidad Promociones X, suscribió con la entidad bancaria Y un crédito en cuenta corriente por un importe de doscientos cincuenta millones de pesetas, con fecha de vencimiento 22 de mayo de 1992, en la que la demandante, doña I., figuraba como fiadora solidaria junto con otras personas. El día 4 de febrero de 1994, Promociones X constituyó una hipoteca sobre un solar de su propiedad a favor de la misma entidad bancaria, hipoteca cuyo plazo inicial para su ejecu-

ción se fijó el día 4 de febrero de 1993 «si no se hubiese satisfecho todavía la deuda garantizada». En 1995, el Banco promovió juicio ejecutivo contra doña I., la entidad afianzada y los demás fiadores. Doña I. interpuso demanda contra la entidad bancaria, la mercantil afianzada y los demás fiadores, sobre reclamación de cantidad, solicitando que se declarara extinguida la fianza con anterioridad a la demanda ejecutiva, la condena a la entidad bancaria a todas las cantidades pagadas, así como al levantamiento del embargo y cancelación de las anotaciones de los mismo, así como a que la entidad bancaria desista del juicio ejecutivo seguido contra ella. Subsidiariamente, la reducción de la deuda a once treceavas partes del capital. EL Juez de Primera Instancia estimó la demanda únicamente en este último extremo. La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución. Doña I. interpuso recurso de casación sobre la infracción, entre otros, de los artículos 1257, 1259, 1281, 1282, 1857 y 1858 CC.

NOTA.—Nuevamente nos encontramos con el problema de determinar si la prórroga a la que se refiere el artículo 1851 CC hay que entenderla como una prórroga del *dies solutionis*, o como prórroga del término de la relación garantizada (SSTS de 24 de junio de 1940, 8 de mayo de 1984, 8 de octubre de 1986, 30 de diciembre de 1988 y 20 de septiembre de 2001). Con la desestimación en todas las instancias de la petición de la parte demandante, el Tribunal Supremo viene a reiterar su jurisprudencia en el sentido de llevar a cabo una interpretación reductora del artículo 1851 CC. El Tribunal Supremo exige para aplicar el artículo 1851 CC una voluntad patente de conceder un nuevo término, voluntad que ciertamente no se aprecia en este caso, si tenemos en cuenta que el ejercicio de acción hipotecaria precisamente se supeditó al advenimiento de una concreta fecha, para el caso de que «no hubiese sido satisfecha todavía la deuda garantizada». En el mismo sentido se pronuncia la doctrina, que justifica el artículo 1851 CC, señalando que no es un problema de incertidumbre o de empeoramiento de la posición del deudor, a efectos de la vía de regreso, sino en cuanto que se dificulta que el fiador «*solvens*» pueda «utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor» (Carrasco, Cordero y Marín, *Tratado de los derechos de Garantía*, Pamplona, 2002, p. 189; Díez Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1996, pp. 456-457). (R. D. O.)

36. Pretensión de sometimiento judicial de una controversia, por renuncia al convenio de arbitraje por la otra parte contratante: criterio para su desestimación.—No supone renuncia al convenio de arbitraje la actuación procesal realizada por la demandada al oponerse al embargo preventivo promovido por la demandante, cuando simultáneamente opone —frente a la pretensión principal de la demandante— la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión a arbitraje. Lo decisivo, para entender que no hubo renuncia al arbitraje (a efectos de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), es que la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión a arbitraje haya sido opuesta en el primer momento del proceso en que haya sido posible.

Arbitraje: materias de libre disposición (vicios del consentimiento).—La declaración de nulidad de ciertos negocios jurídicos por vicios del consentimiento, y la consiguiente condena que de ello pudiera derivarse para la parte demandada, son cuestiones de libre disposición para las partes y, por consiguiente, susceptibles de resolverse fuera de los tribunales y someterse a arbitraje (arts. 1 y 2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje): Siendo esto evidente para la cuestión de la condena que pueda derivarse de ello, también resulta predicable de la cuestión de la nulidad por vicios del consentimiento, en tanto que de los artículos 1300 y siguientes CC se desprende que la acción de nulidad de los contratos queda, en cuanto a su ejercicio, a disposición de los interesados y, concretamente, cuando de vicios del consentimiento se trata. (STS de 12 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad mercantil interpuso, frente a otra, una demanda en juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juez de Primera Instancia. La entidad demandada opuso la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, excepción que fue acogida por el Juez. Recurrido el Auto en apelación, fue confirmado por la Audiencia Provincial. La demandante recurrió en casación, alegando que la excepción debió rechazarse de oficio, dado que la demandada había realizado con anterioridad una actuación procesal (oponerse a un embargo preventivo, que había sido decretado en primera instancia en el mismo Auto de admisión a trámite de la demanda). A juicio de la demandante, dicha actuación procesal supuso una renuncia de la demandada al convenio de arbitraje, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. A la vez, la demandante defendió el carácter indisponible de la materia objeto del proceso (nulidad por vicios del consentimiento), a fin de que se admitiera que la controversia debía resolverse judicialmente.

NOTA.—Como es sabido, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, fue derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. La correlación de artículos objeto de la doctrina jurisprudencial que encontramos en la sentencia extractada es la siguiente: a) Los artículos 1 y 2 de la Ley derogada, se corresponden (en cuanto a la definición de las materias susceptibles de sometimiento a arbitraje, como *materias de libre disposición conforme a derecho*), con lo dispuesto en el artículo 2 de la nueva ley, por lo que entiendo que sería trasladable la doctrina de la sentencia; y b) En cuanto a la interpretación que se hace del artículo 11.2 de la Ley derogada, la misma doctrina de la sentencia la encontramos —a mi juicio— en la redacción del artículo 11.3 de la nueva Ley, más explícito al respecto. (C. J. D.)

37. Culpa extracontractual: accidente en piscina municipal con resultado de muerte: gastos abonados por INSALUD: reclamación al Ayuntamiento, al Encargado y al Socorrista: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.—El accidente ocurrió el 6 agosto 1996, y tanto si se hubiera aplicado la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, como la normativa ante-

rior, el resultado hubiera sido el mismo, a saber, la competencia de este orden jurisdiccional. En efecto, la Resolución del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción del TS, de fecha 20 de junio de 1994, dice expresamente que no debe operar la *vis atractiva* de la jurisdicción civil en caso de demandarse conjuntamente a la Administración y a un particular cuando éste no actúa propiamente en su condición de tal particular, sino como agente de la Administración titular del servicio público, o cuando la sociedad particular demandada figura incorporada a la esfera del servicio público en concepto de contratista del Ente administrativo demandado. En este caso, como bien dice la sentencia recurrida, existen argumentos que permiten sospechar fueron tenidos en cuenta por el INSALUD, al hacer las reclamaciones periódicas, durante seis años, por vía administrativa, y frente sólo al Ayuntamiento, para al final de éstos, y perdida la posibilidad de la vía contenciosa, tratar de crear una solidaridad con los dos empleados de la piscina que creyó más idóneos, a efectos de responsabilización, por sus funciones más directas, y así posibilitar en la medida que cabe la vía civil ordinaria como último remedio a su pasividad, pudiéndose ver en ello un caso claro del mero voluntarismo por la actora, al vincular a los citados empleados trayéndolos a juicio, cuando la propia naturaleza de la reclamación y extensión de las obligaciones no lo demandan. Por otro lado cabe decir la STS de 7 de febrero de 2001 que invoca la Ley de 26 de noviembre de 1992 sobre Régimen jurídico de las Administraciones públicas que ha impuesto un cambio legislativo al establecer la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para entender de todas las reclamaciones para exigir responsabilidad patrimonial a cualquiera de las Administraciones públicas, bien nazca de relaciones derecho público como de derecho privado, y así lo proclama la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1998. (STS de 16 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Aunque se aportan escasos datos sobre el accidente ocurrido, y la sucesiva asistencia médica asumida y prestada por el INSALUD respecto de un menor, a partir de la fecha del accidente ocurrido el 28 de junio de 1990 en una piscina municipal, hasta su fallecimiento, el 6 de agosto 1996, el importe total de los gastos cuyo reembolso reclama aquél asciende a algo más de setenta y cuatro millones de las antiguas pesetas. Al parecer existe otra reclamación de los padres frente al Ayuntamiento, pendiente en vía contencioso-administrativa, pues éstos no se conformaron con la cuantía de ocho millones y medio de pesetas que aquél les asignó, reclamación pendiente todavía de resolver. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual derivada de accidente laboral: distribución de competencias entre la jurisdicción civil y laboral.—La responsabilidad contractual fundada en el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato sujeto a la legislación laboral es competencia de los órganos de la jurisdicción laboral, no pudiendo plantearse ante los juzgados y tribunales del orden civil tales cuestiones. Compete, en cambio, a estos últimos el conocimiento de las acciones civiles derivadas de un accidente de trabajo.

Culpa exclusiva del accidentado que ejerce funciones de encargado de obra.—Dada la función de encargado de obra que tenía el accidentado, ahora recurrente, y que los hechos ocurrieron mientras realizaba el replanteo

para el encofrado de la planta, es claro que el accidente se produjo, única y exclusivamente, por la falta de diligencia en el cumplimiento de su misión, no apreciando la defectuosa colocación de los tablonos o su mal estado; en efecto, debió de comprobar la correcta colocación de aquéllos y, de haber observado alguna anomalía, debió adoptar las medidas necesarias para subsanar esas deficiencias y ponerlas en conocimiento de la dirección facultativa; no puede hacerse derivar la responsabilidad por lo acaecido a la dirección facultativa cuando fue el propio recurrente quien omitió la diligencia debida en la realización de su trabajo. Su actuación negligente es de tal entidad que, en todo caso, absorbería la imputable a quienes tuvieran una función de vigilancia superior a la suya.

No hay responsabilidad del arquitecto superior director de la obra.—Es doctrina de esta Sala que al Arquitecto director del proyecto no le alcanza el deber de velar por el cumplimiento de las concretas medidas de seguridad durante la ejecución de la obra; el incumplimiento por parte del autor del proyecto, de realizar el estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo, no genera para él responsabilidad alguna por el accidente acaecido al no darse un nexo de causalidad necesario entre ese incumplimiento y el daño producido.

Omisión del estudio previo de seguridad.—La realización, o no, por el técnico competente del Estudio de Seguridad e Higiene que ha de acompañar al proyecto de obra, no constituye una omisión que pueda dar lugar a responsabilidad por culpa extracontractual en el ámbito civil, sin perjuicio de las consecuencias que en el orden laboral o administrativo pueda tener tal omisión.

Prueba: valoración del Informe de la Inspección del Trabajo.—En el Informe emitido por el Inspector del Trabajo respecto al accidente acaecido se dice que no se advierte claramente infracción de las normas de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y tal presunción de veracidad derivada de dicho informe no resulta desvirtuada por prueba alguna. (**STS de 30 de junio de 2005**; no ha lugar.)

NOTA.—No convence esa total desvinculación entre el hecho de omitir en el Proyecto de la obra, del Estudio de Seguridad e Higiene, y los eventuales accidentes que pudieran producirse en la obra. No resulta difícil imaginar casos en los que aquella laguna venga a integrarse en el nexo causal del accidente. Parece, asimismo, excesivo afirmar tajantemente que la culpa del encargado de la obra absorbería la de cualquier vigilante de categoría superior. Por otra parte, la sentencia extractada no abunda en detalles sobre dicha, un tanto sorprendente, actuación, que, en cierto modo, puede calificarse de auto-lesiva o de daños propios. Véase, en este fascículo del ADC, un caso en parte similar contemplado por la STS de 14 de julio de 2005, con resultado final de imputación del daño a la empresa. (*G. G. C.*)

39. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de trabajo: caída por ruptura de un elemento del encofrado mecánico: responsabilidad de la empresa suministradora del material defectuoso.—Aunque la responsabilidad civil en accidentes laborales ha evolucionado cada vez más hacia la objetivación de la misma (como destacan las SSTS de 15 de abril de 1999, 29 de enero de 2003 y 11 de marzo de 2004), sin embargo es preciso acreditar el

nexo causal, lo que no se da en el presente caso en el que la empresa demandada arrendó material de encofrado a la constructora y no consta que la pieza defectuosa formara parte de aquel arrendamiento y fuera causa adecuada de la caída del trabajador y de sus graves lesiones. Por el contrario se ha probado en la instancia el nexo causal de quien tenía la posesión, el disfrute y la disponibilidad del material de encofrado, por parte de quien era la empresa constructora, la cual se aprovechaba del mismo y asumía el riesgo que pudiera causar, habiendo sido condenada en la instancia sin que haya recurrido en casación. (STS de 14 de julio de 2005; ha lugar.) (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: muerte por accidente de trabajo: obrero que salta del andamio hacia el forjado y se precipita al suelo desde veinte metros de altura: culpa exclusiva de la víctima.—La víctima realizó, con plena conciencia y por decisión propia, prescindiendo de seguir el procedimiento regular y seguro, colocando el andamio a la altura del forjado, quizá por comodidad y por exceso de confianza, una operación inusual, de no razonable previsión y de peligro superlativo y máximo riesgo para su integridad, consistente en saltar del andamio para acceder, por la fuerza de su propio impulso, al forjado del edificio, comportamiento temerario que se erige en el caso como única causa eficiente y factor exclusivamente determinante del desgraciado resultado producido. Ha de concluirse que la cadena causal que determinó la producción del accidente no vino determinada por circunstancia distinta de la propia actuación de la víctima que acometió la descrita maniobra arriesgada, sin que la sentencia recurrida haya infringido el artículo 1902 CC. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Las crónicas luctuosas de los accidentes laborales en la construcción arrojan cada año un elevado porcentaje de los hechos que pueden calificarse como *desafío suicida a la ley de la gravedad*, y que en la sentencia extractada, el FD 3.º describe con exactitud tomándolo de las sentencias de instancia. La escasa distancia entre el andamio y el forjado, de apenas medio metro, no puede justificar la utilización del salto en el vacío, habiendo procedimientos normales y seguros para facilitar la descarga del andamio ocupado por los trabajadores. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: lesiones por accidente de ferrocarril en interior de mina: responsabilidad por riesgo del dueño de la explotación.—Respecto del dueño de la explotación minera cabe la aplicación de un sistema de responsabilidad que sin llegar a los extremos de la objetivación total corrige el excesivo subjetivismo con el que se venía aplicando el artículo 1902 CC, a través del principio del riesgo, o su equivalente de la inversión de la carga de la prueba, según la cual, si bien no ha quedado acreditada la infracción de cualquier tipo de medida de seguridad, control y vigilancia, sí han quedado dudas sobre la concurrencia de determinados hechos, que podrían haberse podido evitar con una mayor diligencia *in vigilando*, aunque no constituyeran ninguna infracción de normas reglamentarias, pero que a pesar de ello, podrían haber concurrido a la producción del accidente. Además, no puede ignorarse que, dadas las características de la actividad minera,

existe un deber general de comprobar, con cierta constancia, el estado de la mina, con independencia de quien tenga encomendada dicha tarea y la forma de llevarla a cabo, máxime cuando, como en el caso que nos ocupa, los días anteriores al accidente habían sido festivos y no hubo actividad laboral en la mina; además ha habido contradicciones entre las partes y los testigos, en relación a si la locomotora llevaba encendida la iluminación, de la cual sí parece que estaba dotada y que podría haber permitido al accidentado ver la piedra que golpeó la locomotora; todo ello mantiene la incertidumbre de si se agotó toda la diligencia posible para evitar el accidente, incertidumbre que beneficia a la víctima del daño, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba.

La responsabilidad del director facultativo de la explotación, así como la del vigilante de la mina, es de naturaleza culposa.—Corresponde al accidentado acreditar la existencia de culpa o negligencia, tanto del director facultativo de la explotación como del vigilante de la mina que estaba de servicio al ocurrir el accidente, y la falta de dicha acreditación debe beneficiar a estos demandados que no son titulares de la explotación, por lo que no puede extenderse a ellos las consecuencias de la posible aplicación de la teoría del riesgo en materia de culpa extracontractual. (STS de 27 de junio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—No es novedad la diversidad de trato, en el caso de accidentes mineros, entre el director facultativo (responsabilidad exclusivamente por culpa) y la del titular de la explotación (responsabilidad por riesgo). Últimamente se pronuncia en tal sentido la STS de 18 de junio de 2004 (extractada en ADC, 2006, p. 933 ss.) (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: lesiones de menor con amputación de extremidades y secuelas: responsabilidad del Ayuntamiento: explosión de petardos en la vía pública al día siguiente de celebrar festejo pirotécnico autorizado: irresponsabilidad del pirotécnico: prueba del nexo causal.—Para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (STS de 11 de febrero de 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (SSTS de 17 de diciembre de 1988 y 2 de abril de 1996). Es preciso la existencia de una prueba terminante (SSTS de 3 de noviembre de 1993 y 31 de julio de 1999), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS de 4 de julio de 1998 y 31 de julio de 1939). El *cómo* y el *por qué* del accidente constituyen elementos indispensables para el examen de la causa eficiente del evento dañoso (SSTS de 17 de diciembre de 1988, 27 de octubre de 1990, 13 de febrero y 3 de noviembre de 1993). La prueba incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (doctrina resumida como consolidada en la STS de 30 de octubre de 2000). La aplicación de esta doctrina a los hechos probados permite concluir que la Sala sentenciadora se ha basado en una pura conjetura o parecer para condenar al pirotécnico, ya que el menor lesionado, al día siguiente del

festejo pirotécnico organizado por el Ayuntamiento, hallándose en la plaza de la localidad, manipuló algún artefacto o material explosivo abandonado en el lugar, que explotó y causó lesiones en las manos que tardaron cien días en curar, con amputación de dedos y diversas secuelas. En el lugar de los hechos se observaron, según el atestado policial, restos de tracas explosionadas, así como una bolsa de plástico conteniendo trozos de mecha en perfecto estado y manchas de sangre, sin que existiera posibilidad de que el artefacto causante estuviera contenido en la bolsa, que no pertenecía a la víctima, ni a persona identificada, sino que se hallaba abandonado no inmediatamente antes del hecho; si bien dos años después la Guardia Civil añade, sin argumentación, que la bolsa, hoy desaparecida, pertenecía al pirotécnico. La prueba testifical constata que el material del pirotécnico se transportó en cajas de cartón y no en bolsas de plástico, y que durante las fiestas en la plaza se vendían petardos y se aportaban por otras personas. Por tanto, no se acredita la relación de causalidad entre la conducta del pirotécnico, que permita imputarle la autoría en algún grado del hecho ocurrido al día siguiente del festejo, y después de la limpieza del lugar a cargo del Ayuntamiento, durante la mañana de los hechos.

Cuantificación del daño: defecto de cálculo.—No se justifica debidamente por el Tribunal la notoria desproporción entre la indemnización pedida y la otorgada, para lo cual manifiesta carecer de criterios. En estos supuestos de desproporción cabe la pretensión casacional para la fijación de cuantía (STS de 23 de noviembre de 1999). Siguiendo lo declarado por STS de 5 de diciembre de 2000, las razones tenidas en cuenta no se presentan dotadas de la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolecen de desajustes relacionados con una racionalidad media, procediendo su revisión casacional en el aspecto cuantitativo (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992 y 15 de diciembre de 1994). La razonabilidad recae sobre la valoración derivada del informe del actuario de seguros colegiado, que figura en la causa, ratificado y reconocido en el proceso, sin impugnación expresa de los demandados, atendiendo a las circunstancias que concurren en las lesiones del menor, a los efectos de su vida futura, sin perjuicio de moderar dicho importe en el 25 por 100 del mismo. (STS de 21 de abril de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia de la que ha sido Ponente Auger Liñán, y ello por haber absuelto al pirotécnico, condenado por la Audiencia Provincial, y haber elevado notablemente la cuantía de la indemnización fijada en la instancia con base en la interesante doctrina que se ha extractado, manteniéndose la condena del Ayuntamiento, que se aquietó; aunque también triste ejemplo de justicia tardía (la explosión ocurre en 1989 cuando el lesionado tenía siete años de edad, y la S firme recae al cumplir veintitrés años). Los espectáculos pirotécnicos siguen formando parte, casi siempre, de los festejos más populares en España, por lo que su prohibición absoluta no sería medida eficaz ni adecuada, si bien la experiencia muestra que casi nunca parecen agotarse las medidas de seguridad que deben, reglamentariamente, adoptarse y mantenerse. La condena, aceptada por el Ayuntamiento, no es objeto de discusión, pero sí la cuantía de la indemnización que debe abonarse a un joven, ahora mayor de edad, que ha de enfrentarse a la vida con la amputación total o parcial de tres dedos de la mano

izquierda, y ciertas secuelas de los restantes. La demanda reclamaba casi veintinueve millones de las antiguas pesetas en compensación de la pérdida de capacidad de obtener ingresos futuros, y otra suma por daño moral a fijar en ejecución de sentencia. El Juzgado de Primera Instancia condenó a poco más de diez millones de pesetas. La Audiencia Provincial mantuvo la cifra invocando por analogía el baremo de 1995 para accidentes de circulación. El Tribunal Supremo, con base en la interesante doctrina extractada, la fija en poco más de veintidós millones de pesetas. Para absolver al pirotécnico responsable del festejo del día anterior, la Sala analiza minuciosamente la prueba para llegar a la conclusión de que falta la prueba convincente del nexo causal. Son de aprobar ambas determinaciones (G. G. C.)

43. Culpa extrcontractual: lesiones a menor que se introduce sin autorización en caseta abierta, por explosión de detonadores: responsabilidad de los propietarios: compensación de culpas: moderación.—Es notoria la negligencia, total desatención y descuido de los propietarios por tenerlos depositados en una caseta a la que se podía acceder con facilidad al carecer de puertas cerradas; y los detonadores, almacenados en el recinto, resultaban altamente sensibles al calor, choque o rozamiento, para que se produjera su explosión sin más. Tal supuesto de deficiente y hasta arriesgada custodia de dichos explosivos está previsto en el artículo 1908.1.º CC que establece la responsabilidad de los propietarios por los daños causados a consecuencia de inflamación de sustancias explosivas que no estuvieran colocadas en lugar seguro y adecuado; y una chabola en el campo, abierta del todo, no reúne las condiciones de seguridad que requiere el depósito de este material tan peligroso.

Concurrencia de culpas.—La sentencia de instancia estableció aquí la concurrencia de culpas, por darse conjunción de varias causas, provenientes de sujetos distintos que contribuyeron a que el accidente tuviera lugar, distribuyendo la sentencia recurrida el *quantum* indemnizatorio en razón a la incidencia de intensidad participativa de conductas convergentes observadas por los diversos agentes (los propietarios de la finca y el menor lesionado), ya que la interferencia de la víctima no se presenta como ruptura total del nexo de causalidad. Ahora bien, la revisión de la cuantía indemnizatoria en casación sólo procede cuando las bases fácticas en las que se asienta la moderación aplicada no son correctas, ni suficientes, y también si resultan equivocadas; lo que también ocurre cuando la facultad moderadora se lleva a cabo en forma desmesurada, no atendiendo a un criterio ponderado y lógico. En el presente caso, la instancia ha fijado en el 35 por 100 la participación de los propietarios en el daño, lo que resulta acomodado a la racionalidad media. (STS de 24 de junio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—No parece pueda hablarse de «total desatención y descuido» de los propietarios. Más bien puede decirse que su diligencia en el caso no fue suficiente; acaso sí lo era para personas mayores, pero no para adolescentes, aunque la edad de la víctima permite tener una capacidad natural para comprender el alcance de sus actos. Por otra parte, no hay datos ni sobre la clase de lesiones

y eventuales secuelas, ni sobre la cuantía de la indemnización, al hablarse sólo de porcentajes (por cierto, con diferencias mínimas pues se condena al 35 por 100 y el recurrente pide que se reduzca al tercio). En todo caso, las lesiones se causan a los catorce años y la sentencia del Tribunal Supremo se dicta al cumplir la víctima veintitrés.

Sorprende el perfecto encaje de los hechos ocurridos con los descritos en el artículo 1908.1.º CC. La doctrina moderna (*cf.* O'Callaghan Muñoz, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid 2004, p. 1992) mantiene, en general, que dicho precepto establece la obligación de reparar el daño causado por una actividad peligrosa, y que se trata de obligación objetiva que se impone al propietario, si bien con algunas salvedades que se expresan explícitamente, y que dan lugar a inversión de la carga de la prueba; una de tales excepciones es la aquí considerada, que no nace si se prueba que las sustancias explosivas estaban colocadas en lugar seguro y adecuado, lo que, obviamente, no se ha probado. (*G. G. C.*)

44. Culpa extracontractual: muerte por intoxicación de empleado doméstico en instalaciones de empresa, debido a escape de gas: error en la apreciación de la prueba.—En este caso ha habido error notorio en la apreciación probatoria efectuada por la Audiencia Provincial, y han concurrido los presupuestos necesarios para el éxito de la acción ejercitada contra el demandado y, por su fallecimiento, frente a sus desconocidos herederos, o la herencia yacente de éste.

Responsabilidad de quien aparece como gerente o administrador de la empresa: presupuestos de la acción.—1. Acción u omisión. El informe pericial practicado en autos concluye que para que un escape de gas no sea detectado por varias personas que permanezcan en un recinto, debe ser débil y es improbable que el escape pudiera ser por un quemador accidentalmente abierto, siendo más verosímil que dicho escape fuera por un defectuoso estado de la instalación o de los receptores. 2. Culpabilidad. El demandado desconocía el estado real de las instalaciones de gas butano de las dependencias donde moraban los empleados del hogar por él contratados, sin que aparezca acreditado que en alguna ocasión se hubiera ocupado personalmente de la comprobación de esta circunstancia. 3. Daño. Está probado que el fallecimiento del esposo de la demandante se produjo por consecuencia de paro cardio-respiratorio debido a intoxicación de monóxido de carbono por deficiente estado de las instalaciones o de los receptores de gas butano existentes en las dependencias de la finca que ocupaba el fallecido con sus familiares. 4. Nexo causal. La doctrina jurisprudencial ha sentado que es causa suficiente del resultado aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última; y que la causalidad adecuada requiere valorar si el acto anterior tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido. En el supuesto enjuiciado se llega claramente a la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño, aun con la cardiopatía coronaria que padecía la víctima, toda vez que la causa inmediata del fallecimiento fue debida a paro cardio-respiratorio por intoxicación de monóxido de carbono.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Se rechaza la falta de litisconsorcio pasivo necesario, apreciado erróneamente en ambas instancias, porque esta Sala ha señalado que el vínculo de solidaridad que liga a todos aquellos a quienes alcanza la responsabilidad de reparar el daño causado por la ejecución de un acto ilícito en los supuestos de culpa extracontractual, permite ejercitar la pretensión indemnizatoria bien sea contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente.

Defecto legal en el modo de proponer la demanda.—No es de apreciar porque al fallecimiento del demandado en calidad de gerente o administrador de la empresa, ocurrido unos meses de la interposición del escrito inicial de este juicio, era ignorado por la actora, y tal diligencia fue corregida con el posterior emplazamiento de sus desconocidos herederos. Se exceptúa de un hijo del demandado de quien no consta que hubiera sido designado heredero o hubiera, en su caso, aceptado la herencia, el cual debe ser absuelto por falta de legitimación pasiva.

Irresponsabilidad del distribuidor de gas butano en la localidad.—Del examen de los datos demostrativos obrantes en los autos, es preciso concluir que el distribuidor de gas butano en la localidad no está incurso en acto u omisión ilícita que sean generadores de responsabilidad extracontractual, ya que en calidad de tal ha cumplido debidamente sus prestaciones de inspección o revisión, sin que le incumban las derivadas de la instalación de los aparatos receptores, en las cuales no ha participado.

Cuantía de los daños indemnizables.—La Sala considera probado que la actora, viuda de la víctima, ha sufrido reales y efectivos perjuicios derivados del fallecimiento de su esposo, y para su resarcimiento entiende ajustada la suma de 120.202,42 euros que fue solicitada en la demanda. (STS de 7 de julio de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Cuando el Tribunal Supremo revoca una sentencia de apelación, coincidente plenamente con la de Primera Instancia, el comentador acude por acto reflejo a la argumentación (en este caso desarrollada por el Pte. García Varela); y valdría decir que casi hasta se dan por bien empleados los quince años que transcurren entre la muerte accidental del esposo de la actora por escape de gas Butano y la sentencia firme. Algunos datos iniciales eran, no obstante, descorazonadores: las conclusiones provisionales de la autopsia apuntan a que se trataba de una muerte súbita por probable causa natural; la víctima, además, padecía una cardio-patología coronaria; los servicios de la Consejería correspondiente de Castilla-La Mancha y los de vigilancia de Butano, informan algún tiempo después que la instalación de gas reúne las condiciones reglamentarias. Hay cierta confusión, acaso buscada de propósito, sobre a quién pertenece la empresa agrícola a cuyo servicio estaba la víctima. Sin embargo, el Ponente ha encontrado en las declaraciones del gerente de aquélla en el procedimiento penal previo datos suficientes para deducir su negligencia en relación con el mantenimiento de las instalaciones de gas existentes en las habitaciones que ocupaba la víctima. Es probable que el aludido retraso haya influido a la hora de asumir en la sentencia la cuantía reclamada en la demanda. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: daños por incendio: subrogación de la compañía aseguradora contra causante del incendio.—Una vez pagada la indemnización al asegurado y subrogada en la posición del mismo, la aseguradora se dirigió contra los padres de la menor que identificó como causante del siniestro cubierto por el seguro; se hace conveniente tener en cuenta que está admitida la revisión, mediante la casación, de los juicios emitidos en la instancia sobre el nexo causal y la culpa del causante del daño, pero respetando las declaraciones que sobre la acción u omisión enjuiciada y el resultado producido contenga la resolución recurrida. La Audiencia Provincial, como antes el Juzgado de Primera Instancia, declaró probada que la causa originaria consistió en que la menor prendió fuego a una planta artificial existente en el local; pero luego la negó eficacia sobre el resultado final, por la intervención de causas concomitantes de mayor entidad, que la convirtieron en meramente secundaria; así que sólo había en el local un aparato extintor, cuando tenían que haber sido dos, al menos; y, finalmente, que los bomberos no contaban con los medios y recursos técnicos necesarios para una eficaz intervención ni habían recibido la importante información sobre la existencia de una puerta.

Relación de causalidad.—En el plano de la lógica, la relación de causalidad entre una acción y un resultado se afirma, *a posteriori*, conforme a la regla conocida como de la equivalencia de condiciones, según la que es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto (*conditio sine qua non*); conforme a este planteamiento no cabe establecer distinciones entre condiciones esenciales y no esenciales del resultado. Sin embargo, para una imputación objetiva, a los fines de declarar la responsabilidad civil del autor, es necesario que la causalidad no sólo exista lógicamente, sino que, además, sea adecuada, en el sentido de que la conducta tienda a producir el resultado según las reglas de experiencia general. Esta matización de la causalidad lógica se traduce en la posibilidad de que se pueda establecer una graduación de eficacia, por razón, por ejemplo, de la inadecuación de cualquiera o de la evitabilidad de sus consecuencias inmediatas. E, incluso, que se entienda que alguna de ellas, por su mayor relevancia o significación, absorbe y elimina la influencia causal de las demás. La Audiencia Provincial aplicó esta doctrina para afirmar, a partir de los hechos declarados probados, que en un establecimiento destinado a recibir al público, aplicar por negligencia fuego a una planta artificial de adorno no es causa adecuada de su propagación a todo el local, y que ésta se hubiera evitado de estar dotado el mismo de elementos ignífugos y de los necesarios aparatos extintores, así como de haber actuado los bomberos con la eficacia exigible. Valoración que se muestra correcta, por lo que no cabe sino mantenerla. (STS de 27 de junio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—El presente caso es buen ejemplo de esa jurisprudencia *enormemente confusa* que Reglero Campos (*Tratado de responsabilidad civil*, Cizur Menor 2002, p. 296) gráficamente califica a la que trata de explicar y aplicar la doctrina de la causalidad adecuada. Razonablemente los hechos hubieran conducido a una concurrencia de culpas entre la menor —al menos, adolescente— y el dueño del local. Pero resulta difícilmente comprensible que la sentencia extractada diga que *el daño no es imputable a la menor* (FD 3.º) cuando ambas sentencias de instancia reconocen que el fuego se inició cuando ésta prende fuego a una planta artificial situada en el

local, acción indudablemente negligente y causal del daño, que fueron agravadas por las circunstancias destacadas en la sentencia. (G. G. C.)

46. Daños y perjuicios. Daños morales.—Respecto a los arquitectos y el aparejador, no se aprecia culpa o negligencia ninguna de su parte, porque no intervinieron en la primera fase de ejecución de la obra causante del daño (muro pantalla). La Junta de Compensación del Polígono de la Chantria, propietaria del inmueble afectado por la ruina, tampoco es considerada responsable, porque, al habersele transmitido la titularidad e indemnizado a sus antiguos dueños y a cuantos justificaron tener derechos en el mismo, no adoptó medidas cautelares de aseguramiento de la casa porque su destino final era la demolición, lo que retrasaba la actora con su negativa a abandonar la casa mientras no fuera indemnizada. Además, la causa productora de la situación de ruina era ajena a la Junta y tampoco se constata por parte de ésta una omisión que impidiera el evento dañoso.

El Ayuntamiento se ha limitado a tramitar el expediente de ruina del inmueble y a ejecutar su resolución, por lo que entrar a determinar si ésta reajusta o no, o si debió suspenderse, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En cambio, sí se aprecia responsabilidad civil en la actuación de *Rodio Cimentaciones Especiales, S. A.*, que efectuó los trabajos de perforación y ejecución del muro pantalla en el solar contiguo al inmueble de doña M.^a E., puesto que queda determinado en las actuaciones que como consecuencia del vaciado del solar y la ejecución de dicho muro y la acción de la lluvia se producen los desperfectos que terminan con la declaración de ruina del mismo. El Juzgador de instancia, no obstante, había desestimado la responsabilidad de la empresa cimentadora porque no se apreció la efectiva concurrencia de un perjuicio patrimonial como consecuencia del desalojo de doña M.^a E. (la demolición por ruina sólo adelantaba, y quizá en poco, la inevitable demolición del edificio; el desembolso de abono de rentas que no estaban beneficiadas por el régimen de renta antigua del que disfrutaba doña M.^a E. en su anterior vivienda tampoco se produjo porque, como ella misma admitió en las actuaciones, pasó a vivir con su familia). Sin embargo, el Tribunal Supremo admite la causación de daños morales a la actora, en atención a que ésta, con sesenta y tres años de edad en la fecha del desalojo de la vivienda en que moraba desde hacía veinticuatro años, sufrió evidentes trastornos al situarla fuera de su domicilio y entorno habitual, amén de los gastos inherentes a su ulterior residencia en otro lugar, bien mediante el pago de una renta superior a la que abonaba o por el abono de prestaciones de otro orden, con el correspondiente traslado del mobiliario y bienes personales. Recuerda el Tribunal Supremo que, conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, la reparación del daño o sufrimiento moral no atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que va dirigida, principalmente, a proporcionar, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (SSTS de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984). (STS de 4 de febrero de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña M.^a E. residía en un piso del inmueble contiguo al solar donde se estaban edificando unos grandes almacenes. Doña M.^a E. era la única persona que residía en dicho inmueble,

tras el desalojo de los demás inquilinos, previa indemnización, porque no había acreditado la condición de arrendataria y no figuraba incluida en la relación de derechos y bienes a expropiar. El referido edificio debía ser derribado por su calificación como «fuera de ordenación» en el Plan General Municipal de Ordenación y resultar afectado por el nuevo trazado de la calle en que se situaba. La situación fuera de ordenación implicaba que las obras a acometer en el inmueble debían reducirse a pequeñas reparaciones exigidas por higiene, ornato y conservación y, sólo en caso de quedar afectado por un supuesto estado ruinoso, esta determinación reforzaba la declaración de ruina.

Como consecuencia de la ejecución del muro de pantalla de la nueva construcción y de la acción de la lluvia se producen desperfectos en el inmueble que habita doña M.^a E., que determinaron la declaración de su ruina y doña M.^a E. fue, finalmente, desalojada del piso que ocupaba.

Doña M.^a E. interpone demanda sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra la *Junta de Compensación del Polígono Chantria de León*, el *Ayuntamiento de León*, *Construcciones Rodio, S. A.* (entidad encargada de la construcción de los grandes almacenes), los arquitectos encargados del Proyecto de Dirección y Liquidación de la Urbanización del Sector de la Chantria de León por la Junta de Compensación de este polígono (don R. y don C.); y el aparejador interviniente en el plan de Seguridad y Urbanización del mismo sector (don A.). La demanda fue desestimada en primera y segunda instancia. Doña M.^a E. interpone recurso de casación. (S. M. S.)

47. Protección civil del medio ambiente y responsabilidad civil que deriva de la agresión al mismo.—El Tribunal Supremo cita, entre otras, la sentencia de 28 de enero de 2004, que reitera el sentido, jurisprudencialmente consolidado, de la protección del medio ambiente. Ésta puede considerarse en abstracto, como protección del ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, y, en concreto, como protección específica a derechos subjetivos patrimoniales. La primera no puede ser objeto de pronunciamiento por la Sala Civil del Tribunal Supremo, pero la segunda tiene —aunque no siempre se ha indicado explícitamente— una reiterada jurisprudencia civil. En concreto, la S 7 de abril de 1997, que reitera la doctrina de la anterior de 24 de mayo de 1993, contempla la responsabilidad civil por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica y dice literalmente: «el número segundo del artículo 1908 CC (...) configura un supuesto de responsabilidad de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pues, aunque, cualitativamente, los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que, cualitativamente, fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros. En definitiva, se reitera la protección judicial respecto a la responsabilidad civil y en

defensa del medio ambiente, acatando el mandato constitucional sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, que proclama el artículo 45 CE.

Responsabilidad objetiva. Inaplicación de los artículos 1902 y 1903 CC. Cumplimiento de las disposiciones reglamentarias: irrelevancia, en caso de haber causado un daño.—Se desestima la infracción de los artículos 1902 y 1903, porque la normativa aplicable al presente caso no son esos artículos sino el artículo 1908 CC, que trata una responsabilidad de carácter objetivo, que se impone al empresario, titular de la empresa causante de los humos o emanaciones, es decir, de la agresión al medio ambiente. Por otra parte, en la responsabilidad civil, en general, el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no la excluye, si se ha producido, como en el presente caso, el daño.

Indemnización. Lucro cesante: debe ser probado y excluye «sueños de fortuna».—El lucro cesante debe ser probado, excluyendo los «sueños de fortuna» (*cf.* STS 5 de noviembre de 1998). (STS de 14 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.— Una serie de propietarios de fincas afectadas ejercitan contra *Aluminio Español, S. A.*, y *Alumina Española S. A.*, acción de responsabilidad civil por inmisiones, agresión al medio ambiente fundada en el artículo 1908.2.º y 4.º CC. La demanda es esencialmente estimada, fijando concretas cantidades indemnizatorias, tanto en primera, como en segunda instancia. El recurso de casación es formulado por las codemandadas. (S. M. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

48. Alcance del litisconsorcio pasivo necesario en una acción reivindicatoria.—El litisconsorcio pasivo necesario supone que el órgano judicial sólo debe pronunciarse sobre la pretensión del actor que afecte a varias personas, cuando todas ellas estén presentes en el proceso. De manera que la acción reivindicatoria se ha de plantear frente a los poseedores a título de dueño de los bienes reivindicados, no siendo suficiente la construcción que se realiza, sobre uno de los bienes reivindicados, a cargo de una sociedad de gananciales de la que forma parte un tercero para que dicho tercero esté legitimado pasivamente, dado que en ningún momento se ha atribuido la posesión a título de dueño del bien reivindicado.

Prescripción adquisitiva extraordinaria.—Los requisitos exigidos para la usucapción extraordinaria de bienes inmuebles son la posesión *animus domini* y el tiempo de treinta años. Esta posesión en concepto de dueño constituye un requisito esencial de la usucapción ordinaria y de la extraordinaria (sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio), y no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini*. Si bien la usucapción extraordinaria no precisa de justo título, no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño,

sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo. Asimismo, la posesión en concepto de dueño ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico. (STS de 29 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita acción reivindicatoria por parte de una comunidad hereditaria respecto de cinco fincas. Sobre una de las fincas reivindicadas hay construida una casa a cargo de la sociedad de gananciales que forman la demandada y su marido.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados. Esta decisión se recurre en apelación por los demandantes. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación al declarar que tres de las fincas pertenecen a la comunidad hereditaria formada por los demandantes, al considerar que los demandados no poseyeron en concepto de dueño y desestima la pretensión ejercitada respecto de las otras dos fincas restantes, confirmándose en tales extremos la sentencia apelada. La parte demandada interpone recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial. El Alto Tribunal señala respecto de la titularidad de la finca reivindicada sobre la que se construyó la casa que no consta que haya pasado a integrar el haber de la sociedad de gananciales ni tampoco que el marido de la demandada se haya atribuido la posesión a título de dueño de la misma, por lo que no aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario basada en la falta de llamamiento a juicio del marido de la demandada. A esto añade que no cabe un cambio subjetivo en el concepto que se venía poseyendo. Por ello el Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia. (C. L. N.)

49. Propiedad horizontal. Aplicabilidad de la Ley de Propiedad Horizontal. Normas imperativas.—La posible discusión sobre la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a las comunidades que tengan los requisitos del régimen de Propiedad Horizontal, carece actualmente de sentido, como ha aclarado el artículo 2 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de modificación de la Ley 49/1960, de 21 de junio, pues este precepto suple cualquier laguna legal, de tal forma que, de manera categórica, se puede concluir indicando que las repetidas normas son de carácter imperativo. Pero incluso respecto a la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, doctrina y jurisprudencia han interpretado que cuando se dan las circunstancias del artículo 396 CC hay comunidad sometida al régimen de Propiedad Horizontal.

Criterios de adopción de acuerdos: quórum necesario. Norma estatutaria que contraviene disposición legal.—El artículo 22.3 de los estatutos establece que para que los acuerdos sean comprendidos en la modificación de estatutos (es decir, como el litigioso), bastará con el voto que represente la mayoría de participaciones en la Comunidad; y si ésta no se pudiera obtener por falta de asistencia, se celebrará otra junta, debidamente convocada, y en la que los acuerdos que se tomen serán obligatorios para todos con la simple mayoría de los asistentes a dicha junta. Según la Ley de Propiedad horizontal vigente, la mayoría exigible es doble; no sólo de número de asistentes, sino

de cuotas de participación, de tal manera que hay que conseguir el quórum doble. No puede pretenderse la prevalencia de los estatutos por falta de cumplimiento de la previsión de adaptación de las normas de las comunidades a la Ley en vigor, ordenada por la DT 1.ª de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, porque lo que la ley prevé es la posibilidad de que un comunero inste el cumplimiento de lo no realizado, pero no la posibilidad de eludir el precepto taxativo de la Ley, de exigencia de la doble mayoría. **(STS de 17 de marzo de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Se solicita al Tribunal Supremo que se pronuncie sobre la nulidad o validez del acuerdo que figura en el orden del día de la junta de propietarios, sito en la Playa de Matalascañas, término municipal de Almonte (Huelva), celebrada el 1 de junio de 1996, referente a aprobación del acta de la junta anterior, de fecha 18 de febrero de 1995. En la sentencia recurrida, que dictó la Audiencia Provincial de Huelva, se declaraba su nulidad por no contar con aprobación de la mayoría de los propietarios asistentes. Las demás pretensiones anulatorias de acuerdos adoptados en la junta de 1 de junio de 1996 han sido desestimadas por dicha sentencia y los demandantes que ejercitaban tales pretensiones no han formulado recurso contra el fallo. De modo que el único recurso es el que formula la demandada, interesada en obtener la revocación de la única pretensión que ha sido estimada en la sentencia de la Audiencia Provincial y que es la que se ha descrito. *(S. M. S.)*

50. Propiedad horizontal. Cerramiento de zonas comunes.—El Tribunal Supremo determina que las obras de cerramiento de zonas comunes —efectuadas para evitar el deterioro que se está produciendo en la urbanización— no suponen alteración de la estructura y no afectan al título constitutivo por lo tanto no es necesario la unanimidad para acordar su ejecución. **(STS de 6 de julio de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Por *Promociones Inmobiliarias Plan Sur, S. A.*, se interpone demanda por la que se suplica se acuerde dictar sentencia declarando la nulidad de un acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios demandada que acordaba el cerramiento de zonas comunes, por no haberse adoptado por unanimidad, requisito indispensable, puesto que el acuerdo impugnado supone una modificación en las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad y los estatutos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión del actor declarando la nulidad del acuerdo. La comunidad de propietarios recurre en apelación.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación declarando que el acuerdo es válido al ser conforme a la Ley y a los estatutos. *Promociones Inmobiliarias Plan Sur, S. L.*, recurre en casación. *(A. V. G.)*

51. Propiedad horizontal: artículo 12 LPH.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 11 de diciembre de 1982, 10 de octubre

de 1985, 2 de marzo de 1992, 29 de octubre de 1993 y 30 de abril 1994), el presidente designado por una junta ha de reunir la cualidad de copropietario en el momento de su elección, ya que, en caso contrario, su nombramiento estaría indebidamente acordado. Este nombramiento no es susceptible de subsanación, al tratarse de un acto radicalmente nulo (art. 6.3 CC), no estando sometido, por ello, a ningún plazo de caducidad. Tampoco se ha de confundir la posición del representante del propietario con la de éste, puesto que sólo el propietario puede acceder al cargo de presidente y no quien le represente en una junta determinada. (STS de 30 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don H. M. P. P. interpone demanda para que se declare la nulidad de la Junta General Ordinaria de la comunidad de propietarios *Las Abejas* y la de los acuerdos adoptados por ser contrarios a la Ley y a los estatutos, puesto que el presidente designado no es copropietario y comparece a la Junta como representante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Esta sentencia es recurrida y la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia de instancia, y declara la nulidad de la Junta de Propietarios y la de los acuerdos adoptados en la misma. La citada comunidad interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

52. El tercero hipotecario protegido por el Registro de la Propiedad (art. 34 LH).—En relación con el requisito de adquirir de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir el bien, el Tribunal Supremo, después de reconocer que se trata de una cuestión doctrinalmente polémica, acoge el criterio, basado en la protección del tráfico jurídico, por el que se cumple el requisito si al tiempo de la adquisición del dominio el transmitente tenía título para disponer y acceder al Registro y accede mediante una inscripción a su favor posterior a dicha adquisición, aunque previa a la inscripción a favor del adquirente.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe el conocimiento de la inexactitud del Registro. La falta de buena fe, en su aspecto fáctico, en lo que hace referencia a la fijación de los hechos que permitirían desvirtuar la buena fe en su dimensión negativa (no es posible sostener el desconocimiento de la inexactitud registral) o positiva (creencia en que el transferente es el titular real y puede disponer del derecho) corresponde a los tribunales de instancia (primera instancia y apelación). La apreciación de la buena fe como concepto jurídico indeterminado exige someter al nuevo juicio jurisdiccional la significación y relevancia jurídica de los hechos previamente fijados. (STS de 11 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Incomisa* aduce haber adquirido el dominio de tres cuartas partes indivisas de una finca mediante adjudicaciones en apremios, por lo que interpone acción reivindicatoria solicitando que se declare nula una compraventa de la misma, de la que resulta compradora *Lafica S. A.*, y posterior inscripción registral del inmueble. Asimismo alega la existencia de un arrendamiento.

La demanda se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia del que se pretende la declaración de nulidad de la compraventa por falta de causa por simulación. Uno de los codemandados, el vendedor en el contrato de compraventa cuya nulidad se pretende, plantea reconvencción interesando la nulidad de las actuaciones judiciales en que se produjeron las adjudicaciones y la nulidad del contrato de arrendamiento. El Juez de Primera Instancia desestima íntegramente tanto la demanda como la reconvencción y absuelve, respectivamente a los demandados, al entender que no ha sido desvirtuada la presunción de legitimación registral del artículo 38 LH en favor del titular inscrito, y al demandante reconvenido. Éste, *Incomisa*, interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial, después de analizar si concurren en la compradora *Lafica, S. A.*, los presupuestos del tercero protegido del artículo 34 LH, lo desestima y confirma la resolución recurrida. La entidad demandante *Incomisa* acude ante el Tribunal Supremo en casación con base en que *Lafica S. A.*, no tiene la condición de tercero hipotecario. El Tribunal Supremo señala que *Lafica S. A.*, actúa coherentemente con la titulación civil existente que revela una concordancia entre la situación registral y la realidad extratabular, sin existir, por tanto, falta de buena fe en su dimensión negativa. Asimismo indica que las conclusiones a las que llega la Audiencia de que no existe elemento alguno que permita pensar que la entidad adquirente era conocedora de las previas adjudicaciones de partes indivisas de la finca a favor de *Incomisa* y de que falta la prueba de la inexistencia de precio (que habría podido determinar una falta de causa con el efecto de nulidad) son cuestiones de hecho, de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de instancia que resultan incólumes en casación. Así, la entidad mercantil *Lafica, S. A.*, tiene la condición de tercer hipotecario del artículo 34 LH, a cuyo favor se ha producido una adquisición *a non domino* que enerva la acción reivindicatoria. Por este motivo, el Tribunal Supremo desestima el recurso. (C. L. N.)

53. Notificación al deudor hipotecario en la finca hipotecada (art. 131.7.ª LH).—El Tribunal Supremo entiende que no notificar el señalamiento de la subasta, en un procedimiento judicial sumario, al deudor en la finca o fincas subastadas, de conformidad con la regla 7.ª *in fine* del artículo 131 LH, y hacerlo en el domicilio que constaba en la escritura de constitución de hipoteca a efectos de notificaciones supone una vulneración esencial del procedimiento establecido. Es, por tanto, un requisito obligatorio que tampoco puede ser subsanado con la notificación edictal, que tiene carácter excepcional.

Concepto de deudor a los efectos de esta notificación.—La notificación de la subasta en la finca hipotecada se ha de realizar al «deudor protegible», es decir, no sólo al estrictamente hipotecario, sino también a quienes del contenido de la certificación registral de cargas aparezcan como titulares de una inscripción de dominio, posesión o acreedores posteriores, reconociéndoles legitimación para instar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante adquiere por acta de adjudicación directa una nave inscrita en el Registro de la Propiedad que estaba

afecta a cargas y gravámenes, entre ellos, una hipoteca constituida a favor de un banco acreedor, habiendo sido ejecutada una sociedad mercantil. El banco insta demanda de ejecución hipotecaria al amparo de lo dispuesto en el artículo 131 LH para hacer efectivo un crédito de la mercantil garantizado mediante hipoteca sobre la nave. En el momento en que se expide la certificación de cargas y títulos de dominio, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, no consta inscripción alguna de dominio posterior a favor del demandante, ni tampoco consta inscrita la posesión del inmueble, por ser posterior a la adquisición de la nave por el demandante y anterior a la escritura de compraventa e inscripción de ésta. El demandante solicita se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del procedimiento judicial sumario.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, interponiéndose recurso de apelación por la parte actora. El recurso es estimado por la Audiencia Provincial que revoca la sentencia anterior y declara la nulidad del procedimiento judicial sumario retro trayendo las actuaciones al momento en que se cometió la infracción. Frente a esta sentencia de apelación los demandados acuden en casación ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal confirma el sentido del fallo de la Audiencia Provincial al entender, igualmente, que el acta de adjudicación directa por la que adquiere el demandante tiene carácter de tradición simbólica o *ficta* de conformidad con el artículo 150.5 del Reglamento General de Recaudación y que existe una infracción del procedimiento con suficiente relevancia jurídica como para declarar la nulidad del procedimiento, dado que ha colocado al demandante, adquirente en procedimiento de apremio, en una situación de indefensión material.

NOTA.—El artículo 131 LH referido al procedimiento sumario hipotecario ha sido modificado por la DF 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, quedando el nuevo artículo 131 LH con un contenido no procedimental. La Ley de Enjuiciamiento Civil introduce novedades significativas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, ya que el régimen establecido en la Ley Hipotecaria —y, en concreto, la regulación del procedimiento judicial sumario del art. 131 LH y ss.— se sustituye por las disposiciones que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos artículos 681 a 698 recogen las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. Estas disposiciones deben completarse, por remisión expresa de la Ley, con las normas relativas a la subasta de bienes inmuebles (arts. 655 a 675) a las que también son aplicables, salvo las especialidades que se establecen en dichos artículos, las normas de la subasta de bienes muebles (arts. 643 a 654). (C. L. N.)

54. Contrato mixto. Retracto voluntario: asimilación al retracto convencional.—El derecho establecido en una cláusula del contrato de «abanderamiento», «asistencia técnica» y de «abastecimiento de combustible» no es propiamente un derecho de tanteo/retracto convencional, pues el pacto de retro no estaba inserto en un contrato propio de compraventa, siendo aquél,

pues, un contrato mixto de la clase indicada, sí se asemeja al mismo, y debe de regirse por sus preceptos (arts. 1507 a 1520 CC), en cuanto una y otra figura tienen las características, que en este caso se la quieren dar las partes a esa cláusula concreta, de «derecho de adquisición o de preferencia», reconocido en la doctrina, y conocido con el nombre de «retracto voluntario», pactándose, pues, una adquisición preferente del objeto de la venta que posteriormente se realice por el titular, aplicándole por ello esa doble naturaleza o vertiente.

Contrato mixto. Retracto voluntario: naturaleza jurídica.—Este derecho tiene carácter real, y es oponible *erga omnes*, dado lo dispuesto en los artículos 2.º, números 1.º y 2.º y 37.3.º LH y 14 RH, en cuanto permiten su inscripción registral, siendo una forma de liquidar o extinguir una relación anterior, mediante la realización de las prestaciones indicadas en el artículo 1518 CC, participando, en doble vertiente, pues, de ese carácter y del de relación contractual.

Contrato mixto. Retracto voluntario: oponibilidad *erga omnes*.—Su oponibilidad a terceros deriva de ese carácter que mantiene de oponibilidad *erga omnes*, si bien aquí, la condición de tercero de buena fe, no hipotecario, queda más restringida, es decir, sólo respecto a los que conocen, fuera del Registro (no fue inscrito), la realidad del derecho que se ha establecido, en cuya órbita entra indudablemente el adquirente del complejo dominical cedido. (STS de 29 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Compañía Española de Petroleos, S. A. (CEPSA)* interpuso demanda contra *Estació de Servei de Gràcia, S. L., Estación de Servicio Can Planas, S. A.*, y contra *Can Planas, S. L.*, solicitando se declare el derecho de la actora al retracto de los bienes que conforman la Estación de servicio en cuestión. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sabadell dictó sentencia desestimando la demanda. La Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió admitiendo el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

DERECHO DE FAMILIA

55. Tercería de dominio. Capitulaciones matrimoniales acordando régimen económico de separación de bienes.—El Tribunal Supremo declara que la acción de tercería únicamente puede ser ejercitada por quien tiene la condición de tercero respecto a la obligación cuya efectividad se persigue con el procedimiento ejecutivo. Los cónyuges tienen capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales siendo necesario para que las mismas vinculen a terceros que se inscriban en el Registro Civil y, cuando se trata de inmuebles, en el Registro Civil de la Propiedad conforme a los criterios establecidos por la Ley Hipotecaria. El cambio de régimen económico si bien es cierto que produce efectos internos entre los cónyuges, no lo es menos que no hace que se desplacen los derechos adquiridos con anterioridad por terceros sobre el patrimonio de los mismos. (STS de 15 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña T. A. M. interpone demanda de tercería de dominio contra el Ilustre Ayuntamiento de Ceuta y contra don M. A. A. al ser embargadas unas fincas que considera de carácter privativo. El Ilustre Ayuntamiento de Ceuta reconviene alegando, entre otros argumentos, el carácter fraudulento de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges en perjuicio de los acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda de tercería interpuesta por doña T. A. M. declarando la nulidad, por simulación absoluta, de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales. Doña T. A. M. recurre en apelación.

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso corrigiendo el pronunciamiento únicamente respecto a la declaración de nulidad de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales. El Ilustre Ayuntamiento de Ceuta recurre en casación. (A. V. G.)

56. Régimen económico matrimonial: modificación en perjuicio de Hacienda: cambio de gananciales a separación: nacimiento de la deuda tributaria. Procedencia del embargo.—La deuda tributaria se produce en los años 1984 a 1987 por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por el de Valor Añadido, relativo al marido codemandado en rebeldía; éste y su esposa, demandante tercerista en la instancia y recurrente en casación, otorgan capitulaciones matrimoniales el 10 de julio de 1987 modificando su régimen de gananciales por el de separación, efectuando la liquidación de aquél en escritura de 27 de julio de 1987 atribuyendo a la esposa dos determinadas fincas; por la Administración tributaria en fechas de 9 y 29 de octubre de 1991, se dictan sendas diligencias de embargo, interponiéndose tercería por la esposa alegando ser de su propiedad por consecuencia de aquella liquidación. El tema planteado no es el de responsabilidad de los bienes gananciales sino de aplicación de los artículos 1317 y 1401 CC. En consecuencia, las fincas embargadas, al tiempo de nacer el crédito a favor de la Administración tributaria, eran fincas gananciales, ya que no se ha probado que fueran privativas a efectos de destruir la presunción del artículo 1361 CC Los impuestos derivados del trabajo, bienes o industria de los dos o de uno de los cónyuges son a cargo de la comunidad de gananciales; así, la deuda tributaria considerada es a cargo de la sociedad y la modificación del régimen económico-matrimonial, de gananciales a separación de bienes operada en 1987 no perjudica a tercero, sino que éste conserva sus créditos contra el cónyuge deudor y no deudor, a quien han sido adjudicados bienes de aquella comunidad, y es válido el embargo realizado en 1991.

Cuestión nueva.—La alegación de no ser carga de la comunidad el carácter punitivo de carácter personal formado por la sanción y los intereses de demora por el impago es una cuestión nueva, que no sabe ser planteada en casación por atentar contra la interdicción de la indefensión que proclama el artículo 24 CE y quebranta los principios de contradicción y de igualdad que deben presidir el proceso, y que reitera abundante jurisprudencia. (STS de 21 de junio de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

57. Matrimonio: disolución por divorcio: liquidación de gananciales: indemnización posterior percibida por despido y salarios de

tramitación.—Con relación a la liquidación de la comunidad de gananciales, cuya disolución se ha producido por las sucesivas sentencias de separación y divorcio, en 1991 y 1992, la cuestión exclusivamente jurídica que se plantea en casación se refiere a la indemnización que el demandado percibió posteriormente, el 6 de julio de 1995, en cuantía de 24.405.377 pesetas por despido, y 594.623 por salarios de tramitación. Las sentencias de instancias han concedido a la actora la mitad de la cifra calculada como ganancial. Esta Sala entiende que una vez producida la separación legal, es decir, disuelta la comunidad de gananciales, háyase o no practicado la liquidación de la misma que se exige legalmente (art. 1396 CC), la percepción de una pensión de jubilación o de una indemnización por despido o una cantidad por un concepto análogo, relativo todo a la extinción de una relación laboral, no se conecta con ésta para ser considerada como bien ganancial (art. 1347.1.º CC), sino que se estima que es un bien adquirido una vez extinguida la comunidad de gananciales, por lo que no se imputa a ésta, ya inexistente; ni siquiera puede llamarse bien privativo, puesto que la distinción entre ganancial y privativo ya no procede cuando ha dejado de existir aquella comunidad. Es un bien adquirido personalmente por la persona que tiempo atrás fue miembro de una comunidad, ya disuelta; es un bien propio, ajeno a aquélla. Ésta ha sido doctrina de esta Sala (así SSTs de 22 de diciembre de 1999, 29 de junio de 2000 y 20 de diciembre de 2004), con la excepción de la STS de 25 de marzo de 1988, criterio que no puede tener el concepto de jurisprudencia por tratarse de una sola sentencia. (**STS de 29 de junio de 2006**; ha lugar.) (*G. G. C.*)

58. Pensión compensatoria. Carácter temporal o vitalicio. El Tribunal Supremo se muestra favorable a un entendimiento temporal de la pensión compensatoria. Interpretación social de la norma.—En la formulación del recurso de casación, el recurrente señala la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto al carácter temporal o vitalicio de la pensión compensatoria *ex* artículo 97 CC.

Según el Tribunal Supremo, la problemática objeto de enjuiciamiento es consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo, sociales —y singularmente, la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral—, lo que, en especial, a partir de los años noventa, dio lugar a que la jurisprudencia de las Audiencias comenzase a mostrarse favorable a la temporalización —unas veces excepcional, y otras con más flexibilidad—, hasta el punto de que, en la actualidad, tal corriente favorable es, claramente, mayoritaria. También el Consejo de Europa se ha mostrado favorable a la temporalización (Informe del Comité de Expertos sobre el Derecho Relativo a los Esposos, reunión de Estrasburgo, de 20-24 de octubre de 1980). Y tanto el Código de Familia de Cataluña [Ley 9/1998, de 15 de julio, art. 86.1.d)] como el Proyecto de reforma del Código civil, en materia de separación y divorcio, determinan su temporalidad.

La regulación del Código Civil, introducida en 1981, regula la pensión compensatoria con características propias. Está notoriamente alejada de la prestación alimenticia (que atiende al concepto de necesidad), pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que

podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de matrimonios. Y, en todo caso, la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–.

Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del artículo 97 CC, adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 CC, y cuya importancia ha resaltado el Tribunal Supremo reiteradamente, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela. Se refiere a la integración normativa por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento; significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad.

Función reequilibradora de la pensión compensatoria. Articulación de mecanismo adecuado.—Para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que se constituya un mecanismo adecuado a la función reequilibradora que tiene, puesto que, en muchos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia. La enumeración de los factores a tomar en cuenta es imposible. Pero, entre los más destacados, y sin ánimo exhaustivo, se puede citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y los hijos; cuántos de éstos precisan atención futura; estado de salud y recuperabilidad; trabajo en el que el acreedor desempeña o pueda desempeñar por su cualificación profesional, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Y se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión con certidumbre o potencialidad real, determinada por altos índices de probabilidad. El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección. (STS de 10 de febrero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. S. M. y doña M. S. T., casados desde el 17 de enero de 1986, obtienen sentencia de divorcio el 8 de octubre de 2001, cuando doña M. cuenta con cuarenta años de edad, y estando judicialmente separados desde el 15 de febrero de 1999. En la sentencia de divorcio se dictan diversas medidas para los mismos y también en relación con el hijo de ambos, menor de edad. Entre las medidas adoptadas figura la pensión compensatoria a favor de la esposa, y que se establece con carácter temporal (hasta el 1 de enero de 2004, fecha en que quedaría extinguida automáticamente, de no haberlo hecho con anterioridad por alguna de las circunstancias que se recogen en el art. 101 CC). Doña M. S. T. interpone recurso de apelación, que es estimado. Don R. formula recurso de casación. (S. M. S.)

59. Matrimonio: duración temporal de la pensión compensatoria: recurso de casación en interés de la ley: LEC 2000: unificación de doctrina: interés casacional.—En la regulación de la LEC 2000, el recurso de casación mantiene su naturaleza de medio extraordinario de impugnación por infracción de ley, por lo que debe fundarse siempre en la vulneración de norma sustantiva aplicable al objeto del proceso y determinante del fallo recurrido, siendo el *interés casacional* un presupuesto que determina la necesidad del conocimiento del asunto por el Tribunal Supremo, con el fin de crear uniforme doctrina jurisprudencial; por ello los casos de *interés casacional* que tipifica el artículo 477.2 LEC 2000 tienen otro contenido y alcance que el motivo del recurso previsto en el artículo 477.1, precisándose siempre que el recurrente invoque una o varias infracciones legales relevantes para la casación de la segunda instancia, operando dicho concepto como un requisito de recurribilidad, esencial en el sistema, pero funcionalmente distinto al motivo del recurso, de ahí que la contradicción entre Audiencias Provinciales —al igual que la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o la inexistencia de ésta en relación con normas nuevas— opere como presupuesto, diferenciado de la infracción, con trascendencia, eso sí, para la función uniformadora de la jurisprudencia, al contemplar el artículo 487.3 LEC 2000 que esta Sala, con alcance general, solventa la divergencia entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia y mantenga, cambie o genere doctrina jurisprudencial, según sea el supuesto del *interés casacional* que concurra. En el presente caso se ha justificado el requisito en la fase de preparación del recurso de casación, acreditándose la existencia de contradicción sobre la temporalidad de la pensión compensatoria, al considerar la Audiencia Provincial de Granada en SS de 15 de mayo de 2000 y 29 de enero de 2001, que la pensión compensatoria no puede limitarse temporalmente, mientras que se admite tal posibilidad por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sec. 5.ª, en SS de 26 de enero y 18 de octubre de 2000. Igual infracción que la denunciada en este recurso, y el mismo caso de *interés casacional* fueron estudiados en Sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2005, en el recurso 1876/2002, en la que se dejó sentada una doctrina que ahora se reitera íntegramente. En el presente caso la edad de la esposa es de treinta y siete años, es Diplomada en Técnicas de Comunicación; el matrimonio ha durado tres años y las medidas patrimoniales acordadas en la sentencia de separación dejan una situación preeminente a la parte recurrente. Todo lo cual lleva a determinar la lógica y justa limitación temporal acordada en la sentencia recurrida, y, por ende, el motivo debe ser desestimado. De conformidad con lo previsto en el artículo 487.3 LEC 2000, debe procederse a efectuar un razonamiento unificador sobre la contradicción existente entre diferentes Audiencias Provinciales, dejando zanjada la divergencia en el mismo sentido que la anterior Sentencia de 10 de febrero de 2005, sentando como doctrina jurisprudencial la posibilidad de acordar una duración limitada temporalmente a la pensión compensatoria. (STS de 28 de abril de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Importante sentencia por ser una de las primeras en que se aplica la nueva LEC 2000 sobre los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, contribuyendo a aclarar uno de los conceptos más novedosos introducidos en el artículo 477.2.3.º, a saber el de interés casacional. En sí misma la materia objeto del recurso, sólo tiene un alcance meramente

transitorio, dado que la reforma de la Ley 2005 realizada en el artículo 97 CC ha normativizado la doctrina jurisprudencial que aquí se ha consolidado, reiterando la establecida en la STS de 10 febrero 2005.

La doctrina mayoritaria sobre la posibilidad de fijar judicialmente una duración temporal a la pensión compensatoria, tanto en caso de separación como de divorcio, era contraria a la misma [vid. últimamente Lacruz *et alii*, *Elementos*, IV, *Familia* (2.^a ed. de Dykinson, a cargo de Rams Albesa, Madrid, 2005), p. 107: «En España ... la pensión es, en principio, vitalicia, y el Juez no puede limitar su duración a un cierto número de años»]; pero véase Marín García de Leonardo, *La temporalidad de la pensión compensatoria: una realidad de nuestro tiempo*, Valencia 1997. Como la política legislativa actual es fragilizar al extremo el vínculo matrimonial, a nadie extraña que la reforma del artículo 97 CC por Ley de 2005 haya recogido y elevado a norma la doctrina de la temporalidad de dicha pensión compensatoria. Disponiendo que ahora la «compensación ... podrá consistir en una *pensión temporal* o por tiempo indefinido, o en una prestación única», siguiendo en general, al parecer, a la reforma francesa de 1975. Queda por anotar que el Ponente ha sido García Varela, y que parece manifestarse en nuestro más alto Tribunal un cierto propósito de reducción del *retraso casacional endémico* que padecemos, pues la sentencia del Juzgado de Primera Instancia tiene fecha de 25 de septiembre de 2001 y la sentencia de la Sala 1.^a se dicta menos de cuatro años más tarde (G. G. C.)

60. Determinación de la filiación: reclamación de filiación no matrimonial. Principio de verdad material: pruebas indirectas o presunciones.—Los actuales artículos 125 y 137 CC establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro. Tal principio de libertad en la práctica y valoración de las pruebas tiende a buscar el principio de verdad material. El último inciso del artículo 135 CC alude a otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo, frase que, sin duda, remite a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que, específicamente, menciona aquel precepto: reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre, en la época de la concepción. La STS de 17 de noviembre de 1997 concluye afirmando que, del conjunto jurisprudencial relacionado, se desprende que el artículo 135 establece criterios de gran amplitud, acudiendo a presunciones *seu iudicis*, para declarar o no la filiación reclamada. El precepto, por tanto, incluye dos tipos de pruebas: las directas, entre las que cabe incluir, si se presenta contundente, la hereditaria y las indirectas o presuntivas.

Prueba de ADN: imposibilidad de llegar a ninguna conclusión.—Al tomar muestras de los tejidos óseos de los restos de D. J. F. se concluye la imposibilidad de llegar a una conclusión afirmativa o negativa acerca de la

paternidad, debido a la mala calidad del material genético obtenido de los restos. Esto no es un resultado negativo de la paternidad demandada, sino una ausencia de prueba directa biológica.

Interpretación de documentos aportados: cartas. Aplicabilidad de los criterios de interpretación de los contratos.—Como dice la STS de 19 de septiembre de 2000, la investigación de la voluntad de la intención de las partes, tan sólo cabe, de conformidad con el artículo 1281.2, si parecieren contrarias a tal intención las palabras expresadas. En el caso no se da contradicción alguna entre la intención o voluntad del autor de las cartas y las palabras utilizadas, sino que, al contrario, éstas evidencian cuál fue su voluntad.

Aplicación del artículo 834 CC.—El Decreto de separación conyugal dictado por el Obispado de Lausana, Ginebra y Friburgo, inscrito en el Registro civil de Ortigueira, no contiene declaración alguna sobre culpa de los cónyuges en la causa de separación, por lo que es correcta la aplicación por el Tribunal de instancia del artículo 834 CC, que sólo reconoce al cónyuge separado el derecho de usufructo sobre el tercio de mejora, concurriendo con hijos o descendientes del difunto, cuando estuvieren separados por culpa del difunto, culpa que ha de estar declarada en la sentencia de separación y que en este caso no consta. (STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. formula demanda de juicio de menor cuantía contra doña T., sobre declaración de filiación no matrimonial y nulidad de disposiciones testamentarias. Alega ser hija no matrimonial de don J. F., fallecido el 28 de enero de 1990, quien estuvo casado con la demandada, habiéndose separado los cónyuges por sentencia de fecha 30 de noviembre de 1979, dictada por el Obispado de Lausana, Ginebra y Friburgo (Suiza), sentencia que fue inscrita en el Registro Civil de Ortigueira. Don J. F. otorgó testamento ante el Notario de Ortigueira en 4 de noviembre de 1965, en el que «en caso de fallecer sin descendencia, instituye única y universal heredera en pleno dominio de todos sus bienes, derechos y acciones a su esposa doña T.». La demanda es desestimada en primera instancia. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación. Admite la reclamación de filiación, así como que en el testamento otorgado por don J. F. en 1965, se ha preterido a la actora, por lo que se declara a doña A. heredera de D. J. F. en dos tercios de su haber hereditario, correspondiendo el otro tercio a doña Teresa, no teniendo ésta derecho al usufructo viudal del tercio de mejora. Doña T. interpone recurso de casación. (S. M. S.)

61. Potestad y guarda y custodia. Valor y aplicación del convenio regulador convenido por los progenitores: amplio campo de libertad en el ejercicio de la función de la patria potestad en que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos. Respeto prevalente del interés de la menor.—En lo que respecta al valor de los convenios entre los padres, aparte de que el Tribunal, en su análisis de las pruebas practicadas, no encontraba causa alguna para hacer un pronunciamiento contrario, desde la perspectiva del interés del menor, tanto la Constitución (art. 39), como el conjunto nor-

mativo que regula las relaciones paterno filiales —especialmente, art. 154 CC— reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos. Su intervención está limitada a los supuestos en que, en el ejercicio de la función, se lesione o ponga en peligro al menor. De ahí la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores. En el caso concreto, la sentencia de primera instancia atribuía al padre la guarda de la hija, entonces de cuatro años de edad, porque la madre tenía horario nocturno de trabajo, circunstancia de la que deducía la dificultad para asumir permanentemente el cuidado de la menor. El trabajo nocturno de la madre como causa no impeditiva del ejercicio de la función de guarda fue apreciada por el tribunal, de suerte que, eliminada esa circunstancia, resulta evidente, dada la edad de la menor, que la atribución a la madre de su guarda y cuidado está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil.

Intervención del Ministerio Fiscal: interés del menor.—La intervención del Ministerio Fiscal es necesaria en todas las instancias del proceso, en defensa del interés del menor.

Audiencia del menor de edad mayor de doce años.—Habiendo transcurrido, desde la adopción de las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, conforme resulta del derecho que establece la Ley del Menor (art. 9.3), procede acordar la audiencia de dicha menor, con intervención del Ministerio Fiscal. (STS de 14 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. y doña P. matienen una unión paramatrimonial, fruto de la cual nace su hija C. En el año 1996, se rompe dicha unión, cuando la hija de ambos cuenta 4 años y don S. y doña P. acuerdan un convenio regulador, firmado por ambos progenitores de la niña, en fecha 3 de mayo de 1996, que recoge, entre otros términos, régimen de visitas y guarda y custodia de la menor. Doña P. interpone demanda solicitando que le sea concedida la custodia de la niña, así como la patria potestad ordinaria, manteniendo ambos progenitores la patria potestad y el padre el régimen de visitas oportuno. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda de doña P.: confiere la guarda y custodia al padre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores y fijando el régimen de visitas adecuado. Contra dicha sentencia, se interpone recurso de apelación que fue estimado y concedió a doña P. la guarda y custodia de la menor y fijó para el padre el régimen de visitas pactado en el convenio de 3 de mayo de 1996. Don S. interpone recurso de casación. (S. M. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

62. Disposiciones testamentarias: requisitos de validez.—La voluntad del testador a la hora de otorgar testamento ha de ser libre y consciente. Según una amplia doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS

de 27 de enero y 12 de mayo de 1998, y las que en ellas se citan) para que se declare la nulidad de las disposiciones testamentarias, por encontrarse alteradas las facultades intelectuales y volitivas del testador, es necesario que la afección mental sea grave hasta el extremo de hacer desaparecer su personalidad psíquica, ya que ni la enfermedad ni la demencia obstan el libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra sus facultades. Igualmente es una circunstancia insuficiente para establecer la incapacidad los graves padecimientos físicos del testador, ya que existe una presunción *iuris tantum* de su integridad mental. Dicha falta de capacidad ha de concurrir en el momento de otorgar el testamento y la aseveración notarial acerca de la misma, hace que ésta adquiera especial relevancia de certidumbre.

Donaciones remuneratorias.—Las donaciones remuneratorias que se realizan disimuladas bajo compraventas con simulación relativa, son válidas si concurren los elementos necesarios. Estos elementos son: en primer lugar, el donante, por sí mismo o por otro, ha de consentir la transmisión; en segundo, ha de mediar un *animus donandi* (v. gr. para recompensar los servicios asistenciales o las atenciones durante la vejez o enfermedad), y, finalmente, la donación ha de aceptarse en vida del donante. (STS de 27 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hijos de don R. C. B. interponen demanda contra doña U. S. y *Cruz Roja Española* solicitando que se declare la nulidad de las compraventas de una serie de fincas, de las posibles donaciones encubiertas en dichas compraventas y de las disposiciones testamentarias.

Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial, estimaron el primero de los pedimentos y declararon nulas por falta de precio, las compraventas, apreciando simulación; pero desestimaron el segundo y tercer pedimento al entender que la simulación era relativa y las donaciones remuneratorias eran válidas, y que las disposiciones testamentarias también lo eran, puesto que no se constató que el testador tuviera alteradas sus facultades mentales y volitivas. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto. (S. E. M.)

63. Legitimación activa: acción de reversión ejercitada por descendientes, no declarados herederos, del fundador.—La doctrina jurisprudencial declara que la legitimación activa implica que el demandante o demandantes se encuentren en una determinada relación jurídica, como titulares o que tengan un interés legítimo (entre otras, la STS de 16 de mayo de 2000 y las sentencias por ella citadas, así como, la STS de 23 de marzo de 2001). Por lo tanto, para ejercitar la acción de reversión de determinados bienes hereditarios por cumplimiento de una condición resolutoria, se ha de ser titular o tener un interés legítimo en la herencia. Si bien es cierto que, dentro de las distintas fases del fenómeno sucesorio, los posibles herederos con vocación a la herencia del causante, no tienen un derecho subjetivo en la misma, sí que pueden llegar a tenerlo, es decir, tienen una expectativa jurídica y, por ello, un interés legítimo y legitimación activa para el ejercicio de la acción de reversión. No obstante, dicha

acción se ejercita por quienes tienen dicho interés (los posibles herederos), pero la reclamación será para los sujetos que, definitivamente, tengan la cualidad de herederos; cualidad que se obtiene mediante la aceptación voluntaria y libre de la herencia (art. 988 CC). **(STS de 4 de mayo de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Los veintiún biznietos y seis tataranietos del causante interponen demanda contra la Fundación *Asilo de Santa Laureana*, el Rector de la Universidad de Oviedo y el Párroco de la Iglesia de San Pedro de Gijón para que se declare la reversión de los bienes de la Fundación por cumplimiento de la condición resolutoria y de las causas de reversión señaladas. Los demandados se oponen a la demanda por falta de legitimación activa.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la excepción de falta de legitimación y estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la resolución del Juzgado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. *(S. E. M.)*

64. Colación de donaciones dinerarias: criterios de valoración ex artículo 1045 CC.—El artículo 1045 CC no contempla el criterio de valoración de las donaciones consistentes en sumas de dinero, ya que no precisa si la colación ha de efectuarse por el valor nominal o por el valor real. A pesar de que en algunos supuestos el Código civil se rige por un criterio nominalista (arts. 1170 y 1753 CC), tras la reforma de 1981 del citado artículo 1045 CC, como la determinación del valor de las donaciones recibidas ha de realizarse en el momento en el que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, el criterio que ha de aplicarse, en este caso, es el del valor real de la donación dineraria en dicho momento. Este valor no es otro que la cantidad recibida actualizada, lo que permite igualar el poder adquisitivo que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación y respetar tanto la equidad, como la voluntad del causante. Por lo tanto, el criterio de valoración de las donaciones dinerarias sujetas a colación será el valor real que les corresponda al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. **(STS de 20 de junio de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—Cuatro de los hermanos R. M. interponen demanda contra su otro hermano don J. L. R. M. solicitando que se declare la falsedad de la causa onerosa de una escritura de compraventa que encubre una donación en favor de este último y que dicho inmueble objeto del contrato se reintegre en la masa hereditaria del causante. Don J. L. R. M. plantea demanda reconvenzional donde solicita la colación de determinadas donaciones dinerarias que se realizaron por el causante en favor de los demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda declarando la nulidad de la compraventa y estima parcialmente la reconvenzión. La referida sentencia fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y aplica como criterio de valoración de las donaciones colacionables el valor real actualizado de los bienes hereditarios, aunque lo hace sólo para los inmuebles cuya colación decreta. Don J. L. R. M.

interpone recurso de casación por infracción del artículo 1045 CC. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*S. E. M.*)

DERECHO MERCANTIL

65. Propiedad industrial. Marcas. Obligación de explotación: determinación.—El artículo 4.3 de la Ley 32/1988 de 10 de noviembre, de Marcas, somete a las sanciones, previstas en la Ley, la obligación de explotar la marca registrada, esto es, debe ser objeto de uso efectivo y real para los productos o servicios registrados, dentro del plazo de cinco años del registro, sin que sea suspendido su uso; la marca debe, asimismo, reputarse usada por su titular cuando sea utilizada por un tercero con el consentimiento expreso de aquél.

Propiedad industrial. Marcas. Obligación de explotación: consentimiento expreso.—El silencio de los titulares de la marca, cuando menos desde que dejaron de ser accionistas, sólo pondría de relieve su inacción o mera tolerancia no equiparable al necesario consentimiento expreso, sin que se pueda construir un consentimiento expreso sobre omisiones que equivalieran a actos de tolerancia.

Propiedad industrial. Marcas. Obligación de explotación: caducidad.—La caducidad declarada de la marca no supone una aplicación errónea del artículo 53, puesto que la dicción legal establece, sin ambages, que los Tribunales tienen el deber de declarar la caducidad del registro de la marca, cuando la marca no haya sido usada en un plazo superior a los cinco años establecidos en el artículo 4.1 de la Ley de Marcas. El titular de la marca no ha demostrado ni que haya sido utilizada con arreglo al artículo 4, ni que existan causas justificativas de la falta de uso. (**STS de 26 de abril de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Albilux, S. A.*, interpuso demanda contra don P. C. C., don J. C. C., y doña N. C. C. solicitando se declarase la caducidad de la marca en litigio por falta de uso. El Juzgado de Primera Instancia número 46 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

66. Publicidad. Ilícito publicitario y competencia desleal.—El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables (arts. 32 y 33, antes de la derogación de este último por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000). Además, la Ley de Competencia Desleal abarca la publicidad ilícita. Así, el artículo 5 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 considera desleal «todo comportamiento» que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos;

el artículo 7, al definir los actos de engaño, considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, lo mismo que el artículo 9 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.

Publicidad. Imitación de la publicidad ajena: comportamiento desleal.—La imitación de la publicidad ajena es un comportamiento desleal que ha creado confusión con las prestaciones o servicios que ofrece la actora, al cual es aplicable sin duda el artículo 6 LCD.

Competencia desleal. Publicación de sentencia: necesidad de dolo o culpa.—El artículo 18.5 LCD exige declaración de dolo o culpa por parte del autor del acto para que pueda condenársele a la publicación de la sentencia. Ciertamente es que no existe una unidad indisoluble entre la condena a indemnizar daños y la publicación de la sentencia, de modo que puede faltar la primera y, sin embargo, condenarse a la publicación, pero siempre y cuando medie culpa o dolo. En modo alguno puede entenderse que el acto de competencia desleal lo lleva consigo, pues entonces sobra que el artículo 18 LCD lo exigiese como requisito propio e independiente de la condena a indemnizar daños y perjuicios y de las demás acciones que contempla. (STS de 4 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Dinamic Multimedia, S. A.*, interpuso demanda contra las entidades *Digital Dreams Multimedia, S. A.*, *Tower Communications, SRC* y *Ediciones Mensuales, S. A.*, por actos de competencia desleal por cuanto el anuncio de las demandadas imita el anuncio de la actora, induciendo a error y confusión al consumidor respecto del origen del producto. El Juzgado de Primera Instancia número 63 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de la actora y parcialmente el de las demandadas *Digital Dreams Multimedia, S. A.*, y *Tower Communications, SRC*. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

67. Cartas de patrocinio: admisión.—Las cartas de patrocinio, también denominadas cartas de confort, cartas de apoyo, cartas de conformidad, cartas de responsabilidad, cartas de garantía, son una fórmula de crédito financiero, que se ha introducido en nuestro Derecho proveniente del derecho anglosajón, véase las denominadas «letter of responsibility», «letter of support», «letter of patronage», «letter of intention», etc., a las que la doctrina científica moderna española ha dado verdadera carta de naturaleza, y que asimismo aparece recogida y estudiada por la jurisprudencia.

Cartas de patrocinio: importancia económica.—Esta institución que cada vez está adquiriendo más importancia en el tráfico mercantil como constituida por manifestaciones tendentes a facilitar la celebración de contratos de crédito, ya que produce ventajas fiscales, de normativa contable e incluso de control de cambios, y sobre todo por la indeterminación de los efectos jurídicos subsiguientes al acto de emisión de la carta y porque, sobre

todo, permite una función de movilización del crédito, base esencial para una pujanza económica y comercial.

Cartas de patrocinio: fundamentación y obligatoriedad.—Tiene, dicha figura crediticia, su fundamentación en nuestro Derecho en el principio de libertad de contratación establecido de una manera emblemática en el artículo 1255 CC. Ya que no existe obstáculo legal para entender eficaces en nuestro ordenamiento positivo las cláusulas de apoyo financiero con una fuerza vinculante fundada en el principio de libertad de contratación proclamado en el referido artículo 1255 y sus concordantes sobre los efectos de la relación obligatoria pero es preciso decir a este respecto que las declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa.

Cartas de patrocinio. Modalidades.—Doctrinalmente ha surgido la distinción de dos clases de cartas de patrocinio: las «cartas fuertes» y las «cartas débiles». Las segundas suelen ser emitidas generalmente para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito, de la viabilidad económica de la misma. Dichas «cartas débiles» más se pueden estimar como verdaderas recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora. Las «cartas fuertes» pueden entenderse como contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros o como promesa de crédito.

Cartas de patrocinio y contrato de fianza.—La referencia de nuestra jurisprudencia en las cartas de patrocinio al contrato de fianza, en algunos supuestos podría chocar con el presupuesto o requisito esencial de que la declaración constitutiva de fianza ha de ser clara y precisa, sin que pueda sustentarse en expresiones equívocas, que a menudo se prodigan en las cartas de patrocinio, con tendencia a atenuar su fortaleza y consecuencias jurídicas.

Cartas de patrocinio. Asimilación al mandato de crédito: justificación.—Algunos sectores doctrinales acuden a la asimilación con otras figuras contractuales menos sensibles al factor de equivocidad que frecuentemente pretende introducirse en estos documentos por aquel que los emite para así desdibujar la idea de afianzamiento, en concreto, la figura tradicional del mandato de crédito, asimilando las relaciones derivadas de la emisión de las cartas de patrocinio y las relaciones típicas del mandato, implicando como principal consecuencia, el reconocimiento de la responsabilidad del emisor en aquellos casos en que su destinatario atiende al requerimiento formulado en la carta o, en otros términos, el hecho de que el destinatario provea a la financiación del patrocinado, lo que debe determinar el nacimiento de una obligación encaminada a mantener indemne al colaborador de los perjuicios que se deriven del cumplimiento del encargo, constituyendo la propuesta de mandato, el motivo determinante de la actuación del mandatario y provocando en caso de ser aceptada, los efectos jurídicos correspondientes al contrato de mandato, y así el encargo de dar crédito a persona determinada pasa a constituir como cualquier otro encargo, una proposición de mandato con sus propios efectos jurídicos, cuando esa invitación o incitación a la concesión de crédito va acompañada de una promesa de garantía, asumiendo más o menos directamente el exhortante (mandante) el riesgo de la operación (promesa atípica de

garantía), susceptible de llevarse a cabo por cualquiera de las formas admitidas en el Código civil.

Cartas de patrocinio. Asimilación al mandato de crédito: efectos.— Quien inste a otro a dar crédito a un tercero y logra efectivamente la concesión del crédito solicitado puede quedar obligado jurídicamente, no ya tanto por mediar contactos previos más o menos explicitados en acuerdos, sino por que el ordenamiento viene a contemplar y dar relevancia al hecho de haber obtenido la satisfacción del interés que el encargo expresaba, pudiendo el destinatario de la carta de patrocinio (concedente) dirigirse para reclamar la efectividad y cumplimiento del contrato de crédito contra el también interesado (patrocinador-mandante) cuando el acreditado incumpla, artículos 1712, 1729 CC y 287 CCO; ello al margen de la responsabilidad que pueda apreciarse en el emisor de la carta de patrocinio, en cada caso concreto, como verdadero interesado en la subsiguiente operación de crédito y beneficiado en definitiva por la misma, cual sucede a menudo, en los supuestos de sociedades participadas o integrantes de grupo.

Cartas de patrocinio. Naturaleza: postura jurisprudencial.— Hay que considerar a la carta de patrocinio como un encargo de dar crédito a un tercero determinado, o sea, como una oferta de mandato de crédito.

Cartas de patrocinio. Requisitos.— La jurisprudencia admite la posibilidad y eficacia en nuestro Derecho de dichas cartas de patrocinio, basadas en el principio de libertad de contratación que establecen los artículos 1255 CC y concordantes, pero estableciendo los siguientes requisitos o presupuestos: 1. que exista intención de obligarse la sociedad matriz a prestar apoyo financiero a la filial o a contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la Compañía subordinada pueda hacer afectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero favorecido pro la carta, careciendo de aquella obligatoriedad las declaraciones meramente enunciativas; 2. que la vinculación obligacional resulte clara, sin que pueda basarse en expresiones equívocas, por aplicación analógica de los requisitos de la declaración constitutiva de la fianza del artículo 1827 CC; 3. que el firmante de la carta tenga facultades para obligar al patrocinador en un contrato análogo al de fianza; 4. que las expresiones vertidas en la carta sean determinantes para la conclusión de la operación que el patrocinado pretenda realizar; y 5. que la relación de patrocinio tenga lugar en el ámbito o situación propia de sociedad matriz a sociedad filial, lo que es algo distinto de la posición de accionista mayoritario de la patrocinadora en la patrocinada, haciendo referencia además a que la traslación de responsabilidad — solo admisible en casos excepcionales— que dichas cartas significan tienen su actuación propia en la esfera de los créditos bancarios solicitados por la sociedad filial, con promesa de garantía asumida por la sociedad cabeza de grupo.

Cartas de patrocinio. Actos neutros y facultades de los administradores.— Entre las facultades de gobierno y gestión del órgano de administración de la entidad patrocinadora figuran los llamados «actos neutros», es decir, aquellos que, aunque no comprendidos directamente en el objeto social, tampoco suponen una ampliación de éste, presumiéndose que se realizarán o estipularán, en el caso de convenciones, en beneficio de la sociedad y al servicio del objeto y fin sociales. Estos actos, como son el concertar préstamos, prestar avales o garantías, etc., pueden incluirse dentro del concepto más general de actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en el objeto social, a que se refiere el artículo 117.2

del Reglamento del Registro Mercantil, para declarar que no podrán incluirse en el objeto social. Sin embargo, la jurisprudencia registral afirma que tales facultades son inscribibles aunque su especificación es innecesaria. En cualquier caso, aunque se entendiese que las cartas de patrocinio no pueden configurarse como «acto neutro», el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, interpretado conforme al artículo 9 de la Primera Directiva de la CEE –hoy U. E.– 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.

Cartas de patrocinio. Obligación del patrocinador.—La obligación del patrocinador se configura como una obligación de medios más que de resultado, de manera que, como señala la doctrina, el fundamento de la responsabilidad del declarante/matriz por el incumplimiento extracontractual, de los artículos 1902 y concordantes CC, por haber inducido al tercero/destinatario a otorgar su confianza a la compañía patrocinada. (STS de 30 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera *Banco Zaragozano, S. A.*, interpuso demanda contra *Compañía Mercantil Rústicas, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Madrid dictó sentencia estimando íntegramente la demanda. Recurrida en apelación la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

68. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: aplicación.—La doctrina jurisprudencial establece que la aplicación de las consecuencias del artículo 20 LCS [a partir de la reforma por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, se recoge la doctrina en el apartado 8.º] sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a causa no justificada o que le fuere imputable al asegurador; y se ha venido entendiendo que no cabe reprobar mora a la entidad aseguradora cuando por las circunstancias concurrentes en el siniestro, o por la actitud del asegurado, o incluso por la propia cobertura de la póliza surge una controversia que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto.

Contrato de seguro de vida. Declaración del riesgo: infracción.—La doctrina jurisprudencial viene reiterando que el deber de declaración del riesgo se infringe cuando el riesgo declarado y tenido en cuenta al tiempo de la perfección del contrato es diverso al riesgo real que existía en aquel momento y tiene matizado, por un lado, que el cumplimiento del deber, o su violación, ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos y, por otro lado, que las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que se omiten, para ser relevantes, son aquellas que puedan influir en la determinación o valoración del riesgo, constituyendo cuestión de hecho exenta del control constitucional la fijación de si una circunstancia omitida o declarada concretamente influyó o no en la apreciación del riesgo.

Contrato de seguro de vida. Declaración del riesgo: dolo.—El dolo en este ámbito consiste en la reticencia, en la omisión de hechos influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, esto es, reticencia del que calla o no advierte debidamente.

Contrato de seguro de vida. Declaración del riesgo: culpa grave.—La culpa grave, parecida a la dolosa ocultación de datos y consiste en una falta de diligencia inexcusable, a diferencia con la culpa leve, que no da lugar a la liberación de la prestación del asegurador, aunque sí a su reducción; corresponde a la libre apreciación de los tribunales de instancia. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña P. N. T. interpuso demanda contra la compañía aseguradora *La Estrella, S. A., Seguros y Reaseguros*, en concepto de beneficiaria de una póliza de seguro de vida suscrito con la sociedad demandada por su esposo fallecido. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Móstoles dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

69. Contrato de seguro. Consorcio de Compensación de Seguros: evolución normativa.—El Consorcio de Compensación de Seguros, desde el Estatuto Legal de 1990, ya no tiene encomendada en exclusiva la cobertura de los riesgos extraordinarios. Por tanto no es aceptable el planteamiento de que, derivando de un acontecimiento extraordinario las pérdidas causadas por el incendio, su cobertura correspondería por definición al Consorcio, sin detenerse a analizar, e incluso negándolo por principio, si la cobertura opcional pactada en la póliza para extender las garantías a «actos de vandalismo o malintencionados, acciones tumultuarias y huelgas legales» suponía o no la cobertura de riesgos extraordinarios por un seguro privado al amparo de la nueva normativa, pues lo cierto es que el Reglamento de Riesgos Extraordinarios sobre las personas y los bienes de 1986, tan insistentemente invocado en el recurso, atribuía al Consorcio la cobertura de los daños producidos por tumulto popular y, sin embargo, la póliza litigiosa extendía su cobertura a las acciones tumultuarias. De otro lado, el sentido de las modificaciones del Estatuto del Consorcio a lo largo del tiempo, y especialmente el de la reforma llevada a cabo por la DA 9.ª de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995, no desautoriza en modo alguno, sino que más bien lo refuerza considerablemente, el razonamiento sobre la necesidad de norma con rango de Ley para determinar los riesgos cubiertos por el Consorcio, pues de otra forma no se explicaría que la finalidad de tal reforma fuese la delimitación de las funciones del Consorcio en relación con el seguro de riesgos extraordinarios y menos aún que tal delimitación se tradujera en precisar, en el nuevo texto del artículo 3 del Estatuto, que los términos de la cobertura del Consorcio serían los determinados en el propio Estatuto o «en disposiciones específicas con rango de Ley».

Contrato de seguro. Consorcio de Compensación de Seguros. Riesgo extraordinario: concepto de terrorismo.—Una interpretación razonable no permite ampliar el concepto de terrorismo a toda acción violenta que tenga por finalidad causar temor e inseguridad en el medio social. Como en definitiva alega la parte recurrente, terroristas serían los asesinos o violadores en serie que además de buscar la satisfacción de sus impulsos criminales en cada asesinato o violación aspirasen igualmente a infundir temor e inseguridad generalizados. Es más, el grado de temor e inseguridad causados por

determinados actos violentos en un medio social determinado puede estar en función del nivel de extensión y población de este ámbito, de modo que un solo asesinato o una sola violación en una ciudad pequeña pueden atemorizar durante un tiempo a toda su población, como igualmente una serie de asesinatos y violaciones en distintos lugares puede atemorizar a todo un país mientras no se descubra y detenga a su autor. De otro lado, apenas cabe cuestionar que las actuaciones mafiosas se caracterizan por el temor o la coacción sobre sectores sociales, laborales o comerciales mediante acciones violentas o amenazas sin por esta razón pasar a ser necesariamente encuadrables en el concepto de terrorismo.

Contrato de seguro. Consorcio de Compensación de Seguros. Riesgo extraordinario. Concepto de terrorismo: ausencia de presupuestos.—La ignorancia de quién o quiénes fueron los autores del incendio y qué era lo que pretendían. Claro está que lo sucedido no sólo no puede calificarse de terrorismo sino que ni tan siquiera constituiría un acontecimiento extraordinario de los contemplados en el artículo 6 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, tratándose en realidad de un incendio de grandes proporciones y causante de graves daños pero perfectamente asegurable. (STS de 26 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades *Zurich International (España) Compañía de Seguros y Reaseguros S. A.*, *Winterthur Sociedad Suiza de Seguros y Borges, S. A.*, interpusieron demanda contra el Consorcio de Compensación de Seguros solicitando se condene a la demandada a abonar a las coaseguradoras la cantidad satisfecha en su día por éstas a su asegurada, *Borges, S. A.*, en concepto de daños derivados directamente del incendio declarado en las instalaciones de esta última. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lleida dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida directamente en casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

70. Contrato de agencia. Indemnización de daños y perjuicios. Requisitos.—El artículo 29 de la Ley de Contrato de Agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994) prevé la indemnización cuando el empresario denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la ley mencionada, la jurisprudencia entendía que procedía la indemnización en los contratos de duración indefinida sólo si la resolución unilateral tenía lugar de forma abusiva o contraria a la buena fe, o sin respetar el plazo pactado o razonable de preaviso.

Indemnización por clientela. Presupuestos.—Constituye un tipo de remuneración o compensación que tiene una naturaleza y responde a unos presupuestos distintos de la indemnización por daños y perjuicios. Según ha señalado el Tribunal Supremo en anteriores ocasiones, no constituye requisito para dicha indemnización, ni la duración del contrato (STS de 23 de diciembre de 2002) ni mala fe o incumplimiento contractual por parte del empresario (SSTS de 18 de marzo y 16 de diciembre de 2002). Asimismo, la jurisprudencia entiende que el empresario debe remunerar la labor de creación de clientela en los supuestos en que la resolución unilateral va seguida

del disfrute de la clientela aportada por el agente o bien cuando en contemplación del momento inmediato posterior a la ruptura del vínculo contractual es posible un pronóstico razonable acerca de cual será el futuro comportamiento probable de dicha clientela y existe, por lo tanto, la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando y favoreciéndose de ella (SSTS de 27 de enero y 7 de abril de 2003 y 30 de abril de 2004). Pero para que pueda prosperar la pretensión indemnizatoria es preciso demostrar que concurre la situación de aprovechamiento o de pronóstico razonable, es decir los datos o elementos que permitan sentar el juicio de probabilidad cualificada pues no puede presumirse sin más el aserto, incumbiendo el *onus probandi* al agente que lo sostiene (SSTS de 26 de julio de 2000, 31 de octubre de 2001, 20 de mayo y 30 de noviembre de 2004, entre otras). **(STS de 23 de junio de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, *Talleres de la Puente, S. A.*, interpone demanda reclamando indemnización por resolución unilateral de contrato de agencia contra *Automoba S. A.*, *B-Auto S. A.*, y *SEAT, S. A.* La demanda se desestima en las dos instancias.

La demandante tenía con las primeras dos codemandadas, concesionarias de la SEAT (en situación de rebeldía procesal), sendos contratos de agencia de duración determinada y concreta, si bien se fueron prorrogando regularmente.

Los dos contratos fueron resueltos haciendo saber las entidades empresarias a la entidad agente comercial el ejercicio de la facultad revocatoria con respeto del plazo de preaviso, sin que constase oposición.

Tras la revocación, la demandante y una de las codemandadas (*Automoba*) continuaron las relaciones comerciales, consistentes en la venta, reparación y compra de recambios de vehículos Audi-Volkswagen. Según el Alto Tribunal, dichas relaciones comerciales no merecen la calificación de contrato de agencia porque difieren de las existentes con anterioridad a la revocación, tanto por la forma de retribución como por la falta de documentación. *(B. F. G.)*

71. Sociedades anónimas. Administradores y personal de alta dirección: criterios de distinción.—La jurisprudencia en materia laboral distingue al personal de alta dirección de los miembros del órgano de administración de la empresa en atención a las notas de ajeneidad e independencia, cuando interpreta el artículo 127.1 LSA («los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal»). Y también estima que la distinción entre miembro del órgano de administración de una sociedad y alto directivo viene dada por la naturaleza del vínculo que les une con la compañía y no por la actividad desplegada que puede ser de gran analogía si el alto cargo está provisto de altos poderes.

Sociedades anónimas. Administradores y personal de alta dirección: similitud de actividades.—La similitud de las actividades que desarrolla un consejero y un alto directivo se pone de relieve en que la existencia de relación laboral de carácter especial no viene determinada por el hecho de las funciones desempeñadas, sino por la naturaleza del vínculo que lo une con la

sociedad, de tal manera que la relación será ajena al ámbito del derecho del trabajo en todos aquellos supuestos en que el desempeño de las tareas responda a ostentar la condición de administrador o consejero delegado del Consejo de Administración, en tanto será laboral cuando la actividad venga desempeñada por un tercero, y ello porque en el supuesto de ostentar la condición de administrador de la sociedad, la relación entre éste y la sociedad es de carácter interno.

Sociedades anónimas. Administradores y personal de alta dirección: preponderancia del carácter mercantil.—No existe contrato de trabajo por la mera actividad de un consejero. Hace falta «algo más». Pero, aún existiendo «algo más», para llegar a una actividad laboral se requiere ajeneidad. Cuando los consejeros asumen las funciones de administrador gerente, como sea que estas dos funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho, debe concluirse que las primeras absorben las propias de la gerencia que, en consecuencia, se considerarán mercantiles.

Sociedades anónimas. Administradores y personal de alta dirección: jurisdicción competente.—La jurisdicción social es incompetente para resolver una demanda sobre despido interpuesta por un consejero que desempeñaba funciones de gerente de una sociedad anónima. De ahí que, el carácter mercantil de la relación, determina su sumisión a la jurisdicción civil.

Sociedades anónimas. Administradores: imposibilidad de acudir al contrato de alta dirección.—Ni el consejo de administración, ni el consejero delegado en su propio beneficio, pueden acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal, con la única finalidad de poder ser retribuido de forma extraordinaria y anómala, pues infringe la previsión de carácter imperativo del artículo 130 LSA («la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos»).

Sociedades anónimas. Administradores: naturaleza exclusivamente mercantil del vínculo con la sociedad.—La naturaleza del vínculo que une al consejero con la sociedad es mercantil no pudiendo serle aplicables pactos procedentes de un contrato de alta dirección anterior, rigiéndose por las normas imperativas contenidas en los artículos 130 y 141 LSA. Es contrario al artículo 130 convenir una indemnización a favor del consejero para el supuesto de que sea cesado. Es decir, el demandante, por voluntad propia al firmar el contrato, consintió su integración en el órgano de dirección y de representación de la sociedad, por lo que ha de aplicarse necesariamente la normativa de este tipo de personas jurídicas, que no puede quedar sin efecto por la vía de pactos contractuales.

Sociedades anónimas. Administradores: régimen retributivo.—La retribución de los administradores ha de constar en los estatutos con certeza y no ser contraria a lo dispuesto en este precepto. Los estatutos han de precisar el concreto sistema retributivo. No es suficiente que la norma social prevea varios sistemas retributivos para los administradores, dejando a la junta de accionistas la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento. Los estatutos no pueden recoger los distintos sistemas legales de retribución y dejar a la junta la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento, sino que deben precisar el sistema retributivo a aplicar de modo que su alteración exigirá la previa modificación estatutaria. La retribución de los administradores fijada en los estatutos no puede modificarse por el consejo de administración, pues para hacerlo es necesari-

rio modificar los estatutos en junta general. (STS de 21 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. L. de O. interpuso demanda contra la entidad *Ocariz, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vitoria dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Álava estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

72. Prescripción. Obligaciones mercantiles.—Debe tomarse en consideración el artículo 943 CC, empero, dado que no se trata de la relación entre un mercader y otro que no lo es o que se dedica a distinto trato, sino de relaciones mercantiles estables entre sociedades de la misma naturaleza, y sobre compraventas mercantiles.

Prescripción. Acción contra los administradores.—Nada dispone la Ley de Sociedades Anónimas sobre el tema de la prescripción de las acciones que pudieran ejercitarse contra los administradores, en tanto que el Código de comercio, que no ha sido derogado o modificado, dispone que la acción contra los socios, gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminarán a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo, cesaren en el ejercicio de la administración.

Sociedades anónimas. Acción individual de responsabilidad contra los administradores: requisitos.—En lo que concierne a la cuestión de la responsabilidad individual o personal del administrador, ha de estimarse que este tipo de responsabilidad *ex lege*, procede por la conducta del administrador en el ejercicio de su cargo, cuando la misma se manifiesta en actos u omisiones negligentes o culposos productores de daños, según un razonable nexo causal. Esto es, los datos fácticos tienen que producir la verificación de una lesión concreta, la determinación precisa de unos actos u omisiones que conduzcan a considerar que la actuación del administrador no fue adecuada con la diligencia ordenada de un comerciante y, por ello, culposa, todo ello en correlación causal con el daño habido. (STS de 25 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Becton Dickinson, S. A.*, interpuso demanda contra la entidad *Dilab, S. A.*, y don F. T. V. solicitando se condene a la entidad demandada al pago de las cantidades reclamadas por impago de facturas y declarase la responsabilidad del Administrador único don F. T. V., por el daño directo ocasionado a la entidad actora por su conducta negligente. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Huelva dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Huelva desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

73. Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales: objeto.—En relación al artículo 117 LSA, la interpretación jurisprudencial declara que la acción debe dirigirse a solicitar la nulidad de un acuerdo, no la del

balance, memoria, ni cuentas, no pudiendo pretender que se corrijan judicialmente.

Sociedades anónimas. Acción social de responsabilidad.—En cualquier momento, la Junta General podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusiesen a ello socios que representen el 5 por 100 del capital social. Y de ahí que los accionistas podrán solicitar la convocatoria de la Junta General para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la Junta General solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. (STS de 13 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A. J. de la P. interpuso demanda contra la compañía mercantil *Gasolinera el Pilar S. L.*, solicitando que se declaren nulos y sin dejen efecto algunos acuerdos, así como, declarada tal nulidad, y, como consecuencia de la misma se ordene el reintegro a *Gasolinera el Pilar S. L.*, de las cantidades indebidamente satisfechas por la misma en concepto de retribución y en concepto de pago de alquiler al administrador único. El Juzgado de Primera Instancia número 40 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

74. Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5.º LSA: interpretación.—La interpretación del artículo 262.5.º LSA no puede ser rigurosamente literal, ni extremadamente objetiva, pues bastaría simplemente la no convocatoria de junta social o que no se solicitase la disolución judicial de la compañía para declarar de forma automática la responsabilidad de los administradores, por lo que juega, conforme al artículo 262.1.º, la concurrencia de presupuestos y causas necesarias para que los administradores puedan interesar la disolución. El referido artículo 262.5.º ha de conjugarse con el apartado 3.º, que permite a cualquier interesado interesar la disolución judicial de la sociedad cuando no fuese convocada o no pudiera lograrse acuerdo o éste fuera contrario a la disolución.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5.º LSA: carácter cuasi-objetivo.—La responsabilidad que establece el artículo 262 por la no convocatoria de la junta general para la adopción del acuerdo de disolver la sociedad o instar la vía judicial, se presenta como cuasi-objetiva y no requiere de la producción de daños, ni exige la existencia de perjuicios y tampoco relación de causalidad.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5.º LSA: finalidad.—La responsabilidad que establece el número 5.º del referido artículo 262 contiene un régimen especial a efectos de evitar que una sociedad incurso en causa de disolución pueda continuar operando en el tráfico mercantil y se presenta diferenciada a lo que refieren los artículos 127, 133 y 135 LSA.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores. Acción individual de responsabilidad: presupuestos.—La doctrina jurisprudencial exige para la procedencia de la acción de responsabilidad individual contra los administradores, que se hubiera llevado a cabo actividades causantes no sólo del daño o perjuicio, que no basta por sí solo, al ser preciso el presupuesto de la falta de diligencia de dichos gestores sociales y adecuada relación de causalidad.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores. Acción individual de responsabilidad: falta de presentación de las cuentas anuales.—Este incumplimiento que por Ley se impone a los administradores no es bastante para ser considerado como causa de daño o perjuicio alguno para los acreedores que demandan. (STS de 26 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Huntsman Chemical Company France, S. A.*, interpuso demanda contra don M. C. L. A, don J. L. L. A, L. L., don A. R. R., *Gallega de Embalaje, S. A.*, y la *Sociedad para el Desarrollo de Galicia, S. A.*, solicitando que se declare la responsabilidad de los codemandados y se les condene solidariamente a indemnizar a la actora. El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vigo dictó sentencia estimando la parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por *Huntsman Chemical Company France, S. A.*, y *Gallega de Embalaje, S. A.*, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra desestimó los recursos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

75. Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores: modalidades. Impago de deudas sociales.—Este impago no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales. De ahí que se venga exigiendo al demandante, además de la prueba del daño, tanto la de la conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenado empresario, como la del nexo causal entre conducta y daño, sin que en este ámbito resulte aplicable la inversión de la carga de la prueba en contra del administrador demandado y sin que tampoco el incumplimiento de una obligación social sea demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador ni determinante sin más de su responsabilidad.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores. Falta de presentación de las cuentas anuales.—La falta de presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, esa falta de presentación, para determinar la responsabilidad de los administradores, debe estar causalmente conectada con el daño. (STS de 20 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Cortabarría, S. A.*, y *Expansión Mercantil, S. A.*, interpusieron demanda contra la entidad *Trade 92, S. A.*, D. E. G. M. y doña S. G. G. como administradores solidarios de la misma, solicitando se les condenara a abonar a las actoras la suma que se determinase en ejecución de sentencia más los intereses pactados,

con declaración de responsabilidad de los administradores por daño directo a las demandantes. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por la parte actora, como por la demandada, la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó ambos recursos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

DERECHO PROCESAL

76. Exigencia de motivación del fallo judicial. Congruencia de la sentencia.—La sentencia 196/2003, de 27 de octubre, reitera la existencia del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía frente a los poderes públicos. La motivación de la sentencia determina que se muestren los razonamientos y criterios jurídicos que conducen a la decisión tomada, así como la exigencia de motivación jurídica. Con ello se excluye la aplicación arbitraria de la legalidad (SSTC 112/1996, de 24 de junio; 87/2000, de 27 de marzo; 58/1997, de 18 de marzo; 147/1999 de 4 de agosto, y 25/2000 de 31 de enero.)

Doctrina jurisprudencial sobre la exigencia de motivación del fallo judicial.—La exigencia de respuesta judicial ajustada determina la necesaria presencia de fundamentos junto con los antecedentes (STC 264/1988 y STS de 26 de enero de 1999). La motivación, la congruencia y la *causa petendi* han de relacionarse, en tanto es preciso una concreta respuesta a todas las alegaciones. El hecho de que exista una motivación escueta o se elude el razonamiento respecto de cuestiones esenciales ha de entenderse que se vulnera el derecho fundamental recogido en el artículo 24 CE (STC 61/1983, 5/1986 y 55/1987).

Exigencia de fijación de los hechos que constituyen premisa fáctica.—La determinación de una decisión judicial sobre la base de una circunstancia, como es la apreciación de situación de angustiosa necesidad que origina un consentimiento viciado, exige la prueba de tales hechos. No cabe que el Tribunal se limite a darlo por probado (SS de 17 de febrero de 1986, 28 de febrero, 12 y 16 de junio de 1998, 30 de marzo de 1999). (STS de 29 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Entre las sociedades demandadas y la actora se suscribió un contrato de ejecución de obra de la actora, para la realización de los trabajos de mano de obra, encofrado y acero de los muros y estructura de un centro comercial. El contrato establecía determinadas cláusulas para la fijación del precio. Tras las obras se emitió una liquidación final que no fue abonada por la demandada. Ante notario compareció la demandante manifestado la imperiosa necesidad de percibir la cantidad adeudada para atender sus compromisos con terceros, disponiéndose a pagar la sociedad deudora una parte, pero obligando a la actora a la suscripción de un documento de liquidación y finiquito, sin manifestar consentimiento libre, reservándose el derecho a reclamar las cantidades que legíti-

mamente le correspondían. Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló demanda de reclamación de cantidad por parte de *Construcciones C.B.* reclamando la cantidad adeudada. La demanda es desestimada en Primera Instancia, pero es revocada en la Audiencia Provincial, acogiendo parcialmente la demanda de la actora. El recurso de casación presentado por ambas partes dio lugar a la apreciación del interpuesto por los demandados, que alegaban la ausencia de motivación y congruencia de la sentencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

NOTA.—La sentencia anotada determina el regreso de las actuaciones al momento en el que se fijan los hechos (situación de angustiosa necesidad) que determinan la decisión del caso. No entra, por tanto, en el fondo, sin analizar la intimidación o la ausencia de consentimiento, sin que la jurisprudencia demuestre una postura unánime en casos similares al presente. Incluso es proclive en la determinación de ilicitud causal (S de 5 de abril de 1993). (P. S. S.)

77. Error judicial.—El Tribunal Supremo reitera de nuevo el concepto de error judicial. Para que pueda apreciarse es necesario que se produzca una decisión injustificable en derecho por su desajuste con la realidad fáctica o la normativa jurídica, una equivocación manifiesta en la fijación de los hechos o en la interpretación y/o aplicación de la Ley. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En el procedimiento seguido bajo el artículo 144 LH se acuerda la subasta pública de un inmueble propiedad de los deudores y demandados. Con posterioridad a la subasta, el adjudicatario la enajena a un tercero que inscribe la compraventa en el Registro de la Propiedad. Los demandados interponen incidente de nulidad de actuaciones al no haber sido notificados en tiempo y forma. El Juzgado de Instrucción estima su pretensión dictando Auto que acuerda reponer las actuaciones al momento anterior a la subasta, pero como el actual propietario es tercero de buena fe registral es imposible retrotraer el procedimiento y que los demandados recuperen su propiedad. Los propietarios desposeídos formulan demanda sobre declaración de error judicial. (A. V. G.)

78. Indemnización por causa de error judicial. Caducidad de la acción.—Según el artículo 293.1.a) LOPJ, el plazo para reclamarla es de tres meses a contar desde el día en que pudo ejercitarse la acción. Reiterada doctrina ha considerado dicho plazo de caducidad (SSTS de 11 de marzo de 2000, 16 de febrero de 2002 y 8 de junio de 2004). Ello significa que su cómputo: 1) ha de incluir el mes de agosto (STS de 14 de octubre de 2003), y 2) no se interrumpe por la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTS de 15 de febrero de 2001 y 15 de noviembre de 2002).

Por otra parte, el artículo 293.1.f) LOPJ sólo permite la declaración de error de una resolución judicial cuando se han agotado los recursos previstos

en el ordenamiento. Sin embargo, para cumplir tal requisito no basta preparar el recurso de casación o extraordinario por infracción procesal, sino que es necesario además que esos recursos sean procedentes. En el caso del *recurso de casación* sólo sería procedente si se cumple alguna de las condiciones señaladas en el artículo 477.2 LEC. En cuanto al *recurso extraordinario por infracción procesal*, la DF 16.^a LEC sólo permitiría acudir a él sin formular recurso de casación, cuando se tratara de una resolución recurrible en casación según los apartados 1.º y 2.º del artículo 477.2 LEC. Si no lo fuese y aun así se preparara el recurso, habría de considerarse incumplida la condición impuesta en el artículo 293.1.f) LOPJ. (STS de 17 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Aridos Antolín, S. A.*, interpuso una demanda de reclamación de cantidad contra don F. C. B. El Juez de Primera Instancia apreció excepción de cosa juzgada por lo que sobreseyó el procedimiento. La actora recurrió entonces en apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente, la cual estimó el recurso en su integridad y condenó al demandado a abonar a la actora la cantidad de 28.272,15 euros. El condenado interpuso ante el Tribunal Supremo demanda sobre reconocimiento de error judicial. Fue desestimada. (J. D. S. C.)

79. Alcance de la litispendencia.—La litispendencia supone apreciar una relación de medio a fin entre dos procesos y estimar una sustancial semejanza entre las cuestiones debatidas de modo, que su justificación reside en que de no aceptarse la existencia de esta excepción procesal, existiría el riesgo de dar lugar a sentencias contradictorias. En relación con los requisitos que han de concurrir para que pueda ser apreciada se produce un desplazamiento de los elementos que conforman la triple identidad, a la que se refiere el artículo 1252 CC para la cosa juzgada, a conceptos más laxos como la conexión, la repercusión o la interferencia entre el juicio precedente y el posterior, la prejudicialidad civil o la apreciación de peticiones complementarias o interdependientes. (STS de 25 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Existen tres procedimientos, el tercero es el que da lugar a la presente sentencia, con fundamento todos ellos en un mismo contrato privado. En dicho contrato se regula la transmisión de las 915 participaciones de una sociedad, produciéndose la separación del socio transmitente mediante la recompra de sus acciones y el pago en las condiciones establecidas en el mismo. Entre dichas condiciones estaban la de la transmisión de inmuebles como forma de pago y el aplazamiento del resto del precio. Los dos primeros procedimientos en los que se ejercitaban sendas acciones reclamando el cumplimiento del contrato determinan con estimación total o parcial de las pretensiones la vigencia del contrato cuya nulidad se pretende ahora.

El demandante solicita en este tercer procedimiento que se declare la nulidad radical del contrato por causa ilícita o en su defecto por falta de causa. El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de litispendencia y absuelve a los demandados. Esta

decisión es recurrida en apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso confirmando la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo, en idéntico sentido que la Audiencia, indica que el ejercicio de la acción de cumplimiento del contrato en dos procedimientos, junto con el ejercicio de la acción de nulidad del mismo en otro procedimiento, puede dar lugar a fallos contradictorios, lo que aconseja la estimación de la excepción de litispendencia por cuanto los anteriores pleitos interfieren o prejuzgan el posterior, lo que iría en contra del legítimo derecho, de naturaleza privada, de no verse sometido dos veces a un proceso en los mismos términos y del principio de carácter público, que legitima su apreciación de oficio, consistente en la univocidad procesal, proveniente del más general principio constitucional de seguridad jurídica. (C. L. N.)

