

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.: (91) 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LX, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 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

José Manuel Lete del Río (1938-2007)

La pasada primavera la carretera, una de las plagas de nuestro tiempo, se llevó por delante, sin aviso ni notificación previa, la vida de uno de nuestros más conocidos civilistas, José Manuel Lete del Río.

Decía G. Steiner que la profesión de «profesor», abarca todos los matices imaginables, desde una vida rutinaria y desencantada, hasta un elevado sentido de la vocación. Por todos esos matices pasó más de una vez, probablemente, José Manuel Lete.

Había nacido en 1938 en Valladolid, ciudad que junto a Santiago de Compostela, constituyó uno de los dos lugares esenciales de su vida que el destino quiso que marcaran también las circunstancias de su muerte. En Valladolid obtuvo su título de Licenciado en Derecho y allí realizó en los primeros años sesenta su doctorado bajo el magisterio del Prof. Ignacio Serrano y Serrano, pasando con ello a formar parte de una de las más fecundas escuelas de civilistas de aquellos años. Se incorporó entonces también a la docencia, compartiendo nombramientos diversos como Profesor ayudante primero, y Adjunto provisional después, tanto de Derecho civil, como de Derecho romano. En 1966, tras el correspondiente concurso-oposición, fue nombrado Profesor Adjunto de Derecho Romano, pasando con posterioridad a ser designado Profesor Encargado de Cátedra de Derecho Civil. En 1973 da un giro su trayectoria académica y profesional, cuando obtiene la condición de Profesor Agregado Numerario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, sede donde tres años más tarde sería nombrado Catedrático de Derecho civil. Mantuvo esta condición hasta la fecha de su fallecimiento, apenas un año y unos meses antes de alcanzar la edad de jubilación, circunstancia que le acreditaba como el Catedrático de Derecho civil más antiguo de los que se encontraban en activo el 16 de abril de 2007, día en el que un fatal accidente en la carretera entre Valladolid y Santiago acabó con su vida.

Su labor docente durante más de cuarenta y cinco años, a cuya cita acudía diariamente a las nueve de la mañana en la Facultad de

Derecho, fue acompañada de una fecunda actividad investigadora y de una nada desdeñable dedicación a la gestión universitaria. En este último aspecto llegó a ser Secretario General de la Universidad de Santiago de Compostela y Vicerrector de Ordenación Académica, nombramiento éste que le llegó apenas unos días después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Varios años más tarde tuve ya la ocasión de comprobar muchas de sus cualidades como gestor de nada fáciles asuntos académicos, en su condición de Director del Departamento de Derecho Común, cargo que ostentó con interrupciones en los últimos años. En el desempeño de todas estas funciones tengo de destacar su pulcritud en el uso de los recursos públicos, una de sus más marcadas obsesiones en unos tiempos en los que parece prevalecer la manga ancha en el control y hasta el derroche.

No menos relevante fue su dedicación a la investigación, tanto a título individual, como liderando múltiples proyectos en los que participaba un nutrido grupo de investigadores más jóvenes y dirigiendo casi una decena de tesis doctorales, la última de las cuales ha dejado en su fase final de elaboración. Muchos fueron los temas objeto de su estudio y su cuidada pluma en un castellano sobrio y directo, proyección de algunas de las notas más destacadas de su propia personalidad. Entre esos temas, algunos sobresalen por su mayor recurrencia y por la intensidad de la dedicación que les prestó. Tal sucede, por ejemplo, con los relativos a la incapacitación y la tutela, a los que dedicó diversos trabajos a lo largo de su vida, iniciados con su propia tesis doctoral, «La responsabilidad de los órganos tutelares», publicada en 1965. Sobre la tutela volvió en diversos trabajos anteriores y posteriores a la reforma del Código Civil de 1983, varios de los cuales fueron ya escritos en los primeros años del siglo. Las relaciones entre los cónyuges, tanto en sus aspectos personales como en los patrimoniales, le fueron también caros como objeto de estudio, desde que en 1976 publicase en la Revista de Legislación y Jurisprudencia el artículo «Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal», al que siguió otro en colaboración con el Prof. Álvarez Caperochipi («Notas sobre la mutabilidad del régimen económico matrimonial en Derecho común»), artículo éste que fue, durante mucho tiempo, un trabajo de referencia obligada para quien se acercaba al análisis del derecho patrimonial de los cónyuges, lo que en los tiempos actuales que tanto gustan de valorar el «impacto» es, sin lugar a dudas, un parámetro objetivo de su calidad. Muchas otras publicaciones acreditaron la solvencia científica del Prof. Lete en esta materia, siendo también de resaltar, por ser cita de nuevo obligada, las dos ediciones de los Comentarios a

diversos artículos del Código civil en el libro coordinado por el Prof. Lacruz Berdejo, «Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código civil» (ediciones de 1982 y 1994). También la nacionalidad constituyó para él un tema recurrente, desde que en 1984 publicase el libro «La nueva regulación de la nacionalidad», reeditado en 1987, asunto sobre el que volvió en varias artículos publicados en 1994 y 1996, en el Anuario de Derecho civil y en Actualidad Civil. Aunque no quiero dejar de mencionar algunos otros temas concretos, como la propiedad, los arrendamientos rústicos y urbanos, o el arbitraje –materia sobre la que dejó en el momento de su fallecimiento más de doscientas páginas escritas que, tal vez algún día, llegarán a ver la luz–, sin duda uno de los objetos de investigación a los que más tiempo dedicó en las últimas décadas fue el Derecho civil de Galicia, sobre todo a raíz de la publicación de la Ley de Derecho civil de 1995. En este ámbito tuve el honor de compartir con él y con otros compañeros varios seminarios, congresos y algunas publicaciones, entre las que merece destacarse el «Manual de Derecho civil gallego», obra que él mismo se encargó de coordinar, publicado en 1999 y que constituye todavía hoy el único manual existente sobre la materia, así como los dos tomos de los «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por los profesores M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, en 1997. Que el Derecho civil gallego estaba en el ámbito de sus querencias presentes lo prueba los dos trabajos que, publicados ya a título póstumo, comentan algunos aspectos de la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006.

Precisamente la alusión al Manual antes citado me da pie para traer a colación el ingente trabajo del Prof. Lete, prolongado a lo largo de toda su vida académica, y que ha quedado plasmado en sus obras «Derecho de obligaciones» (volúmenes I, II y III) y «Derecho de la persona», cuyas primeras ediciones fueron, respectivamente, de 1988 y 1986, y las últimas, ya en colaboración con su hijo Javier Lete Achirica, compañero también en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago, posteriores al año 2000. En todos estos volúmenes se concentran las muchas horas de estudio en un poco atractivo despacho que él mismo eligió para no ser distraído, los cientos de notas recopiladas a lo largo de su vida y el fruto de las conversaciones con colegas y discípulos que a veces reclamaba y siempre agradecía. Los miles de estudiantes que formó en todos estos años, durante muchos la práctica totalidad de los juristas gallegos, fueron los principales beneficiarios de este trabajo.

La labor del Prof. Lete del Río como universitario ejemplar, en sus aspectos docente, investigador y de gestión universitaria, se

complementa sobremanera con su participación como invitado en múltiples actividades académicas, fuera y dentro de la sede compostelana, e incluso con el ejercicio profesional como abogado durante su etapa vallisoletana. Persona poco dada a recibir honores públicos, no deja de ser relevante destacar que su buen hacer al frente del Seminario de Estudios de la Defensa Nacional (Ceseden) le hizo acreedor de la Cruz de la Orden del Mérito Militar de primera clase con distintivo blanco, y que fue nombrado en 1991 Miembro honorario de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

En fin, lo expuesto hasta ahora en esta nota escrita en su Memoria no son sino datos objetivos hoy accesibles a todo el mundo a través de las modernas tecnologías. Mi condición, por obra de su generosidad que facilitó mi incorporación a la Universidad de Santiago en 1989, de compañera, amiga y miembro de su equipo de trabajo durante casi veinte años me exige y me permite dejar constancia de muchas otras facetas del Prof. Lete del Río que ya no resultan de tan común conocimiento. Era un hombre de fuertes convicciones morales y de una firme personalidad que le hacía parecer muchas veces duro e inflexible. Quienes le conocíamos bien estábamos convencidos que en la mayor parte de las ocasiones estos rasgos escondían en realidad una cierta dosis de amargura derivada de alguna experiencia poco grata. Sabíamos también que bajo un manto de frialdad aparente se escondía un hombre que apenas disimulaba el cariño que sentía por los suyos, incluyendo entre éstos a su maestro, el ya mencionado Prof. Serrano, a sus discípulos en Valladolid y a los colegas y discípulos de Santiago a quienes honraba con su amistad. Persona de enorme lealtad, no perdonaba una condición que, desgraciadamente, le fue conocida durante alguna época de su vida: la ingratitud de esos a quienes consideraba entre sus afectos. Tengo que decir, sin embargo, que para contrarrestarlo contó a su alrededor con numerosas personas, muchas de ellas receptoras de su magisterio, que nunca dejaron de recordarle que el paso de la vida humana se justifica, en buena medida, por lo que haces por los demás. De que también sabía ser flexible y adaptarse a la posmodernidad universitaria da cumplida muestra su rápido aprendizaje y su afición por las nuevas tecnologías, para lo que hace más de una década no dudó en asistir, cuando pocos lo hacían, a cursos con personas mucho más jóvenes que él.

Entre sus afectos sobresale, sin género de dudas, el de su familia. Huérfano de padre desde muy temprana edad, mantenía con sus ancianas tías una relación muy cercana que, a la postre, tendría también relevancia a la hora de su muerte. Padre de cinco hijos, se

asentó en Galicia porque gallegos de nacimiento o de adopción eran todos ellos. En Galicia están también sus dos pequeños nietos, una de sus más marcadas aficiones en los últimos años, y a quienes veía personalmente con mucha frecuencia y diariamente en la pantalla de su ordenador. Su mujer, Pili, que ha compartido con él casi cincuenta años de su vida, se duele todavía de las heridas del cuerpo que sufrió en el mismo fatal accidente que acabó con la de su marido; sin duda las que sufre en el alma tardarán mucho más en cicatrizar. Tanto o más tardará la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela en olvidar el paso por ella de José Manuel Lete del Río; el recuerdo de quienes le conocimos garantiza que, mientras vivamos, él permanecerá de algún modo. Ni siquiera Perséfone, señora de la muerte, lo podrá evitar.

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

El contrato y el aprovechamiento urbanístico

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo intenta sistematizar las distintas formas en que la edificabilidad o el aprovechamiento pueden incidir en la contratación inmobiliaria, prestando especial atención a los supuestos en que las fincas objeto de esos negocios jurídicos están sometidas a un proceso urbanístico, en los cuales resulta difícil determinar si el objeto del contrato es la finca existente al comenzar dicho proceso, las fincas resultantes del mismo y que sustituyen a las originarias con aplicación del principio de subrogación real, o el mero aprovechamiento atribuido al propietario como consecuencia de esa actuación. Por último se intentan diferenciar los supuestos más relacionados con el derecho de contratos, de aquellos otros en los cuales el legislador prevé técnicas de distribución de la edificabilidad, o más bien del aprovechamiento urbanístico, como mecanismo para procurar la equidad en el cumplimiento de los deberes impuestos a los propietarios de suelo urbano.

PALABRAS CLAVES

Obligaciones y contratos, el objeto del contrato, contratación sobre fincas sometidas a actuaciones de transformación urbanística, la ejecución del planeamiento urbanístico en el suelo urbano, el aprovechamiento urbanístico.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El aprovechamiento urbanístico como equivalente a la edificabilidad permitida sobre una finca concreta:* 2.1 *Supuestos más frecuentes.* 2.2 *Constitución de comunidad de bienes con distribución de edificabilidades entre los comuneros.* 2.3 *La venta de fincas afectadas por un proceso de reparcelación en curso.* 2.3.1 *Venta de cuota pro indiviso de una finca en proceso de*

reparcelación. 2.3.2 Venta de la finca futura resultante del proyecto. 2.3.3 El extraño caso de la STS de 24 de noviembre de 2000 (Sala de lo Contencioso-administrativo). 2.4 ¿Puede ser la edificabilidad objeto de transferencia autónoma? 2.5 Reflejo registral de las operaciones relatadas.-3. *Las transferencias de aprovechamientos urbanísticos como mecanismo para la obtención de terrenos dotacionales en suelo urbano*: 3.1 Finalidad perseguida con estas operaciones. 3.2 Diferencias entre estas transferencias de aprovechamiento urbanístico subjetivo y las transmisiones de edificabilidad del epígrafe 2.4. 3.3 Actualidad normativa de las transferencias de aprovechamiento subjetivo. 3.3.1 Presupuestos jurídicos de estas transferencias. 3.3.2 La Ley Estatal 6/1998. 3.3.3 Aspectos documentales y registrales de las transferencias de aprovechamiento subjetivo. 3.3.4 Funcionamiento de estas transferencias en la práctica. 3.3.5 Dudas planteadas por la naturaleza jurídica de estas transferencias.

1. INTRODUCCIÓN

Tiene bastante difusión la idea de que el aprovechamiento urbanístico es un «derecho real sobre bienes inmuebles», defendida por prestigiosos autores procedentes del sector hipotecario y con los cuales venimos discrepando. Por nuestra parte consideramos que el único denominador común de los diversos significados que a menudo se albergan bajo el concepto de «aprovechamiento urbanístico», consiste en entender el término como simple unidad convencional para medir la utilidad edificatoria de las fincas susceptibles de actuación urbanística, asimilándose en este sentido a otras unidades de medida que como el litro, metro o gramo, nada nos indican sobre la naturaleza del objeto medido o pesado, y por tanto nada pueden indicarnos sobre la adscripción del aprovechamiento urbanístico a alguna de las grandes categorías en que se diversifica el derecho subjetivo (derechos reales y derechos obligacionales o de crédito), y, mucho menos, acerca de su relación con los contratos que incluyen alguna referencia al mencionado aprovechamiento. Por no reiterar argumentos desarrollados en otros lugares¹, nos limitaremos a destacar algunas de las realidades que suelen agruparse bajo tan imprecisa denominación.

¹ Básicamente en nuestros trabajos «Algunos aspectos de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística», *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 1301-1364; «La incidencia de la Ley 6/1998 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 1998, pp. 443 y 487, y «Nota Bibliográfica del libro de LASO MARTINEZ y LASO BAEZA «El aprovechamiento urbanístico», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pp. 1820-1826.

1. EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO COMO EQUIVALENTE A LA EDIFICABILIDAD PERMITIDA SOBRE UNA FINCA CONCRETA

2.1 Supuestos más frecuentes

La confusión de conceptos se produce, en este grupo de casos, porque en la legislación urbanística la edificabilidad también suele denominarse «aprovechamiento urbanístico objetivo», «aprovechamiento real», o «aprovechamiento materializable» (sobre todo en normas autonómicas que prevén las TAUS o transferencias de aprovechamientos como mecanismo de obtención de terrenos destinados a instalar dotaciones locales en suelo urbano). En tanto esa edificabilidad se atribuya en su totalidad a la finca y al propietario de la misma, como sucede en suelo urbano consolidado, de acuerdo con el esquema de la Ley Estatal 6/1998 y según la interpretación que la STC 164/2001 hizo de esta norma, nos encontramos ante el caso en el cual mayor proximidad puede apreciarse entre el «aprovechamiento urbanístico» y la categoría civil del «derecho real sobre bienes inmuebles», sólo que no estaríamos tampoco ante la identidad terminológica que algunos autores predicán, sino que esta edificabilidad expresaría la medida de la facultad edificatoria del dueño frente a la comunidad representada en la Administración². Ni siquiera en este caso el aprovechamiento es un derecho real sobre bienes inmuebles³.

Como esa facultad edificatoria está integrada normalmente en el derecho de propiedad, cuyo objeto es la finca, la transmisión a terceros de ese aprovechamiento se producirá mediante los mismos contratos que se orientan a la transmisión de la propia finca, considerada como cosa específica objeto del contrato, o bien a la constitución de derechos reales limitados que suponen enajenación total o parcial de la facultad edificatoria relativa a dicha finca considerada como cosa específica (como los derechos reales típicos de superficie o vuelo); si se transmitiera una cuota pro indiviso de la finca habría de entenderse enajenada la correspondiente «porción» de ese aprovechamiento, que, en todos estos casos, no gozará de posi-

² El análisis general de una cuestión tan determinante para el entendimiento integral del Derecho de Cosas como es el de la doble perspectiva de las relaciones jurídico-reales, según se opongan en relaciones *inter privatos* o frente a la Comunidad personificada por la Administración, ha sido efectuado en el imprescindible trabajo de CARRASCO PERERA *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, Pamplona, 1999.

³ Esta noción de «aprovechamiento urbanístico» es la que se corresponde más estrictamente con el volumen de edificabilidad, estudiado por TORRES LANA en su obra *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Pamplona, 1975.

ción autónoma alguna como objeto de contrato. Y, por supuesto, si quien enajena es la Administración, habrá de cumplir con las reglas sobre disposición de sus bienes inmuebles patrimoniales, no porque esté transmitiendo el aprovechamiento urbanístico, siendo éste un derecho real inmobiliario, sino porque está transmitiendo o gravando la finca.

Todo ello se entiende sin perjuicio de que el «aprovechamiento urbanístico» de la finca en cuestión haya sido tomado en consideración por los contratantes, explícita o implícitamente, como elemento determinante de su decisión, y que la divergencia entre el aprovechamiento previsto y el realmente atribuido a la finca pueda tener los correspondientes efectos en relación con el contrato. Si la toma en consideración de esa potencialidad edificatoria ha sido considerada explícitamente, nos encontraríamos ante los contratos de venta de terrenos bajo condición suspensiva (o más infrecuentemente resolutoria), consistiendo esa condición en que el objeto del contrato tenga una efectiva edificabilidad o en que se obtenga la oportuna licencia para materializarla. En relación con estos contratos los mayores problemas jurídicos se relacionan con la posibilidad de «renunciar» a la condición y con el propio evento constitutivo de la misma, ante la indefinición o falta de claridad que suele caracterizar a estos contratos, normalmente formalizados en documento privado⁴. Si esa edificabilidad estaba implícitamente incorporada al contrato pero no se manifestó como condición expresa, el tratamiento del caso podrá abordarse desde la perspectiva de la falta de conformidad del objeto entregado con el previsto y de la imputabilidad de esa falta de conformidad a alguno de ellos en particular, para decidir si el contrato ha de cumplirse pese a la discordancia o si ha de entenderse ineficaz y, en este último caso, si alguno de los contratantes ha de indemnizar los daños causados al otro además de restituirle lo percibido en ejecución del mismo⁵. Tratándose de bienes inmuebles y no resultando directamente aplicables los textos internacionales orientados a unificar la venta internacional de mercaderías, el tratamiento de estas ventas de cosa específica carente de facultades que los contratantes incorporaron al contrato (la edificabilidad presupuesta), podrá canalizarse a través de las acciones contempladas en el Código Civil para el tratamiento del error o del incumplimiento contractual, apareciendo el eterno

⁴ En relación con estos aspectos puede consultarse nuestro trabajo *La condición suspensiva en los contratos*, Madrid, 2000, con abundantes citas jurisprudenciales.

⁵ Sobre la confluencia entre el error y el incumplimiento bajo la figura unitaria de la falta de conformidad, asumida en UNIDROIT, CISG, etc., y la ausencia de diferencias aunque el objeto de la venta sea genérico, una vez que ese objeto se define desde el contrato, puede consultarse FENOY PICÓN: *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006.

problema acerca de si el error resulta aplicable a la venta de una cosa específica (y por tanto si el objeto del contrato es el real o el ideal que se definió en dicho contrato), y, en caso afirmativo, si resultan compatibles las acciones derivadas del error y del incumplimiento (como parece deducirse del art. 4:119 PECL), siempre sin olvidar que estamos ante bienes inmuebles y que, normalmente, la negociación relativa a fincas edificables o en proceso de urbanización no se realiza con sujetos que reúnan la condición de consumidores o usuarios⁶.

2.2 Constitución de comunidad de bienes con distribución de edificabilidades entre los comuneros

Esta modalidad de distribución, entre varios propietarios, de la edificabilidad concreta y posible sobre una finca determinada, se utilizó en el supuesto analizado en la resolución de la DGRN de 18 de abril de 1988: se trataba de dos copropietarios de una finca determinada que acuerdan construir un determinado edificio de dos plantas, acometiendo cada uno la obra relativa a una de esas plantas y haciendo suyas las respectivas viviendas resultantes⁷: la Dirección General, contra el criterio del Registrador, admitió la inscripción de los acuerdos y la obra futura en el folio de la finca, sin indicarnos si esos acuerdos sobre las características de la futura edificación serían oponibles a los eventuales subadquirentes de alguna de las cuotas, en caso de que alguno de los comuneros pro-

⁶ Sobre este capítulo de los PECL, ver MORALES MORENO: «Validez del contrato», en *Derecho Privado Europeo*, coordinado por Cámara Lapuente, 2003, pp. 371-397. Sobre la compatibilidad en nuestro derecho vigente, el propio MORALES MORENO en «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC*, 2003, pp. 1609-1651 y FENYO PICÓN: *ob. cit.*, especialmente pp. 249-253.

⁷ En escritura pública, los dos copropietarios de una finca acuerdan construir sobre ella un edificio de dos plantas de manera que cada uno construirá individualmente la respectiva vivienda, cuya propiedad desde un principio pertenece al respectivo constructor, costeadando entre ambos los elementos comunes. El Registrador deniega la inscripción por entender que figurando inscrito el suelo por mitad y pro indiviso, el edificio y los pisos resultantes deberán figurar inscritos de igual forma, cabiendo luego la inscripción de la adjudicación de cada piso previa extinción de la comunidad existente.

Pero la DGRN considera que «nada se opone, tampoco, aun antes de iniciarse la construcción, a la inscripción de los acuerdos, tan convenientes para asegurar, frente a terceros, el interés de cada uno de los comuneros en el concreto local o vivienda futura a él asignado y cuya construcción le va a imponer gastos tan importantes. La inscripción se practicará entonces en el folio de la finca común en cuanto acuerdo modificativo de la comunidad (art. 2.2 de la LH)».

En definitiva, aun cuando no pueda hacerse constar la existencia de una propiedad separada sobre cada local o apartamento, al no estar al menos comenzada la edificación, la resolución afirma que «desde que se produzca el acuerdo sobre la construcción y el destino de cada vivienda o local procede la inscripción y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que «sobre la finca» tienen los titulares registrales, como para hipótesis análogas prevé la misma Ley (arts. 21.1 LPH y 8.4 LH)».

cediera a transmitir la suya, si ese hipotético contrato traslativo de la cuota, producido tras los acuerdos sobre la edificación, sería inscribible pero inoponible al otro comunero, que podría ignorarlo y obligar al transmitente a edificar su planta de acuerdo con el pacto inscrito, o si los reiterados pactos sobre la edificación de la finca entre los comuneros cerrarían el Registro a transmisiones posteriores de las respectivas cuotas, hasta que el edificio se hubiera terminado según lo pactado⁸. Desde esta perspectiva de transmitir cuotas pro indiviso sobre una finca que se refieren al derecho a edificar parcialmente la misma de una determinada manera, así como de los problemas que plantea, podemos mencionar el supuesto que fue objeto de la curiosa RDGRN de 28 de octubre de 1988, en la cual se admitió la inscripción de la venta de cuotas pro indiviso del derecho a edificar y utilizar una instalación subterránea; el Registrador de la Propiedad aplicó los principios de cierre registral y tracto sucesivo para rechazar la inscripción, en tanto no constaba en el Registro la realización de la instalación subterránea, pero la Dirección General admitió el recurso planteado contra esa calificación, sin aclararnos la posición de los comuneros entre sí, frente al titular del derecho que se lo transmitió por cuotas, y frente a ulteriores transmisiones de tan peculiares cuotas, todo ello con grave lesión del principio de especialidad⁹.

⁸ En cualquier caso la Dirección General debería haber considerado que no es igual considerar los pactos sobre el uso estático de bienes como obligaciones *propter rem*, que atribuir la misma condición a los pactos sobre la construcción o modificación sustancial de esos mismos bienes: pero también es cierto que todas estas consideraciones son irrelevantes si se parte de la identificación del objeto de una obligación de hacer con el resultado de esa obligación, artificial y prematuramente cosificado desde la perspectiva registral.

⁹ Se había cedido una finca al Ayuntamiento de Palafrugell por una Sociedad Inmobiliaria, reservándose la cedente el derecho a construir en el subsuelo de la finca un garaje o almacén de unos 408 m²; posteriormente se van vendiendo cuotas pro indiviso de aquel derecho. En una de esas operaciones se otorgó una confusa escritura de compraventa que en alguna cláusula se refiere a las participaciones indivisas de una séptima parte del *derecho de uso transmisible y perpetuo sobre una zona de subsuelo de 408 m² aproximadamente para ser destinada a garaje o almacén de negocio, de la finca registral 7.454*, mientras que en otra parte del clausulado se define el derecho parcialmente transmitido como *el derecho a construir garaje o almacén en esos 408 m²*, estableciéndose en cualquier caso que esas participaciones darían derecho a la utilización exclusiva de dos determinadas porciones de subsuelo de la finca registral indicada, que se describen con indicación de linderos y superficie. Presentada esta última escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador denegó la inscripción porque el derecho del vendedor era a construir en el subsuelo mientras que lo transmitido es un derecho de uso referido a un espacio concreto de una instalación subterránea cuya construcción no consta en el Registro (no existía declaración de obra nueva), y otorgado sin el consentimiento de los demás comuneros para la asignación de ese espacio exclusivo a las cuotas compradas. La DGRN destaca la dualidad apreciada en la escritura sobre la definición del derecho transferido y declara como indudable que el conjunto de la escritura se refiere al derecho previamente inscrito, es decir el de construir, pero que aún así en la nueva inscripción no puede consignarse ninguna característica que se refiera al alcance de las facultades (?). Por nuestra parte creemos que el derecho de construir del vendedor incluía también el de usar lo construido, pero que en modo alguno se identifican ambos, habiendo de apurarse la diligencia en la definición del

2.3 La venta de fincas afectadas por un proceso de reparcelación en curso

Cuando un ámbito territorial de suelo urbanizable es objeto de una actuación urbanística, orientada a realizar las obras de urbanización y a reconfigurar la situación física y jurídica de las fincas con la finalidad de que resulten aptas para un uso urbano, la situación pasa por aprobar un plan parcial o instrumento equivalente en el cual se establezca la ordenación urbanística pormenorizada de cada una de las fincas resultantes de la actuación, y por tramitar el oportuno proyecto de equidistribución, para distribuir esas fincas resultantes y las cargas urbanísticas entre los propietarios de las fincas originarias. También resulta conocida la imposibilidad de dividir o segregar terrenos en proceso de reparcelación, desde la aprobación administrativa de la delimitación del ámbito de actuación hasta la de los citados proyectos de equidistribución. Esta situación de temporal indivisibilidad, a su vez, hace que la transmisión parcial de las fincas afectadas, denominadas originarias en tanto anteriores a la aprobación del proyecto de equidistribución y llamadas a ser sustituidas por las resultantes del mencionado documento, sólo pueda verificarse mediante instrumentos indirectos, como los siguientes:

– La enajenación parcial de las unidades de aprovechamiento urbanístico que, como medida de las fincas resultantes objeto de adjudicación futura, corresponden a los propietarios de las fincas originarias (es decir de una parte del «derecho en la reparcelación») ¹⁰.

alcance de las facultades otorgadas por los derechos reales limitados sometidos a inscripción, porque no sabemos si la construcción del local había sido terminada o si estaba aún por construir y, en este último caso, si la construcción había de realizarse por los compradores de la cuota junto con los restantes comuneros, según el esquema de promoción en régimen de comunidad de propietarios, o si sigue incumbiendo al vendedor de la cuota, que en realidad estaba transmitiendo las plazas futuras; obviamente la falta de constancia registral de tan fundamentales datos puede originar la aparición de adquirentes que, consultando el Registro de la Propiedad, desconocen el alcance del derecho adquirido y de las obligaciones contraídas junto con ese derecho.

¹⁰ Como es sabido, en las actuaciones urbanísticas se suma el aprovechamiento urbanístico total otorgado por el planeamiento urbanístico a las fincas edificables resultantes de la actuación y luego se divide la cifra obtenida entre la superficie total del ámbito; el resultado nos dice el número de unidades de aprovechamiento a que tiene derecho cada propietario de fincas originarias por cada metro cuadrado de su propiedad; basta entonces con multiplicar esta última cifra por la superficie de cada una de las fincas originarias, para conocer la cuantía del «derecho en la reparcelación» de cada uno de los respectivos propietarios; el proyecto de equidistribución habrá de satisfacer luego ese derecho en la reparcelación mediante la adjudicación de las fincas resultantes, de modo que la edificabilidad de las adjudicadas a cada propietario de fincas originarias sea igual al número de unidades de aprovechamiento que le corresponden, con indemnización a metálico de las diferencias imposibles de solventar. Por tanto podemos decir que esas unidades de aprovechamiento

- La transmisión de una cuota pro indiviso de la finca originaria.
- La venta de alguna de las fincas futuras resultantes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución, que se adjudicarán en sustitución de la originaria.

El primer supuesto entre los citados (transmisión parcial del aprovechamiento) es un negocio cuyo objeto principal es la finca, parte de finca o pro indiviso, a cuya adjudicación tenía derecho el transmitente como titular de las unidades de aprovechamiento enajenadas: civilmente se trataría del derecho a la adjudicación de un inmueble futuro o en formación, determinado por la edificabilidad que le corresponde y por estar incluido en la unidad de actuación delimitada; por tanto de una cosa genérica, cuyo género está limitado pero que como tal no puede ser objeto de derecho real. Sin embargo la regulación reglamentaria, desarrollada en el Real Decreto 1093/1997, permite el reflejo registral independiente de esas unidades de aprovechamiento, otorgadas por la titularidad de una finca originaria, a las cuales se abre folio independiente, que se cancelará una vez adjudicada la finca de resultado ¹¹. Obviamente la norma reglamentaria no resuelve la posición del titular de ese folio independiente si la actuación urbanística se frustrara y no hubiera adjudicación de finca de resultado ¹², con lo cual la posi-

son la medida del objeto futuro y de género limitado (las parcelas resultantes de la actuación) que el titular de una finca originaria obtendrá como resultado del proceso.

¹¹ Concretamente, el artículo 39 del citado texto reglamentario prevé, junto a los supuestos de ocupación directa de fincas, de expropiación forzosa con justiprecio en especie y consistente en fincas futuras, y de los aprovechamientos que correspondan a la Administración en el sistema de gestión que analizaremos más adelante, que: «*El aprovechamiento urbanístico se inscribirá como finca especial disgregada del suelo y mediante apertura de folio independiente, en los siguientes casos: ... 4. En los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen éstas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente.*» Aunque el precepto parece limitar su alcance a la actuación por el sistema de compensación, ya que habla de un «sistema de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares», y aunque allí se trata de facilitar a la empresa urbanizadora que percibe su remuneración en terrenos la incorporación a la Junta de Compensación como un propietario más, la práctica demuestra que el mecanismo se ha ampliado más allá de la actuación por compensación, como claramente se observa en la narración de hechos contenida en la RDGRN de 11 de noviembre de 2002, resumida en la nota a pie de página siguiente y que se refería a una actuación por expropiación.

¹² Como podría haber sucedido en el caso analizado en la RDGRN de 11 de noviembre de 2002, aunque en ese caso la cancelación de los folios abiertos al aprovechamiento no prosperó, ante la falta de anotación preventiva de demanda y la ausencia de los titulares de esos folios en el procedimiento contencioso-administrativo que condujo a la anulación del planeamiento. Concretamente se trataba de un caso en el cual «Fuente Nueva, Sociedad Anónima», interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la aprobación de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián de los Reyes en el ámbito de actuación del Sector Op-1, Dehesa Vieja. En ejecución del acto impugnado, por el sistema de expropiación forzosa, se habían producido determinadas inscripciones de derechos de aprovechamiento urbanístico a favor de la entidad beneficiaria. Al parecer

ción del adquirente en este caso es bastante precaria, salvo, claro está, si se pactara expresamente que, en tal supuesto, la situación derivaría en un pro indiviso sobre la finca de la cual proceden las unidades de aprovechamiento transmitidas. Contractualmente parece claro que el cumplimiento del enajenante no se produce con la inscripción registral de las unidades de aprovechamiento, sino con la efectiva adjudicación de las fincas de resultado correspondientes; la inexistencia de pacto sobre formación de pro indiviso en las fincas originarias u otras consecuencias previstas para el caso de frustración del interés del adquirente, habrá de suplirse con la aplicación de los remedios generales establecidos para el caso de falta de conformidad del objeto comprometido, sin que el hecho de que la cosa sea de género limitado afecte fundamentalmente a la solución del caso.

2.3.1 VENTA DE CUOTA PRO INDIVISO DE UNA FINCA EN PROCESO DE REPARCELACIÓN

Es una de las alternativas utilizables por el propietario de una finca originaria, afectada por un proceso de reparcelación, ante la imposibilidad de segregar o dividir para enajenar parcialmente la misma. El adquirente podrá inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad, y, de este modo, personarse ante la administración actuante con la doble finalidad de ser tenido como titular en los

esos derechos de aprovechamiento inscritos habían sido transmitidos a terceros, que no habían sido parte en el procedimiento de impugnación del planeamiento y sin que constara la práctica de la oportuna anotación preventiva de demanda, prevista en el artículo 307.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y desarrollada en el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso contencioso-administrativo, en sentencia que devino firme, y la recurrente acompañaba certificación de la sentencia, con expresión de su firmeza, y fotocopia de certificación registral relativa a la inscripción de los derechos de aprovechamiento inscritos a favor de terceros, solicitando su cancelación sin mandamiento del tribunal y sin haber solicitado la ejecución de la sentencia. El Registrador de la Propiedad denegó las cancelaciones solicitadas alegando dos obstáculos: que según el artículo 117.3 de la Constitución Española resulta inquestionable que la potestad de hacer ejecutar las Sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, siendo necesario mandamiento judicial para proceder a lo solicitado, y que el principio de seguridad jurídica consagrado por el artículo 24 de la Constitución Española ha de ser garantizado por los Registradores en orden al contenido y conservación de los asientos registrales, sobre todo en aquellos supuestos en que no reflejando el Registro medida cautelar alguna, se pretende la cancelación en perjuicio de terceros. La Dirección General mantuvo la decisión del Registrador, desestimando el recurso planteado contra su decisión y confirmando los dos obstáculos opuestos a la inscripción, con el argumento fundamental de que *Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que ninguna alteración de los mismos puede hacerse sin la intervención de los mismos, en los términos establecidos por la Ley. Además... proceder a la cancelación perjudicaría los derechos de terceros adquirentes de derechos inscritos que no han tomado parte en el procedimiento, por lo que a la cancelación solicitada se oponen también los artículos 24 del texto constitucional y su corolario registral, constituido por el principio de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la LH).*

sucesivos trámites y conseguir que la adjudicación de la finca o fincas resultantes de la actuación, que sustituya a la cuota pro indiviso ostentada sobre la finca originaria, se haga directamente a su favor, sin que esta adjudicación pueda bloquear la inscripción del proyecto de equidistribución por aplicación del principio de tracto sucesivo y de lo dispuesto en el artículo 99 RH y 14 del Real Decreto 1093/1997. Los problemas planteados por esta alternativa son, en cambio, los siguientes:

a) La posibilidad de que el comunero pueda pedir la división de la finca originaria común, como destaca el artículo 400 CC, o utilice esa posibilidad como mecanismo de coerción para impulsar al otro u otros comuneros a que le transmitan sus cuotas. Este inconveniente puede obviarse temporalmente mediante el pacto de indivisión, previsto en el propio artículo citado y cuyo plazo máximo de validez habría de bastar, normalmente, para que se apruebe el proyecto de equidistribución que adjudica las fincas de resultado, extinguiendo el pro indiviso según lo previsto.

b) El derecho de retracto, establecido por el artículo 1522 CC para el caso de que un comunero enajene su cuota y a favor de los demás: difícilmente se entenderá válido un pacto de renuncia a tal derecho, considerado como norma imperativa en el régimen de la comunidad de bienes, por mucho que podamos considerarlo como mera restricción de la facultad dispositiva cuyo régimen legal difícil, además, gravemente su eficacia, ya que, como sabemos, el artículo 1524 CC lo limita a nueve días desde la inscripción en el Registro de la venta¹³; el problema planteado por este derecho de retracto puede ser grande para un copropietario que proyecte escri-

¹³ Sobre la brevedad del plazo de ejercicio el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, como ya sabemos, afirmando que no afecta a la tutela judicial efectiva (STC 54/1994 de 24 de febrero, RTC 1994/54). La sentencia recayó a consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad que, a su vez, vino motivada por demanda formulada ante un Juzgado de Primera Instancia y encaminada a retraer la mitad indivisa de una finca; la mencionada finca pertenecía a dos copropietarios y se encontraba arrendada; uno de los propietarios vendió su mitad al arrendatario, sin comunicárselo previamente al otro copropietario y sin que éste hubiese tenido noticia de la venta hasta que ya había transcurrido el plazo de nueve días desde la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad. Pese a la extinción del plazo el copropietario presentó demanda ante el Juzgado solicitando el retracto y señalando que la previsión legal establecida por el artículo 1524 CC para el ejercicio del derecho de retracto debía entenderse derogada por el artículo 14 CE, por ser el trato dispensado al copropietario discriminatorio respecto del otorgado al arrendatario o al propietario en las leyes de arrendamiento rústicos y urbanos. Apelada la sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial planteó cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por entender que el reiterado artículo 1524 CC podía ser, en lo relativo al plazo de caducidad del retracto, contrario al derecho constitucionalmente consagrado a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, ya que solamente mediante consultas semanales del Registro de la Propiedad, lo que no es posible exigir a los ciudadanos, podría lograrse el efectivo ejercicio del derecho, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que las leyes no pueden configurar el derecho de forma que obstaculicen el acceso a los Tribunales con requisitos infundados.

turar la venta de su cuota por un precio inferior al realmente percibido, puesto que, si bien la Jurisprudencia de la Sala 1.^a ha reiterado que el retracto ha de ejercitarse por el precio realmente pagado, las dificultades para probar ese precio real, en contra del constante en la escritura, podrían resultar insalvables¹⁴.

c) Salvo acuerdo expreso entre los contratantes, o disposición expresa de la normativa autonómica, el pro indiviso constituido sobre la finca originaria habrá de trasladarse a la finca o fincas adjudicadas en sustitución de ella, pues de acuerdo con el principio de subrogación real de las antiguas por las nuevas parcelas resulta más que dudoso que el proyecto de equidistribución sea instrumento adecuado para dividir pro indivisos¹⁵. Por tanto ese acuerdo expreso de extinción de la comunidad a través del proyecto de equidistribución habrá de plasmarse en la escritura de transmisión de la cuota, junto con el pacto orientado a impedir que la división de la comunidad constituida se produzca por cualquier otro medio durante el plazo máximo permitido por el Código Civil; incluso podrá verificarse haciendo constar la finca o fincas de resultado concretas que se adjudicarán a cada comunero en pago de su respectiva cuota, y que ya serán conocidas si el proyecto ha sido inicialmente aprobado por la administración actuante, cabiendo la solicitud de que esos pactos sobre adjudicación de fincas futuras concretas y resultantes de la equidistribución se hagan constar en el folio de la finca originaria, por analogía con el

El Tribunal Constitucional, no obstante, desestimó la cuestión de inconstitucionalidad, afirmando, en los fundamentos jurídicos 2 y 3 de su sentencia que el plazo de ejercicio del derecho contemplado en el artículo 1524 CC es un plazo sustantivo y no procesal, por lo que no tiene relación alguna con el derecho a la tutela judicial efectiva entendido como derecho al proceso, y que tampoco vulnera el principio de igualdad porque contiene el régimen general, frente al cual el relativo al retracto de arrendatarios y coherederos contiene especialidades plenamente justificadas y que no pueden ser tachadas de discriminatorias. Concluye el Alto Tribunal diciendo que: *«En consecuencia, el legislador ha establecido un régimen que, al margen de cualquier juicio de oportunidad, no puede ser tachado de inconstitucional, puesto que se desenvuelve dentro del marco de libertad que el legislador tiene para crear y regular el derecho de retracto, sin que los inconvenientes, o incluso la pérdida de efectividad del derecho que pueda producirse en algunos supuestos, conlleven vulneración de ninguno de los preceptos constitucionales invocados, ni, por ello, elevarse a causa determinante de la inconstitucionalidad de la norma»*.

¹⁴ La necesidad de abonar el precio efectivamente satisfecho por el retraído, cuando se prueba ser diferente del escriturado, ha sido afirmada, entre otras, por las SSTs (Sala 1.^a) de 8 de junio de 1977, RJ 1977/2872, y 4 de diciembre de 1991, RJ 1991/8914.

¹⁵ Concretamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), afirma, contra la impugnación de la decisión administrativa consistente en rechazar la solicitud de todos los interesados para que se les adjudicaran fincas independientes en pago de sus cuotas pro indiviso y del usufructo de cuota correspondiente a uno de ellos, que la adjudicación en pro indiviso se había consentido y ganado firmeza (quedando, por tanto, fuera del análisis de la Sentencia), y que la conversión del usufructo en nuda propiedad precisaba de un documento civil, plasmado en documento público, para su incorporación al Proyecto de Reparcelación.

caso resuelto por la resolución de la DGRN de 18 de abril 88, citada anteriormente, y por poco que nos guste ese proceso de solapamiento entre presente y futuro que se viene apreciando en los folios registrales. Obviamente, estos acuerdos habrán de formalizarse en escritura pública, no bastando el acta administrativa al tratarse de actuaciones entre particulares, y será conveniente que prevean la solución a adoptar si la adjudicación de fincas de resultado, finalmente aprobada, se apartara de la inicialmente proyectada.

2.3.2 VENTA DE LA FINCA FUTURA RESULTANTE DEL PROYECTO

Si en el apartado anterior lo vendido era una cuota pro indiviso de la finca originaria, pudiendo contemplarse adicionalmente en el contrato la concreta finca futura que se adjudicará el comunero, en pago de la participación adquirida y como salida de la situación de comunidad, ahora se trata de la exclusiva, directa y principal enajenación de alguna de las fincas de resultado, y por tanto futuras, que, según el proyecto aún en tramitación o simplemente redactado, se adjudicarán al vendedor en sustitución de su finca originaria. La diferencia fundamental es que en este caso no existe transmisión de ningún inmueble actualmente existente y, por tanto, parecería que la adquisición no puede ser objeto de inscripción registral; como consecuencia el comprador no habría de ser tenido como propietario durante los trámites pendientes hasta la aprobación definitiva del proyecto, ni podría ser adjudicatario directo de la finca de resultado adquirida, porque de otro modo se vulneraría por la Administración el principio registral de tracto sucesivo y los artículos 99 RH y 14 del Real Decreto 1093/1997¹⁶.

Sin embargo hemos utilizado el condicional porque esta materia resulta discutible por todos sus contornos, habiéndose superpuesto en la Doctrina de la DGRN la situación de comunidad con la venta de fincas futuras. Concretamente, nuestro caso se parece mucho a la permuta de pisos futuros por obra, o a la venta directa de pisos futuros por el promotor, y, en tales casos, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha elaborado una curiosa doctrina orientada a considerar el derecho sobre el piso futuro como un «verdadero y actual derecho real». Ciertamente que esta doctrina pasó a la redacción dada al artículo 13 RH, como consecuencia de la reforma operada en dicho texto por el Real Decreto 1867/1998, de 29 de diciembre, aunque limitada a la permuta de

¹⁶ Y no podría acudir a la inscripción del derecho del adquirente bajo condición suspensiva, al amparo del artículo 9.2.º de la LH, porque no existe aún la finca futura, y por tanto no puede existir un folio donde inscribir la propiedad bajo condición suspensiva.

solar por obra, y que posteriormente la ilegalidad de la relatada reforma reglamentaria fue declarada por la Sentencia de la Sala 3.^a del TS de 24 de febrero de 2000¹⁷; pero sinceramente ignoramos si la DGRN se dará por aludida, asumiendo el pronunciamiento judicial que indirectamente también está considerando ilegal la doctrina que se plasmó en el artículo 13 del RH, o si seguirá admitiendo la inscripción de pisos inexistentes, aun sin el apoyo del citado precepto y como lo venía haciendo antes de su promulgación.

En cuanto a la doctrina en concreto, que de mantenerse nos parece perfectamente aplicable a la constancia registral de la venta de finca resultante de un proceso de equidistribución, ha de decirse que la misma se puso de manifiesto en la RDGRN de 29 de mayo de 1996¹⁸, que consideró, contra el criterio del Registrador, que el derecho sobre el piso futuro es un verdadero y actual derecho real que se adquiere por título y modo, siendo idónea para ello la escritura pública¹⁹; la falta de los requisitos establecidos por el artículo 8 de la LH sólo la estima aplicable a la apertura de folio independiente, pero no a la inscripción del piso futuro en el folio de la finca matriz.

¹⁷ En su momento nos unimos a las voces críticas con semejante regulación reglamentaria en las páginas de «Información Legislativa» que compartimos con ELIZALDE Y AYMERICH y fueron publicadas en el *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, fascículo IV, octubre-diciembre de 1998, disposición número 12, pp. 1943-1951.

¹⁸ Mediante escritura pública se pacta la permuta de una finca por la de cinco pisos en el edificio que el promotor se compromete a construir. El Registrador rechaza la inscripción del derecho del permutante a los cinco pisos por estimar que no pudo existir la entrega que nuestro Código Civil exige para la transmisión del dominio y demás derechos reales, al no existir los pisos.

La DGRN estima que «El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición si éste se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1462 CC)».

En cuanto a las posibilidades de que ese derecho del adquirente de pisos en construcción acceda al Registro de la Propiedad en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio la propia resolución señala que «si el párrafo 5.º del artículo 8 de la LH impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que a su vez queda supeditado al comienzo de la construcción), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar... una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo».

¹⁹ Esta doctrina además ha tenido manifestaciones diversas en la Jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo: a veces para conceder a los compradores de pisos en construcción la tercería de dominio, ante la falta de un privilegio legal para su derecho y en caso de embargo dirigido contra el promotor (como sucedió en la SSTs de 10 de mayo de 1994 y 14 de noviembre de 1997), otras para declarar la ineficacia del título constitutivo otorgado por el promotor negando su condición de propietario único (SSTs de 2 de junio de 1970, 29 de abril de 1970 y 16 de abril de 1979, matizadas por las de 10 de noviembre de 1981 y 19 de octubre de 1982).

Obviamente en nuestro caso, consistente en venta de finca resultante de un proceso de equidistribución, la inscripción de la finca futura transmitida al comprador se haría constar en el folio de la finca matriz, habiendo de establecerse los pactos imprescindibles para regular los efectos de esa transmisión en el caso de que la reparcelación se produjera con modificaciones (cláusulas sobre otorgamiento de mayor o menor edificabilidad, etc.), y, especialmente, para el caso de que la actuación urbanística se frustrara (especialmente si esa situación daría lugar a un pro indiviso sobre la finca originaria, con lo cual este supuesto se asimilaría en la práctica a la venta de cuota con previsión de la finca a adjudicar, antes analizada, o si no tendría este efecto).

El problema consiste en que, muy a menudo, la expresión contractual de los fines perseguidos por los contratantes dista de ser clara, lo cual, unido al escaso rigor manifestado en algunas soluciones jurisprudenciales, se puso crudamente de manifiesto en el extraño caso objeto de la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 24 de noviembre de 2000, cuyas implicaciones de Derecho Privado nos parecen absolutamente evidentes (de hecho, el caso probablemente acabará replanteándose ante la Jurisdicción Civil).

2.3.3 EL EXTRAÑO CASO DE LA STS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2000 (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

La propiedad de dos fincas originarias, afectadas por un proyecto de reparcelación en trámite y cuyas superficies eran de 7.792 m² y 1.247 m², vendió, en documento privado, dos fincas relacionadas confusamente con las anteriores y cuyas superficies eran de 214 m² y 511 m² (durante la tramitación la propietaria falleció y le sustituyó su hijo, sin que este dato sea relevante). La administración adjudicó a la vendedora, en virtud del proyecto finalmente aprobado y en sustitución de las dos fincas originarias de 7.792 y 1.247 m², cuatro fincas resultantes de 760 m², 3.245 m², 214 m² y 511 m², correspondiéndose la descripción de las dos últimas con las fincas vendidas en documento privado. La parte vendedora impugnó entonces el proyecto, por entender que se había vulnerado el principio de distribución equitativa de beneficios y cargas, dado que las obligaciones de ceder a la Administración actuante terrenos dotacionales y terrenos edificables en concepto de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, se habían hecho efectivas exclusivamente sobre las fincas no vendidas, adjudicándose las ventas libres de toda merma por los mencionados conceptos.

Obviamente la correcta resolución del caso exige definirse acerca de una cuestión fundamental: si el objeto de la venta formalizada en documento privado fueron porciones de la finca originaria, que no podían segregarse por encontrarse en proceso de reparcelación, o si se trataba de fincas futuras, adjudicadas en sustitución de las originarias y en cuyo precio ya se había considerado que se trataba de fincas libres de la carga consistente en ceder terrenos a la Administración (carga que se haría efectiva sobre las fincas que conservaba el vendedor); aunque la propia definición de las fincas vendidas parece apuntar claramente hacia esta última alternativa, la Sentencia ni siquiera analiza la cuestión, aunque la resuelve implícitamente al dar por supuesto que se trataba de porciones de la finca originaria, sin adentrarse en la eventual nulidad del acto material de segregación que tal venta podía suponer y decretando la nulidad parcial de la reparcelación, con la consiguiente condena a la administración a abonar en metálico al recurrente el importe de las cargas correspondientes a las fincas vendidas y que había sido hecho efectivo sobre las que no lo fueron (afirmando además la necesidad de considerar como propietarios a quienes así lo acrediten mediante simple documento privado y contra los asientos registrales, con invocación de la teoría del título y el modo como medio idóneo para transmitir la propiedad en nuestro Derecho).

Por supuesto la Sala de lo Contencioso podría haber realizado expresamente una interpretación del contrato privado de venta que le permitiera llegar a la solución adoptada, aunque fuera a efectos meramente prejudiciales y salvando el derecho de las partes para acudir a los tribunales civiles, que es lo que acabará ocurriendo si la administración intenta repetir del comprador lo que ha sido condenada a pagar al vendedor; pero lo chocante es que la Sala realizara esa interpretación de modo implícito, afirmando además que basta el contrato privado para que la administración haya de tener como propietarios a los compradores y realizar a favor de éstos la adjudicación de las fincas de resultado que sustituyan a las adquiridas ²⁰.

²⁰ En cuanto a esta última afirmación, y si la administración hubiera actuado como indica la Sala, está claro que el proyecto no se habría inscrito, por no adjudicarse las referidas fincas de resultado al que era titular de las fincas originarias en el momento de expedirse la certificación de dominio y cargas sobre las parcelas afectadas por la reparcelación, y practicarse la nota marginal prevista en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, ni tampoco adjudicarse a quien es titular de esas fincas originarias en el momento de postularse la inscripción del proyecto aprobado (como disponen los arts. 13 a 16 del RD 1093/1997); eso por no mencionar la imposibilidad de resolver el problema si el vendedor hubiera transmitido dos veces y el segundo adquirente sí que hubiera inscrito. Para evitar la colisión entre la doctrina de esta Sentencia y la regulación de la inscripción registral del proyecto de equidistribución, sólo cabría que la administración adjudicara al vendedor todas las fincas de resultado, pero con distribución entre las vendidas en documento privado de las cargas correspondientes: es decir,

Obviamente, si la interpretación del contrato permite deducir que se habían vendido fincas futuras libres de deberes de cesión, la repercusión de esos deberes sobre los adquirentes supondrá un incumplimiento de contrato, imputable al vendedor que impugnó la reparcelación, pudiendo plantearse ese incumplimiento ante la Jurisdicción Civil. Se tratará de un supuesto en el cual el objeto no quedó libre de derechos procedentes de terceros por causa imputable al vendedor: los derechos de que hablamos son los que incumben a la Administración para exigir la cesión de terrenos derivada del planeamiento, y la ausencia de libertad se debe a la actuación del vendedor, que no aceptó la repercusión de ese derecho en sus propias fincas.

2.4 ¿Puede ser la edificabilidad objeto de transferencia autónoma?

En todos los casos antes explicitados el aprovechamiento era objeto de contrato de forma meramente accesoria en relación con la transmisión de fincas edificables, presentes o futuras, o bien de la constitución de derechos reales o pro indivisos sobre las fincas en virtud de cuya propiedad se atribuye ese aprovechamiento; por el contrario, la transmisión de la edificabilidad, entendida como aprovechamiento concreto y efectivamente materializable sobre una finca determinada, y que se verifique sin transmitir al propio tiempo un derecho sobre la mencionada finca que autorice al adquirente a realizar la utilidad en que esa edificabilidad consiste, parece un absurdo lógico y jurídico. Sin embargo aún existe una posibilidad residual, cuando nos encontramos ante planeamientos dotados de cierta «elasticidad», cuya definición acerca del modo de situar las edificabilidades sobre las respectivas fincas resulta compatible con construir edificios que superen o no alcancen la edificabilidad que les corresponde. Así un propietario podría ceder a otro u otros determinadas cantidades de edificabilidad, sin alterar las alturas máximas, líneas de edificabilidad y fondo, coeficiente de ocupación de suelo y restantes magnitudes, mediante una ordenación global de los volúmenes edificables; no se precisará transmitir junto con la edificabilidad un derecho que permita su edificación al adquirente, porque dicha actividad se realizará en la parcela de este último y al amparo del derecho a edificarla que

con merma de superficie por cesión de terrenos dotacionales y aprovechamiento lucrativo a la administración actuante. Eso, o que el comprador inscriba en el Registro la adquisición de un número de unidades de aprovechamiento correspondientes a la finca originaria, un pro indiviso sobre la misma, o bien una o varias fincas futuras resultantes del proyecto (si se admite la inscripción en el folio de la finca originaria, por analogía con el piso futuro y de acuerdo con lo expresado en el epígrafe anterior).

ya le asistía, frente a los demás ciudadanos, como propietario. Otra cosa es destacar que estas operaciones muy posiblemente requerirán la redacción complementaria de un estudio de detalle y, en todo caso, la autorización por parte de la Administración competente para su plena eficacia, habiendo de entenderse condicionados a la efectiva producción de esas circunstancias: se trataría de los supuestos estudiados por Torres Lana como transferencias parcelarias del volumen de edificabilidad²¹, cuya excepcionalidad es tan evidente como el parecido que tienen con la constitución de una servidumbre atípica.

2.5 Reflejo registral de las operaciones relacionadas

Los supuestos generales se relacionarán con el Registro mediante la inscripción correspondiente a la enajenación o gravamen de la propiedad. El caso de transmisión autónoma de parte de la edificabilidad posible podrá causar una inscripción asimilada a la de las servidumbres prediales (por tanto constará tanto en el folio de la finca transmisora como en el de la receptora de la edificabilidad)²².

3. LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS COMO MECANISMO PARA LA OBTENCIÓN DE TERRENOS DOTACIONALES EN SUELO URBANO

3.1 Finalidad perseguida con estas operaciones

Los terrenos destinados a viales y dotaciones locales se obtienen, cuando se trata de suelo urbanizable, mediante el establecimiento del deber de cederlos a cargo de sus propietarios y la distribución de la carga entre todos los propietarios del ámbito de actuación urbanística. El instrumento jurídico para atender ambas

²¹ Sobre estas categorías de transmisión, ver TORRES LANA, *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, cit., pp. 193-206.

²² Y, por supuesto, será conveniente que el contrato destaque la concesión de licencia para materializar la edificabilidad transmitida en la parcela «receptora» como condición suspensiva, así como los deberes de las partes en orden a conseguir el cumplimiento de esa condición y si la condición ha de entenderse cumplida o incumplida con la mera resolución administrativa o la misma habrá de ser impugnada en caso de ser denegatoria, por quién, y hasta qué instancia concreta (sobre todas estas cuestiones puede consultarse nuestro trabajo, *La condición suspensiva en los contratos*, ob. cit.). A falta de estas previsiones habrá que entender la efectiva edificabilidad como condición implícita cuyo incumplimiento podrá generar las consecuencias de la falta de conformidad del objeto.

finalidades es el llamado proyecto de equidistribución, que distribuye las fincas edificables resultantes de la actuación entre todos los propietarios de las fincas originarias, con independencia de que esas fincas originarias se vayan a transformar en solares edificables o tengan que ser cedidas gratuitamente a la Administración. El fundamento es la identificación del derecho de cada propietario de fincas originarias con un aprovechamiento llamado tipo, de reparto o medio (según la norma autonómica aplicable), que se establece en metros cuadrados de aprovechamiento por cada metro cuadrado de su finca originaria, se calcula en virtud de una media aritmética que divide la edificabilidad total de las fincas resultantes de la actuación entre la superficie total del ámbito territorial afectado (incluidos los terrenos que habrán de cederse a la Administración), y otorga al propietario el derecho a que le sean adjudicadas fincas de resultado en cuantía tal que su edificabilidad coincida con la medida del aprovechamiento tipo, medio o de reparto que le corresponde: es decir un *ius ad rem* vinculado *ob rem* a su condición de dueño de una o varias fincas originarias.

Cuando nos encontramos en suelos que ya fueron transformados en urbanos y donde han de obtenerse nuevos terrenos por la Administración para instalar nuevos servicios y dotaciones, el problema es que no resulta posible redistribuir la propiedad de los terrenos «beneficiados» con la instalación de esos servicios entre los dueños de los terrenos a ceder y los propietarios de terrenos edificables, porque estos últimos están ya ocupados por edificaciones y no puede alterarse su configuración física. La expropiación de los terrenos destinados a albergar las nuevas dotaciones y la recuperación de los justiprecios mediante la figura fiscal de las contribuciones especiales parece el instrumento jurídico más idóneo para cubrir estas necesidades, pero cobrar contribuciones especiales a una enorme multitud de beneficiados (ya que cada solar estará ocupado por un edificio en propiedad horizontal) es complejo y, a menudo, más costoso en términos económicos y políticos que no instalar nuevas dotaciones. Por ello apareció una técnica de gestión urbanística consistente en trasladar al suelo urbano la configuración de la propiedad que se venía aplicando al suelo urbanizable, pero afectando solamente a propietarios de los terrenos destinados a nuevas dotaciones y a propietarios de solares pendientes de edificación: se suma la edificabilidad total de los solares y se divide el resultado entre su superficie más la de los terrenos destinados a instalar nuevas dotaciones, obteniendo como resultado un coeficiente que define el aprovechamiento medio, tipo o de reparto, por cada metro cuadrado de superficie de solar edificable o de suelo dotacional a obtener; luego se diferen-

cia entre el aprovechamiento que el planeamiento atribuye a esos solares y terrenos pormenorizadamente (que será cero en el caso de los terrenos dotacionales), y el aprovechamiento que define el contenido del derecho de propiedad de dichos solares y terrenos, que resultará de multiplicar el coeficiente de aprovechamiento medio, tipo o de reparto, antes definido, por la superficie de cada solar: al primero se le suele denominar aprovechamiento real, objetivo o materializable, mientras que al segundo se le llama aprovechamiento subjetivo.

Puestas así las cosas, cuando el propietario de un solar solicita licencia, ha de acreditar el «ajuste» entre el aprovechamiento «subjetivo» que le corresponde y el aprovechamiento real de la finca, lo cual de ordinario supondrá la necesidad de «comprar» una determinada diferencia, cuyos oferentes serán los dueños de fincas destinadas a dotaciones públicas, que sólo tienen aprovechamiento subjetivo porque el aprovechamiento materializable sobre las fincas dotacionales es nulo. Cuando estos últimos propietarios «vendan» todo el aprovechamiento subjetivo que les corresponde por aplicación del aprovechamiento medio, tipo o de reparto, habrán satisfecho el contenido urbanístico de su derecho de propiedad en metálico, y sus terrenos podrán pasar a manos de la Administración sin que se produzca vulneración alguna de dicho derecho²³.

3.2 Diferencias entre estas transferencias de aprovechamiento urbanístico subjetivo y las transmisiones de edificabilidad del epígrafe 2.4

1. En las transferencias de edificabilidad o de volumen edificable vistas en el epígrafe 2.4 lo que se transmite es una edificabilidad que, de acuerdo con el planeamiento, podía ser materializada en la parcela «transmisora»; por tanto se trata de transferencias de

²³ Por ejemplo: consideremos un ámbito territorial formado por dos fincas destinadas a la instalación de un nuevo parque público y cuatro solares edificables. Para mayor sencillez, todas las fincas tienen 100 m² de superficie, siendo el aprovechamiento de los solares edificables de 120 m² cada uno. La edificabilidad total son 480 m² (120 × 4), mientras que el aprovechamiento medio, tipo o de reparto, será de 0,8 m²/m² (aprovechamiento total entre superficie total: 480/600). El aprovechamiento subjetivo de los propietarios de las fincas destinadas a albergar el parque y el de los dueños de solares es idéntico: 0,8 × superficie = 0,8 × 100 = 80. Pero los dueños de solares tienen un aprovechamiento real de 120 m², y por tanto una diferencia entre el aprovechamiento real u objetivo y el aprovechamiento subjetivo de 40 m², que habrán de «adquirir» de los dueños de terrenos dotacionales cuyo aprovechamiento subjetivo es 80 y el objetivo nulo. Una vez adquiridos los 160 m² de las fincas dotacionales, y por tanto satisfecho el contenido urbanístico del derecho de propiedad sobre dichas fincas, las mismas pasan a la Administración para la implantación del uso público correspondiente.

edificabilidad real e integrada en el derecho de su propietario, siendo el acuerdo perfeccionado entre transmitente y adquirente la fuente del gravamen de la finca transmisora y de la ampliación de utilidades de la receptora de la edificabilidad: la semejanza con las servidumbres prediales es, por tanto, manifiesta.

Sin embargo en las transferencias de aprovechamiento «subjetivo», orientadas a distribuir equitativamente la cesión de terrenos dotacionales por sus propietarios concretos, la transferencia no es la fuente de la imposibilidad de edificar el aprovechamiento transmitido en la finca transmisora, ya que es el propio planeamiento el origen de esa imposibilidad jurídica, al otorgar un aprovechamiento real nulo a los terrenos destinados a usos dotacionales.

2. Como consecuencia de lo anterior en las transferencias de edificabilidad real, o de volumen edificable, siempre sabemos qué finca ha limitado su edificabilidad a favor de qué otra, porque sin contrato previo no existe vinculación alguna, y, por tanto, el principio de especialidad puede aplicarse plenamente a la hora de permitir el ejercicio de acciones reales del propietario del fundo «dominante» contra el dueño del «sirviente», en caso de que este último tratara de edificar en su propia finca el volumen que transfirió a la del demandante.

Sin embargo en las transferencias de aprovechamiento «subjetivo» suelen existir varias fincas destinadas a terrenos dotacionales y varios solares cuyos dueños han de comprar una parte del aprovechamiento que el planeamiento ha situado sobre sus fincas. Si estos últimos incumplieran el requisito de adquisición previa y materializaran todo el aprovechamiento permitido sobre sus respectivos solares, sin adquirir previamente la cantidad que, según la ley, no se integra en su derecho de propiedad (definido por el aprovechamiento subjetivo resultante del medio, tipo o de reparto), la cuestión podría ser constitutiva de infracción urbanística, pero nada más, porque la imposibilidad de que los dueños de terrenos dotacionales plantearan acción real alguna para oponerse a la actuación de los dueños de solares se derivaría de la imposibilidad de demostrar que el aprovechamiento materializado en exceso procede precisamente de sus respectivos terrenos dotacionales, y no de otros (falta de principio de especialidad que impide el ejercicio de acciones reales por no poder demostrar la identidad entre la cosa propia y la poseída por el demandado)²⁴.

²⁴ Por ejemplo: en el caso planteado en la nota a pie de página inmediatamente anterior, si el dueño de uno de los solares edificara los 120 m² de aprovechamiento real u objetivo sin «comprar» previamente los 40 m² que no se integran en la delimitación urbanística de su derecho de propiedad, ninguno de los dueños de las dos fincas destinadas a

3. Aunque cada vez nos resulta más artificiosa la contraposición entre intereses públicos y privados (ya que la tutela de los legítimos intereses privados es de indudable interés público), parece evidente que en las transferencias de la edificabilidad efectivamente materializable sobre una finca el interés afectado es el predominantemente privado de sus dueños, ya que el planeamiento permite que dicha edificabilidad se realice sobre la finca que pretende transmitirla, mientras que en las transferencias de aprovechamiento subjetivo el interés es público, ya que se orienta a conseguir la distribución equitativa de las cesiones gratuitas de terrenos dotacionales impuestas a los propietarios de suelo urbano.

3.3 Actualidad normativa de las transferencias de aprovechamiento subjetivo

3.3.1 PRESUPUESTOS JURÍDICOS DE ESTAS TRANSFERENCIAS

Como hemos reiterado en otros lugares²⁵, las premisas fundamentales de esta técnica de gestión son dos:

– Su finalidad es distribuir equitativamente las consecuencias del deber de cesión de terrenos dotacionales, que incumbe a todos los propietarios del ámbito territorial afectado pero se hace efectivo en las fincas concretas de algunos propietarios. Por tanto la legislación aplicable ha de imponer ese deber de cesión del cual las transferencias son instrumento.

– Su funcionamiento consiste en diferenciar entre el aprovechamiento objetivo, que el plan atribuye pormenorizadamente a cada parcela de suelo urbano, y el aprovechamiento subjetivo, que se reconoce a los propietarios como contenido de su derecho de propiedad.

parque podría ejercer acciones reales contra él, dado que no podría demostrar la identidad entre el aprovechamiento subjetivo «ocupado» y el que corresponde al eventual demandante como propietario de una finca destinada a usos dotacionales (podría pertenecer a la otra finca destinada a tales usos).

²⁵ Para una visión amplia y con detallada información bibliográfica sobre los orígenes de este mecanismo de gestión y su regulación en el Texto Refundido de 1992, puede consultarse: LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Madrid, 1995. Una visión más práctica y con ejemplos sencillos sobre los problemas que plantea y sus alternativas, en LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: *TAUS: Aspectos de Gestión y Registrales*, Madrid, 2000.

3.3.2 LA LEY ESTATAL 6/1998 ²⁶

Todavía vigente, al escribir estas líneas, esta Ley, tras afirmar en su artículo 5, que «*Las leyes garantizarán en todo caso el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones*», contiene cuatro preceptos fundamentales en relación con el tema que nos ocupa:

14.1 «*Los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado por la urbanización deberán completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen –si aún no la tuvieran– la condición de solar, y edificarlos en plazo si se encontraran en ámbitos para los que así se haya establecido por el planeamiento y de conformidad con el mismo.*»

14.2 «*Los propietarios de suelo urbano que carezcan de urbanización consolidada deberán asumir lo siguientes deberes: a) Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluido...*».

28.3 «*En el suelo urbano consolidado por la urbanización, el valor del suelo se determinará por aplicación del aprovechamiento establecido por el planeamiento para cada terreno concreto, del valor básico de repercusión en parcela recogido en las ponencias de valores catastrales o, en su caso, del de repercusión en calle o tramo de calle corregido en la forma establecida en la normativa técnica de valoración catastral.*»

28.1 «*El valor del suelo urbano sin urbanización consolidada se determinará, salvo lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, por aplicación al aprovechamiento resultante del correspondiente ámbito de gestión en que esté incluido, del valor básico de repercusión más específico recogido en las ponencias de valores catastrales para el terreno concreto a valorar.*»

De ellos parece deducirse que el aprovechamiento urbanístico tomado como referencia para calcular el justiprecio en caso de expropiación es, en suelo urbano consolidado por la urbanización, el establecido por el planeamiento para cada terreno concreto, o sea el real u objetivo, mientras en suelo urbano no consolidado sí puede ser la media del ámbito de gestión en que se incluya

²⁶ Sobre la evolución de las transferencias de aprovechamientos en la legislación posterior al Texto Refundido de 1992 y en las resoluciones jurisprudenciales, puede acudir a LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 191, enero-febrero 2002, pp. 11-46, LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Actuaciones aisladas a la luz de las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales», en *Perspectivas del régimen del suelo, urbanismo y vivienda*, Varios Autores, Madrid, 2003, y LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Notas sobre Gestión en Suelo Urbano Consolidado», en *El agente Rehabilitador*, coordinado por Santiago González-Varas Ibáñez, Navarra 2005, pp. 71 a 89.

el terreno; como el aprovechamiento de referencia a efectos de expropiación ha de ser el que constituye contenido de la propiedad expropiada, resulta que, en suelo urbano consolidado por la urbanización, todo el aprovechamiento real u objetivo se incorpora al derecho del dueño, sin que pueda diferenciarse del aprovechamiento subjetivo²⁷.

Por otro lado, en suelo urbano consolidado por la urbanización sólo existe deber de «completar la urbanización» para convertir los terrenos en solar, mientras que en suelo urbano no consolidado hay deberes de cesión; luego la única posibilidad de obligar a ceder terrenos destinados a usos dotacionales a un propietario de suelo urbano, y de romper el aprovechamiento objetivo y subjetivo para distribuir equitativamente la carga y el aprovechamiento, parece consistir en calificar los terrenos correspondientes como suelo urbano «no consolidado por la urbanización», surgiendo entonces la pregunta sobre el significado del término «urbanización». El mencionado término permite una interpretación restrictiva, entendida como las obras precisas para instalar los servicios urbanísticos básicos (acceso rodado, acometida y evacuación de aguas, energía eléctrica), y otra más amplia, que incluye la cesión de los terrenos que han de ser objeto de esas obras. Pese a existir argumentos para defender la interpretación amplia²⁸, la STC 164/2001 parece haberse inclinado por la interpretación estricta, de modo que sólo la

²⁷ Aunque la nada clara afirmación contenida en el Fundamento Jurídico 19 de la STC 164/2001, según la cual los artículos 14 y, especialmente el 28, contienen una «regulación estrictamente patrimonial» que «en nada limita ni condiciona las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas», podría inducir a pensar que esa diferenciación sólo queda imposibilitada en caso de expropiación forzosa, pero no para definir el contenido urbanístico de la propiedad del suelo a otros efectos, lo cual, dicho sea de paso, nos parece absolutamente ilógico.

²⁸ El debate sobre la relación entre el concepto de «urbanización» y las cesiones de terrenos dotacionales viene de largo, y por eso merece mayor crítica la inconcreción manifestada en la Ley 6/1998. Planteaba ya la relación entre ambos deberes GÓMEZ-FERRER MORANT en *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Madrid, 1971, citando entre otros el artículo 114 de la Ley del Suelo de 1956, según el cual «Los propietarios de fincas emplazadas en sectores que fuesen objeto de urbanización deberán subvenir a la misma, en justa compensación a los beneficios que su ejecución habrá de reportarles, mediante la cesión de terrenos libres de gravámenes y costeamiento de las obras...».

En la actualidad sigue el debate, al menos en relación con los viales, aunque la argumentación puede extrapolarse a las dotaciones locales porque, personalmente, nos parecería absurdo el intento de establecer diferencias entre cesiones de terrenos para viales públicos y para otras utilidades igualmente públicas, además de no existir apoyo alguno para tal diferencia en la Ley 6/1998. PAREJO ALFONSO en VV. AA., *Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 1998, se refiere a la posibilidad de entender que «en el deber de completar la urbanización está necesariamente comprendido el de cesión obligatoria y gratuita a la Administración de las superficies de suelo necesarias». También SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRIGUEZ, en VV. AA., *Régimen del Suelo y Valoraciones*, Madrid, 1998, afirman que «Parece claro que, si el terreno necesario para implantar el fragmento de calzada o acera o de elemento que impide la condición de solar (el subrayado es nuestro), es todavía de titularidad privada, el deber de completar la urbanización debe conlle-

necesidad de realizar obras para instalar los servicios urbanísticos básicos permite clasificar terrenos urbanos como no consolidados por la urbanización, aunque la cuestión es tan dudosa como la continua ambivalencia en que se expresa la citada sentencia²⁹.

var, necesariamente, y aunque el artículo 14.1 LS98 no lo explicita, el de cesión gratuita del correspondiente terreno por parte de la propiedad».

Siguiendo esta tendencia, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de noviembre de 1998 afirmó, en su Fundamento de Derecho Cuarto y ante la impugnación por un propietario de suelo urbano consolidado del acto administrativo que le imponía la adquisición de determinadas unidades de aprovechamiento, que «*El deber de cesión de terrenos que deban servir de soporte a las correspondientes obras de urbanización es una consecuencia lógica del deber de completar la urbanización, consagrado hoy en el artículo 14.1 de la Ley 6/1998*».

²⁹ Por un lado, el Fundamento Jurídico núm. 19 de la STC 164/2001 establece que «*Del artículo 14 LRSV no resulta un deber de distinguir en el planeamiento esas dos categorías. Menos aún contiene el artículo 14 LRSV criterios concretos sobre cuándo el suelo urbano debe considerarse consolidado por la urbanización y cuándo no. En estos términos es claro que la regulación estrictamente patrimonial del artículo 14 LRSV en nada limita ni condiciona las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas*», y este argumento se reitera en el Fundamento Jurídico núm. 20 de la propia resolución, al afirmarse que «*Debemos recordar, antes que nada, que los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado los establece –en los límites de la realidad– cada Comunidad Autónoma. En consecuencia, será cada Comunidad Autónoma, al fijar los criterios de consolidación por urbanización, quien determine también qué suelo urbano soporta deberes de cesión y cuál no*». Sin embargo, en el apartado segundo del propio Fundamento Jurídico 20 de la sentencia comentada, se admitirá implícitamente que el artículo 14 de la Ley Estatal 6/1998 supone la inexistencia de deberes de cesión de terrenos dotacionales en suelo urbano consolidado, ya que se rechaza la alegación de los recurrentes acerca de que tal prescripción supusiera opción estatal por la expropiación forzosa para obtener terrenos dotacionales en esa categoría de suelo, con el argumento de que: «*En segundo lugar, la inexistencia de deberes de cesión de suelo no supone, como afirman los recurrentes, una opción estatal por la expropiación forzosa como instrumento de obtención de suelo dotacional. El artículo 14.1 LRSV se limita a definir el contenido de la propiedad urbana (en suelo consolidado). Y es el artículo 33.3 CE el que prohíbe la apropiación pública del derecho de propiedad urbana sin indemnización. En consecuencia no sería el artículo 14.1 LRSV sino a lo sumo el 33.3 CE quien impondría a los Municipios la obtención de suelo dotacional mediante expropiación*». Si el Tribunal Constitucional dice eso, en lugar de afirmar que no supone opción estatal por la expropiación forzosa porque la cesión puede imponerse como deber de los dueños de suelo urbano consolidado, incluido en el deber que les incumbe de «completar la urbanización», sólo puede ser porque para el Tribunal Constitucional «urbanización» equivale a «obra para la instalación de los servicios urbanísticos». El «límite de la realidad», para que la legislación autonómica y el planeamiento puedan considerar unos terrenos de suelo urbano como suelo urbano no consolidado, sería, pues, el de la innecesidad de realizar «obras de urbanización en unidades integradas» o, más en general, de realizar obras de urbanización que fueran más allá de la acción de «complementar», referida en el artículo 14.1. La STC 365/2006, recaída como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con determinados preceptos de la Ley 2/1998, de ordenación del territorio y actuación urbanística de Castilla-La Mancha, rechaza expresamente la imposición de cesiones a dueños de suelo urbano consolidado, pero vuelve a dejar abierta la puerta a su imposición mediante la consideración de los terrenos como suelo urbano no consolidado, al afirmar que «*Este precepto legal (el art. 45 de la Ley impugnada) contiene los criterios de distinción del suelo urbano consolidado y no consolidado, cuyo establecimiento corresponde, según declaramos en nuestra STC 164/2001, de 11 de julio, Fundamento 20, a la Comunidad Autónoma*». Sigue pendiente el límite a las comunidades autónomas para considerar un suelo urbano no consolidado, porque de nada vale una igualdad básica fundada en la denominación del suelo, si un terreno con idénticas características físicas está sometido a diferentes cargas, por considerarse en unas comunidades como suelo urbano consolidado y en otras como no consolidado.

Sin embargo la legislación de algunas comunidades autónomas (Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura y Valencia, por poner algunos ejemplos), permiten considerar el suelo urbano como no consolidado por factores distintos, como precisar nuevas dotaciones previstas por el planeamiento o tener asignada mayor edificabilidad que la establecida en planes anteriores, con lo cual esas normas autonómicas habrían de considerarse inconstitucionales por colisionar con la norma básica estatal que, además, ya había sido declarada a su vez conforme con la Constitución Española de 1978. Para evitar la declaración de inconstitucionalidad de esas normas autonómicas, el Gobierno salido de las elecciones del 14 de marzo de 2004 retiró los recursos planteados contra tal normativa autonómica y está tramitando un proyecto que evita la colisión al «retrasar» notablemente la trinchera de la regulación básica estatal destinada a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad, lo cual, al tiempo que parece de difícil conformidad constitucional, plantea el inconveniente de la inaplicabilidad de la nueva ley que salga del Parlamento a situaciones nacidas al amparo de la normativa anterior y que no puedan entenderse agotadas según los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional³⁰. El futuro de las transferencias de aprovechamientos subjetivos, por tanto, aparece tan confuso como siempre fuera su pasado.

3.3.3 ASPECTOS DOCUMENTALES Y REGISTRALES DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO SUBJETIVO³¹

Los precedentes jurídicos de estos aspectos de las transferencias de aprovechamiento subjetivo merecerían incorporarse, con mención honorífica, a una antología del disparate jurídico. Se regulaban en los artículos 55 y 56 de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, pasando luego a los artículos 197 y 198 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. La citada regulación imponía la creación de registros municipales de transferencias de aprovechamientos en los cuales se inscribirían los acuerdos de

³⁰ Al corregir las pruebas ya ha sido aprobada la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo, que deroga la Ley 6/1998 y cuyos artículos 14 y 16 evitan la colisión de la Legislación básica estatal con la autonómica.

³¹ Sobre estas cuestiones, ver LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: *TAUS: Aspectos de Gestión y Registrales*, cit., y, con especial atención a los aspectos documentales de las Transferencias de Aprovechamientos en la Comunidad Valenciana, aunque muchos de los interesantes aspectos analizados son aplicables con carácter general, RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel: *Intervención notarial en el urbanismo de la Comunidad Valenciana*, Valencia, 2003.

«cesión o distribución de aprovechamientos urbanísticos celebrados entre particulares, que deberán constar en documento público», no contemplándose el mencionado requisito documental para los «acuerdos de compra, venta o cesión por cualquier título de aprovechamientos urbanísticos celebrados entre la Administración actuante y los particulares» [art. 197.a) y b) de la citada norma]; la inscripción en esos registros municipales se configuraba como requisito previo para el acceso de estos negocios jurídicos al Registro de la Propiedad (art. 198 del Texto Refundido de 1992). Pese a la evidente relación entre los citados preceptos con la competencia sobre «ordenación de los registros e instrumentos públicos», atribuida al Estado por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española, el legislador ordinario consideró que se trataba de preceptos de aplicación supletoria, quizá porque la ordenación sustantiva de las propias transferencias de aprovechamientos tenía tal consideración (disposición final única del Texto Refundido de 1992). El Tribunal Constitucional, en su desafortunada Sentencia de 20 de marzo de 1997, compartió esa estimación, quedando los aspectos registrales y documentales de las transferencias de aprovechamientos sin regulación legal y sin que las Comunidades Autónomas parezcan tener competencia para regular esos aspectos, aunque sí la tengan para establecer la regulación sustantiva de cualquier técnica de gestión urbanística, como afirmó en términos desmesuradamente amplios la referida Sentencia del Tribunal Constitucional.

Con posterioridad, sin embargo, se va a aprobar el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se regula la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, cuyos artículos 33 a 41 regulan este tema aunque sin amparo en ninguna norma de rango legal³². El régimen documental sigue las líneas de la regulación legal declarada inconstitucional: formalización en escritura pública cuando el aprovechamiento se transmite o distribuya entre particulares y certificación administrativa cuando se transmita ese aprovechamiento por la Administración: con ello se perpetúa la paradoja de que cuando la Administración no es parte se precisa la escritura pública, mientras que cuando lo es, puede intervenir, al mismo tiempo, como fedatario y parte contractual (arts. 33.1 y 41.1 del citado RD 1093/1997). La inscripción de la transferencia en el Registro de la Propiedad exige la previa constancia en el registro administrativo o la concesión de licencia administrativa sólo cuando la legislación urbanística aplicable así lo imponga (art. 37 RD 1093/1997).

³² Salvo la mención genérica del artículo 307.5 del texto refundido de 1992.

3.3.4 FUNCIONAMIENTO DE ESTAS TRANSFERENCIAS EN LA PRÁCTICA

Desde la Ley 8/1990, el problema de las transferencias de aprovechamiento subjetivo como mecanismo orientado a obtener gratuitamente nuevas dotaciones en suelo urbano tropezó con un fundamental obstáculo: la situación contractual de los propietarios de las fincas «oferentes» y «demandantes» era muy distinta: los primeros no tienen prisa alguna en vender el aprovechamiento subjetivo de su finca, destinada a usos dotacionales, sino más bien en conseguir una recalificación que les permita edificarlas; por el contrario, los dueños de fincas cuyo aprovechamiento real es superior al que se les reconoce por su condición de propietarios, tienen que adquirir la diferencia, como trámite previo para obtener la licencia de obras, no pudiendo limitar su edificación al aprovechamiento subjetivo cuando, como será lo corriente, se establezcan por el planeamiento condiciones mínimas de volumen o altura cuya satisfacción presuponga necesariamente la citada adquisición; por si fuera poco mantener paralizada la inversión hecha en la compra del suelo, nuestro promotor puede verse expropiado si no cumple los plazos para edificar que el planeamiento puede establecer. Todo ello genera una posición contractual absolutamente diversa que, si se aplicaran estrictamente las reglas del mercado, y considerada además la normal existencia de un oligopolio por parte de los oferentes (ya que serán escasas las parcelas destinadas a usos dotacionales), muy probablemente originaría la sumisión del ejercicio del derecho de propiedad de los terrenos con exceso de aprovechamiento real o materializable a condiciones que lo harían prácticamente inviable, y con ello la regulación contemplada habría afectado, posiblemente, al contenido esencial del derecho de propiedad, tal como fue definido en la STC de 8 de abril de 1981³³. Para evitar todas esas consecuen-

³³ En el importantísimo Fundamento Jurídico número 8 de la citada sentencia puede leerse que «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la

cias la Ley 8/1990 incluía una intervención administrativa en las transferencias de aprovechamiento llamada «mediadora», que consistía en el derecho de los propietarios a que la Administración les transmitiera la cantidad de aprovechamiento precisa para agotar la edificabilidad real de sus fincas precisamente por su valor urbanístico, no al precio resultante de tan peculiar mercado. Como en las ventas verificadas a través de esta mediación, por cuenta propia y en interés ajeno, no se requería el otorgamiento de escritura pública, y como también puede prescindirse de la inscripción registral, dado que el aprovechamiento es un bien genérico cuando no procede de una finca determinada y el sujeto que nos lo vende es la misma Administración que nos lo ha de reconocer, mediante el otorgamiento de licencia para su materialización en la finca que lo recibe, está claro que el sistema de compra directa a la Administración, más seguro y con menores costes de formalización, será el sistema «normal», dedicando luego esa Administración los recursos obtenidos al pago de los justiprecios expropiatorios de las fincas dotacionales (y por tanto de su aprovechamiento «subjetivo»).

Por ello la loable regulación de las cuestiones registrales de estas transferencias, que parte de la perfecta identificación de las fincas transmisoras y del aprovechamiento que compra y luego vende la Administración en su intervención mediadora, así como las posiciones doctrinales empeñadas en considerar el aprovechamiento no materializable sobre una finca e integrante de la propiedad del mismo como un «derecho real sobre bienes inmuebles» de carácter inmaterial, para imponer la inscripción constitutiva por analogía con la hipoteca inmobiliaria, o, al menos obligatoria, por aplicación de la Ley sobre bienes de las Administraciones públicas (y, quizá, la enajenación mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia de oferentes) tropiezan con la generalizada aplicación práctica, basada en la consideración de estas operaciones como reparcelaciones urbanísticas sustanciadas por indemnización económica que sustituye la adjudicación en especie de terrenos (ya que las parcelas edificables en suelo urbano ya urbanizado no pueden redistribuirse entre sus dueños y los propietarios de fincas dotacionales), y en reparcelaciones económicas, además, que se sustancian en dos

necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

fases: la Administración percibe la indemnización económica sustitutiva de los propietarios de fincas con aprovechamiento superior al que corresponde a su titular, para, en fase posterior, entregar esa indemnización sustitutoria a los dueños de fincas que han de ser cedidas a la Administración y, por tanto, no pueden ser edificadas por sus dueños.

3.3.5 DUDAS PLANTEADAS POR LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTAS TRANSFERENCIAS

Hasta el momento los litigios planteados sobre la aplicación de transferencias de aprovechamientos subjetivos se han producido mediante la impugnación, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del propio planeamiento que establecía ese mecanismo de gestión, o bien de las ventas directas hechas por la Administración en ejecución de ese planeamiento; en este segundo caso, los demandantes pretendían la devolución del precio pagado, previa declaración de nulidad del «acto administrativo» que impuso la compra forzosa al demandante-comprador como requisito previo para el otorgamiento de licencia de obras³⁴. Si la legislación autonómica que proporciona cobertura a esas ventas hechas por la Administración fuera incompatible con la legislación básica estatal, y por tanto con la Constitución Española, el problema de la «devolución de los precios» podría evitarse mediante la aplicación

³⁴ Se rechazó la impugnación planteada por los propietarios en las SSTs (Salas de lo Contencioso-Administrativo) de 9, 10, 13 y 14 de febrero, y 21 de junio, de 1979, criticadas en nuestro trabajo *El aprovechamiento urbanístico transferible*, *ob. cit.*, pp. 98-110.

Por su parte la STS de Madrid de 25 de noviembre de 2000, comentada en nuestro trabajo «Actuaciones aisladas a la luz de las últimas novedades...», *cit.*, pp. 53-55, vino a resolver, en grado de apelación, el recurso interpuesto por una comunidad de bienes contra la Resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid sobre cantidad a ingresar en concepto de Transferencia de Aprovechamiento: el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo había declarado la nulidad de la resolución que impuso la transferencia por estimar que el artículo 14.1 de la Ley 6/1998 no servía de cobertura legal para el ingreso cuestionado, y que nunca se discutió que la finca mereciera la clasificación de suelo urbano consolidado de acuerdo con la mencionada Ley. Impugnada la Sentencia del Juzgado por el Ayuntamiento de Madrid, el TSJ lleva a cabo un cuidadoso estudio de la cuestión a la luz de la STC 61/1997 que, a su vez, le conduce a confirmar la decisión del Juzgado pero matizando notablemente la fundamentación jurídica desarrollada por este. La razón para desestimar el recurso del Ayuntamiento fue que la Ley madrileña 61/1997 utilizaba el área de reparto y el aprovechamiento-tipo como técnica equidistributiva, es decir el mecanismo equidistributivo que se contemplaba en el TRLS de 1992, y, sin embargo, el artículo 3.2.4 de las Normas Urbanísticas del Plan General se apartó de ese sistema, introduciendo un mecanismo sospechosamente similar al coeficiente reductor del aprovechamiento real, empleado para calcular el aprovechamiento apropiable por el artículo 64.4 de la Ley de la Comunidad valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística (pero en Valencia). Dicho abreviadamente: la Legislación Autonómica madrileña permitía un mecanismo de determinación del aprovechamiento apropiable distinto del utilizado por el Plan General, y la diferencia se reflejaría en la cuantificación del aprovechamiento atribuido al propietario.

de la Doctrina Constitucional que, por seguridad jurídica, extiende la permanencia de las sentencias firmes dictadas al amparo de la legislación declarada inconstitucional al acto administrativo firme y consentido³⁵; salvo, obviamente, si consideramos que se trata de un contrato de compraventa viciado por el error del comprador sobre la necesidad de adquirir un aprovechamiento que ya le pertenecía, en cuyo caso podría acudir a la vía civil para anular el contrato y exigir la restitución del precio. Y mayores dudas aún se plantearían en el supuesto de que la transferencia de este aprovechamiento subjetivo se hubiera producido como consecuencia de un acuerdo de «venta», «cesión» o «distribución» entre dos particulares. Incluso podría plantearse si el que «compró» el aprovechamiento, lo materializó, y vendió las edificaciones resultantes, estará legitimado activamente para acudir a esos remedios o si quienes estarán legitimados son los adquirentes del suelo y del aprovechamiento incorporado, junto con las edificaciones³⁶. ¿La solución?: ya que el legislador no nos la dio, esperemos que la Jurisprudencia nos la proporcione en el futuro.

³⁵ Concretamente, el Fundamento Jurídico núm. 9 de la STC 5. La STC 54/2002, de 27 de febrero, recaída en resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra el artículo único, apartado primero, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril, afirmó que: «El principio de seguridad jurídica (art. 9.3. CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta, además, que dotar de eficacia ex tunc a nuestra declaración de nulidad distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, trascendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los Municipios, con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales a que se refiere el artículo. 142. CE.» El argumento se ha reiterado luego en la STC 365/2006, recaída como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con determinados preceptos de la Ley 2/1998, de ordenación del territorio y actuación urbanística de Castilla-La Mancha.

³⁶ Como planteamos en nuestro trabajo «Actuaciones aisladas a la luz de las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales», cit., pp. 65 a 68.

Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes*

MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La hipótesis de este trabajo parte de la afirmación de que los capítulos matrimoniales no tienen como finalidad el intercambio de bienes y de servicios (no existen efectos transmisivos-dispositivos per se), sino el establecimiento de unas reglas hipotéticas (el negocio capitular) cuyo objeto no es otro que establecer los criterios que determinarán la titularidad de los bienes (composición del activo) y la responsabilidad de estos en relación con el tipo de deudas que hayan podido contraer los cónyuges (pasivo), así como los derechos que, en función a dicho patrimonio, tienen los esposos.

Así las cosas, ¿es posible hablar de restitución?, ¿dónde están la cosa y el precio objeto de aquella?; si no hay restitución, ¿qué objetivo cumple el plazo de los cuatro años previsto en el artículo 1301 cc?

En relación con las anteriores cuestiones, se pretende, en definitiva, reflexionar acerca de cómo funciona la invalidez (nulidad y anulabilidad) y en su caso la rescisión respecto de los capítulos matrimoniales.

Para poder alcanzar estos objetivos debemos analizar la naturaleza y objeto de los capítulos matrimoniales y sus condiciones de validez y de oponibilidad frente a los terceros. Hecho esto, repasaremos las causas y efectos de la invalidez en el Derecho común de los contratos y veremos cómo actúa aquella respecto de las capitulaciones matrimoniales.

PALABRAS CLAVES

Capítulos matrimoniales, invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, inoponibilidad.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación de Validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Fej 2005-O5790/JURI), concedido por el Ministerio de Educación y tecnología. Investigador principal: Dr. Jesús Delgado Echeverría.

SUMARIO. I. *Hipótesis y objetivos del estudio*: §1. Planteamiento del problema. §2. Hipótesis de trabajo. Inaplicación de los artículos 1303 y ss. CC a la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en función de su naturaleza no dispositiva. §3. Objetivos del estudio.–II. *El artículo 1335 CC: Remisión al régimen de las nulidades. Consecuencias. Excepciones al sistema. Posibles causas*. §4. Antecedentes. §5. Las excepciones al sistema de nulidades. Indicios y causas: 1. Límites a la eficacia y oponibilidad de la nulidad: efectos *ex tunc* respecto de terceros. 2. Sustitución (derogación) régimen pactado por el legal. 3. Consecuencias del análisis y formulación de nuevas hipótesis.–III. *Capítulos matrimoniales y negocio capitular*: §6. Concepto y contenido de las capitulaciones matrimoniales: *instrumentum* y *negotium*: 1. Algunas precisiones terminológicas. 2. Concepto y contenido. §7. Características del negocio capitular: 1. En general. 2. El negocio capitular: Contrato normativo y asociativo. §8. Efectos que se derivan de la naturaleza y caracteres de los capítulos con relación a la Teoría general del contrato.–IV. *Capitulaciones matrimoniales: Requisitos de validez y requisitos de oponibilidad*: §9 Requisitos de validez. §10. Requisitos de oponibilidad.–V. *Invalidez e ineficacia: causas y efectos*: §11. Acotación de la materia. §12. Ineficacia de los capítulos matrimoniales: invalidez, caducidad, rescisión. §13. Ineficacia *stricto sensu*: caducidad de los capítulos. Nulidad del matrimonio y capítulos. §14. Rescisión de capítulos matrimoniales *versus* rescisión de la partición. 15. Invalidez de las capitulaciones matrimoniales: 1. Nulidad y anulabilidad. 2. Supuestos de nulidad. 3. Supuestos de anulabilidad.–§16. Consecuencias de la invalidez de los capítulos matrimoniales: 1. Efectos comunes. 2. Legitimación. 3. Plazo para el ejercicio de la acción.–VI. *Resultados de la investigación*.–VII. *Bibliografía*.

I. HIPÓTESIS Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO

§1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El artículo 1335, cuyo texto se introdujo en la reforma de 1981, proclama que *la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe*.

Desde 1981 hasta la fecha actual, la doctrina ha mostrado por este precepto escasa dedicación y los comentarios acerca del mismo (incluida la única monografía que conozco sobre estas cuestiones)¹ parten de la premisa de aplicación del régimen jurídico previsto para la nulidad y anulabilidad contractual en los artículo 1300 y siguientes CC.

¹ CUTILLAS TORNS, J. M. (2000), *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de su ineficacia y de sus acciones impugnatorias*, Valencia.

En consecuencia, es lugar común en la doctrina afirmar que los capítulos pueden ser nulos o anulables (también rescindibles) en función de la aplicación de dicho régimen jurídico, teniendo lugar, en su caso, la restitución de las prestaciones, de ahí que se afirme que si la causa de invalidez se había fundado en la menor edad de uno de los capitulantes, éste tan sólo tendrá que restituir en lo que se hubiera enriquecido (art. 1304 CC)².

La jurisprudencia, por su parte, ha declarado en diversos fallos la invalidez de los capítulos matrimoniales, señalando que son nulos, por ilicitud de la causa³, anulables, por vicios del consentimiento, menor edad o incapacidad de alguno de los esposos; tras declarar inválidas las capitulaciones, ninguna consecuencia más se extrae, a excepción de afirmar que son nulas también las inscripciones que, en su caso, se hubieran practicado en el Registro de la Propiedad sobre los inmuebles que hubieran podido quedar afectados a consecuencia de la invalidez de los capítulos.

Interesa destacar que en un alto porcentaje de sentencias, la invalidez de los capítulos no se demanda por los capitulantes (vicios, entonces, del consentimiento o defectos de capacidad)⁴ sino por terceros, ajenos al negocio capitular, que suplican de los Tribunales la declaración de invalidez, alegando que la modificación de los mismos perjudica sus legítimas expectativas frente a los cónyuges, bien porque son acreedores de éstos bien porque son legitimarios de alguno de ellos.

² *Ad exemplum*: RAMS ALBESA, J. (2005), en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, IV, Dikynson, p.146; COSTAS RODAL, L. (2001), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentarios al CC*, coordinador R. Bercovitz, Civitas, p.1559 (= en la 2.ª ed. 2006, p. 1600); AMORÓS GUARDILA, M. (1984), «Comentario al artículo 1335 CC» en *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, vol. 2.º, Tecnos, p. 1568; DE LOS MOZOS, J. L. (1982), «Comentario al artículo 1335 CC» en *Comentario al CC y Compilaciones forales*, t. XVIII, vol.1.º, dirigidos por M. Albaladejo, 2.ª edición, EDESA, Madrid, pp. 253-254.

³ En el último decenio, como explicaré, han aumentado los recursos ante el TS en los que se interesa la nulidad de los capítulos alegando ilicitud de la causa; desgraciadamente los Tribunales, en más ocasiones de las que sería necesario, acceden a esta petición. En relación con la ilicitud de la causa *vid.*, entre otras, las SSTs de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005 7850); 3 de junio de 2004 (RJ 2004 4416); 10 de mayo de 2004 (RJ2004 1818); 10 de marzo de 2000 (RJ 2000 1203); 20 de marzo de 2000 (RJ 2000 2020) y 25 de febrero de 1999 (RJ 1999 1893). La materia la trato *infra* § 15.2 B.

⁴ Los fallos del TS con relación a la nulidad por vicios del consentimiento son escasos frente a los muchos más abundantes (pero tan solo a parir de los años 80, una vez que en 1975 se permite la modificación de capítulos matrimoniales constante matrimonio) de acción de nulidad o rescisión de los mismos ejercitada por terceros.

Respecto a los fallos por vicios del consentimiento o defecto de capacidad destacan los siguientes: por menor edad de uno de los capitulantes, la STS de 1 de julio de 1956, comentada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1956), en *ADC*, pp. 299-316; de anulabilidad por dolo, conoció la STS de 9 de septiembre de 1985, comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1985), en *CCJC*, 9, pp. 2911-2918; nulidad de capítulos por intimidación: STS de 14 de enero de 2004, comentada por BAYOD LÓPEZ, M. C. (2004), en *CCJC*, núm. 66, pp.1041-1063.

Es evidente entonces que las acciones que ejercitan los terceros para poder impugnar la validez de un negocio jurídico en el que no han intervenido se basan en el ejercicio de la nulidad absoluta o de pleno derecho, dada su amplia legitimación, y también, pero entonces tomando como premisa la validez de los capítulos, a través del ejercicio de la acción rescisoria (arts. 1290 y ss. CC)⁵, alegando fraude o perjuicio a sus intereses debido a la modificación capitular.

§2. HIPÓTESIS DE TRABAJO. INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1303 Y SIGUIENTES CC A LA INVALIDEZ DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN FUNCIÓN DE SU NATURALEZA NO DISPOSITIVA

Declarada la nulidad de los capítulos: ¿cuáles son las consecuencias que se derivan de esta declaración?, ¿opera la restitución de las prestaciones?

Tanto la doctrina como jurisprudencia parten de la premisa de que en sede de capítulos matrimoniales la invalidez acontece como en el resto de los contratos, cuyo objeto, al que atiende de forma expresa el legislador, no es otro que el intercambio de bienes y servicios; de ahí que el artículo 1303 CC imponga a los contratantes el deber de *restituirse recíprocamente las cosas que sean materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses*.

Si tomamos como hipótesis del trabajo que los capítulos matrimoniales no tienen como finalidad el intercambio de bienes y de servicios (no existen efectos transmisivos-dispositivos *per se*), sino el establecimiento de unas reglas hipotéticas (el negocio capitular) cuyo objeto no es otro que establecer los criterios que determinarán la titularidad de los bienes (composición del activo) y la responsa-

⁵ Desde que en 1975 se permite en el ámbito del CC la modificación del régimen económico matrimonial una vez celebrado el matrimonio, son muchos los asuntos que han llegado a los Tribunales por esta causa; la mayoría de ellos se incoan por parte de terceros ejercitando la acción rescisoria: en los llamados territorios de Derecho común se ha querido ver en el otorgamiento posnupcial de capítulos una actitud fraudulenta por parte de los cónyuges. En relación con la rescisión por fraude, entre otras, *vid.* las siguientes SSTs: 30 de enero de 1986; 17 de febrero de 1986; 10 de septiembre de 1987; 25 de enero de 1987. En los últimos años se ha abandonado esta causa por cuanto los tribunales y la doctrina, con acierto, han advertido que no procede la rescisión de los capítulos puesto que el interés de los acreedores queda salvaguardado a través del artículo 1317 CC, en ese sentido *vid.* los siguientes comentarios de sentencia: CABANILLAS SÁNCHEZ (1986), «Comentario a la STS de 30 de enero de 1986», *CCJC*, 10, pp. 3395-3404; CABANILLAS SÁNCHEZ (1986), «Comentario a la STS de 13 de junio de 1986», *CCJC*, 11, pp. 3759-3766; CABANILLAS SÁNCHEZ (1987), «Comentario a la STS de 17 de noviembre de 1987», *CCJC*, 15, pp. 5161-5173; RAGEL SÁNCHEZ, L. (1987), «Comentario a la STS de 20 de febrero de 1987», *CCJC*, 13, pp. 4389-4399.

bilidad de estos en relación con el tipo de deudas que hayan podido contraer los cónyuges (pasivo), así como los derechos que, en función a dicho patrimonio, tienen los esposos: ¿es posible hablar de restitución?, ¿dónde están la cosa y el precio objeto de aquella?; si no hay restitución, ¿qué objetivo cumple el plazo de los cuatro años previsto en el artículo 1301 CC?

§3. OBJETIVOS DEL ESTUDIO

Establecidas las principales líneas de trabajo me propongo establecer las consecuencias que se derivan de la invalidez de los capítulos matrimoniales tanto desde el punto de vista de los cónyuges: ¿hay entre ellos restitución de las prestaciones?; como desde el punto de vista de los terceros: ¿están legitimados para impugnar los capítulos alegando perjuicio patrimonial cuando la finalidad de aquéllos no es transmisiva sino tan sólo hipotética normativa?

En relación con las anteriores cuestiones, se pretende, en definitiva, reflexionar acerca de cómo funciona la invalidez (nulidad y anulabilidad) y en su caso la rescisión respecto de los capítulos matrimoniales.

Para poder alcanzar estos objetivos debemos analizar la naturaleza y objeto de los capítulos matrimoniales y sus condiciones de validez y de oponibilidad frente a los terceros. Hecho esto, repasaremos las causas y efectos de la invalidez en el Derecho común de los contratos y veremos cómo actúa aquella respecto de las capitulaciones matrimoniales.

II. EL ARTÍCULO 1335 CC: REMISIÓN AL RÉGIMEN DE LAS NULIDADES. CONSECUENCIAS. EXCEPCIONES AL SISTEMA. POSIBLES CAUSAS

§4. ANTECEDENTES

El artículo 1335 aparece por primera vez en nuestro Derecho tras la reforma del CC en 1981.

El CC español, ni en su redacción originaria, ni siquiera tras la reforma de 1975 —en la que por primera vez admite el legislador estatal (entonces único) la modificación capitular constante matrimonio—, se hablaba legalmente (sí doctrinalmente) de nulidad de capítulos matrimoniales. Y, desde luego, ninguna remisión

se hacía al régimen común de las nulidades en el CC, aunque la doctrina no dudó de su aplicación, si bien señalando alguna que otra excepción.

Ciertamente, en esta materia, probablemente por influencia del *Code*, se intuía que el sistema de nulidades de los capítulos no podía responder al régimen general de la invalidez diseñado en el Código⁶, entre otras cosas, porque la declaración de invalidez de los mismos provocaba necesariamente la modificación del régimen económico matrimonial prohibida en el CC hasta 1975; y también, porque el propio contenido y regulación de las capitulaciones matrimoniales escapaba a la teoría general de los contratos (v. gr. forma solemne, reglas de capacidad, validez de determinados pactos –mejoras, donaciones de bienes futuros–, que fuera de los capítulos estaban prohibidos)⁷.

Los comentaristas del Código y la doctrina de la época admitían, en su caso, la nulidad de los capítulos (inexistencia, decían) pero se dudaba de la posibilidad de que los mismos, aun en el caso de la menor edad de los esposos, pudieran ser anulables, puesto que ello entrañaba la prohibida mutabilidad de los mismos⁸.

La jurisprudencia admitió la nulidad de pleno derecho de los capítulos como único régimen de invalidez aplicable a los mismos,

⁶ En la doctrina francesa, al hablar del *Domaine de la nullité* afirman que el régimen de las nulidades del contrato de matrimonio no puede ser de Derecho común porque la anulación del contrato de matrimonio produce efectos radicalmente diferentes de aquellos que prevé el Derecho común. Cfr. PLANIOL et RIPERT, (1957): *Traité pratique de Droit civil français*, París, p. 206. Esta afirmación es común en toda la doctrina francesa desde el siglo XIX. Es más, tras la reforma de 1965 la nulidad del contrato de matrimonio tiene sus propios plazos de prescripción que son diversos al del resto de los contratos: un año, para la anulabilidad, treinta para la nulidad, escapando la régimen de las nulidades en su plazos y efectos.

⁷ En Derecho francés, casi hasta la reforma de 1965, el ejercicio constante matrimonio de las acciones de nulidad o anulabilidad de los capítulos matrimoniales fue una cuestión ampliamente debatida, ya que el triunfo de la acción tenía como consecuencia la modificación de los capítulos. Por ello, la declaración de invalidez (nulidad o anulabilidad), si era el caso, debía alegarse tras la disolución del matrimonio y no antes puesto que en dicho ordenamiento jurídico, además, opera la suspensión de la prescripción constante matrimonio (*contra nom valentem agere, non currit praescriptio*).

Disuelto el matrimonio, los cónyuges, o uno de ellos y los herederos del otro, sí podían hacer valer la nulidad, o incluso, si la causa hubiera sido de anulabilidad confirmar el contrato. Es más, aun siendo nula la convención matrimonial, tanto la doctrina como la jurisprudencia francesas, admiten que entre las partes puedan liquidar el régimen económico matrimonial conforme al contrato nulo, sin perjuicio desde luego, de los derechos de los terceros. Cfr. LAURENT; F. (1878): *Principes de Droit Civil Français*, t. 21, 3.ª ed, Bruselas-París, pp. 67-77. Toda la doctrina francesa trata esta materia, por ello me remito a los autores franceses citados en la bibliografía.

⁸ MANRESA (1950), *Comentario del Código Civil español*, t. IX, 5.ª ed., Madrid, pp. 139-140; CASTÁN (1954), *Derecho civil español común y foral*, 7.ª ed. t. V, Madrid, p. 183; MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1967), *CC. Comentado y concordado extensamente* revisado por José María Reyes Monterreal, t. XXI, arts. 1315-1391, 2.ª ed. Reus, S. A., Madrid, p. 218.

por cuanto declarada la nulidad (o su inexistencia) en teoría, no se producía la modificación posmatrimonial de los capítulos, pues declarados inexistentes era como si siempre hubieran estado casados los cónyuges en régimen de gananciales⁹.

No obstante, no faltaron algunas voces en la doctrina, como la de Peña Bernaldo, que defendieron la llamada nulidad relativa para los casos de menor edad (regulado en el derogado art. 1318 CC), alegando, curiosamente, que ello beneficiaba al menor, puesto que él no tendría que restituir sino en lo que se hubiera enriquecido¹⁰.

Tal vez estas dudas seculares sobre si los capítulos pueden ser nulos o anulables, llevaron al legislador de 1981 a manifestarse expresamente acerca de la invalidez de los mismos.

En efecto, quizá el legislador, a través del artículo 1335 CC, tan sólo quisiera mostrar que los capítulos sí pueden ser inválidos (nulos o anulables) y que sus causas son las previstas por el Derecho común de los contratos, si bien, lo que ya no es tan evidente es que sus consecuencias deban regirse por dichas normas, debido precisamente a la peculiar naturaleza de las capitulaciones matrimoniales.

§5. LAS EXCEPCIONES AL SISTEMA DE NULIDADES. INDICIOS Y CAUSAS

1. El artículo 1335, tras afirmar que *la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos*, añade, a renglón seguido, que *Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe*.

Señala el legislador una primera excepción al régimen general de la nulidad de los contratos: su eficacia frente a terceros.

Tratándose de capitulaciones matrimoniales las consecuencias de la anulación no son oponibles (introduzco ya el término que me parece más preciso para tratar de estas cuestiones) a los terceros de buena fe.

En efecto, tal y como señala la doctrina más autorizada, la invalidez de los contratos es oponible a los terceros aun cuando estos hayan actuado de buena fe, los bienes que, en su caso hayan adqui-

⁹ *Vid.* nota anterior.

¹⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1956), «El «concurso» de las personas designadas en el artículo 1318 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de nacional con extranjero. (notas a la Sentencia del Tribunal Surpemo de 1 de julio de 1956)», *ADC*, 1956, pp. 299-316 (en especial, pp. 312 ss.)

rído, podrán ser reivindicados por el verdadero dueño, y únicamente no estarán obligados a restituirlos si adquirieron de una forma irrevindicable (bien por usucapión bien por hallarse en los supuestos de los art. 34 LH o 464 CC) ¹¹.

El legislador limita los efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales, de manera que declarada aquélla, las adquisiciones (derechos reales) o las obligaciones (derechos de crédito) que hayan surgido con los terceros en virtud de los capítulos que ahora se anulan no se verán modificadas.

Establece, en consecuencia, y respecto de terceros (de buena fe), una invalidez con efectos *ex nunc*.

2. La segunda excepción al sistema es también obra del legislador, que de forma expresa, y con carácter general, establece las consecuencias de la invalidez: *A falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces el régimen será el de la sociedad de gananciales* (art. 1316 CC).

En efecto, la invalidez de los capítulos no provoca la desvinculación entre los cónyuges, sino tan sólo la *sustitución* del régimen pactado por otro: el régimen de gananciales.

Esta modificación del régimen económico, derivada de la invalidez, tendrá efectos *ex tunc* pero sólo entre los cónyuges, no afectando, como dispone el artículo 1335 a las relaciones con terceros: frente a ellos el cambio opera *ex nunc*, y sólo a partir de su publicidad a través del Registro Civil (SSTS de 10 de marzo de 1998 y 25 de septiembre de 1999).

3. Las anteriores excepciones ponen de relieve, a lo que creo, que en sede de capítulos, la invalidez de los mismos debe ser analizada en una doble vertiente: i) las consecuencias de las mismas respecto a los cónyuges: únicos sujetos del negocio capitular; ii) los efectos de la invalidez respecto a los terceros: a los que, siendo de buena fe, nunca les son oponibles sus consecuencias: para ellos se mantienen vigente el contrato inválido.

En razón de estas cuestiones debemos determinar quiénes están legitimados para hacer valer la invalidez de los capítulos, en qué plazos y con qué consecuencias.

No obstante, y a lo que creo, la resolución de esas cuestiones, pasa por establecer como cuestión previa, la naturaleza de las capitulaciones matrimoniales (del negocio capitular) y sus condiciones de validez y oponibilidad.

¹¹ DELGADO y PARRA (2005), *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, pp. 202 y ss.

III. CAPÍTULOS MATRIMONIALES Y NEGOCIO CAPITULAR

§6. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *INSTRUMENTUM Y NEGOTIUM*

1. Algunas precisiones terminológicas. El CC español (también el francés o el italiano) habla con carácter general de *capitulaciones matrimoniales* (v. gr. arts. 1316, 1325, 1335 CC) para referirse a un negocio jurídico un tanto peculiar en razón, por un lado, de su amplio contenido: «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el *régimen económico de su matrimonio* o *cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*» (art. 1325 CC); y, por otro, debido a la pluralidad de sujetos que pueden intervenir en los mismos: «Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales *deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en ellas intervinieron como otorgantes* si vivieren y la modificación afectara a los derechos concedidos por tales personas» (art. 1331 CC).

Es evidente, que las capitulaciones matrimoniales, aun cuando se regulen en el Libro IV del CC no son un contrato como los demás, y por ello, las consecuencias de su ineficacia no pueden operar al igual que en el resto de los contratos. Su propia naturaleza va a introducir variaciones en lo que atañe a la teoría general de las nulidades.

Pues bien, cuando el legislador habla de capitulaciones matrimoniales o cuando los Tribunales declaran nulas unas capitulaciones matrimoniales: ¿de qué estamos hablando?, ¿qué es nulo o anulable en sede de capitulaciones matrimoniales?

2. Concepto y contenido. En la doctrina española, el primer autor que trató de desvelar este misterio fue el profesor Lacruz (1962) en su trabajo sobre *Capítulos matrimoniales y estipulación capitular*, que no ha perdido ni un ápice de lozanía; sus reflexiones siguen siendo punto de partida para cualquier discurso sobre esta materia¹².

En este trabajo el maestro, siguiendo con ello a los clásicos franceses (Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie y al belga Laurent) puso de relieve la diferencia esencial entre *instrumento*: el documento notarial que puede abarcar un amplio contenido: cualesquiera negocios que se puedan otorgar en escritura pública (donaciones,

¹² LACRUZ BERDEJO, J. L. (1962), «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, 1965, pp. 1-58.

dotes, compraventas, reconocimiento de hijos, bienes que lleva cada uno al matrimonio –aportaciones–, y si lo permite la ley, pactos sucesorios, etc.) y la *estipulación capitular*: la norma hipotética, que establece el régimen económico matrimonial.

La diferencia entre *instrumentum* y *negotium* me sirvió a mí (1995) para discurrir acerca de la teoría general sobre los capítulos matrimoniales, que me permitiría establecer, desde el punto de vista de los sujetos, el significado del artículo 1331 CC y del ya derogado 28 de la Compilación aragonesa, así como la naturaleza del negocio capitular y sus características¹³.

En definitiva con la expresión capitulaciones matrimoniales se denomina a la escritura pública notarial (*instrumentum*) en la que se establecen, modifica o sustituyen las normas que van a regular la economía del matrimonio (*negocio capitular*) y cualesquiera otros pactos o negocios relativos a los bienes o a la sucesión de los futuros o actuales cónyuges¹⁴.

Ahora bien, es evidente, que cuando se declaran nulos unos capítulos tendremos que establecer si todo ese amplio contenido posible es el que se invalida (la donación hecha por una tía, el reconocimiento de un hijo, las aportaciones que en el instrumento documentaron los esposos, etc.) o tan sólo queremos decir que es inválido el negocio capitular: el régimen económico, sin que su invalidez, afecte al resto de los negocios que, en su caso, se hayan pactado en el instrumento, salvo que de forma expresa se hubieran vinculado o dependieran del negocio capitular que se invalida¹⁵.

¹³ BAYOD LÓPEZ, M.^a C. (1995), *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, ed. Institución «Fernando el Católico», DP, Zaragoza, y BAYOD LÓPEZ, M.^a C. (1997), *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Ed. Prensa Universitarias, Zaragoza.

¹⁴ El contenido de los capítulos en cuanto *instrumentum* puede ser muy amplio, se puede documentar cualquier acuerdo o negocio privado: desde un reconocimiento de deuda o de filiación, hasta negocios patrimoniales como donaciones, ventas o arriendos, pasando por pactos sucesorios, si los admite la legislación, mejoras (art. 826 CC) o donaciones de bienes futuros (art. 1341 CC).

¹⁵ Las relaciones entre los diversos negocios que se pueden documentar en el instrumento capitular pueden ser complejas; en Derecho francés, se defendió, aunque no sin contradicciones, que todo en los capítulos estaba vinculado (su contenido es en todo punto indivisible llamado a durar inmutable hasta la disolución del matrimonio), de manera que la ineficacia de los mismos arrastraba a todas sus cláusulas y contenido. La doctrina francesa, cuando seriamente reflexionó acerca de dicha afirmación, comenzó a tener serias dudas sobre la realidad de tal afirmación (¿sería nulo un reconocimiento de deuda, o de filiación, o incluso una donación hecha a uno de los cónyuges?). Poco a poco, y de presente es así, entienden que no hay, en principio, vinculación entre los diversos negocios. En Derecho Italiano, históricamente y vigente el Código de 1865, se mantuvo la misma idea, que fue abandonada de forma aún más rápida que en Derecho francés. Hoy en día la casación italiana afirma sin reparo la inexistencia de coligamento entre los diversos negocios documentados en el contrato matrimonial y las *convenzioni matrimoniali stricto sensu*.

De cualquier manera, sobre todas estas cuestiones (también la referencia al Derecho francés e italiano) me remito a mis trabajos citados en la nota 13.

A lo que creo, cuando el legislador habla de invalidez de las capitulaciones matrimoniales se refiere tan sólo a una parte del posible contenido del instrumento: al negocio capitular; y a éste, desde luego, se refieren los fallos jurisprudenciales cuando declaran la nulidad de las capitulaciones ¹⁶.

Pero establecido esto, nuestros problemas no hayan hecho más que empezar, porque ¿conviene la nulidad, en su concepción dogmática, al negocio capitular y, en su caso, por qué causas?

§7. CARACTERÍSTICAS DEL NEGOCIO CAPITULAR

1. En general

El negocio capitular es el contenido típico y natural de las capitulaciones matrimoniales: es la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico, la que para *su validez habrá de constar en escritura pública* (art. 1325 en relación con el art. 1327 CC); es el negocio capitular el que modificado durante el matrimonio *no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros* (art. 1317 CC) y, desde luego, el que anulado, *no perjudicará*

En ellos, y para lo que aquí pueda interesar, defiende que no hay vinculación entre el negocio capitular y el resto de los negocios documentados en el instrumento capitular, salvo que los otorgantes hayan establecido dicha vinculación: los capítulos, desde el punto de vista del instrumento, no son un negocio complejo o mixto ni un negocio plurilateral: son un negocio plurinegocial y plurisubjetivo: cada negocio tiene su propia causa y sus condiciones de validez.

La reciente Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y de viudedad de 2003, cuyo anteproyecto fue redactado por la Comisión de aragonesa de Derecho civil, que preside el Dr. Delgado Echeverría, regula los capítulos matrimoniales teniendo en cuenta mis estudios ya referidos en la nota 13; respecto a esta cuestión recoge mi doctrina en su artículo 18. El Código de familia catalán también atiende a esta diferencia que formulé en mis estudios.

En Derecho italiano me ha sorprendido (con agrado) ver que defiende esta tesis Ennio Russo (2004) en su reciente obra «Le convenzioni matrimoniali (art. 159-166 bis)», en *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, obra en la que no desperdicia ninguna ocasión (a lo largo de sus 623 pp.), para afirmar la inexistencia de coligamento o vinculación entre los diversos negocios que pueden pactarse en el instrumento. De este mismo autor puede verse también un comentario a diversas sentencias de la casación italiana en la que se rechaza la idea de vinculación entre el régimen económico y otros negocios: Cfr. Russo, E. (2001), «Ripetizione dell'indebito nei rapporti tra i coniugi, convenzioni matrimoniali e pubblicità del fondo patrimoniale» en *Vita Notarile*, n.º 2, maggio-agosto, pp. 609-619.

¹⁶ No obstante, hay STS en la que la invalidez la refiere el Tribunal a la liquidación del régimen matrimonial anterior (generalmente el de gananciales). De estas cuestiones hablo *infra* §14. Si bien, adelante, que los Tribunales anulan la partición o la declaran rescindible, porque ciertamente no tiene sentido anular el régimen de separación de bienes (que es el que viene a sustituir al de gananciales que se liquida) ya que sus efectos se producirán para el futuro y se ha cumplido con los requisitos de validez previstos en la Ley. Anular o rescindir la partición parece menos grave que anular el nuevo régimen pactado; si bien como veremos, tampoco es necesario anular o rescindir la partición (art. 1317 CC: inoponibilidad).

a los terceros de buena fe (art. 1335 CC). Ciertamente, a este contenido es al que se refiere la regulación de los capítulos en el CC: reglas de capacidad (arts. 1329 y 1330 CC); forma (art. 1327 CC) y modificación (arts. 1317 y 1331 CC). Hablar de capitulaciones matrimoniales en el contexto al que me estoy refiriendo es hablar de negocio capitular.

Pues bien, como afirmé en 1995 las capitulaciones matrimoniales en atención al negocio capitular se caracterizan por ser un contrato normativo, de tipo asociativo¹⁷.

Analicemos las consecuencias, desde el punto de vista de la teoría general del contrato de estas características, porque ellas van a condicionar el régimen de invalidez.

2. El negocio capitular: Contrato normativo y asociativo

A. Es común en la doctrina definir el contrato como el acto jurídico que tiene por objeto crear una relación obligatoria entre acreedor y deudor, o en palabras de Díez-Picazo «el contrato es aquel negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial»¹⁸.

Estas definiciones son propias de lo que también Díez-Picazo, de forma muy expresiva, denomina contrato a cambio; en él las partes aparecen enfrentadas entre sí: cada una en busca de una mayor ventaja derivada de la relación jurídica a costa, casi siempre de la otra parte contratante.

Las características de estos negocios es el intercambio de prestaciones entre las partes; la relatividad del contrato, desde el punto de vista de su contenido obligatorio, y la posibilidad de resolución por incumplimiento y, en su caso, de rescisión, si se dan los casos previstos en la ley: por el ejemplo el fraude de acreedores.

La causa de los mismos puede ser onerosa o gratuita, y por ello, en su caso, podrá ser aquella ilícita, provocando la invalidez del contrato por dicho defecto causal.

¹⁷ Los argumentos para llegar a esta conclusión pueden verse en mis trabajos citados en la nota 13, en especial en las páginas 13 a 48 del trabajo de 1995 (= pp. 19-61 de la obra de 1997). En derecho italiano mantiene esta caracterización Ennio RUSSO (*vid. nota anterior*). En la doctrina francesa tienden a comparar la negocio capitular con los estatutos de las sociedades, de ahí que se pueda deducir su carácter reglamentario, social y oponible a terceros v. gr., LAURENT, F. (1878), *Principes de Droit Civil Français*, t. 21 3.ª ed, Bruselas-París, p. 7; BEUDANT, Ch. (1937), *Cours de Droit civil français*, t. X. *Le contract de mariage et les régimes matrimoniaux*, 2.ª edition, París p. 23; PLANIOL et RIPERT (1957), *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. VIII. *Les régimes matrimoniaux*, 1.ª Partie, 2.ª ed. Par Jean Boulanger, París, p. 51; GHESTEIN (1994), *Traité de Droit civil. Les effets du contrac*, 2.ª ed., LGDJ, París, pp. 374 y ss.

¹⁸ Díez-PICAZO, L. (1993), *Fundamentos de Derecho patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, vol. 1, Madrid, p. 76.

B. El negocio capitular no tiene como objeto crear una relación obligatoria entre los cónyuges: no son acreedores o deudores en función del régimen económico matrimonial adoptado en los capítulos, ni ellos mantienen una situación enfrentada: el establecimiento de un régimen económico matrimonial paccionado responde a un interés común entre los esposos. Tampoco es objeto del mismo el intercambio de bienes o servicios.

El establecimiento de un determinado régimen económico matrimonial entre los cónyuges no obedece a un sistema causal, sino a una imposición legal (v. gr. el régimen de gananciales, se aplica a todos los cónyuges sujetos al CC que no pacten otro)¹⁹.

C. El negocio capitular, tal y como se deriva de su regulación en el CC (tít. III, libro IV) es un acto de contenido normativo, constitutivo de un régimen económico matrimonial que tiene por objeto establecer reglas de calificación jurídica que determinarán los criterios de distribución entre los cónyuges de la riqueza adquirida durante el matrimonio y el establecimiento de la responsabilidad de aquélla por las deudas contraídas por los cónyuges constante matrimonio y que sean de responsabilidad común.

En cuanto tal, el régimen económico matrimonial no comporta una transmisión o disposición actual de bienes, sino unos criterios relativos a la distribución entre cónyuges de los bienes y derechos eventualmente adquiridos para el futuro: sólo a la liquidación del régimen económico matrimonial, fundamentalmente si éste es de comunidad, sabremos qué bienes son propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges. Esta titularidad personal se producirá por obra de la ley (efecto real de los regímenes económicos) y al margen de la teoría general de los contratos (título y modo).

El régimen económico matrimonial acordado en capítulos no es otra cosa que un acto programático o reglamentario que establece entre los cónyuges unas normas que determinan la dinamicidad de los bienes del matrimonio, la gestión sobre los mismos (conjunta, disjunta o separada), así como la masa de bienes destinada a responder de las cargas matrimoniales y, por último, las reglas de liquidación.

D. El negocio capitular no se caracteriza por tener una eficacia obligatoria, ni real: no hay en él elementos sinalagmáticos, ni intereses contrapuestos: hay una comunión material y espiritual

¹⁹ Sobre los caracteres del negocio capitular que ahora voy a exponer, y para su justificación me remito a mis trabajos antes citados en la nota 13. Estos caracteres se definen en Derecho italiano por el prestigioso autor Ennio RUSSO (2004), «Le convenzioni matrimoniali (art. 159-166 bis)», en *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè.

Los efectos prácticos de esta calificación dogmática pueden verse en BAYOD LÓPEZ, M. C. (2004), «Comentario a la STS de 15 de enero de 2004. Nulidad de capítulos matrimoniales por violencia», en *CCJC*, núm. 66, pp.1041-1063.

entre los cónyuges que imprime el matrimonio. De hecho, aun cuando nada pacten los cónyuges, existirán entre ellos reglas hipotéticas de régimen económico matrimonial, ya que éste es un efecto legal e ineludible de todo matrimonio.

Del carácter programático y de norma hipotética del negocio capitular se deriva que el mismo, aun cuando tenga carácter patrimonial, no produce *per se*, por su propia naturaleza, atribución o transferencia de bienes ni hace nacer vínculos de contenido obligatorio entre las partes.

La calificación de los bienes constante matrimonio o su atribución a la extinción del régimen no es obra de los cónyuges sino de la ley: ellos sólo determinan, a modo de legislador delegado, el sistema para regular entre ellos y frente a terceros su régimen económico patrimonial.

§8. EFECTOS QUE SE DERIVAN DE LA NATURALEZA Y CARACTERES DE LOS CAPÍTULO CON RELACIÓN A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

A. El negocio capitular escapa a la idea de contrato a cambio y responde como hemos visto a la caracterización de un contrato normativo: los cónyuges, de común acuerdo, establecen un reglamento por el que se va a gobernar la economía del matrimonio; y responde al modelo de contrato asociativo, en cuanto que las partes del negocio mantienen una posición paralela en sus pactos, no enfrentada, que persiguen un interés común.

B. En razón de ello se derivan las siguientes conclusiones:

1. El negocio capitular no es un acto de disposición, sino un acto normativo de calificación jurídica: a través de él se calificarán los bienes que individualmente adquieran los cónyuges en comunes o privativos; se establecerá sobre ellos, por obra de la ley, una determinada responsabilidad y, llegado el momento, se distribuirán entre los cónyuges.

2. Debido a su naturaleza, no es posible calificar el negocio capitular en términos de gratuidad, onerosidad o liberalidad (art. 1274 CC) y por ello el negocio capitular escapa a la disciplina propia de los contratos gratuitos, onerosos o liberales²⁰. Si bien, el negocio capitular sí se puede calificar de típico al estar previsto en la ley.

²⁰ La ausencia de causa en los capítulos fue ya afirmada por LACRUZ en 1962, Ennio RUSSO lo manifiesta con claridad en 2004. Por lo que respecta a la doctrina francesa, Boulanger (lo cita ya LACRUZ) lo afirmó, aun con alguna duda, en los años 40, si bien señalaba como causa de los capítulos la celebración del matrimonio.

3. En razón de lo anterior, el negocio capitular goza de una causa neutra (terminología de Ennio Russo) o legal (tipicidad, para mí).

Los cónyuges, como dijera Lacruz, actúan a través de una delegación que les proporciona el legislador: les faculta para estipular, modificar o sustituir su régimen económico matrimonial sujetos a las normas cogentes del sistema (régimen primario, arts. 1327, 1328 CC), pero al igual que sucede con la legislación delegada a ellos sólo les corresponde el ejercicio y no la titularidad de esta facultad, que la sigue conservando el legislador. Por ello, si los particulares no cumplen con los límites impuestos, se inaplicará el régimen pactado y se sustituirá por el previsto por el legislador: gananciales.

4. La titularidad de los bienes que corresponda a los cónyuges en función del régimen económico matrimonial adoptado se produce por obra de la ley (efecto real de los regímenes económicos), y al margen de la teoría general del contrato: escapa a la necesidad de título y modo.

Así los bienes comprados por uno de los cónyuges con su salario serán comunes, si el régimen es de gananciales; y a su disolución, y tras la liquidación, la adquisición pertenecerá en pro indiviso a ambos cónyuges. Si el régimen fuera de separación de bienes, pertenecería en exclusiva al cónyuge adquirente pero no escaparía, constante matrimonio, a su responsabilidad por las deudas del artículo 1319 CC

5. Al negocio capitular le es inaplicable el régimen jurídico del incumplimiento: resolución del contrato, puesto que no hay sinalagma; ni tampoco la rescisión contractual, ya que el negocio capitular carece de un programa de prestaciones²¹.

Ahora bien, por lo que respecta al país galo, el que los capítulos tengan o no una causa onerosa o gratuita no es una cuestión pacífica, es más, para la doctrina francesa, y también para su jurisprudencia, los capítulos (debido a que durante mucho tiempo se afirmó que todo lo pactado en ellos estaba vinculado) se han considerado como título (oneroso) de transmisión de bienes, confundiendo, a lo que creo, los actos concretos de disposición que se documentaban en los capítulos: una donación, una venta (no se olvide que, una vez casados, los cónyuges ya no podían contratar), con el efecto real del régimen económico matrimonial.

Ennio Russo, en las pp. 100 a 105, principalmente, explica esta confusión entre negocios dispositivos documentados en los capítulos y la convención matrimonial: el régimen propiamente dicho.

²¹ LACRUZ, en 1962, manifestó tímidamente, que la norma hipotética, en cuanto que venía a sustituir a la prevista por el legislador, no podía ser impugnada por los acreedores, sin embargo añadía que «Sólo la presencia de fraude o a lo más, la intención liberal autoriza dicha impugnación, porque se hacer servir en el acto desviándolo de su actual función» (p. 43). No comparto esta última parte, pero ahora es mucho más fácil mantener la afirmación que sostengo, ya que el artículo 1317 CC proporciona una clara solución: inoponibilidad. Pero es evidente, que el maestro ya nos dio la pista.

En Italia, Russo afirma la inimpugnabilidad de las convenciones matrimoniales, ya que carecen de programa de prestación (p. 182).

6. Debido a su importancia no sólo para los cónyuges sino en especial para los terceros, los capítulos están sometidos a un doble sistema de validez y de oponibilidad: su otorgamiento debe constar en escritura pública (art. 1327 CC) y este y sus modificaciones, ser inscritos en el Registro Civil (art. 1332 CC). Por carecer de efectos dispositivos, su inscripción en el Registro de la Propiedad no es posible por sí sola sino únicamente cuando contenga respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados alguno de los actos a que se refieren los artículos 2 LH y 7 del RH, pero no de otra manera (art. 75 LH)²².

7. El principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) carece de aplicación respecto a los capítulos matrimoniales debido a su naturaleza asociativa y a la posibilidad de afectar a terceros ajenos al contrato.

Como afirma la doctrina francesa más tradicional el contrato de matrimonio produce sus efectos *erga omnes* y principalmente en interés de las personas que vienen a contratar con los esposos²³.

Las anteriores conclusiones derivadas de la naturaleza del negocio capitular indican como las capitulaciones matrimoniales se alejan del modelo general de los contratos presentando caracteres propios, que inducen a pensar que la invalidez, a pesar de la previsión del artículo 1335 CC, no opere, tampoco, como en el resto de los contratos.

IV. CAPITULACIONES MATRIMONIALES: REQUISITOS DE VALIDEZ Y REQUISITOS DE OponIBILIDAD

§9. REQUISITOS DE VALIDEZ

Las capitulaciones matrimoniales, en cuanto negocio capitular, deben seguir el protocolo establecido por el legislador para que las mismas produzcan los efectos queridos por la partes: la eficacia del régimen pactado (v. gr. separación de bienes, comunidad universal de ganancias, participación, etc.), evitando con ello la sustitución de aquél por el régimen de gananciales.

²² En Derecho italiano la naturaleza no dispositiva de las convenciones matrimoniales (nuestro negocio capitular) se pone de manifiesto a través del sistema de anotación y transcripción. Son objeto de anotación (y no de transcripción) las convenciones matrimoniales puesto que las mismas no transmiten de forma actual ningún bien, sólo los actos dispositivos que provocan de presente dicho cambio pueden ser objeto de transcripción (sobre esta cuestión, *vid.* pp. 119 a 122 y 155 ss. en la obra citada de Ennio Russo).

²³ Por todos, PLANIOL et RIPERT (1957), *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. VIII. *Les régimes matrimoniaux*, 1.^{er} Partie, 2.^a ed. Par Jean Boulanger, París, p. 210.

Los requisitos de validez de cualquier contrato se hallan contenidos en el artículo 1261 CC, sin perjuicio de aquellos otros que, de manera especial, establezca el legislador en la regulación *ad hoc* de cada contrato típico en particular.

Por lo que respecta a las capitulaciones matrimoniales, el legislador establece, en orden a su validez, unas reglas propias que, en cierta medida, con excepción del consentimiento, excluyen, una vez más, la aplicación de normas de la teoría general del contrato; estableciendo para la regulación del negocio capitular un sistema propio, tanto en orden a su capacidad como en orden a su contenido.

1. Respecto de los requisitos de fondo podemos enumerar los siguientes: consentimiento y capacidad.

A. El consentimiento, como acto de la voluntad humana, tiene que ser emitido de forma libre y consciente por persona capaz para prestarlo.

Si el consentimiento se emite por error, con violencia o intimidación o es conseguido por medio de maquinaciones insidiosas o bien el emisor no tiene la capacidad exigida por la ley, el contrato será inválido. Esta invalidez será del tipo de la anulabilidad, pues sólo el menor o el incapaz o el capitulante que padeció el vicio estarán legitimados para impugnar el contrato (art. 1302 CC).

El consentimiento, según dispone el artículo 1262 CC, debe recaer sobre la cosa y la causa del contrato.

Ciertamente, en esta materia no hay «cosa» (*objeto cierto que sea materia del contrato*) sobre la que deba concurrir la oferta y la aceptación; ya que no hay, intercambio de prestaciones, ni transferencia actual de bienes. Respecto a *la causa de la obligación que se establezca*, como ya hemos advertido, tampoco sobre la misma recaerá el consentimiento, pues por definición en el negocio capitular no se establecen obligaciones entre las partes capitulantes.

Por ello, la manifestación del consentimiento consistirá en la determinación de las reglas hipotéticas que conformen el régimen económico matrimonial: sobre la estipulación, modificación o sustitución de un régimen por otro deberá recaer el consentimiento conjunto de los esposos o cónyuges.

B. El consentimiento debe ser emitido por persona con capacidad para prestarlo.

El artículo 1263 CC dispone que: *No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, 2.º los incapacitados*; si bien todo ello, y como expresa el artículo 1264 CC, sin perjuicio de las *modificaciones que la ley determina*.

En sede capitulaciones matrimoniales, en base al principio *habilis nuptias habilis ad pacta nuptialia*²⁴, ha sido tradicional capacitar a los menores de edad hábiles para el matrimonio, a los efectos de otorgar capitulaciones matrimoniales, contando, en su caso, con la asistencia de las personas que ejercían la patria potestad o tutela sobre el menor o fueran las llamadas a consentir el matrimonio de aquél (Derecho francés).

Este principio tradicional se sigue recogiendo en los artículos 1329 y 1330 CC.

En consecuencia, tienen capacidad para otorgar capítulos matrimoniales, los menores emancipados por sí solos y sin asistencia; también pueden otorgar capítulos, los menores de edad no emancipados hábiles para el matrimonio, pero necesitarán el consentimiento de sus padres o tutor salvo que se limiten a pactar el régimen de separación o participación. (art. 1329 CC).

El incapacitado judicialmente también podrá otorgar capítulos con la asistencia, en todo caso, de sus padres, del tutor o del curador (art. 1330 CC).

Esta capacidad la reconoce la ley a los menores o incapacitados en relación con el negocio capitular²⁵.

2. Requisitos de forma. Las capitulaciones matrimoniales son un negocio solemne: *para su validez habrán de constar en escritura pública*.

La estipulación capitular, debido a la trascendencia que tiene, no sólo para los cónyuges, sino también para los terceros deberá constar en escritura pública notarial.

La omisión de esta forma en la determinación del negocio capitular provocará la invalidez del mismo, quedando sujetos los cónyuges al régimen de gananciales.

§10. REQUISITOS DE OPONIBILIDAD

1. No es común en Derecho español hablar de oponibilidad: no hay ninguna monografía sobre la materia (sí algunos estudios como el de González Pacanowsca en 1989) ni en nuestros manua-

²⁴ BAYOD LÓPEZ, M. C. (1994), «La capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para capitular: ¿*Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*?», *RJN*, 17, enero-junio, pp. 11-36.

²⁵ El artículo 17 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad de 2003 atiende muy bien a esta diferencia a través de dos párrafos, en el 1 se regula la capacidad para *consentir las estipulaciones que determinan el régimen económico de su matrimonio*, mientras que en el párrafo 2 se dice: *Los demás actos y contratos que puedan otorgarse en capitulaciones requerirán la capacidad que las normas que los regulan exigen en cada caso*.

les (a diferencia de los franceses o italianos) se explica la oponibilidad, al hilo de hablar de los efectos del contrato. No hablamos mucho de oponibilidad, pero en los últimos decenios sí le ha interesado a la doctrina española (aunque no demasiado) las consecuencias que se derivan de la anterior: la inoponibilidad²⁶.

2. Tratándose de capítulos matrimoniales, no podemos dejar de hablar de oponibilidad, pues las capitulaciones no sólo están sometidas a un régimen que llamamos de validez sino que, desde la promulgación del CC (una vez más por influencia francesa) se hayan sujetas a un régimen de oponibilidad: *En toda inscripción de matrimonio en el Registro de Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos o resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria*» (art. 1333 CC). Este régimen se complementa con el artículo 1332 (modificación de capítulos y constancia notarial), así como su toma de razón, en su caso en el Registro Mercantil.

3. La razón de establecer para los capítulos el doble régimen de validez y de oponibilidad no es ninguna novedad, se constató con toda claridad en Derecho francés en el siglo XIX.

La oponibilidad a los terceros de los capítulos deriva, también, de la propia naturaleza del negocio capitular, en cuanto que el mismo no es un negocio que crea obligaciones sino un negocio asociativo de carácter reglamentario.

En efecto, es común advertir que las capitulaciones matrimoniales no sólo interesan a los esposos o cónyuges, sino también, muy especialmente a los terceros que contraten con ellos, puesto que las obligaciones que éstos asuman con cualquiera de los cónyuges, se verán afectadas decididamente por el negocio capitular, puesto que el mismo determina el ámbito de poder y de responsabilidad de cada uno de los cónyuges en relación con los bienes patrimoniales.

En razón de ello, la doctrina francesa del XIX afirmó que el artículo 1165 *Code* no era aplicable al contrato de matrimonio, por cuanto el principio de relatividad contractual contenido en el mismo no podía mantenerse respecto de dicho contrato: lo esta-

²⁶ ALVARÉZ VIGARAY, Rafael (1988), «Introducción al estudio de la inoponibilidad» en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, pp. 81-196; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (1994), *Protección de un tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Tirant, Valencia; VAQUER ALOY, Antoni (1999), «Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el art. 340.3 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña)», en *ADC*, t. LII, pp. 1491-1570.

blecido en él sí podía dañar (*nuir*) o aprovechar (*profiter*) a los terceros²⁷.

Se sumaba con ello una excepción más al régimen de los capítulos matrimoniales que escapaba a los efectos generales de los contratos.

Esta excepción fue puesta de manifiesto muy tempranamente por los Tribunales franceses, y sirvió a la doctrina gala para perfilar los contornos de la oponibilidad.

En concreto la Cámara de Requêtes el 17 de diciembre de 1873 afirmaba la oponibilidad a los terceros del contrato de matrimonio en estos términos: «atendiendo que las convenciones matrimoniales en tanto que pueden transmitir o modifican los derechos reales o dan al marido poder de administrar más o menos libremente los bienes de la mujer son susceptibles de aprovechar a los terceros y de serles opuestas, los terceros no puede rechazar este efecto invocando el artículo 1165 *Code*, cuyas disposiciones no son aplicables más que a las obligaciones que las convenciones hacen nacer entre las partes»²⁸.

Afirma Ghestain, que esta importante constatación de la Cámara en 1873 (curiosamente la primera vez en que se habló de oponibilidad sin tener en cuenta actos concretos de disposición)²⁹, se aplicó al contrato de matrimonio, puesto que —como sigue diciendo el autor— el objeto del mismo es la institución del régimen matrimonial: un estatuto patrimonial entre los esposos cuya oponibilidad a los terceros se impone con una fuerza patrimonial como los estatutos de las sociedades y de las personas morales que nacen de los contratos de sociedad.

4. En consecuencia, la eficacia de los capítulos frente a terceros depende de un doble régimen: por un lado de su validez (que afecta principalmente a los cónyuges) y por otro de su oponibilidad (que afecta a los terceros).

La oponibilidad de los capítulos se consigue a través de los mecanismos de publicidad prescritos por la ley: señaladamente la toma de razón de los mismos en el Registro Civil, con preferencia

²⁷ La doctrina francesa advirtió esta consecuencia muy tempranamente. Todos los autores que cito en la bibliografía mantienen esta afirmación.

De cualquier manera es muy interesante el planteamiento que a este respecto lleva a cabo BEUDANT, Ch. (1937), *Cours de Droit civil français*, t. X. *Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, 2.ª edición, París, en las pp. 12 a 15 y 42 a 45 poniendo ejemplos en relación a la oponibilidad del contrato y su significado.

²⁸ Señala Ghestain que a partir de este fallo, la jurisprudencia descubrió la interpretación que hoy se le da al artículo 1165 *Code*, cfr. GHESTEIN (1994), *Traité de Droit civil. Les effets du contrat*, 2.ª ed., LGDJ, París, p. 374 ss.

²⁹ Casación 22 de junio de 1864 se declararon oponibles los contratos que provocaran transferencia de derechos reales. (debemos tener en cuenta que en Derecho francés no se requiere el modo para adquirir el dominio: basta con el título).

a cualesquiera otros y sin perjuicio de la protección registral que, en su caso, pueda aportar el Registro del Propiedad cuando el régimen matrimonial pueda afectar a inmuebles.

5. El sistema de oponibilidad que el legislador prevé para los capítulos hace derivar de él importantes consecuencias:

1. Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones pueden ser válidos, pero no oponibles a los terceros, si los mismos no han sido debidamente publicados o, en su caso, dados a conocer a los terceros (art. 1333 CC).

2. La modificación de los capítulos sin cumplir el protocolo de la publicidad no perjudicará en ningún caso los derechos de terceros (art. 1317 CC).

3. Los capítulos inválidos presentan una ineficacia *ex nunc* respecto a los terceros de buena fe (art. 1335 CC).

La falta de publicidad y, por lo tanto, de oponibilidad, se sanciona con la inoponibilidad, que puede ser definida como la nulidad de los efectos del contrato en interés de determinadas personas³⁰.

En consecuencia, la inoponibilidad es el régimen que debe aplicarse a los casos donde el contrato es perfectamente válido pero no puede ser opuesto a los terceros por diversas razones (como el defecto de publicación). En estos supuestos, el contrato tiene una eficacia limitada, pero no es nulo porque guarda su carácter vinculante entre las partes³¹. Si bien, no atañe a los terceros, que podrán actuar frente a los cónyuges como si su régimen fuera el legal.

V. INVALIDEZ E INEFICACIA: CAUSAS Y EFECTOS

§11. ACOTACIÓN DE LA MATERIA

1. En primer lugar conviene establecer a qué contenido, dentro del posible que es capaz de albergar la escritura pública capitular, me voy a referir y también si la declaración genérica de nulidad de capitulaciones matrimoniales afecta a todo su contenido.

A lo que creo, cuando ante los Tribunales se acciona por parte de los particulares (los cónyuges entre sí o los terceros respecto de aquéllos) solicitando la nulidad de los capítulos, lo que se pretende conseguir es la inaplicación de un determinado régimen económico

³⁰ GHESTEIN (1994), *Traité de Droit civil. Les effets du contrac*, 2.ª ed. LGDJ, París, p. 495.

³¹ BÉNABENT, Alain (1991), *Droit civil. Les obligations*. 3.ª ed., Montchrestien, París, p. 92.

matrimonial y su sustitución por otro, de manera que, en virtud del juego de las reglas de calificación, que son esencia de todo régimen económico matrimonial, determinados bienes queden sujetos a diversa responsabilidad y, si ya operó la disolución del régimen, por el juego de las reglas ahora aplicables, los bienes cambien de destino patrimonial.

Ahora bien, aun cuando ésta sea la pretensión de las partes, es evidente que si en el instrumento capitular se pactaron otros negocios (v. gr. una donación, la compraventa del inmueble que será vivienda familiar, un reconocimiento de deuda, etc.) cabe pensar la suerte que éstos deban correr tras la declaración de la nulidad referida, como he dicho, al negocio capitular.

En definitiva, se trata de determinar si la nulidad declarada del régimen afecta al resto de negocios contenidos en los capítulos.

2. El efecto de la declaración de nulidad de los capítulos y su transmisión al resto de negocios que el instrumento puede albergar ha sido un tema recurrente en el discurso sobre los capítulos matrimoniales.

En Derecho francés, aun los más tradicionales y defensores de la indivisibilidad del contrato de matrimonio, pronto tuvieron que afirmar que la nulidad de las convenciones matrimoniales no alcanzaría a otros negocios contenidos en el documento. En Derecho italiano, sobre todo a partir del *Codice* de 1942, se defiende esta tesis, y hoy es admitida sin duda por la casación italiana.

Como ya defendí en 1995, no existe en los capítulos matrimoniales, con carácter general, vinculación o corresponsabilidad entre el negocio capitular y otros negocios (onerosos o gratuitos) pactados en el instrumento. Por ello, la nulidad del régimen no afecta al resto de negocios; sólo si la estipulación de un determinado régimen económico matrimonial fue motivo relevante para efectuar un acto de disposición (v. gr. una donación a uno de los cónyuges realizada en virtud de que los esposos pactan separación de bienes) la invalidez del régimen pactado será causa de revocación (no de invalidez) del negocio³².

De cualquier manera, en la actualidad, el contenido casi exclusivo que presentan los capítulos es la determinación del régimen económico matrimonial, sólo históricamente los capítulos contenían un complejo entramado de dotes y donaciones que cada uno de los cónyuges llevaba al matrimonio, estos negocios dispositivos han sido los que en ocasiones han hecho ver en los capítulos la

³² Estas cuestiones están expresamente tratadas y argumentadas en mis trabajos citados en la nota 13 a ellos me remito (*vid.* en el trabajo de 1995; pp. 32-42 y 255-280; en el de 1997; pp. 41-53 y 136-151).

vinculación e indivisibilidad de todo su contenido y así su causa onerosa (las familias dotaban en función de la dote que cada una llevaba). Pero ambos calificativos nada tenían que ver con el negocio capitular que tenía, tanto entonces como ahora, un carácter normativo³³.

En la actualidad, es al negocio capitular al que se tiene que referir la modificación de los capítulos, no sólo porque en la práctica no haya junto a él otros actos dispositivos, sino porque de haberlos, se han de regir por sus propias reglas aun cuando los mismos se documenten en el instrumento capitular.

En las líneas que siguen, pretendo analizar las consecuencias de la invalidez de los capítulos respecto del negocio capitular y cuáles son las consecuencias de la misma tanto respecto a los cónyuges como respecto a terceros.

§12. INEFICACIA DE LOS CAPÍTULOS MATRIMONIALES: INVALIDEZ, CADUCIDAD, RESCISIÓN

1. El artículo 1335 CC. Su supuesto de hecho

A. Tras este periplo, exposición de la naturaleza de las capitulaciones matrimoniales y requisitos de validez y de oponibilidad, volvemos al punto de partida: el artículo 1335 CC, que contiene el régimen de invalidez de los capítulos a través de una remisión a las reglas generales de los contratos.

En razón de este primer párrafo del artículo 1335 (al segundo párrafo me referiré después) la doctrina enumera como causas de invalidez de los capítulos los casos típicos (dice Amorós) de *nulidad, anulabilidad y rescisión*³⁴.

Se incluye la rescisión como uno de los supuestos en los que los capítulos matrimoniales son inválidos.

Ciertamente, la rescisión no es un tipo de invalidez, sino un tipo de ineficacia puesto que, como afirma el artículo 1290 CC: *Los contratos válidamente celebrados puede rescindirse en los casos establecidos por la ley*. Por el contrario, la invalidez hace referencia, como afirman Delgado y Parra, al contraste del contrato, tal y

³³ Sobre el contenido de los capítulos matrimoniales y la relación de unos negocios con otros, *vid.* mi trabajo de 1995.

³⁴ AMORÓS GUARDIOLA, M. (1984), «Comentario al artículo 1335 CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, p. 1566; todos los autores que comentan este precepto mantienen la misma opinión. Como obra más reciente, aunque muy breve, *vid.* *Comentario del CC*, coordinado por R. Bercovitz, Civitas, Madrid, 2006, pp. 1599-1600.

como lo han confeccionado las partes, con la normas legales que establecen los requisitos para ser tenido por validos³⁵.

La explicación de la inclusión de la rescisión en el artículo 1335 CC se debe a que un sector importante de la doctrina española considera estos conceptos (invalidez e ineficacia) como intercambiables.

No obstante, y a los efectos de mi discurso, es necesario distinguir entre ineficacia e invalidez, puesto que las causas que llevan a una u otra son distintas.

En efecto, es cierta la premisa de que todo contrato inválido es ineficaz, entendiendo por ineficacia la ausencia de efectos del negocio de acuerdo a lo querido por las partes.

Pero la ineficacia no tiene tan sólo como premisa la invalidez, puesto que los contratos válidos pueden ser también ineficaces, si habiendo cumplido todos aquellos requisitos exigidos por la ley para poder derivar sobre los mismos un juicio de validez, sin embargo la ausencia de determinadas condiciones previas o posteriores a la celebración del negocio impiden que el mismo despliegue todos o algunos de los efectos previstos por la partes.

B. Esta diferencia es esencial en sede de capítulos debido también a la peculiar naturaleza de las capitulaciones matrimoniales.

En efecto, los capítulos en su clasificación más genérica, son un negocio jurídico de derecho de familia y accesorio al matrimonio, de manera que la falta de celebración o invalidez de aquél, será causa de ineficacia de los capítulos, no de su invalidez: el otorgamiento capitular será válido y si el régimen se activó (hubo celebración del matrimonio), la ineficacia a favor de los terceros provocará tan solo efectos *ex nunc*. A ello me referiré inmediatamente.

Por otro lado, la rescisión no es un supuesto de invalidez sino de ineficacia de los efectos del contrato.

Por ello, y en contra de la doctrina mayoritaria, considero que la rescisión no se ha de incluir en el artículo 1335 CC, entre otras cosas porque los capítulos matrimoniales no son rescindibles al no tener como objeto actos dispositivos.

No obstante, seguidamente tratare de la supuesta rescisión de los capítulos tratando de determinar qué se quiere rescindir en los casos en los que se ejercita esta acción respecto de las capitulaciones matrimoniales (generalmente la liquidación de un régimen anterior) y qué sujetos, los cónyuges o los terceros, están legitimados para hacerlo.

³⁵ DELGADO y PARRA (2005), *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, pp. 15-22.

Por último, me referiré a los casos de invalidez: nulidad y anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales: sus causas y efectos.

§13. INEFICACIA *STRICTO SENSO*: CADUCIDAD DE LOS CAPÍTULOS Y EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CON RELACIÓN A LOS CAPÍTULOS

1. Los capítulos matrimoniales son un negocio familiar accesorio al matrimonio de manera que la reglamentación jurídica que contienen carece de eficacia si no existe una relación matrimonial sobre la que aplicarla.

Por ello, las vicisitudes que sufra el matrimonio: su falta de celebración, si el otorgamiento capitular fue prenupcial o su nulidad, una vez celebrado, afectarán a la eficacia del contrato.

La doctrina francesa, desde los primeros comentaristas del *Code*, denominaron a esta ineficacia con el nombre de *caducidad*, para distinguirla de los casos de nulidad; la diferencia era importante, porque al no ser inválido el otorgamiento, podía servir de causa de atribución a los negocios que, en base a ellos, hubieran podido celebrar los terceros con los cónyuges y no dependieran de la celebración del matrimonio³⁶.

En Derecho español, esta ineficacia se contempla expresamente en el CC para ambos supuestos: a) el artículo 1334 CC, afirma *que todo lo que se estipule bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año*; y el artículo 95 CC establece las consecuencias de la nulidad matrimonial: *La sentencia firme (de nulidad) producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial*.

Me parece interesante analizar cómo opera la ineficacia en cada uno de los supuestos.

³⁶ La doctrina francesa desde el siglo XIX atendió con rigor a estos supuestos de ineficacia capitular distinguiéndolos con suma claridad de la invalidez.

El que en estos casos los capítulos fueran válidos tiene especial relevancia, como explica la doctrina francesa, por los siguientes motivos: aun no celebrado el matrimonio, los capítulos son válidos, por ello serán válidos, eficaces y exigibles todos los negocios que no dependan de la celebración del matrimonio, e incluso si el matrimonio llega a celebrarse con posterioridad, serán eficaces; respecto de los terceros, aun cuando el matrimonio sea nulo, seguirán siendo válidos los negocios que en base a los capítulos, ahora ineficaces, se hubieran celebrado.

Todos los autores que cito en la bibliografía contienen un apartado sobre la *caducidad* del contrato de matrimonio y tratan las anteriores cuestiones. De cualquier manera, considero que la cuestión dogmáticamente está muy bien tratada en LAURENT, F. (1878), *Principes de Droit Civil Français*, t. 21, 3.^a ed, Bruselas-París, pp. 10 ss.

2. Si el matrimonio no llega a celebrarse, el negocio capitular no puede activarse ni desplegar ningún efecto.

Como explicaba Lacruz «faltando el matrimonio las determinaciones estatutarias, al igual que el régimen legal, no tienen a qué aplicarse. (...) A las estipulaciones capitulares corresponde exactamente la idea de contrato accesorio»³⁷.

Los negocios documentados en los capítulos que no estén condicionados a la celebración del matrimonio serán válidos y eficaces.

3. Por el contrario, en el caso de la nulidad matrimonial, sí hubo una activación del régimen sobre la base de la apariencia del matrimonio.

De ahí que tradicionalmente el legislador en función de la buena fe de los cónyuges (o de uno de ellos) y siempre respecto de los hijos (art. 79 CC) haya establecido que la nulidad declarada del matrimonio tenga efectos *ex nunc*, de manera que las relaciones personales y patrimoniales establecidas entre los cónyuges y sus hijos así como las relaciones con terceros no queden invalidadas: no opera el efecto *ex tunc* propio de la invalidez, puesto se consideran eficaces los efectos derivados del matrimonio.

Respecto del negocio capitular, sea éste legal o paccionado, si en la sentencia de nulidad no hay declaración de mala fe de alguno de los cónyuges, la ejecutoria, una vez firme, *provocará respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial* (art. 95 CC, en relación con los arts. 1392 y 1395 CC).

Lo que viene a significar que los capítulos habrán sido eficaces (no sólo válidos) hasta la declaración de invalidez del matrimonio produciendo plenamente efectos, tanto entre los cónyuges y en todo caso, respecto de los terceros.

Ahora bien, el legislador, aun cuando presume la buena fe de los cónyuges (art. 79 CC), establece la posibilidad de modificar entre ellos las reglas de liquidación del régimen económico matrimonial para el caso de que uno de los cónyuges haya sido declarado de mala fe en la sentencia de nulidad matrimonial. El cónyuge inocente, si quiere, *podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte* (art. 95. 2 CC).

Este efecto previsto en el párrafo 2 del artículo 95 CC sólo permite modificar, y entre los cónyuges, las reglas de reparto de bienes, sin que ello afecte a la eficacia externa de los capítulos: los contratos que los cónyuges hayan celebrado con terceros y la res-

³⁷ LACRUZ (1962), «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, p. 49.

pensabilidad a la que, en su caso, estén sujetos los bienes de los cónyuges, no se verá alterada por las reglas liquidatorias que adopte el cónyuge inocente.

En efecto, respecto de los terceros de buena fe la ineficacia de los capítulos operará *ex nunc*, ya que por la nulidad del matrimonio no dejan de operar las reglas de validez y de oponibilidad de los capítulos respecto de terceros.

Esto es lo que creo que se deduce el sistema previsto en el artículo 1317 CC al precisar *que la modificación del régimen económico matrimonial no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos de terceros*³⁸.

Esta misma consecuencia, respecto de los terceros, cabe mantener aun cuando ambos cónyuges hayan sido declarados de mala fe en la sentencia.

§14. RESCISIÓN DE CAPÍTULO MATRIMONIALES *VERSUS* RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN

1. Como explican Díez-Picazo y Gullón, la rescisión es el remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas, cuya esencia consiste en hacer cesar su eficacia. El contrato es perfectamente válido, pero en razón de aquel perjuicio y siempre que no haya otro remedio para repararlo se concede a las personas perjudicadas este poder de impugnación.

La consecuencia del triunfo de la acción es *la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y el precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a lo que por su parte estuviese obligado* (art. 1295.1). No tendrá lugar la rescisión *cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe* (art. 1295.2 CC), *en cuyo caso podrá reclamarse la indemnización de los perjuicios al causante de la lesión* (art. 1295-3 CC).

Los efectos de la rescisión son limitados, a diferencia de lo que sucede con las acciones de invalidez, puesto que no alcanza su eficacia a los terceros de buena fe: la imposibilidad de restituir las prestaciones objeto del contrato rescindible se transforma en una acción de daños.

³⁸ En el mismo sentido GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentario a los artículos 42 a 107 del CC, en Comentarios al CC y a las Compilaciones forales», t. II, Edersa, Madrid, pp. 406, 242 y 246.

2. Además de su subsidiariedad, caracteriza a la rescisión la existencia de un perjuicio económico provocado por el desplazamiento patrimonial efectuado a través de un acto dispositivo.

En consecuencia, la acción de rescisión es incompatible con el negocio capitular: su único objeto es establecer normas de calificación jurídica, no siendo su objeto actos singulares de disposición.

Por lo tanto, no es posible que ni los cónyuges ni los terceros ejerciten la acción rescisoria de capítulos matrimoniales, puesto que éstos no tienen como objeto el intercambio de prestaciones³⁹.

3. Dicho lo anterior, poco más tendría que añadir si no fuera porque la realidad jurisprudencial y doctrinal española ha mantenido y fundado la posibilidad de que opere el régimen de la rescisión sobre las capitulaciones matrimoniales.

En efecto, han sido muchas las sentencias, sobre todo hasta mitad de los años 90, en las que se solicitaba por parte de los terceros la rescisión (y a la limón también la nulidad) de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores. Se alegaba la existencia de un crédito consorcial que se veía perjudicado por el nuevo régimen pactado (por regla general, separación de bienes), por ello los capítulos deben ser rescindidos (o nulos) volviendo los cónyuges a estar sujetos al régimen de gananciales; la razón del perjuicio se hallaba en la liquidación del régimen anterior: al cónyuge deudor se le habían atribuido bienes difícilmente realizables (acciones de una empresa, por ejemplo) mientras que al otro cónyuge se le adjudican valiosos inmuebles consorciales⁴⁰.

Las primeras sentencias admitieron la acción de rescisión, unas veces referidas a todo el negocio (se declaran la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores), otras, las más, sólo rescindían la partición del régimen de gananciales, ya que no encuentran los Tribunales razón en rescindir el nuevo régimen que en nada atañe a los créditos anteriores de los cónyuges.

No obstante, y aun cuando lo anterior es cierto, y por esa misma razón, tampoco era (ni es) necesario rescindir la partición, al menos cuando las deudas sean consorciales y anteriores a la modificación (o a su publicidad).

Como luego explicaré, se va consolidado la jurisprudencia, en la que, a través del artículo 1317 CC, se excluye, con acierto, la

³⁹ Para el Derecho italiano y en el mismo sentido Russo, E. (2004), «Convenzioni matrimoniali», p. 182.

⁴⁰ *Ad exemplum*, SSTS de 30 de enero de 1986 [Comentada por Cabanillas Sánchez, A. (1986)], en CCJC, 10, pp. 3395-3404.

posibilidad del ejercicio de la rescisión tanto respecto de los capítulos como de la partición⁴¹.

Para dilucidar estas cuestiones debemos diferenciar entre sujetos y objeto de la acción de rescisión: ¿es lo mismo pedir la rescisión de los capítulos que la rescisión de la partición?, ¿quién está legitimado para el ejercicio de la acción rescisoria?

4. El objeto de la acción. El negocio capitular no puede ser objeto de rescisión debido a su propia naturaleza. Por lo tanto ni terceros ni cónyuges pueden impugnarlo: el régimen económico en cuanto norma hipotética nada transmite: ¿pueden impugnar los cónyuges o los terceros el régimen legal de gananciales que atribuye el legislador en defecto de pacto?

Ahora bien, distinto de ello es la liquidación del régimen económico que hayan podido efectuar los cónyuges, porque sí tiene naturaleza dispositiva.

A mi juicio, la partición no es negocio capitular⁴². De hecho, no exige como requisito de validez el otorgamiento de escritura capitular (v. gr. SSTS de 22 de noviembre de 1990, 4 de febrero de 1995, 3 de febrero de 2006)⁴³; la partición puede hacerse en documento privado y en convenio regulador y no esta sujeta a condiciones específicas de oponibilidad (no se inscriben en el Registro Civil).

Ahora bien, por ser acto dispositivo surge la duda acerca de si la misma puede ser objeto de rescisión, si se dan las condiciones precisas de fraude o lesión; de hecho el régimen de gananciales, en los artículos 1402 y 1410 CC, se remite al régimen de partición de las

⁴¹ La STS de 7 de noviembre de 1997 (FD 2.º) señala la innecesariedad de acudir a la rescisión o nulidad de los capítulos para salvaguardar los derechos de los acreedores. Especialmente interesante es la STS de 1 de marzo de 2006 (RJ 2006 1860), a la que me referiré en §14.6.

⁴² En contra, LACRUZ BERDEJO, J. L. (1982), *Elementos de Derecho civil*, IV. *Derecho de familia*, Barcelona, p. 333 y CERDÁ GIMENO, J. (1982), «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», *Documentación jurídica*, núm. 33, p. 312.

En la doctrina francesa creo que esta patente esta idea por cuanto se ha permitido y se permite modificar las reglas de liquidación del consorcio entre los cónyuges una vez disuelto el matrimonio, evidentemente, sin perjudicar los derechos de tercero. La liquidación no es ya norma reglamentaria, sino consecuencia de aquélla y evidentemente atributiva.

Afirmaba ya LAURENT que tras la disolución del matrimonio, las partes pueden regular sus intereses como bien les parezca, dejando a salvo los derechos de terceros [LAURENT; F. (1878), *Principes de Droit Civil Français*, t. 21, 3.ª ed., Bruselas-París, pp. 67-77]. La posibilidad de modificar el régimen matrimonial tras la disolución del matrimonio se mantiene en la actualidad, con el límite de los derechos de terceros: *vid.* MAZEAU (1977), *Leçons de Droit civil*, t. IV, vol. 1.º, *Régimes matrimoniaux*, 4.ª ed, par Michel de Juglart, pp. 55-94; PLANIOL et RIPERT (1957), *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. VIII. *Les régimes matrimoniaux*, 1.ª Parte, 2.ª ed. Par Jean Boulanger, París, pp. 198-219; COLOMER, André (1986), *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 10.ª ed. Litec, París, 146-150 y 174-176.

⁴³ MACÍAS CASTILLO, A. (2006), «Validez de la liquidación de gananciales no formalizada en documento público», *AC*, 12, 2006.

herencias, en las que sí juega la acción rescisoria. Pero observése, que la remisión es a los efectos de las reglas de partición del régimen de gananciales, que sí es acto dispositivo.

Ahora bien, aun admitiendo la posibilidad de rescindir la partición, bien por lesión bien por fraude en las atribuciones, ¿quién está legitimado para el ejercicio de la acción rescisoria: los cónyuges o los terceros?

5. *Los cónyuges.* La jurisprudencia y la doctrina legitiman a los cónyuges para poder ejercitar la rescisión por lesión respecto de los actos liquidatorios y particionales⁴⁴ (v. gr. STS de 3 de junio de 2004).

En cuanto que la partición no es un acto de régimen económico, sino un acto dispositivo y de ejecución del reglamento que supone el negocio capitular, sí es posible su impugnación y expresamente lo autoriza la ley (art. 1410 en relación con el artículo 1074 CC). Se trata, en definitiva, de exigir el cumplimiento del reglamento válido que acordaron las partes.

6. *Los terceros.* A. Como hace tiempo señalara Cabanillas⁴⁵, el CC preserva los derechos de los acreedores en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales con una serie de normas concretas. Así el juego de los artículos 1401 y 1402 en relación con el artículo 1317 CC, garantiza a los acreedores la satisfacción de sus intereses a través del sistema de la inoponibilidad, cuando se reclaman deudas gananciales.

En razón de dicho principio, y teniendo la deuda exigible el carácter de ganancial, a lo que creo, no podrá ser impugnado por fraude el acuerdo liquidatorio del régimen anterior (mucho menos pretender rescindir el nuevo régimen pactado, que nada transmite) puesto que con el ejercicio de la inoponibilidad, como explica Vaquer Aloy, se pretende que los acreedores permanezcan inmunes frente a los actos de disposición de sus deudores de modo que mantengan el mismo patrimonio de responsabilidad con que contaban hasta la realización de dicho acto y no resulten perjudicados por la actitud del deudor⁴⁶.

Esto es lo que garantiza el artículo 1317 CC y por ello a los acreedores les basta con alegar la inoponibilidad en cualquier pro-

⁴⁴ V. gr. STS de 3 de junio de 2004 (RJ 2004 4416).

⁴⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1986), «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1985», *CCJC*, 11, pp. 3764-3766.

⁴⁶ VAQUER ALOY, A. (1999), «Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña)», en *ADC*, t. LII, p. 1.541.

cedimiento, declarativo o ejecutivo, sin tener que demostrar el fraude ni alegar perjuicio del acto en cuestión⁴⁷.

La jurisprudencia mantiene también este criterio.

La STS de 21 de noviembre de 2005 afirma que el artículo 1317 CC consagra:

«una responsabilidad *ex lege* de los bienes gananciales, inderogable por voluntad de los particulares que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y, que en su consecuencia, no se requiere para su efectividad declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna. De ahí que, al subsistir el derecho del acreedor a dirigir su acción contra los bienes de carácter ganancial para obtener el cumplimiento de las obligaciones contraídas con anterioridad a la disolución de tal régimen económico, se falta a la condición de subsidiariedad que acompaña a la acción rescisoria por fraude»⁴⁸.

E igualmente en la Sentencia de 1 de marzo de 2006, en la que se recoge la evolución jurisprudencial en esta materia, afirma que no procede el ejercicio de la acción rescisoria puesto que:

«... la modificación del régimen económico matrimonial, a tenor de lo que dispone el artículo 1317 (...) no puede perjudicar en ningún caso los derechos adquiridos por terceros en relación con estos bienes, aunque fueran adjudicados a la esposa al sustituirse el régimen legal de gananciales por el de separación de bienes (...). Se estima, por lo general, que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía no es necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que del sentido general de los artículos 1399, 1403 y 1404 CC se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues, en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084 CC), tal responsabilidad será *ultra vires* (...)»⁴⁹.

B. En razón de lo anterior creo que podemos concluir que el ejercicio de la acción rescisoria, por parte de los terceros no es posible en los siguientes supuestos:

1. Respecto del negocio capitular, por carecer de efectos transmisivos. En su caso, si no han cumplido las condiciones de

⁴⁷ Sobre el artículo 1317 me sigue pareciendo muy interesante el estudio de BLASCO GASCÓ, F. (1993), «Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros», *ADC*, t. XLVI, pp. 599-641.

⁴⁸ RJ 2005, 7850.

⁴⁹ RJ 2006, 1860.

oponibilidad, el mismo no podrá ser alegado por los cónyuges frente a los terceros (art. 1317 en relación con el art. 1322 CC).

2. Respecto del negocio particional, porque el artículo 1317 CC, a través del sistema de inoponibilidad, mantiene la responsabilidad de dichos bienes por las deudas gananciales, aun cuando se hayan adjudicado al cónyuge no deudor.

3. Sí pueden los terceros impugnar la partición en los supuestos en los que siendo la deuda privativa, se hubieran adjudicado bienes de escaso a valor al cónyuge deudor (arts. 1401 y 1410 CC en relación con el art. 1084 CC).

§15. INVALIDEZ DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. Nulidad y anulabilidad

Las capitulaciones matrimoniales, como hemos advertido *Supra IV §9* deben cumplir con los requisitos que establece el legislador para que, sobre las mismas, pueda emitirse un juicio de validez.

La falta de alguno de los requisitos que hemos señalado provocarán que las capitulaciones matrimoniales sean inválidas con las consecuencias que luego indicaré; si bien la consecuencia *ad hoc* para este negocio jurídico será la previsión del artículo 1316 CC: la sustitución del régimen pactado, que es declarado inválido, por el régimen legal de gananciales.

Ahora bien, y como ya ha señalado la doctrina, los negocios no son genéricamente inválidos, sino que esa invalidez será del tipo nulidad o anulabilidad, según afecte a los elementos estructurales del contrato o presente el negocio defectos de capacidad o de consentimiento de las partes contratantes.

A través, de la remisión que ahora hace el artículo 1335 CC al régimen general de la invalidez de los contratos, y desaparecido el principio de inmutabilidad de los capítulos matrimoniales, ambos regímenes de invalidez son predicables, en su caso, de los capítulos matrimoniales: la nulidad de pleno derecho o radical (art. 6.3 CC en relación con los arts. 1327 y 1328 ss.) la anulabilidad (art. 1300 y ss. CC).

Creo conveniente, repasar cada uno de estos supuestos para luego extraer las consecuencias que se derivan de cada uno de estos regímenes de invalidez.

2. Supuestos de nulidad las capitulaciones matrimoniales

A. En sede de teoría general de los contratos el elenco de causas que conforman la nulidad sería, a modo de orientación⁵⁰:

1. La falta de consentimiento, objeto o causa (art. 1261 CC).
2. Indeterminación absoluta del objeto (art. 1373 CC) o su ilicitud (art. 1271, 1272 y 1305 CC).
3. La ilicitud de la causa (art. 1275, 1305 y 1306 CC).
4. Expresión de la causa falsa (1276), referida a supuestos de simulación.

5. Falta de forma, en los casos excepcionales en los que viene exigida para la validez del contrato.

6. Haber traspasado los límites de la autonomía privada infringiendo norma imperativa o prohibitiva, salvo que la misma tenga un efecto distinto para el caso de contravención.

En cualquiera de estos supuestos el contrato será nulo de pleno derecho con las consecuencias que prevén los artículos 1300 y siguientes del CC.

Lo que nos interesa ahora es determinar si todos los supuestos enumerados como casos de nulidad convienen y son predicables de las capitulaciones matrimoniales, en concreto de su contenido reglamentario: del negocio capitular.

B. La doctrina es unánime al señalar como supuestos de nulidad absoluta de las capitulaciones matrimoniales la falta de forma (art. 1327 CC) y los supuestos de ilegalidad o ilicitud de las estipulaciones (art. 1328 CC), añadiendo, a renglón seguido, que en estos casos la nulidad será parcial: supresión de la estipulación inválida; también son causa de nulidad la falta de consentimiento y el error obstativo⁵¹.

Amorós, además de los artículos 1327 y 1328 CC, afirma que disciplinan también la nulidad absoluta de los capítulos, los artículos 1255, 6.2, 6.3, 6.4, 1261, 1271, 1272 y 1275 a 1277 CC, afirmando que, en aplicación de los mismos, «las capitulaciones serán nulas cuando falte alguno de los requisitos esenciales del negocio capitular o no se cumpla con los artículos sobre el objeto del con-

⁵⁰ Transcribo las causas que señalan DELGADO y PARRA, pp. 50-51 (cfr. *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, 2005).

⁵¹ DE LOS MOZOS, J. L. (1982), «Comentario a los artículos 1334 y 1335 CC», *Comentarios al CC y a las Compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 1.º Madrid, pp.252-253; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1993), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentario del CC*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 614; COSTAS RODAL (2006), «Comentario al artículo 1335 CC», *Comentarios del CC*, t. I, dirigidos por Bercovitz, Civitas, Madrid, pp. 1599-1600.

trato o falte la causa del negocio capitular (simulación absoluta) o ésta sea ilícita o falsa»⁵².

Para este autor, todas las causas de nulidad de los contratos en general convienen al negocio capitular.

C. Debido a la naturaleza reglamentaria del negocio capitular, a mi juicio, no todas las causas de nulidad de los contratos pueden ser causas de nulidad del negocio capitular: en concreto, no lo serán aquellas que no son requisitos de validez de aquél: el objeto y la causa.

La razón, al igual que ya expuse al conformar sus requisitos de validez, no es otra, que la ausencia de un contenido obligacional de los capítulos así como su falta de un programa de prestaciones entre las parte contratantes.

En teoría general del contrato, el legislador y la doctrina analizan validez e invalidez de los contratos teniendo en cuenta la naturaleza obligatoria de aquéllos, de ahí que ciertas causas de invalidez sean ajenas al negocio capitular por carecer de dicho contenido obligacional.

D. Creo que no hay ninguna duda en afirmar, que las capitulaciones serán nulas en los casos, nada habituales⁵³, de falta de forma pública: así lo impone el artículo 1327 CC También en los supuestos de falta de consentimiento o de error obstativo, aunque en la práctica no serán comunes. En estos casos, la nulidad afectará al régimen económico matrimonial pactado, tendrá efectos *ex tunc* respecto de los cónyuges, y su régimen económico matrimonial responderá a lo previsto en el artículo 1316 CC.

El resto de los supuestos de nulidad: indeterminación absoluta o ilicitud del objeto así como los supuestos de ilicitud de la causa o causa falsa (simulación), no terminan de encajar con el negocio capitular debido a su naturaleza, como pasare a exponer (*infra* §15 2 E: objeto y §15 2: causa).

⁵² AMORÓS GUARDIOLA, M. (1984), «Comentario al artículo 1335 CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, p.1566.

⁵³ El TS en Sentencia de 10 de junio de 1912, ya afirmó que las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse en escritura pública, y que la falta de la misma provoca su nulidad. Desde la promulgación del CC es evidente la necesidad de escritura pública capitular para contener el régimen económico matrimonial, en la actualidad no hay jurisprudencia por esta causa.

No obstante, es curiosa una reciente Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 224) en la que los cónyuges de distinta vecindad civil pretenden inscribir en el Registro Civil una escritura de manifestación por la que declaran que su régimen económico matrimonial es de separación de bienes. Evidentemente, la DGRN, confirmado la Providencia del Juez encargado del Registro Civil de Barcelona, desestima el recurso de los cónyuge afirmando que el acta no puede ser anotada en el Registro, al no ser dicho documento una capitulación matrimonial y, por lo tanto, el régimen económico de los cónyuges será el legal que se derive de los puntos de conexión previstos en el CC.

A efectos de nulidad de los capítulos, en esta materia es relevante la forma –su falta– (art. 1327 CC) y el consentimiento que emitan los cónyuges respecto a la determinación del régimen económico matrimonial.

Los límites a la autonomía de la voluntad quedarán precisados por el artículo 1328 CC, que impone un sistema de nulidad parcial: sólo será nula la estipulación que contradiga las leyes, las buenas costumbres o la igualdad de los cónyuges. Sólo si toda la reglamentación antepuesta por los cónyuges contradijese esos límites habría nulidad de los capítulos con los efectos del artículo 1316 CC.

Ni el objeto ni la causa son relevantes para provocar la nulidad de los capítulos.

E. *El objeto.* La doctrina deriva la nulidad de los contratos cuando el objeto está absolutamente indeterminado o es ilícito, efectos que toman como premisa la necesidad de que el objeto sea posible, lícito y determinado (determinable). Evidentemente, el legislador, al regular el objeto del contrato está pensando en la prestación: es decir, en la conducta que debe realizar el deudor y que el acreedor tiene derecho a exigir.

En razón de ello, no es fácil imaginar supuestos en los que los capítulos sean nulos por indeterminación o ilicitud del objeto, al carecer los capítulos obligaciones de dar, hacer o no hacer.

El objeto de los capítulos lo podemos identificar con el contenido de los mismos sobre el que los esposos manifiestan su consentimiento: la estipulación del régimen económico matrimonial; el reglamento que determinará la calificación de los bienes y de las deudas que, en el futuro, vayan contrayendo los cónyuges.

En razón de ello, por un lado, la indeterminación del objeto respecto del negocio capitular tiene poca cancha, debido a que el objeto de los capítulos siempre estará determinado por defecto: artículo 1316 CC.

Por lo que respecta a ilicitud del objeto el problema está en averiguar si el régimen económico matrimonial puede ser ilícito.

En ningún caso lo será cuando los cónyuges pacten tan sólo uno de los regulados expresamente por el legislador.

Distinto sería el supuesto de invención de un régimen económico (supuesto rarísimo, pero siempre controlado por expertos profesionales: los notarios) o de estipulaciones que entremezclen diversos regímenes económicos (v. gr. pactan separación de bienes pero se estipula que constante matrimonio las adquisiciones que a título oneroso efectúe cualquiera de los cónyuges serán comunes a ambos respondiendo internamente cada uno de ellos de dicha adquisición).

En estos casos, la invalidez de los capítulos vendrá impuesta a través de los límites que, a la reglamentación pactada por los cónyuges, impone el artículo 1328 CC, pero no por las reglas del objeto prevista en artículo 1271 y siguientes, que tienen como premisa para su aplicación a la prestación.

F. *Ilicitud de la causa y capítulos.*

a) La función de la causa aparece en el artículo 1275 CC como un elemento de control que el ordenamiento jurídico emplea sobre las reglamentaciones privadas. Ello, como también ha constatado la doctrina, ha llevado a los Tribunales a un empleo abusivo de la ilicitud de la causa para resolver de forma rápida y sencilla situaciones que encuentran acomodo a través de otras regulaciones menos agresivas⁵⁴.

b) En materia de capitulaciones matrimoniales, como ya señala *Supra IV §9*, la causa no es un elemento de validez de los capítulos, puesto que la reglamentación de aquélla escapa a la naturaleza reglamentaria del negocio capitular.

Con todo, configurada la causa como un elemento de control de las reglamentaciones privadas, en la práctica forense se ha propiciado la existencia de un maridaje entre capítulos y causa ilícita, que ha fomentado en el último decenio una jurisprudencia, a mi juicio poco rigurosa, que nada tiene que ver con la esencia del negocio capitular.

El control de la legalidad del negocio capitular no se consigue a través de nulidad por ilicitud de la causa, sino que, tratándose de terceros de buena fe (los acreedores consorciales por deudas anteriores a la publicidad de la modificación capitular) la misma no está en jaque, ya que se salvaguarda a través del artículo 1317 CC: inoponibilidad.

No obstante, me referiré al uso, a mi juicio un tanto abusivo, que la jurisprudencia del TS, tanto de la Sala 1.^a como de la Sala 2.^a, esta llevando a cabo con relación a esta materia, imponiendo el régimen de nulidad casi como si fuera un castigo aplicado a un pretendido fraude que actúa como un efecto del incumplimiento de las reglas de validez.

En ningún caso debe proceder la nulidad de los capítulos (o de la partición) por ilicitud de la causa, al no ser ésta un elemento

⁵⁴ SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2005), *La causa ilícita: delimitación y efectos*. Tirant, Valencia, pp. 104 ss. Señala la autora supuestos de causa ilícita por fraude de acreedores, recordando que su régimen debe ser el de la acción pauliana, menos drástico que la nulidad del negocio, por ejemplo.

estructural de los mismos, y encontrar los terceros salvaguardados sus derechos a través del artículo 1317 CC⁵⁵.

c) La jurisprudencia de forma constante atribuye al régimen económico matrimonial causa onerosa y naturaleza dispositiva inmediata⁵⁶.

Estas afirmaciones han propiciado la aplicación de invalidez de los capítulos a través del régimen de ilicitud de la causa por fraude de acreedores o simulación fraudulenta de los capítulos⁵⁷. Curiosamente también, al considerar que los capítulos tienen causa onerosa, se ha excluido la simulación absoluta por falta de causa⁵⁸.

Los supuestos en los que el TS ha declarado la nulidad de las capitulaciones matrimoniales por ilicitud de la causa responden al conocido esquema de modificación, constante matrimonio, del régimen legal por el régimen de separación de bienes, con atribución en la liquidación de bienes realizables al cónyuge no deudor.

Ante esta situación (cuya solución debe llegar de la mano del art. 1317 CC), los acreedores reclaman de forma directa la nulidad de los capítulos por a) simulación absoluta, b) ilicitud de la causa por fraude de acreedores, c) fraude de ley; y, subsidiariamente, también, solicitan la rescisión de los capítulos por fraude de acreedores.

Ante este cúmulo de peticiones, el TS ha acogido la pretensión de nulidad por ilicitud de la causa: una vez para declarar nula la partición y otras, mucho más peligrosas, para anular el nuevo otorgamiento capitular y hacer responder a la sociedad de gananciales por deudas privativas y posteriores a su disolución. Tampoco han faltado sentencias, en las que se han declarado inválidos los capítu-

⁵⁵ Sorbido (y también otros autores: Osorio, Clavería) afirma que no procede el régimen de ilicitud de la causa, cuando el control de la legalidad del negocio se obtiene por otros medios (cfr. *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant, Valencia, 2005).

⁵⁶ STS de 30 de abril de 1990 (RJ 1990, 2813) y STS de 26 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9141).

⁵⁷ Las STS de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1818), –comentada por Parra Lucán (CCJC, 66)– y la STS 14 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1203) –comentada por Benavente P., CCJC, 53)– declaran nulas las capitulaciones matrimoniales por ilicitud de la causa, al entender que en el otorgamiento de los mismos existió una simulación fraudulenta que perjudicaba los intereses de los acreedores. En ambos casos, la deuda que se reclama es posterior al otorgamiento y publicidad de los capítulos.

⁵⁸ En diversas SSTs se rechaza la simulación absoluta de las capitulaciones matrimoniales porque éstas no pueden carecer de causa: «ya que la realidad negocial del cambio de capítulos es indiscutible sin que pueda hablarse de una inexistencia de la verdad del contrato (...) al ser el intercambio de prestaciones y derechos realizados por los interesados mediante la modificación de su anterior régimen económico matrimonial, la razón de ser del negocio realizado» (STS de 21 de noviembre de 2005, RJ 2005, 7850).

Al parecer, y según el TS, siempre que se modifican capítulos matrimoniales constante matrimonio la causa existe y sobre ella se cierne una sospecha de fraude. Así se deduce de las SSTs de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7850); 26 de noviembre de 1993 (RJ 1993), y 30 de abril de 1990 (RJ 1990, 2813) entre otras.

los por ilicitud de la causa, al servir los mismos, según afirma el TS, para defraudar derechos de los legitimarios.

- Al primer caso, responden, entre otras, las Sentencias de 22 de diciembre de 1989⁵⁹ y 30 de abril de 1990⁶⁰. En ellas se declara inválida la partición por ilicitud de la causa.

Es evidente que en estos casos, y siendo la deuda consorcial, basta con recurrir a la vía del artículo 1317 CC: que creo aplicable de oficio por los Tribunales, aun cuando, no lo soliciten las partes, al ser el régimen previsto por el legislador para estos supuestos⁶¹.

- Al segundo grupo de casos responden dos sentencias, a mi juicio, algo peligrosas: una de 10 marzo de 2000 y otra de 14 de marzo de 2004⁶²

En ambas, la modificación capitular y su publicidad son anteriores a la deuda contraída por uno de los esposos. En razón de ello, tanto los cónyuges como los terceros deben sujetarse al régimen pactado puesto que los capítulos son oponibles frente a todos.

Sin embargo, en ambos casos, afirma el TS que el otorgamiento capitular se ha realizado con la finalidad de defraudar y, por lo tanto declara nulo el nuevo otorgamiento, imponiendo a los cónyuges el régimen de gananciales.

Con ello, consigue el TS un pronunciamiento en el que bienes privativos de uno de los cónyuges terminan por responder de deuda ajena, tal vez debido a que nuestro Alto Tribunal sigue pensando en las viejas teorías de inmutabilidad de los capítulos que alegaban como fundamento la posibilidad de fraude para los terceros. Creo que esta postura debe superarse.

No hay fraude en modificar constante matrimonio el régimen económico matrimonial, posibilidad que establece el legislador del CC, ni lo hay en pactar separación de bienes para evitar que los bienes del consorcio no respondan ante futuras obligaciones que vayan a contraer los esposos. Curiosamente, éste es el supuesto estrella de modificación capitular en Francia, que recibe un juicio favorable de homologación por parte de los Tribunales franceses, ya que el cambio, tal y como exige el *Code* es «en interés de la familia» al tratar de preservar su fortuna. Basta con no dejar de pagar las deudas previamente contraídas o establecer mecanismos que garanticen su cobro. Nuestro Derecho tiene esos mecanismos a través del artículo 1317 CC.

⁵⁹ RJ 1989, 8867.

⁶⁰ RJ 1990, 2813.

⁶¹ Un reflejo de esta tesis que mantengo, parece apuntarse, aunque con cierta timidez, en la STS de 1 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1860).

⁶² RJ 2000, 1203 y RJ 2004, 1818.

Como ya dijera Lacruz, «no es impugnabile por lo acreedores un régimen que elimine las ventajas que para cada uno de los cónyuges tenía el régimen legal».

- El tercer caso es el que permite que los legitimarios impugnen la modificación capitular alegando perjuicio a sus derechos legitimarios.

Un ejemplo de estos casos puede verse en la STS 20 de marzo de 2000⁶³. En ella el marido casado en régimen de gananciales otorga junto a su cónyuge capítulos matrimoniales sustituyendo el régimen de gananciales por el de separación de bienes. Seguidamente, el marido, otorga testamento desheredando a su madre y nombrado heredera a su cónyuge.

La madre impugna el testamento, y no contenta con ello, también los capítulos porque alega que aun estando bien liquidado el régimen se han infravalorado los bienes inmuebles adjudicados a la esposa.

En todas las instancias, se declara inválido el testamento y los capítulos, la motivación del TS no es otra que afirmar que «capítulos y testamento forman un negocio complejo con intención defraudatoria».

Una vez más, la ilicitud de la causa y el fraude se presentan como un recurso fácil para solucionar situaciones que requieren algo más de reflexión.

Los legitimarios no son acreedores de los cónyuges, por lo tanto, ellos no están amparados por el artículo 1317 CC, pero sus derechos legitimarios encuentran protección a través de las acciones de salvaguarda de la legítima, no de la nulidad por ilicitud de la causa. Aquéllas, y no ésta, son las que deben utilizarse.

d) *Modificación de capítulos y alzamiento de bienes.* El alzamiento de bienes se configura en el CP de 1995 (también en el de 1973) como una forma de insolvencia punible no concursal que se caracteriza por la ocultación de los bienes del deudor generando un estado de insolvencia patrimonial.

Según la doctrina (Vives Antón, González Cussac) y la jurisprudencia (STS de 5 de mayo de 1991) no exige este tipo delictual «un actual o efectivo daño al acreedor, sino que basta con el daño potencial o peligro que se causa por la dolosa actuación del deudor». Tal es así que en la misma pena incurrirá: «Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación» (art. 257.2 CP).

⁶³ RJ 2000, 2020.

En atención a ello, la Sala 2.^a del TS en diversos fallos viene afirmando que la alteración del régimen económico matrimonial con la finalidad de ocultar bienes a los acreedores incide en el Derecho penal, pues *«es claro que lo dispuesto en el artículo 1317 CC, no impide que concurra el delito de alzamiento de bienes, si la escritura capitular fue el mecanismo utilizado para realizar el «acto de disposición» delictivo en perjuicio de los acreedores, a que se refiere el artículo 257 CP»*⁶⁴.

Ahora bien, señalando lo anterior, la Sala 2.^a, con base en los artículos 110 y 111 CP, declara la nulidad de los capítulos matrimoniales alegando su causa ilícita, para reintegrar el patrimonio del deudor, siempre que la misma se solicite por los querellantes o el Ministerio Fiscal.

Ciertamente, la errónea calificación de ilicitud de la causa conlleva, en el ámbito penal, a imponer a los cónyuges un deber de restitución, ajeno e impropio al negocio capitular, que pretenden conseguir los Tribunales penales a través de la declaración de nulidad para restaurar el daño patrimonial causado con el contrato.

Una vez más, no es necesario invalidar los capítulos porque, por aplicación del artículo 1317 CC, los acreedores han podido ya cobrar lo que se les debe (no hay daño, en el planteamiento del legislador penal y del TS). Pero, además, aun cuando los acreedores no hubieran conseguido cobrar de su deudor (v. gr., los bienes gananciales adjudicados a los cónyuges se enajenaron en favor de un tercero de buena fe, que inscribe en el Registro), la nulidad de los capítulos no traería consigo la reparación, que pretende el texto penal.

A lo que creo, la declaración de invalidez de los capítulos por los Tribunales penales, con independiera de la existencia del delito, no tiene sentido, puesto que en los capítulos no juega la restitución. Además, la acción civil que deben usar los acreedores del querellado no es otra que la regla de la inoponibilidad del artículo 1317 CC.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la AP Barcelona, Sala de lo Penal, de 21 de junio de 2004. Esta sentencia, a mi juicio, expresa correctamente las relaciones que han de mediar entre la modificación de los capítulos y el delito de alzamiento de bienes.

En concreto la Sala de la AP de Barcelona afirma, que:

«No es de estimar, en cambio, la pretensión de que se declare la nulidad de los capítulos matrimoniales otorgados por los acusados pues es evidente que semejante pretensión anulatoria no constituye un pronunciamiento útil y necesario para garantizar la restauración del daño patrimonial causado a don Jesús Ángel como consecuencia de la operación de vaciamiento patrimonial arriba descrita: en primer

⁶⁴ (SSTS de 23 de octubre de 2001 [RJ 2001, 10191], 14 de enero de 2003 [RJ 2003, 542]).

lugar, porque la sujeción real de los bienes gananciales a la satisfacción de las deudas y cargas de la sociedad opera *ope legis*, según se ha expuesto anteriormente (se refiere al art. 1317), sin necesidad de anular unos capítulos matrimoniales y en segundo lugar, porque el daño patrimonial ya obtendrá cumplida reparación mediante la obligación indemnizatoria impuesta a los condenados»⁶⁵.

e) Por lo tanto creo que debemos concluir que la nulidad por ilicitud de la causa fundada la misma en la intención fraudulenta de los capitulantes no conviene a los capítulos matrimoniales por cuanto, la causa no puede ser ilícita al estar amparada la modificación de capítulos en el CC.

El régimen derivado de la modificación capitular que perjudica a los acreedores por deudas consorciales anteriores a la publicidad del régimen, no es otro que el previsto por el legislador en el artículo 1317 CC.

Este régimen jurídico impide la aplicación de los artículos 1275, 1305 y 1306 CC referidos a los desplazamientos patrimoniales, que poco o nada tienen que ver con el negocio capitular.

Desde luego, si los créditos son posteriores al cambio de régimen económico, no existe ninguna razón que justifique la solicitud de nulidad por ilicitud de la causa (no es ilícita la sustitución de un régimen económico matrimonial por otro), debiendo los Tribunales rechazar la pretensión con imposición de costas al actor.

Los derechos de los legitimarios se salvaguardarán, en su caso, a través de la acción de intangibilidad de la legítima, pero no pueden impugnar los capítulos matrimoniales al carecer éstos de efectos transmisivos.

3. Supuestos de anulabilidad

A. *Causas*. Es unánime la doctrina al afirmar que la anulabilidad de los capítulos se refiere a la falta de capacidad plena de los otorgantes, bien por ser menores o incapacitados, así como por la falta de asistencia, del concurso y consentimiento de las personas que deban prestarla (arts. 1329 y 1330 CC). Supuestos a los que hay que añadir los vicios del consentimiento por error, dolo o intimidación⁶⁶.

⁶⁵ JUR 2004 220506.

⁶⁶ AMORÓS GUARDIOLA, M. (1984), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, pp. 1565-1569; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentario del CC*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 613-615. DE LOS MOZOS, J. L. (1982), «Comentario a los artículos 1334 y 1335 CC», *Comentarios al CC y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XVIII, vol. 1.º (arts. 1315 a 1343), 2.ª ed., Edersa, Madrid,

No tengo ninguna duda de que en todos estos casos procede la acción de anulabilidad del negocio, puesto que todos ellos juegan como requisitos de validez de los capítulos.

Como afirmaba respecto de la nulidad de pleno derecho, a mi juicio, los capítulos sólo serán inválidos (nulos o anulables) por falta de forma, de capacidad y por todas aquellas circunstancias que tengan que ver con la emisión del consentimiento, que ha de estar sujeto a los límites del artículo 1328 CC.

B. *Jurisprudencia.* La invalidez de los capítulos por causa de anulabilidad es escasa en la práctica, tal vez, porque la intervención de un fedatario público que comprueba la identidad de las personas (su edad) y afirma que, a su juicio tienen capacidad legal y explica, como exige el reglamento notarial, en qué consiste el acto que se otorga y cuáles son sus consecuencias, evita que los litigios por estas causas prosperen.

No obstante hay algunos supuestos de anulabilidad de capítulos matrimoniales que sí han llegado a los Tribunales, así, por ejemplo, se ha declarado la invalidez de los capítulos por dolo en STS de 9 de septiembre de 1985:

«Las capitulaciones son anulables al existir dolo motivado por las maquinaciones insidiosas, sin las cuales la mujer no las hubiera celebrado, y que viene acusada por la ocultación de determinados bienes y la infravaloración de los que se le adjudican al marido encaminado a obtener un pingüe beneficio económico, en perjuicio de la esposa, a la que se le adjudicaban bienes de valor notoriamente inferior, actitud determinante del dolo previsto en el artículo 1269 CC»⁶⁷.

Por intimidación, STS de 15 de enero de 2004⁶⁸.

Por menor edad o falta de capacidad pueden citarse las STS de 1 de julio de 1986 (menor edad de la esposa y falta de asistencia)⁶⁹ y la STS de 14 de febrero de 1986 (prodigalidad)⁷⁰.

pp. 248-254; XX (2001), «Comentario al artículo 1335 CC», *Comentarios del CC*, t. I, dirigidos por Bercovitz, Civitas, Madrid, pp. 1559-1560.

⁶⁷ En verdad, en esta sentencia no se anulan los capítulos, sino la liquidación del régimen económico de gananciales, el otorgamiento de los capítulos tiene como antecedente una separación eclesíástica habida entre los cónyuges a través de la que se liquida el régimen de gananciales (*vid.* comentario CABANILLAS, *CCJC*, 9, pp. 2911-2918). No obstante, sí sería posible inducir a un cónyuge a adoptar un determinado régimen económico que de otra manera no hubiera aceptado.

⁶⁸ BAYOD LÓPEZ, M. C. (2004), «Comentario a la STS de 15 de enero de 2004», en *CCJC*, núm. 66, pp. 1041-1063.

⁶⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1956), «El «concurso» de las personas designadas en el artículo 1318 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de nacional con extranjero. (notas a la STS de 1 de julio de 1956)», *ADC*, 1956, pp. 299-316.

⁷⁰ El objeto principal de esta sentencia se centra en la aplicación o no del viejo artículo 1323 en Cataluña, puesto que el prodigo capitulante era de dicha vecindad.

§16. CONSECUENCIAS DE LA INVALIDEZ DE LOS CAPÍTULO MATRIMONIALES

1. Efectos comunes a la nulidad y a la anulabilidad

A. Como señala la doctrina⁷¹, las consecuencias de la anulabilidad declarada y de la anulabilidad producida son siempre las mismas: los contratos inválidos son ineficaces.

Las consecuencias que se derivan de la invalidez, cualquiera que sea su causa, será i) la falta de vínculo jurídico entre las partes, de manera que devendrán ineficaces e inexigibles las obligaciones pactadas; ii) los efectos negativos del contrato pueden propagarse a otros actos o contratos que hubieran celebrado las partes (oponibilidad de la nulidad y propagación de efectos) y, iii) por ultimo, y como efecto específico de la invalidez al que de forma expresa cuida y atiende el legislador español, procederá la restitución de las prestaciones que hubieran sido materia del contrato.

B. El artículo 1335 CC en su párrafo primero, y respecto de las capitulaciones matrimoniales, establece una remisión expresa a *las reglas generales de los contratos*, de manera, que todos estos efectos sean también predicables de los capítulos nulos.

Pues bien, la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales escapa en buena medida a las reglas generales de los contratos.

Los efectos generales de la invalidez de los capítulos matrimoniales serán:

1. Ineficacia del régimen pactado y sustitución por el régimen legal previsto por el legislador (art. 1316 CC).

El régimen legal sustitutorio se impondrá con efectos *ex tunc* respecto a la valoración de todas las transacciones y negocios que hayan realizado los cónyuges: todos los negocios realizados hasta la fecha, y que por cierto seguirán siendo válidos, ahora podrán tener otras consecuencias para los cónyuges: quizá queden igual o quizá, al cambiar las reglas del juego, lo que adquirió un cónyuge con su salario ahora sea común, si en virtud de la regla aplicable (v. gr. régimen de gananciales) ese dinero era común.

2. La propagación de la ineficacia, propia del régimen de la invalidez, se encuentra limitada en esta sede: *Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a los terceros de buena fe* (art. 1335 CC *in fine*).

⁷¹ Respecto al régimen general de la invalidez de los contratos, sigo la monografía de DELGADO y PARRA (2005), *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, 2005.

Ello va a suponer que los efectos de la invalidez van a tener respecto de terceros de buena fe efectos *ex nunc*.

Como ha señalado la doctrina, la buena fe de los terceros se conecta a la protección de la apariencia, en la medida en que sin ser negligentes confían en la validez de las capitulaciones matrimoniales.

Esta protección alcanza lo mismo a terceros adquirentes de derechos reales de los cónyuges como de derechos de crédito, y a mi juicio al no distinguir la ley, deben quedar protegidas tanto las adquisiciones a título oneroso como a título gratuito, si las mismas eran válidas de acuerdo a las reglas de gestión del régimen que ahora se anula⁷².

Por lo demás, y aun cuando el artículo 1335 CC se refiere a anulación, cabe entender, con la casi unanimidad de la doctrina, que los límites a la propagación de la invalidez son independientes de su causa⁷³.

3. Por lo que respecta a la restitución, ésta, por definición no procede, por lo tanto, no es aplicable ni el artículo 1303 CC, ni tampoco los artículos 1304 y 1314 CC.

Ahora bien, el que no exista restitución en esta materia puede tener especial relevancia en lo que atañe al plazo para el ejercicio de la acción.

2. Legitimación

El que la invalidez obedezca a una causa de nulidad o de anulabilidad, sí incide en orden a los sujetos legitimados para hacerla valer.

La nulidad de pleno derecho puede hacerla valer cualquier interesado, mientras que la anulabilidad, sólo puede interesarla la parte contratante que padece el vicio o la incapacidad.

En esta sede, no hay ninguna diferencia reseñable con relación al régimen general de la invalidez de los contratos.

No obstante, y dado el régimen de protección de los terceros, éstos sólo podrán intervenir en el ejercicio de la acción de la acción

⁷² En contra CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentario del CC*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 615.

⁷³ AMORÓS GUARDIOLA, M. (1984), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, p. 1568; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentario del CC*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 614-615. DE LOS MOZOS, J. L. (1982), «Comentario a los artículos 1334 y 1335 CC», *Comentarios al CC y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XVIII, vol. 1.º (arts. 1315 a 1343), 2.ª ed., Edersa, Madrid, p. 254; COSTAS RODAL (2006), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentarios del CC*, t. I, dirigidos por Bercovitz, Civitas, Madrid, p. 1600.

de nulidad por falta de forma o de consentimiento (nada fácil de probar) de los capitulantes o porque las reglas que componen el negocio capitular infringen los límites del artículo 1328 CC (fundamentalmente las normas cogentes del régimen primario) y, entonces, provocando la nulidad de la estipulación en cuestión y no del resto del negocio.

3. Plazo para el ejercicio de la acción

A. *Nulidad*. Si la causa de la invalidez del contrato es la nulidad, la doctrina señala que la acción declarativa de la misma no está sujeta a plazo y puede hacerse valer en cualquier tiempo (*quod ab initio vitiosum est non potest tracctu temporis convallescere*).

Esta doctrina es aplicable a los capítulos matrimoniales cuando adolezcan de alguna de las causas que los invalidan.

B. *Anulabilidad*. Teorías en relación al plazo.

La acción de nulidad sólo durará cuatro años, afirma el artículo 1301 CC. Expresión que ha llevado a la doctrina a mantener dos posiciones enfrentadas que, a su vez, parten de premisas diversas con relación a la naturaleza de la acción de anulabilidad y a la calificación del contrato anulable.

a) Para unos (doctrina dominante), el contrato anulable es un contrato eficaz, si bien con una eficacia claudicante (De los Mozos, Díez-Picazo), e incluso, válido mientras no se impugne.

Todo ello, tiene como efecto que el contrato sólo dejará de ser válido cuando se impugne, de manera que será necesaria la incoación de un proceso mediante el cual se actúe la invalidez de aquello que nació válido: la acción de impugnación consiste en el ejercicio de un derecho potestativo al cambio jurídico y la sentencia es constitutiva de la invalidez (Clavería).

Lo anterior tiene como consecuencia, la consideración de que el plazo de cuatro años del artículo 1301 CC es de caducidad (algunos autores y varias sentencias lo califican de prescripción) y dirigido única y exclusivamente a conseguir los efectos que he señalado: la invalidez del negocio con los efectos previsto en el artículo 1303 CC: restitución de las prestaciones.

No se distingue en esta teoría entre acción declarativa y restitutoria. El plazo de los cuatro años se aplica a la declaración de nulidad y a sus efectos: la restitución, ya que para estos autores existe una única acción sujeta al plazo del artículo 1301 CC.

b) El profesor Delgado, siguiendo a De Castro, en diversos trabajos que comenzó a escribir en los años 70, ha defendido una

posición contraria y por ahora minoritaria, aunque sumando adeptos (Parra Lucán, Yzquierdo y la mayoría de sus discípulos entre los que me encuentro) que pasa por considerar que el contrato anulable es inválido desde el principio, si bien puede ser convalidado por el sujeto al que la norma trata de proteger (el incapaz, el que ha padecido el vicio del consentimiento o el cónyuge que no consintió a la enajenación, debiendo haberlo hecho: art. 1302 CC).

Con ello, se explica mucho mejor el artículo 1313 CC: «*La confirmación purifica el contrato de los vicios que adoleciera desde el momento de su celebración*», y lo que es más importante, la acción de nulidad no es una acción constitutiva sino declarativa de una situación que desde el principio ha nacido inválida.

Esta premisa permite, a su vez, defender que el plazo del artículo 1301 CC es un plazo de prescripción y referido única y exclusivamente a la acción de restitución.

La acción declarativa de nulidad no estaría sujeta a plazo (ni prescribe ni caduca, dice la doctrina española, no por ejemplo la francesa).

Así las cosas, para pretender la declaración de anulabilidad no sería necesario accionar judicialmente ni, en el caso de ser demandado el sujeto que padece el vicio, utilizar la reconvencción: bastaría con excepcionar.

Esta teoría de la doble acción (cuatro años para la restitución e imprescriptibilidad de la acción declarativa de anulabilidad), no es admitida por la mayoría de los autores, y en concreto Díez-Picazo, afirma que «podría teóricamente admitirse, aunque el supuesto sea académico, una anulación pura y simple sin que el demandante pida la restitución, aunque no llegue a verse la utilidad que de ello obtendría»⁷⁴.

c) A lo que creo, los capítulos matrimoniales son un ejemplo óptimo y sumamente práctico, no sólo teórico, de la bondad de la teoría de la doble acción⁷⁵.

Como decía al principio, las capitulaciones matrimoniales no son un contrato a cambio. Su contenido natural (que no esencial) es la determinación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial: estipulación o negocio capitular, que tiene por objeto establecer un régimen jurídico de calificación de bienes y poder de disposición sobre los mismos.

El objeto de estas normas no es realizar ninguna atribución de bienes. Simplemente, los bienes aportados y adquiridos constante

⁷⁴ Cfr. *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, I, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 489.

⁷⁵ Sobre la aplicación de esta teoría en la práctica *vid.* mi comentario a la STS de 15 de enero de 2004 en *CCJC*, 66.

matrimonio serán privativos o comunes en función del régimen pactado (efecto real de los regímenes económicos).

Esto va a significar, y siguiendo este modelo teórico, que aun tratándose de anulabilidad de capítulos, no resulta aplicable el artículo 1301 CC; sino que al no operar la restitución de las prestaciones, el ejercicio de la anulabilidad sólo estará referido a la acción declarativa, que en nuestro Derecho ni prescribe ni caduca.

Con ello, el cónyuge legitimado para el ejercicio de la acción podrá impedir que el otro utilice como regla, entonces sí, de reparto y atribución, de los bienes que formen el consorcio, procediéndose a realizar las adjudicaciones entre cónyuges en función del que sea el régimen legal aplicable al matrimonio.

C. *Conclusiones.* En materia de capítulos matrimoniales, aun cuando las causas de invalidez son distintas, y también lo es la legitimación para el ejercicio de una y otras, resulta que ambos supuestos de invalidez van a compartir los mismos efectos, y también el mismo plazo de ejercicio, al no jugar, en esta sede la restitución de las prestaciones.

VI. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

La naturaleza y calificación de las capitulaciones matrimoniales incide necesariamente en las consecuencias de su invalidez.

Primero. Los capítulos matrimoniales, como afirmé en 1995, son un contrato normativo de tipo asociativo, de ello se derivan los siguientes caracteres, que van a determinar su régimen de ineficacia:

1. El negocio capitular no es un acto de disposición, sino un acto normativo de calificación jurídica: a través de él se calificarán los bienes que individualmente adquieran los cónyuges en comunes o privativos; se establecerá sobre ellos, por obra de la ley, una determinada responsabilidad y llegado el momento se distribuirán entre los cónyuges.

2. Debido a su naturaleza, no es posible calificar el negocio capitular en términos de gratuidad, onerosidad o liberalidad (art. 1274 CC) y por ello el negocio capitular escapa a la disciplina propia contratos gratuitos, onerosos o liberales. Si bien, el negocio capitular sí se puede calificar de típico al estar previsto en la ley.

3. En razón de lo anterior, el negocio capitular goza de una causa neutra (terminología de Ennio Russo) o legal (tipicidad para mí).

Los cónyuges, como dijera Lacruz, actúan a través de una delegación que les proporciona el legislador: les faculta para estipular, modificar o sustituir su régimen económico matrimonial sujetos a las normas cogentes del sistema (régimen primario, arts. 1327, 1328 CC), pero al igual que sucede con la legislación delegada a ellos sólo les corresponde el ejercicio y no la titularidad de esta facultad, que la sigue conservando el legislador. Por ello, si los particulares no cumplen con los límites impuestos, se inaplicará el régimen pactado y se sustituirá por el previsto por el legislador: gananciales.

4. La titularidad de los bienes que corresponda a los cónyuges en función del régimen económico matrimonial adoptado se produce por obra de la ley (efecto real de los regímenes económicos), y al margen de la teoría general del contrato: escapa a necesidad de título y modo.

5. Al negocio capitular le es inaplicable el régimen jurídico del incumplimiento: resolución del contrato, puesto que no hay sinalagma; ni tampoco la rescisión contractual, ya que el negocio capitular carece de un programa de prestaciones.

6. Debido a su importancia no sólo para los cónyuges sino en especial para los terceros están sometidas a un doble sistema de validez y oponibilidad: su otorgamiento debe constar en escritura pública (art. 1327 CC) y ésta, y sus modificaciones, ser inscritas en el Registro Civil (art. 1332 CC). Por carecer de efectos dispositivos su inscripción en el Registro de la Propiedad no es posible por sí sola sino únicamente cuando contenga respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados alguno de los actos a que se refieren los artículos 2 LH y 7 RH, pero no de otra manera (art. 75 LH).

7. El principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) carece de aplicación respecto a los capítulos matrimoniales debido a su naturaleza asociativa y a la posibilidad de afectar a terceros ajenos al contrato. Los efectos del contrato son *erga omnes*.

Segundo. En relación con las anteriores premisas, y en orden a los requisitos de validez y oponibilidad del negocio capitular cabe afirmar:

1. Las reglas de validez se deducen principalmente del sistema *ad hoc* previsto por el legislador en los artículos 1325 a 1335 CC, presentando los capítulos especialidades que escapan a la teoría general del contrato, especialmente en lo que hace al objeto y a la causa.

A. Son requisitos de fondo el consentimiento, que debe ser emitido de forma libre y consciente. El mismo debe recaer sobre

la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial y ha de quedar sujeto a los límites previstos en el artículo 1328 CC.

No conviene a los capítulos matrimoniales las nociones de causa y objeto previstas en el artículo 1261 CC.

La capacidad se regula por sus propias reglas: artículos 1329 y 1330 CC.

Como requisito de forma, el negocio capitular requiere escritura pública: artículo 1327 CC.

2. El sistema de oponibilidad que el legislador prevé para los capítulos (arts. 1317 y 1333 CC) hace derivar importantes consecuencias:

A. Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones pueden ser válidos, pero no oponibles a los terceros, si aquéllos no han sido debidamente publicados o, en su caso, dados a conocer a los terceros (art. 1333 CC).

B. La modificación de los capítulos sin cumplir el protocolo de la publicidad no perjudicará en ningún caso los derechos de terceros. (art. 1317 CC).

C. Los capítulos inválidos tiene una ineficacia *ex nunc* respecto a los terceros de buena fe (art. 1335 CC).

Tercero. Como consecuencia de los caracteres que presenta el negocio capitular y de sus especialidades respecto a la validez y la oponibilidad, las causas de ineficacia de los capítulos no operan como en el resto de los contratos, presentan también sus propias peculiaridades.

1. Causas de ineficacia *stricto sensu*: caducidad y rescisión.

A. Por su relación con el matrimonio, las vicisitudes del mismo, provocan la ineficacia o caducidad de los capítulos cuando:

a) Si siendo el otorgamiento antenupcial, el matrimonio no llega celebrarse (art. 1334 CC).

b) Si el matrimonio se ha celebrado, su nulidad respecto de los terceros, sea o no el matrimonio putativo, tendrá efectos *ex nunc* (art. 95 en relación con el art. 1317 CC).

B. Rescisión y capítulos. Los capítulos matrimoniales no son un negocio de carácter dispositivo, por ello no procede su rescisión en ningún caso.

No obstante, el Derecho español permite el ejercicio de la acción rescisoria respecto a los actos liquidatorios y particionales de los regímenes de comunidad (arts. 1404 y 1410 CC, referentes a

la sociedad de gananciales son aplicables analógicamente a otros regímenes de comunidad).

Su rescisión es posible al tener estos actos carácter dispositivo y no reglamentario.

En atención a lo anterior y sobre el ejercicio de la acción rescisoria con relación a los terceros y a los cónyuges podemos concluir que:

a) No es posible su ejercicio ni por parte de los terceros ni por parte de los cónyuges, respecto del negocio capitular, por carecer de efectos transmisivos. Los terceros, si los cónyuges no han cumplido con las condiciones de oponibilidad, podrán ejercer las acciones que se derivan del artículo 1317 en relación con el artículo 1322 CC.

b) Respecto del negocio particional, el régimen previsto en artículo 1317 CC, impide el ejercicio de la acción rescisoria, cuando la deuda que se reclame sea ganancial.

c) Los terceros sí pueden impugnar la partición en los supuestos en lo que siendo la deuda privativa, se hubieran adjudicado bienes de escaso a valor al cónyuge deudor (arts. 1401 y 1410 CC en relación con el art. 1084 CC).

d) El cónyuge que sufrió lesión en la partición puede impugnarla: artículo 1410 en relación con el artículo 1074 CC.

2. Causas de invalidez.

A. Causas de nulidad. Debido a la configuración del negocio capitular no todas las causas de nulidad convienen al negocio capitular.

Éste será nulo por falta de forma y de consentimiento. También será nula la estipulación capitular que exceda las previsiones del artículo 1328 CC.

Los capítulos no podrán ser nulos:

a) Por indeterminación del objeto (art. 1316 CC).

b) Por ilicitud de la causa fundada la misma en la intención fraudulenta de los capitulantes: la causa no puede ser ilícita al estar amparada la modificación de capítulos en el CC. El perjuicio que, en su caso, se derive para terceros de la modificación capitular debe reconducirse al sistema de la inoponibilidad regulado en el artículo 1317 CC.

B. Causas de anulabilidad. Podemos admitir las comunes en la teoría general: vicios del consentimiento y defectos de capacidad: menor edad e incapacitación.

Cuarto. La naturaleza del negocio capitular ha condicionado sus reglas de validez y de invalidez, ello da como resultado que el

régimen de invalidez sea peculiar y escape a las previsiones del legislador en los artículos 1300 y siguientes CC.

Los efectos generales de la invalidez de los capítulos matrimoniales, tanto por causa de nulidad como de anulabilidad, serán:

1. Ineficacia del régimen pactado y sustitución por el régimen legal previsto por el legislador (art. 1316 CC).

El régimen legal sustitutorio se impondrá con efectos *ex tunc* respecto a la valoración de todas las transacciones y negocios que hayan realizado los cónyuges, negocios que seguirán siendo válidos, si bien, podrán tener otras consecuencias para los cónyuges: quizá queden igual o quizá, al cambiar las reglas del juego, lo que adquirió un cónyuge con su salario ahora sea común, si en virtud de la regla aplicable (v. gr. Régimen de gananciales) ese dinero era común.

2. La propagación de la ineficacia, propia del régimen de la invalidez, se encuentra limitada en esta sede: *Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a los terceros de buena fe* (art. 1335 CC *in fine*).

Ello va suponer que los efectos de la invalidez van a tener respecto de terceros de buena fe efectos *ex nunc*.

3. Por lo que respecta a la restitución, ésta, por definición no procede, por lo tanto, no es aplicable ni el artículo 1303 CC, ni tampoco los artículos 1304 y 1314 CC.

4. Al ser imposible el ejercicio de la acción restitutoria no es aplicable el artículo 1301 CC, que contiene, según la doctrina a la que me adhiero, el plazo para el ejercicio de esta acción.

5. Al no convenir a la invalidez de los capítulos la restitución de las prestaciones, la acción de nulidad y de anulabilidad comparten el mismo sistema de ejercicio: la acción no prescribe ni caduca en ninguno de los supuestos. Sí se mantiene el régimen de legitimación activa, que es distinto en cada una de estas acciones y que es igualmente aplicable al régimen de los capítulos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

§ 17. BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

- ALVARÉZ VIGARAY, R. (1988), «Introducción al estudio de la inoponibilidad», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goyisolo*, vol. I, Madrid, pp. 81-196.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1984), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, pp. 1565-1569.

- BAYOD LÓPEZ, M. C. (1995), *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*. Ed. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza.
- BAYOD LÓPEZ, M. C. (1997), *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, ed. Prensa Universitarias de Zaragoza, Zaragoza.
- BAYOD LÓPEZ, M. C. (2004), «Comentario a la STS de 15 de enero de 2004», en *CCJC*, núm. 66, pp. 1041-1063.
- BLASCO GASCÓ, F. (1993), «Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros», *ADC*, t. XLVI, fascículo I, pp. 599-641.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1985), «Comentario a la STS de 9 de septiembre de 1985», *CCJC*, 9, pp. 2911-2918.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1986), «Comentario a la STS de 30 de enero de 1986», *CCJC*, 10, pp. 3395-3404.
- «Comentario a la STS de 13 de junio de 1986», *CCJC*, 11, pp. 3759-3766.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987), «Comentario a la STS de 17 de noviembre de 1987», *CCJC*, 15, pp. 5161-5173.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentario del CC*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 613-615.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1954), *Derecho civil español común y foral*, 7.^a ed. t. V, Madrid.
- CÓDIGO CIVIL (Reformas 1978-1983) Trabajos Parlamentarios, I Cortes Generales, (193. Edición dirigida por Fernando Santaolalla.
- COSTAS RODAL, L. (2006), «Comentario al artículo 1335 CC», en *Comentarios del CC*, t. I, coordinados por Bercovitz, Civitas, Madrid, pp. 1599-1600.
- CUTILLAS TORNS, J. M. (2000), *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de su ineficacia y de sus acciones impugnatorias*, ed. Revista General del Derecho, Valencia.
- DE LOS MOZOS, J. L. (1982), «Comentario a los artículos 1334 y 1335 CC», en *Comentarios al CC y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XVIII, vol. 1.^o (arts. 1315 a 1343), 2.^a ed., Edersa, Madrid, pp. 248-254.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1995), «Comentario a los artículos 1300 a 1314 CC» en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2.^o, 2.^a edición, Edersa, Madrid, pp. 273-510.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2005), «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y dogmática)», en *ADC*, t. LVIII, Madrid, pp. 9-74.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M. A. (2005), *Las nulidades de los contratos*, Dykinson.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993), «Comentario al artículo 1257 CC», en *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 433-436.
- DURÁN RIVACOBA, R. (1991), «La capacidad en las capitulaciones matrimoniales», *ADC*, t. XLIX, pp. 97-181.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R. (2004), *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.^a ed. Thomson-Civitas, Madrid (845 pp.).
- GÓNZALEZ PACANOWSCA, I. (1993), «Comentario al artículo 1257 CC», en *Comentarios al CC y a las Compilaciones forales*, XVII, vol. 1.^o-A, pp. 322-419.
- «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, José María Bosch editor, S. A., Barcelona, pp. 1467-1482.

- GORDILLO CAÑAS, A. (1982), «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *ADC*, pp. 1111-1160.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1991), *La impugnación de las capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos.
- HERRERO GARCÍA, M. J. (1993), «Comentario al artículo 1317 CC», en *Comentario del CC*, ed. MMJJ., Civitas, Madrid, pp. 577-578.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1962), «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, pp. 1-58.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1950), *Comentarios al CC español*, t. IX, Reus.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (1998), «Comentario a la STS de 10 de marzo de 1998», *CCJC*, 47, pp. 881-899.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1967), *Código Civil*. Comentado y concordado extensamente revisado por José María Reyes Monterreal, t. XXI, artículos 1315-1391, 2.ª ed. Reus, S. A. Madrid, pp. 159-282.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2004), «Comentario a la STS de 10 de marzo de 2004», *CCJC*, núm. 66.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1956), «El «concurso» de las personas designadas en el artículo 1318 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de nacional con extranjero (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1956)», *ADC*, 1956, pp. 299-316.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (1987), «Comentario a la STS de 20 de febrero de 1987», *CCJC*, 13, pp. 4389-4399.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (1994), *Protección de un tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Tirant, Valencia.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (1990), «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en *Centenario del CC (1889-1989)*, t. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 1657-1684.
- RAMS ALBESA, J. (2002), *Elementos de Derecho civil. IV. Familia*, Dikynson, p. 156.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2005), *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant, Valencia.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. M. (2004), *Principios de Derecho administrativo general*, I, 1.ª ed., Iustel.
- VAQUER ALOY, A. (1999), «Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña)», en *ADC*, t. LII, pp. 1491-1570.

§18. BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

- AUBRY ET RAU (1913), *Cours de Droit civil français*, t. VII, 5.ª ed, revu par M. Étienne Martin, París.
- BAUDRY-LACANTINERIE and LE COURTOIS, J., et SURVILLE, F. (1906), *Traité Théorique et pratique de Droit civil. Du contract de mariage ou des régimes matrimoniaux*, 3.ª ed. t. III, París.
- BÉNABENT, A. (1991), *Droit civil. Les obligations*. 3.ª ed., Montchrestien, París.
- BEUDANT, Ch. (1937), *Cours de Droit civil français*, t. X, *Le contract de mariage et les régimes matrimoniaux*, publiéé Robert Beudant and Paul Lerebours-Pigeonnière avec le collaboration Roger Leonan, 2.ª edition, París.
- COLOMER, André (1986), *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 10.ª ed. Litec, París.

- DORIA, Giovanni (2001), «Atti di disposizione tra coniugi “causa” familiare», en *Vita Notariale*, núm. 2, maggio-agosto, pp. 727-735.
- GHESTEIN, J. avec le concours de Christophe JAMIN and Marc BILLIAU (1994), *Traité de Droit civil. Les effets du contrat*, 2.^a ed., LGDJ, París.
- LAURENT, F. (1878), *Principes de Droit Civil Français*, t. 21, 3.^a ed, Bruselas-Paris.
- MALAUIRE, P., et AYNÈS, L. (1990), *Cours de Droit civil. Les obligations*, 2.^a ed., Cujas, Paris.
- MAZEAU, H., et L. et J. (1977), *Leçons de Droit civil*, t. IV, vol. 1.^o, *Régimes matrimoniaux*, 4.^a ed, par Michel de Juglart.
- PLANIOL, M. et RIPERT, G. (1957), *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. VIII. *Les régimes matrimoniaux*, 1.^{er} Partie, 2.^a ed. par Jean Boulanger, París.
- RUSO, E. (2004), «Le convenzioni matrimoniali. Artt. 159-166 bis», en *Il Codice civil Commentario*, fondato da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli, ed. Giuffrè (676 pp.).
- RUSO, E. (2001), «Ripetizione dell'indebito ne rapporti tra i coniugi, convenzioni matrimoniali e pubblicità del fondo patrimoniale», en *Vita Notariale*, núm. 2, maggio-agosto, pp. 609-619.

Los actos de parcelación contrarios a la normativa*

MARÍA ELENA SÁNCHEZ JORDÁN

Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas
Centro de Estudios Ecosociales
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Este trabajo pretende profundizar en la calificación que debe darse a los actos de parcelación contrarios a las normas de planeamiento. Esta cuestión se plantea a raíz de las distintas interpretaciones dadas al precepto que, en las sucesivas normas reguladoras del uso del suelo, ordenaba la intervención de Notarios y Registradores de la Propiedad en materia de autorización e inscripción de escrituras de división o segregación de terrenos (y que en la actualidad se contiene en el art. 78 del RD 1093/1997, de 4 de julio, así como en el art. 17.2 de la recién aprobada Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo). En este estudio se constata cómo, a pesar de la existencia de mecanismos de control que tienen por objeto impedir las parcelaciones contrarias al planeamiento, en la práctica se llevan a cabo numerosos actos de fraccionamiento o división de terrenos contra lo previsto en la normativa aplicable. En el Derecho civil es posible encontrar algunos remedios para tratar de dar solución al problema planteado, que variarán en función del supuesto –básicamente, parcelación en suelo no urbanizable, en suelo indivisible, sin licencia– y de la normativa aplicable, pues las soluciones contenidas en las distintas normas autonómicas no son, ni mucho menos, idénticas entre sí.

PALABRAS CLAVES

Parcelaciones, división de terrenos, ilicitud administrativa, validez civil, nulidad, anulabilidad.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación SEJ2004-08057-C03-02, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

SUMARIO. I. *Introducción.*—II. *El supuesto de hecho sometido a control: el fraccionamiento de terrenos:* 1. Los mecanismos de control. 1.1 Controles previos. A) La exigencia de licencia. B) El control por parte de Notarios y Registradores. C) El alcance de la intervención de Notarios y Registradores. 1.2 Los controles posteriores: el régimen aplicable en los casos de incumplimiento de la normativa aplicable.—III. *Las consecuencias de las parcelaciones contrarias a la normativa:* 1. Las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. 2. El fraccionamiento de suelo indivisible. 3. Notas comunes a las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable y a la división de parcelas indivisibles. 4. Parcelaciones sin licencia.

I. INTRODUCCIÓN

En numerosas ocasiones se ha señalado que el Registro de la Propiedad resulta un instrumento del máximo interés para lograr la protección de la legalidad urbanística¹. Esta afirmación explica en gran medida el que desde hace tiempo se haya puesto de relieve el importante papel que juega la institución registral en la defensa del interés público²—sin olvidar, claro está, su aspecto de garantía y salvaguarda de los derechos de los particulares—, y se venga reclamando la máxima coordinación entre Registro y Urbanismo, no sólo entre la doctrina³, sino también a nivel institucional. Como muestra de esta última afirmación, puede citarse la RDGRN de 12

¹ *Vid.*, entre los primeros autores que se pronunciaron sobre esta cuestión, N. de FUENTES SANCHIZ, quien opina, de forma quizá un tanto radical, que «las determinaciones sobre Política de Suelo... tienen para su desarrollo y garantía un solo instrumento adecuado: el Registro de la Propiedad», añadiendo, páginas después, que «no hay ningún otro medio para asegurar las decisiones urbanísticas que el arroparlas con los principios registrales. Salvo esta Institución, no existe otra que ofrezca, a un mismo tiempo, garantías de publicidad y legalidad suficientes. Y hay que estimar que el legislador que siempre acudió al Registro en busca de seguridad no estaba obcecado» («En torno al Urbanismo. Política de Suelo y Registro de la Propiedad», *RCDI*, julio-agosto 1963, pp. 452 y 480). Entre los más recientes, podemos citar a M. FUERTES, para quien «la correcta protección de la legalidad urbanística exige del indispensable instrumento del Registro de la Propiedad para que la transmisión de titularidades conforme a la publicidad registral no impida la aplicación del ordenamiento urbanístico» (*Urbanismo y publicidad registral*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 19).

² De nuevo, DE FUENTES SANCHIZ, *op. cit.*, p. 452. Más recientemente, F. CORRAL DUEÑAS y J. L. LASO MARTÍNEZ, «La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio», *RCDI*, marzo-abril 1983, núm. 555, pp. 313 ss., p. 331, pp. 333-340, pp. 343-344; M. BASSOLS COMA, «Panorama del Derecho urbanístico español: balance y perspectivas», *RDU*, diciembre 1998, p. 74.

³ Sobre la necesidad de coordinar Registro de la Propiedad y Urbanismo pueden consultarse, entre otros, F. CORRAL DUEÑAS, «La ordenación del territorio y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, septiembre-octubre 1978, núm. 528, pp. 938 ss.; L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores», *RCDI*, enero-febrero 1994, núm. 620, pp. 10 ss.; M. FUERTES, *Urbanismo y Publicidad Registral*, *cit.*, pp. 19 y 20.

de enero de 1984 (RA 426), en la que se afirma que «una de las materias en que es precisa la máxima coordinación entre Instituciones afectadas es aquella que hace referencia a la constancia en el Registro de la Propiedad de las variadas situaciones urbanísticas que pueden producirse a causa de la legislación especial de urbanismo, al objeto de que la función de publicidad propia de los libros registrales muestre a todos los interesados la verdadera situación jurídica en que se encuentran las fincas afectadas y que a la vez puedan conocer las consecuencias que se derivan de este tipo de actividad y se evite, de otra parte –ante su no constancia– la aparición del tercero protegido por la fe pública».

Sobre la base de tales antecedentes, no es de extrañar que en los últimos veinticinco años la necesidad de conectar Urbanismo y Registro, con el propósito de convertir al Registro de la Propiedad en una poderosa herramienta de tutela de la legalidad urbanística⁴, haya llegado a tener reflejos normativos⁵. Sirva como primer ejemplo la promulgación de la Ley (catalana) sobre protección de la legalidad urbanística, de 18 de noviembre de 1981, actualmente derogada, que tanto en su Exposición de Motivos como en su articulado aludía a la necesaria concordancia entre la gestión urbanística con la práctica notarial y el Registro de la Propiedad⁶. Dicha norma se vio precedida en el tiempo por el Protocolo suscrito entre la Generalidad de Cataluña y los Colegios Notarial y de los Registradores de la Propiedad, fechado el 26 de febrero de 1980⁷, en cuyo preámbulo pueden leerse interesantes afirmaciones relativas a algunas de las cuestiones en las que se pone de manifiesto la necesidad de coordinar Urbanismo y Registro de la Propiedad. Así, entre otros aspectos, se alude a la incidencia que tiene el urbanismo en el Derecho privado y, en concreto, en el derecho de propiedad⁸, superando por lo tanto las reticencias sostenidas en su momento por quienes dudaban de la conveniencia de dar entrada en los libros

⁴ Si destaca esta finalidad es porque la otra, que podría denominarse «básica» –protección de la seguridad del tráfico jurídico, salvaguarda de los derechos de los particulares– no se discute.

⁵ Antes de la década de los ochenta, sólo se encontraban referencias aisladas, contenidas en textos dispersos; así, por ejemplo, el Reglamento de Reparcelaciones de 1966 (Decreto de 7 de abril de 1966, núm. 106/1966) regulaba cuestiones relativas a rectificación de los datos descriptivos de las fincas en el Registro o a la reanudación del tracto registral (art. 28.2 y 28.8); o el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 (aprobado por RD 3288/1978, de 25 de agosto), que preveía la inscripción en el Registro del acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación (arts. 113.2 y 114).

⁶ En concreto, en su artículo 3 y en el capítulo IV (arts. 31 a 36).

⁷ Su texto se encuentra publicado en la *RDU*, núm. 68 (mayo-junio 1980), pp. 103 ss.

⁸ De esta cuestión se han ocupado, entre muchos otros, L. Díez-Picazo, «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *RDU*, núm. 23 (1971), pp. 13 ss.; R. Martín Mateo, «La penetración pública en la propiedad urbana», *RCDI*, 1972, núm. 473, pp. 1238 ss.

registrales a actos de carácter administrativo en materia de ordenación del territorio⁹, probablemente por considerar a las normas administrativas que los regulaban como si se tratase de una legislación «de segunda»¹⁰. Además, en el mismo lugar se contienen referencias a la trascendencia de la intervención de Notarios y Registradores en el control de la legalidad del tráfico inmobiliario¹¹, haciendo especial hincapié en la importancia que posee la institución registral en la protección de la legalidad urbanística¹².

Entre las manifestaciones más recientes de la consagración normativa de la necesidad de conectar Urbanismo y Registro de la Propiedad resulta inevitable aludir al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en adelante, NCRH), dictado en cumplimiento del mandato contenido en el último párrafo de la disposición adicional décima de la Ley del Suelo de 1990 (en adelante, LS 1990), que encomendaba al Gobierno la aprobación de las modificaciones del Reglamento Hipotecario necesarias para su desarrollo¹³. En todo caso, no se debe olvidar que la mayoría de las normas, tanto estatales como autonómicas, que tienen por objeto la regulación del uso del suelo en el ámbito de sus competencias, contienen preceptos que contemplan la posibilidad de hacer constar en el Registro de la Pro-

⁹ A estas reservas alude CORRAL DUEÑAS, «La ordenación del territorio», cit., pp. 938 y 939.

¹⁰ Es muy explícito, en este sentido, J. L. LASO MARTÍNEZ, «Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral», *RCDI*, enero 2000, núm. 657, p. 894.

¹¹ Según este Protocolo, los Notarios y Registradores son «profesionales a quienes el Estado encomienda el control de la legalidad civil del tráfico inmobiliario». Entre los principios generales que recoge en su preámbulo, que sirven para estructurar los criterios que «constituyen interpretación de la legislación vigente» y que se supone que deben guiar la actuación de Notarios y Registradores de la Propiedad en esta materia, hay algunos de enorme interés a nuestros efectos, de entre los que transcribiré los dos que considero más significativos: —«El bloque de la legalidad urbanística incide en la esfera del derecho privado, en general, y en el de la propiedad, en particular, limitando facultades e imponiendo obligaciones y cargas bajo el principio de su función social. En este sentido, es fundamental la conjunción de las técnicas iusprivatistas e iuspublicistas en el ámbito urbanístico»; —«El Registro de la Propiedad, como institución instrumental de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias, debe ser aprovechado hasta el máximo por la Administración a fin de que se constituya en apoyo firme de la eficacia de los actos administrativos en materia urbanística y en medio idóneo de información y garantía de la actividad controladora y sancionadora de la Administración».

¹² En la línea que ha sido reiterada una y otra vez a partir del trabajo de DE FUENTES, cit., y que recientemente ha sido objeto de estudio por M. FUERTES, *op. cit.*

¹³ Se cumple así con el vaticinio expresado por N. DE FUENTES, *op. cit.*, p. 501, quien en 1963 escribía lo siguiente: «Es de esperar que en futuras reformas del Reglamento Hipotecario —donde tiene adecuada cabida— se estructurará la técnica urbanística registral, y estamos seguros que ello ha de ocurrir, sin precipitaciones y con acierto». Y desde luego que no ha habido precipitación: estas NCRH se promulgan treinta y cuatro años después de publicadas las opiniones que se acaban de transcribir.

piedad ciertos actos de contenido urbanístico, lo que impone un previo control de la legalidad de los mismos por parte de Notarios y Registradores. Esto es así ya desde la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (desde aquí, LS 1956), en cuyo artículo 209.1 se decía lo siguiente: «*Los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la Legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión provincial de Urbanismo, de oficio o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización*». Ha de recordarse que esta regla no resultó afectada por la modificación operada por la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975, en cuya disposición adicional decimotercera se señalaba la necesidad de adaptar la legislación hipotecaria a la urbanística, propósito al que, sin embargo, nunca se dio cumplimiento¹⁴. Como cierre de esta etapa, caracterizada por la dispersión y generalidad de la normativa reguladora de las relaciones entre la actividad urbanística y el Registro, nos encontramos con el artículo 221.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (TRLS 1976), que reitera el texto originario de 1956. Por fin, la nueva fase que se inicia con la promulgación de la LS 1990 aborda de manera más decidida y, sobre todo, de forma mucho más sistemática, la regulación de las relaciones entre Urbanismo y Registro. Esto sucede a partir del encargo al Gobierno –ya aludido– de modificar el Reglamento Hipotecario para desarrollar la disposición adicional décima de la LS 1990, Disposición cuyo contenido se reproduce, con escasas variaciones, en los artículos 307 a 310 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (TRLS 1992), que han sido declarados vigentes de manera expresa por la disposición derogatoria de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 (LRSV 1998, en adelante). Aquel mandato al Ejecutivo se cumple acertadamente, al menos desde un punto de vista formal¹⁵, con la publicación de las NCRH –norma que ha sido caracterizada como «disposición completa y sistematizada»¹⁶–, y no a través de una modificación al Reglamento Hipotecario, solución ésta que hubiera sido engorrosa y hubiera dado lugar a grandes dificultades a la hora de su interpretación y aplicación. Y aunque desde una óptica material se han detectado algunas deficiencias

¹⁴ Para ARNAIZ EGUREN, la previsión de adaptación se planteó con un criterio demasiado ambicioso, por lo que a su juicio no resulta sorprendente el fracaso del propósito legal (ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos. Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, «Normas complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística»*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, 2.^a ed., p. 9).

¹⁵ En este sentido, ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., p. 12.

¹⁶ ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., p. 12 y pp. 18 y 19.

en la norma ¹⁷, debe reconocerse el importante esfuerzo que en ella se contiene, así como el tremendo avance que supone en esta complicada materia. Ordenada en doce capítulos, regula de manera bastante minuciosa el acceso al Registro de la Propiedad de numerosos actos –la mayoría de los cuales, pero no todos, encajan en la categoría de actos administrativos– relativos al uso y gestión del suelo, acceso que presupone una previa labor de calificación y, en consecuencia, de control de la legalidad del acto, por parte del Registrador ¹⁸.

II. EL SUPUESTO DE HECHO SOMETIDO A CONTROL: EL FRACCIONAMIENTO DE TERRENOS

Entre los diversos actos cuyos pormenores de entrada en el Registro son objeto de regulación en las NCRH se encuentran, además de muchos que poseen un origen claramente administrativo, algunos otros que surgen de la actividad de los particulares. Este trabajo se va a centrar, precisamente, en un grupo que encaja en esta segunda categoría, que se integra por aquellos que tienen por objeto el fraccionamiento de fincas. Me voy a referir, en concreto, a los actos de parcelación, división y segregación de terrenos ¹⁹, que tradicionalmente han sido objeto de regulación diferenciada e, incluso, separada: en la legislación del suelo encontramos preceptos que aluden a las operaciones de parcelación, por un lado, y a actos de división y segregación, por otro, lo que podía llevar a pensar, de forma incorrecta, en mi opinión, que se trata de actuaciones diferentes. Cuando las operaciones de fraccionamiento se refieren a suelo urbano o urbanizable, las normas que las ordenan emplean, por lo general, el término parcelación, bien bajo la rúbrica «Parcelaciones y reparcelaciones» en las primeras normas sobre el suelo ²⁰, bien bajo el título «Parcelaciones», en la actualidad, hasta

¹⁷ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, y en relación al Borrador, J. L. LASO MARTÍNEZ, «Registro de la Propiedad y Urbanismo», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, p. 280, nota pie 31. También hay críticas en el que podríamos considerar «principal comentarista» de las NCRH: me refiero a ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 12 y 13.

¹⁸ En defensa de la utilidad del Registro como mecanismo de control de la legalidad de los actos relativos al uso del suelo se pronuncian de forma muy tajante, entre otros, CORRAL DUEÑAS y LASO MARTÍNEZ, «La publicidad inmobiliaria», cit., p. 314.

¹⁹ Afirma C. QUINTANA REDONDO, «Parcelaciones urbanísticas», *RDU*, mayo-junio 1968, núm. 8, p. 18, que la norma general consiste en que sean los particulares quienes lleven a cabo las operaciones parcelatorias.

²⁰ Tanto en la LS 1956 como en el TRLS 1976, a pesar de que, como es sabido, la parcelación y la reparcelación son operaciones distintas.

la aprobación de la Ley del Suelo de 2007²¹. Cuando, en cambio, las actuaciones de fraccionamiento tienen por objeto suelo rústico o no urbanizable, se suele aludir a la división o segregación de terrenos, y ello se hace a propósito de la regulación de los derechos y deberes de los propietarios en esta clase de suelo, con remisión a la legislación sectorial –agraria, forestal o de signo parecido– que fuera aplicable²², lo que enlaza con la necesidad de respetar, en esta clase de suelo, la unidad mínima de cultivo, tal y como resulta, hoy en día, de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (en adelante, LMEA).

Ha sido precisamente la regulación contenida en las NCRH la que ha unificado la denominación aplicable a las diversas operaciones a las que acabo de hacer referencia (parcelación, división, segregación), reconociendo de este modo que todas ellas se refieren a una misma realidad: el fraccionamiento de suelo²³. Nos encontramos, así, con que en su capítulo X, denominado «Inscripción de actos de parcelación», se alude de forma reiterada a actos de división y segregación de terrenos o fincas (arts. 78, 79, 80, 82). Ha de añadirse a lo expuesto que la propia definición legal de parcelación –me refiero a la que se puede encontrar en alguna normativa autonómica, ya que la estatal se ha centrado, tradicionalmente, en el concepto de parcelación urbanística²⁴– la concibe como «la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes nuevos independientes²⁵».

²¹ Es lo que sucede en el TRLS 1992, donde se regula el control de la divisibilidad o no de las fincas bajo la rúbrica «Parcelaciones».

²² Así ocurre desde la LS 1956 (art. 69.1.4.^a), pasando por las leyes posteriores, y así se ha mantenido en la LRSV, cuyo artículo 20.2, que lleva por ladillo «Derechos de los propietarios de suelo no urbanizable», no sólo prohíbe de manera tajante la práctica de parcelaciones urbanísticas en dicha clase de suelo, sino que también veda las divisiones, segregaciones o fraccionamientos contrarios a lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o similar.

²³ Ya con anterioridad, la Ley 5/1987, de ordenación urbanística del suelo rústico de la CA de Canarias aludía a parcelaciones, segregaciones, o cualesquiera actos de división de fincas (art. 6). Y en la legislación urbanística autonómica más reciente se encuentran ejemplos de empleo de los términos parcelación, segregación o división como si fueran sinónimos. Así, artículo 80 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias (TRLOTCan).

²⁴ Un breve apunte acerca de las definiciones que en la materia se contienen en la normativa de ámbito estatal puede encontrarse en P. GUTIÉRREZ-ALVIZ y CONRADI, y P. A. ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones en el Derecho español*, Comares, Granada, 1993, pp. 125 y 126. La LS 2007 emplea los términos división y segregación tras definir lo que entiende por finca y por parcela.

²⁵ Así se expresa el artículo 80 TRLOTCan. La Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (LU Valencia), no define las parcelaciones, pero en sus artículos 201 ss. las equipara con la división de terrenos. De manera muy flexible, el artículo 143 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de Madrid (LS Madrid) dice que «*tendrán la consideración de actos de parcelación con independencia de su finalidad concreta y de la*

Estas actividades consistentes en el fraccionamiento de terrenos han sido objeto de atención constante por el legislador desde que éste comenzara a ocuparse de regular los usos del suelo²⁶, probablemente en atención a la relevancia que poseen tales operaciones, que preparan y dirigen, en gran medida, la futura ocupación del suelo. Ya desde la primera Ley del Suelo promulgada en nuestro país puede apreciarse la preocupación del legislador en la materia, que se pone de manifiesto en diferentes aspectos, de entre los que pueden destacarse los siguientes:

– Primero, en el establecimiento de límites a la división y segregación de terrenos rústicos (art. 69.1.4.^a LS 1956).

– Segundo, en la regulación de las parcelas indivisibles, contempladas de manera muy minuciosa en el artículo 78 LS 1956.

– Tercero, en lo referido a los controles previos a los que sujeta a las parcelaciones urbanísticas, como resulta del artículo 79, apartados 1, 2 y 3 LS 1956.

– Por último, en lo que atañe a las sanciones derivadas de la infracción de las normas sobre parcelas indivisibles o sobre parcelaciones urbanísticas, que son de gran calado; de acuerdo con el artículo 79.4 LS 1956, las parcelas resultantes no se considerarán solares ni se podrá edificar en ellas.

Todas estas reglas, que se caracterizan por limitar la facultad de fraccionar que, en principio, integraría el derecho de propiedad de los titulares de los terrenos, responden, en mi opinión, a la voluntad de lograr dos objetivos básicos: en primer lugar, se intenta impedir la aparición de urbanizaciones clandestinas²⁷ o núcleos de población ilegales²⁸, no previstos en el planeamiento y, por tanto, carentes de los necesarios servicios (al menos en teoría), en

clase de suelo, cualesquiera que supongan la modificación de la forma, superficie o lindes de una o varias fincas».

²⁶ En opinión de ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 539, el régimen al que se ha sometido el fraccionamiento de fincas registrales desde la LS 1956 es «discutible y discutido». Lo caracteriza afirmando que en él se mezclan conceptos puros de Derecho privado, criterios provenientes del Derecho público e, incluso, posiciones políticas sobre los mecanismos más adecuados para la protección de la legalidad urbanística, lo cual genera, a su juicio, importantes dificultades para la adecuada interpretación de sus normas reguladoras.

²⁷ En terminología empleada por DE FUENTES, «En torno al Urbanismo», cit., p. 497. Esta idea se reitera por M. MARCOS JIMÉNEZ, «Necesidad de la licencia municipal para la inscripción en los Registros de la Propiedad de las escrituras de división de terrenos urbanos», *RCDI*, noviembre-diciembre 1973, núm. 499, p. 1473.

²⁸ De acuerdo con QUINTANA REDONDO, sobre la base de lo señalado en la Exposición de Motivos de la LS 56 (en «Parcelaciones urbanísticas», cit., pp. 14 y 15). Parecidamente, M. MARCOS JIMÉNEZ, «Parcelaciones de fincas y el Registro de la Propiedad», *RDU*, marzo-abril 1989, núm. 112, pp. 253 y 254; ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 545 ss.; FUERTES, *Urbanismo*, cit., pp. 226 y 227.

toda clase de suelo²⁹. En segundo término, se trata de lograr una ordenación de los usos del suelo lo más racional posible, que permita un aprovechamiento urbanístico razonable y proporcionado con las necesidades de las poblaciones. Parece que una de las vías posibles para lograr dicho propósito descansa en la fijación de unas porciones de terreno con unas dimensiones mínimas³⁰. Entiendo que estas dos ideas ya se podían detectar en la Exposición de Motivos de la LS 1956, cuando decía lo siguiente: «*Los actos de parcelación, en cuanto implican la división de los terrenos en porciones adecuadas, tienen relevante importancia en la acción urbanística, y constituyen condición necesaria para su óptima utilización con fines urbanos. Por ello se dispone que no se efectuará ninguna parcelación sin que previamente haya sido aprobado un plan parcial de ordenación del sector correspondiente, o, si no existiere aprobado, sin que se forme simultáneamente. No cabe, en efecto, admitir –como no lo admite ya la legislación vigente, aunque esto se haya olvidado con frecuencia– que bajo el disfraz de actos particulares de parcelación se ejecuten urbanizaciones, sin atenerse al procedimiento dispuesto para la formación y aprobación de los correspondientes proyectos*».

La necesidad de fijar unas pautas en materia de dimensiones mínimas con el fin de mejorar los datos de aprovechamiento también está presente en el suelo en el que se desarrollan actividades agrarias, no en vano se ha insistido en que entre los problemas más graves que aquejan a las explotaciones agrícolas se sitúa el de su reducido tamaño. Ya desde 1954, con la Ley de Unidades Mínimas de Cultivos, se hace evidente la voluntad de control en la materia³¹, y así se reiteró en el TR de la Ley de Concentración Parcela-

²⁹ MARCOS JIMÉNEZ, «Parcelaciones», cit., p. 41, se refiere en particular al peligro de aparición de urbanizaciones clandestinas en suelo rústico o no urbanizable. J. M. GARCÍA GARCÍA, indica, por su parte, que «es de interés urbanístico también que *no se puedan formar núcleos de población en suelo no urbanizable*, y que sólo tiene como uso el correspondiente a la finalidad rústica» (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, *Urbanismo y Registro*, Civitas, Madrid, 1999, p. 552. En una línea semejante, M. LÓPEZ BENÍTEZ y R. PIZARRO NEVADO, *Derecho Urbanístico de Andalucía*, tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 193; T. R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados, 19.ª ed., Madrid, 2006, p. 215.

³⁰ FUERTES, *Urbanismo*, cit., pp. 226 y 227.

³¹ Aunque ya se había destacado como uno de los graves problemas de la agricultura española el «intenso parcelamiento» que sufre el territorio nacional en la Exposición de Motivos de la Ley de 20 de diciembre de 1952 sobre concentración parcelaria, la fijación de una superficie mínima del terreno y su consecuente consideración como indivisible no se produce hasta la Ley de 15 de julio de 1954, de Unidades Mínimas de Cultivo, en cuyo artículo 2 podía leerse lo siguiente: «*Las parcelas de cultivo de extensión igual o inferior a la unidad mínima tendrán la consideración de cosas indivisibles. La división de predios de extensión superior a la de la unidad mínima de cultivo sólo será válida cuando no dé origen a parcelas de extensión inferior a la de la expresada unidad y cuando la parcela o parcelas inferiores que, en su caso, resulten de la división se adquieran simultáneamente*

ria de 8 de noviembre de 1962³² y en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973³³. Todavía hoy este aspecto es mencionado como un obstáculo para la obtención de rendimientos óptimos y para la viabilidad futura de tales explotaciones en la Exposición de Motivos de la LMEA, en cuyo articulado también queda patente esta inquietud del legislador³⁴.

1. LOS MECANISMOS DE CONTROL

Puede afirmarse que la preocupación del legislador en la materia persiste en la actualidad, y se hace patente, en especial, en dos aspectos: primero, en el establecimiento de una serie de limitaciones y mecanismos de control respecto de todo este conjunto de actos relativos al fraccionamiento de terrenos, que tienen por objeto lograr el ajuste del acto del particular a lo dispuesto en la normativa aplicable, y que podríamos agrupar bajo la denominación de «controles o requisitos previos»; segundo, en la imposición de sanciones a los actos que, a pesar de la existencia de esos controles previos, no se ajusten a lo previsto en la norma. Esto no sólo sucede en la normativa de procedencia estatal, en el ámbito de sus competencias; también las reglas autonómicas que regulan la materia contienen numerosas disposiciones al respecto³⁵.

por propietarios de terrenos colindantes con el fin de unirlos a las que ya posean, para formar de este modo una nueva finca que cubra el mínimo de la unidad de cultivo...».

³² En especial, artículos 72 a 76.

³³ En sus artículos 43 a 48, que reproducen, en gran medida, la regulación contenida en la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954. Un rápido recorrido por las disposiciones en la materia, con una somera valoración de las mismas, puede encontrarse en F. CORRAL DUEÑAS, «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», *RCDI*, noviembre-diciembre 1998, núm. 649, pp. 1850 y 1851.

³⁴ Y ocurre desde el artículo 1 de la Ley, que enumera entre sus fines los siguientes: «a) Estimular la formación de explotaciones agrarias de dimensiones suficientes para asegurar su viabilidad y que constituyan la base permanente de la economía familiar de sus titulares; ... d) Fomentar el asociacionismo agrario como medio para la formación o apoyo de explotaciones agrarias con dimensión suficiente para su viabilidad y estabilidad; e) Impedir el fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas.»

³⁵ Con el objeto de evitar excesivas reiteraciones, en el ámbito autonómico sólo se tomará en consideración la regulación de las siguientes Comunidades Autónomas: Andalucía (Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; a partir de ahora, LOU Andalucía), Baleares (Ley 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística de las Islas Baleares; en adelante, LDU Baleares), Canarias (Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias; TRLOT-Can); Cataluña (Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, de Urbanismo de Cataluña; TRLU Cataluña); Madrid (Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid; LS Madrid); Murcia (Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, del Suelo de la Región de Murcia; TRLS Murcia) y Valencia (Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana; LU Valencia), pues por su ubicación geográfica en unos casos, y por sus condiciones estratégicas, en otros, me parece que son las más representativas, además de ser las que acumulan el mayor índice de conflictividad.

1.1 Controles previos

Los instrumentos de control previo, que son, como se podrá comprobar, de naturaleza distinta, podrían resumirse en los dos siguientes: en la exigencia de previa obtención de licencia urbanística para la parcelación de terrenos, en primer lugar, y en la fiscalización de los actos de división por parte de Notarios y Registradores, en segundo término. Ha de tenerse en cuenta que cuando las operaciones de fraccionamiento se llevan a cabo en suelo clasificado como rústico o no urbanizable –suelo que, según el art. 13.1 LS 2007 debe destinarse a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales– los medios de vigilancia varían en función de la legislación aplicable.

A. LA EXIGENCIA DE LICENCIA

De acuerdo con T. R. Fernández, puede afirmarse que uno de los principios tradicionales de nuestro Derecho Urbanístico es el sometimiento de todas las actividades que impliquen un uso artificial del suelo a un control previo cuya finalidad es comprobar la conformidad de las mismas a las normas en cada caso aplicables, control que se articula a partir de la imposición de un deber general de solicitar a la Administración municipal licencia para todos los actos que signifiquen una transformación material de los terrenos o del espacio³⁶. Tal y como se acaba de apuntar, entre las operaciones que exigen la obtención de licencia se incluyen las de fraccionamiento o parcelación del suelo, puesto que suponen su modificación.

En relación con la necesidad de obtener licencia para parcelar, conviene efectuar una serie de precisiones. Debe tenerse en cuenta, por una parte, que en algunas normas se impone este requisito sólo en relación con las parcelaciones que entran en la categoría de las urbanísticas³⁷. Este tipo de parcelaciones consiste, de acuerdo con la definición legal, en aquellas divisiones de terrenos que pueden dar lugar al nacimiento de un núcleo de población³⁸, con las difi-

³⁶ T. R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, cit., p. 208.

³⁷ Así se exigía ya desde la LS 1956, cuyo artículo 79.2 decía: «*Toda parcelación y reparcelación urbanística quedarán sujetas a licencia.*» Esta previsión se contiene en la actualidad en los artículos 96.2 y 178 TRLS 1976. Y se repite en la legislación autonómica: así, en el artículo 66.4 LOU Andalucía, el artículo 14.1.a) LDU Baleares, el artículo 184.1 TRLU Cataluña y el artículo 87.TRLS Murcia.

³⁸ Ésta es la definición que se consagra a partir del artículo 94.1 TRLS 1976; la LS 1956 consideraba parcelación urbanística «*la división de terrenos en dos o más lotes cuando uno o varios de ellos hayan de dar frente a alguna vía pública o privada, existente o en proyecto, o esté situado en distancia inferior a 100 metros del borde de la misma.*». Hoy las

cultades que genera la remisión a un concepto jurídico indeterminado como es el recién aludido³⁹. Aunque se ha afirmado que las parcelaciones urbanísticas —y, por lo tanto, las que siempre exigen

normas autonómicas contienen sus propias definiciones de lo que consideran parcelación urbanística; casi todas tienen, como denominador común, la división de terrenos.

³⁹ Aunque en la normativa autonómica se pueden encontrar elementos que contribuyen a concretar lo que se entiende por núcleo de población. Sirva como ejemplo el artículo 183.1.a) TRLU Cataluña, en el que, a propósito de la descripción de lo que debe entenderse por parcelación urbanística, se dan pautas que permiten afirmar cuándo una parcelación conlleva el riesgo de nacimiento de un núcleo de población. Y así sucede en los casos en los que la división simultánea o segregación sucesiva de terrenos en dos o más lotes se produce en cualquier clase de suelo, que, «por razón de las características físicas de los terrenos, de la delimitación de éstos por viales existentes o de nueva creación, de la implantación de servicios o de la edificabilidad descrita por la operación de división, facilite o tenga por finalidad facilitar la construcción de edificaciones o de instalaciones para destinarlas a usos urbanos». Al mismo tiempo, la Ley catalana advierte de la existencia de los mismos riesgos en el caso de «toda operación que tenga las mismas finalidades que las especificadas por la letra a) en que, sin división o segregación de fincas, se enajenen o se arrienden partes indivisibles de una finca determinada, con la incorporación del derecho de utilización exclusiva de partes concretas de terrenos». Y, la advertencia se repite en la letra c), que se refiere a «La constitución de asociaciones o sociedades en las cuales la calidad de ser miembro o de tener participaciones o acciones incorpore el derecho de utilización exclusiva a que se refiere la letra b)». La LS 2007 contiene una previsión semejante en su artículo 17.2. De forma similar, el artículo 66.2 LOU Andalucía dispone que «Se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquéllos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de la que se trate». Probablemente, el legislador andaluz decidió ampliar el concepto de parcelación urbanística en atención a la realidad que se enfrentaba; hay numerosas SSTSJ Andalucía en las que se encuentran pronunciamientos relativos a parcelaciones urbanísticas ilegales que tratan de encubrirse bajo el ropaje de ventas de cuotas indivisas de fincas; así, entre otras, Sentencias de 5 de enero de 2001 (RA 96922, ponente Sanchís Fernández-Mensaque), 29 de marzo de 2001 (RA 186371, Ponente Moreno Carrillo), y 15 de abril de 2002 (RA 197234, Ponente Herrero Casanova). La jurisprudencia sirve de ayuda para determinar cuándo existe peligro de constitución de núcleo de población; en este sentido, es muy expresiva la STSJ Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1996 (Ponente Villar Rojas), en la que se consideró que había una parcelación urbanística ilegal, con tendencia a constituir un núcleo de población, en un supuesto en el que, además de haberse segregado 51 fincas, concurrían las circunstancias siguientes: las entidades que procedieron a la segregación se dedicaban a la urbanización de terrenos, la venta de parcelas o edificios y la construcción; en las escrituras de compraventa se recogía el compromiso de dotar a los terrenos segregados de las instalaciones adecuadas para permitir el suministro de energía eléctrica; por último, se había solicitado licencia de construcción por al menos cinco adquirentes de parcelas segregadas, sin que ninguno de ellos se dedicara profesionalmente a la agricultura. Además, STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2001 (RA 267577, Ponente Lallana Duplá), en la que se considera probado que hay parcelación urbanística en un supuesto de división del terreno en lotes con pretensión de constituir un núcleo urbano; en el supuesto concreto, se había dividido una finca en seis parcelas de unos 1.000 metros cuadrados, acompañado de ventas simultáneas de las mismas, con una vía común de acceso a todas las nuevas parcelas, con pozo común y canalizaciones de agua sanitaria a las parcelas, que habían sido cercadas, realizándose construcciones propias de viviendas unifamiliares; también, STS (Sala 3.ª) de 10 de noviembre de 2005 (Ponente Fernández Valverde), en la que se considera que se ha efectuado una operación jurídico-material orientada a la creación de un núcleo de población atendiendo a los siguientes datos: los Estatutos por los que se rige la comunidad de bienes, la realidad física de las 90

la previa obtención de licencia— son, por lo general, las que se practican en suelo urbano o urbanizable⁴⁰, me parece que convendría partir de un concepto de parcelación urbanística como el apuntado en primer término, que pone el acento en la aparición de un núcleo de población, sin centrarse en la clase de suelo en que se produce, sobre todo teniendo en cuenta que alguna normativa autonómica reconoce que se pueden dar supuestos de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable⁴¹. También en la doctrina se encuentran argumentos a favor de esta tesis, pues hay autores que han sostenido que no es necesaria la licencia cuando los actos de segregación o división, aunque practicados en suelo urbano o urbanizable, consisten en operaciones aisladas y no pueden generar un núcleo de población: en tales casos consideran que no se trata de verdaderas parcelaciones urbanísticas⁴². Como puede comprobarse, la clase de suelo sobre la que se lleva a cabo la división no resulta determinante.

La razón que, para algunos, permite explicar que se limite la exigencia de licencia previa únicamente a las parcelaciones urbanísticas está en que las parcelaciones en suelo rústico o no urbanizable están prohibidas⁴³, tal y como resulta de los artículos 96.1,

parcelas, la solicitud al Ayuntamiento para ubicar en el «parcelamiento» algunas pequeñas casas prefabricadas, la publicidad realizada por la promotora...

⁴⁰ FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 228; en especial nota al pie 174.

⁴¹ Pueden citarse como ejemplos los siguientes: el artículo 66.1.b) y 66.2 LOU Andalucía, que considera parcelación urbanística «1.b) En terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos. 2. Se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de la que se trate». También el artículo 81.1 TRLOTCan, que dispone que «tendrá la consideración legal de parcelación urbanística cualquier parcelación de terrenos clasificados como urbanos, urbanizables o rústicos adscritos a la categoría de asentamientos»; y el artículo 183.1.a) TRLU Cataluña, en el que se define como parcelación urbanística «a) Toda división simultánea o segregación sucesiva de terrenos en dos o más lotes, en cualquier clase de suelo, que, por razón de las características físicas de los terrenos, de la delimitación de éstos por viales existentes o de nueva creación, de la implantación de servicios o de la edificabilidad descrita por la operación de división, facilite o tenga por finalidad facilitar la construcción de edificaciones o de instalaciones para destinarlas a usos urbanos».

⁴² GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI y ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones en el Derecho español*, cit., p. 162.

⁴³ FUERTES, *Urbanismo*, cit., p. 228.

in fine, TRLS 1976⁴⁴ y 13.2 LS 2007 y de los diferentes preceptos contenidos en la normativa autonómica aplicable⁴⁵, lo que supone, en consecuencia, que en ellos no cabe licencia alguna, salvo en los casos que admitan excepciones a la prohibición de parcelar⁴⁶. Una interpretación completamente diferente es la de quienes consideran, como regla general, que en las parcelaciones en suelo rústico o no urbanizable la licencia de parcelación no es necesaria, salvo que la actividad de fraccionamiento pueda conducir a la formación de un núcleo de población –lo que significaría que se trata de una parcelación urbanística, de acuerdo con la definición expuesta *supra*– o se practique en el territorio de alguna Comunidad Autónoma que hubiera aprobado normas en materia de protección del suelo rústico⁴⁷.

No ha de perderse de vista, en cualquier caso, que en alguna legislación este requerimiento de obtención de licencia se contempla para todo tipo de parcelaciones, con independencia de la clase de suelo en el que se realicen y de la denominación que se les dé. Estarían incluidas, por lo tanto, las que se practican en suelo no urbanizable o rústico, den lugar o no al nacimiento de un núcleo de población⁴⁸.

Ha de apuntarse, por último, que el otorgamiento de licencia para fraccionar terrenos se encuentra conectado con el cumplimiento previo de algunos requisitos, que se hacen explícitos en la propia norma. Entre los que me parecen más relevantes, pueden citarse los dos siguientes:

– la preexistencia de determinados instrumentos de planeamiento⁴⁹. Para que pueda llevarse a cabo la parcelación urbanística, los

⁴⁴ En el que se dispone que «*en suelo no urbanizable no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas*».

⁴⁵ Así, el artículo 68.2 LOU Andalucía; el artículo 83.2 TRLOTCan, excepto que se trate de terrenos adscritos a la categoría de asentamientos; el artículo 187.1, *in fine*, TRLU Cataluña; el artículo 144.3 LS Madrid, que prohíbe las parcelaciones en suelo no urbanizable de protección y en suelo urbanizable no sectorizado; el artículo 89.1 TRLS Murcia; y la disposición adicional 2.^a 4, LS no urbanizable de la Comunidad Valenciana, que dispone que «*en el suelo no urbanizable, no podrán autorizarse actos materiales de división o segregación de fincas cuando exista una presunción legal de que tales actos tienen finalidad urbanística*».

⁴⁶ Sería el caso, por ejemplo, del artículo 83.2 TRLOTCan, que admite la posibilidad de parcelaciones en suelo rústico adscrito a la categoría de asentamiento.

⁴⁷ MARCOS JIMÉNEZ, «Parcelaciones de fincas y el Registro de la Propiedad», cit., pp. 258 a 260.

⁴⁸ Algunas leyes autonómicas exigen la licencia para todo tipo de parcelaciones: así, el artículo 80.2 TRLOTCan, el artículo 143.2 LS Madrid, el artículo 221.3 TRLS Murcia y los artículos 191.1.g) y 201.1 LU Valencia. También hay ejemplos de normas reguladoras del uso de suelo rústico que exigen licencia para las parcelaciones en esa clase de suelo: artículo 13.2 Ley 6/1997, de 8 de julio, de Suelo Rústico de Baleares.

⁴⁹ Como explica T. R. FERNÁNDEZ, *Manual*, cit., p. 216, para quien «sólo el Plan, en consecuencia, puede legitimar la división del terreno en unidades o lotes susceptibles de utilización urbanística y fijar los módulos en función de los cuales ha de realizarse esa división». Exige expresamente la preexistencia de un Plan Parcial para que pueda otorgarse

preceptos que se ocupan de esta cuestión insisten en la necesidad de que exista algún tipo de planificación que recaiga sobre la zona afectada⁵⁰, con el fin de que la urbanización de los terrenos se lleve a cabo de acuerdo con unos requisitos mínimos⁵¹;

– el cumplimiento de una serie de condicionantes que van a determinar la cualidad de divisible o indivisible de las parcelas, la mayoría de los cuales conectan con las dimensiones de las fincas⁵². Este dato pone de relieve la importancia que tiene para el legislador la fijación de una superficie mínima de las parcelas, con el objetivo, ya apuntado, de que sus titulares obtengan un aprovechamiento urbanístico razonable. Si sólo aludo al aprovechamiento urbanístico es porque únicamente me voy a referir, en esta ocasión, a las normas relativas a parcelaciones practicadas en suelo urbano o urbanizable, puesto que todas las legislaciones analizadas coinciden en este punto; de manera unánime exigen licencia respecto de ellas⁵³, si bien en ocasiones se admiten algunas excepciones, que por regla general dan lugar a que se expida una declaración municipal de innecesariedad⁵⁴.

una licencia de parcelación la STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2004 (RJCA 1069, Ponente MORATÓ ARAGONÉS PÀMIÉS).

⁵⁰ En este sentido se pronuncia el artículo 96.1 TRLS 1976, cuyo antecedente se encuentra en el artículo 79.1 LS 1956, en el que se disponía que «No se podrá efectuar ninguna parcelación urbanística sin que previamente haya sido aprobado un Plan parcial de ordenación del sector correspondiente o, si no existiera aprobado un Plan general, se formen simultáneamente éste, el Plan parcial y el proyecto de parcelación, con arreglo al título primero de esta Ley». Deben tenerse en cuenta, además, las siguientes normas: artículo 68 LOU Andalucía, artículo 20.1 LDU Baleares, artículo 83.1 TRLOTCan, artículo 187.1 TRLU Cataluña; artículo 145.3 LS Madrid, artículo 90 TRLS Murcia.

⁵¹ En este sentido, QUINTANA REDONDO, «Parcelaciones urbanísticas», cit., pp. 23 y 24; FUERTES, *Urbanismo*, cit., p. 229.

⁵² Era el caso del artículo 78 LS 1956, que disponía, en su número 1, lo siguiente: «Serán indivisibles: a) Las parcelas determinadas como mínimas en el Plan parcial a fin de constituir fincas independientes; b) Las parcelas cuyas dimensiones sean iguales o menores a las determinadas como mínimas en el Plan, salvo si los lotes resultantes se adquirieran simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes, con el fin de agruparlos y formar una nueva finca; c) Las parcelas cuyas dimensiones sean menores que el doble de la superficie determinada como mínima en el Plan, salvo que el exceso sobre dicho mínimo podrá segregarse con el fin indicado en el apartado anterior; d) Las parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área cuando se construyere el correspondiente a toda la superficie, o, en el supuesto de que se edificare en proporción menor, la porción de exceso, con las salvedades indicadas en el apartado anterior». De manera similar se pronuncia el artículo 95.1 TRLS 1976. Además, pueden encontrarse previsiones sobre indivisibilidad de terrenos en la normativa autonómica: artículo 67 LOU Andalucía, artículo 82 TRLOTCan, artículo 188.1 TRLU Cataluña, artículo 146 LS Madrid, artículo 88 TRLS Murcia y artículo 202 LU Valencia.

⁵³ Ya en el artículo 79.2 LS 1956. En la actualidad, en el artículo 96.2 y 178.1 TRLS 1976, artículo 66.4 LOU Andalucía, artículo 14.1 LDU Baleares, artículo 80.2 TRLOTCan, artículo 184.1 TRLU Cataluña, artículo 143.2 LS Madrid, artículos 87.2 y 221.3.a) TRLS Murcia y artículo 201.1 LU Valencia.

⁵⁴ Es el supuesto previsto, por ejemplo, en el artículo 201 LU Valencia, en el que se dispone: «1. Toda división o parcelación de terrenos, quedará sujeta a licencia municipal, salvo que el Ayuntamiento certifique o declare su innecesariedad. 2. La licencia de parcelación es innecesaria cuando: a) La división o segregación sea consecuencia de una repar-

B. EL CONTROL POR PARTE DE NOTARIOS Y REGISTRADORES

Aunque podría pensarse que la exigencia de licencia de parcelación –que tiene por misión controlar el cumplimiento de los requisitos y limitaciones recién enumerados– sería suficiente para evitar las parcelaciones contrarias al planeamiento, la realidad ha puesto de manifiesto que no es así⁵⁵. Como se ha dicho ya, las operaciones de parcelación o división de terrenos se realizan, por regla general, entre particulares⁵⁶ y, por lo tanto, en el ámbito del tráfico inmobiliario privado, que está sustraído del control de las Administraciones públicas⁵⁷. Ésta ha sido una de las razones por las se ha hecho preciso buscar otras vías para garantizar la máxima eficacia de la disciplina establecida por la legislación urbanística, en concreto, a través del refuerzo de los mecanismos de relación entre el ordenamiento urbanístico y el inmobiliario registral⁵⁸,

celación o de una cesión –ya sea forzosa o voluntaria, gratuita u onerosa– a la administración, para que destine el terreno resultante de la división al uso o servicio público al que se encuentre afecto. b) El correspondiente acto de disposición no aumente el número de fincas originariamente existentes y cumpla las normas sobre su indivisibilidad establecidas por razones urbanísticas. c) La división o segregación haya sido autorizada expresamente por el municipio con motivo del otorgamiento de otra licencia urbanística».

⁵⁵ La persistencia del principal problema que se pretende paliar con la regulación relativa a las parcelaciones –recuérdese que con su control se pretende evitar el nacimiento de núcleos de población no contemplados en el planeamiento, o impedir que surjan «urbanizaciones clandestinas», en terminología más extremada– se pone de manifiesto de varias formas: fundamentalmente, a través del examen de la jurisprudencia, en la que se encuentran numerosas decisiones relativas a parcelaciones que incumplen la normativa aplicable (entre otras muchas, SSTs [Sala 3.ª] de 13 de marzo de 1990 [RA 1963], 24 de diciembre de 1990 [RA 10190], 10 de noviembre de 2005; SSTTSSJJ [de las respectivas Salas de lo Contencioso-Administrativo]: de Canarias, de 14 de febrero de 1996; de Andalucía, de 29 de junio de 2001 [RA 279493]; de Castilla y León, de 29 de junio de 2001 [267577]; de Cataluña, de 27 de julio de 2004 [RJCA 1069] y 6 de septiembre de 2005 [RA 51725]), así como de las Resoluciones de la DGRN relativas a solicitudes de inscripción de escrituras de división o segregación de fincas, ventas de cuotas indivisas de terrenos, muchas de las cuales referidas a suelo no urbanizable o rústico y carentes de licencia municipal o certificado de innecesariedad: entre muchas otras, RRDGRN de 13 de mayo de 1994 (RA 4396), 17 de enero de 1995 (RA 623), 16 de junio de 1995 (RA 5327), 12 de julio de 1995 (RA 5575), 12 de febrero de 2001 (RA 2152), 18 de abril de 2005 (RA 5016), 22 de abril de 2005 (RA 5010), 15 de junio de 2005 (RA 5392), 23 de julio de 2005 (RA 6873), y de 13 de marzo de 2006 (RA 1854). Pero, además, atendiendo al dato de que un importante número de autores sigue dispensando un enorme grado de atención a la regulación de tales operaciones; también, en que el legislador continúa ocupándose de ellas, probablemente cada vez con mayor grado de detalle (lo que no significa, necesariamente, que lo haga de manera más correcta).

⁵⁶ Para M. MARCOS JIMÉNEZ, las parcelaciones que plantean más dificultades son precisamente las que tienen su origen en actos de un particular (sobre este punto, y sobre su propuesta de clasificación de los actos de parcelación, *vid.* «Necesidad de la licencia municipal para la inscripción en los Registros de la Propiedad de las escrituras de división de terrenos urbanos», *cit.*, pp. 1478 ss.).

⁵⁷ Como destacan, entre otros, LÓPEZ BENÍTEZ y PIZARRO NEVADO, *Derecho Urbanístico de Andalucía*, *cit.*, pp. 193 y 194; y T. R. FERNÁNDEZ, *Manual*, *cit.*, p. 216.

⁵⁸ T. R. FERNÁNDEZ, en ediciones anteriores de su *Manual de Derecho Urbanístico*, como, por ejemplo, en la 16.ª ed., Madrid, 2001, p. 214.

y es la que explica, en gran medida, el establecimiento de la fiscalización de las operaciones de parcelación y división por parte de Notarios y Registradores, cuya intervención se impuso ya en el artículo 79.3 LS 1956, precepto en el que se disponía que «*los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento*»⁵⁹, y se ha mantenido, con ligeras variaciones, en la normativa posterior. Así, es una previsión que se repitió en el artículo 96.3 TRLS 1976, que se ha conservado en el artículo 259.3 TRLS 1992⁶⁰ para pasar al art. 17.2 LS 2007. La norma de 1992 introdujo una alternativa a la necesidad de hacer constar el otorgamiento de licencia, al permitir que se acredite la declaración municipal de innecesariedad. La inclusión de esta segunda posibilidad, completamente desconocida en el ordenamiento estatal hasta el TR 1992, ha planteado la cuestión relativa a los límites a la actuación del refundidor⁶¹. Ha de apuntarse, por último, que el artículo 78 NCRH suprime la referencia expresa a los Notarios, si bien parece no haber olvidado su intervención, al exigir que bien la licencia, bien la declaración municipal de innecesariedad, sean testimoniadas en el documento de división o

⁵⁹ Además, el artículo 78.2 LS 1956 también previó la intervención de Notarios y Registradores, al disponer que éstos «*harán constar en la descripción de las fincas la cualidad de "indivisibles" de las que se encontraren en cualquiera de los casos expresados*», enumerándose en el artículo 78.1 LS 1956 las parcelas que en ese momento se consideraban indivisibles.

⁶⁰ En relación con la obligación de los federatarios públicos de hacer constar la cualidad de indivisibles de los terrenos, ha de indicarse que en el artículo 258.2 TRLS 1992 se reitera la previsión del artículo 78.2 LS 1956, al disponerse que «*los Notarios y Registradores de la Propiedad harán constar en la descripción de las fincas su cualidad de indivisibles, en su caso*». A mi juicio, es una norma que no es fácil de cumplir por Notarios y Registradores: aunque en casi todas las leyes urbanísticas existen disposiciones que describen las parcelas que tienen la condición de indivisibles, lo que aparentemente facilitaría esta tarea que se les impone, se alude en muchas ocasiones a circunstancias de difícil conocimiento para Notarios y Registradores, salvo que se impusiera a los Ayuntamientos la obligación de comunicarles las circunstancias que permiten atribuir a las fincas esa cualidad de indivisibles, al modo previsto en el artículo 81.1 y 2 NCRH. Sobre la necesidad de colaboración entre Notarios, Registradores y órganos competentes en materia de urbanismo insiste BENAVIDES DEL REY, «*Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo*», *RCDI*, núm. 538, mayo-junio 1980, pp. 628 ss.

⁶¹ Sobre este punto concreto puede consultarse E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, ed. Thomson-Civitas, 12.^a ed., Madrid, 2004, pp. 257 y 258. En opinión de FUERTES, *Urbanismo*, cit., p. 231, nota pie de página 188, la innovación que se da en este caso concreto, consistente en acreditar la innecesariedad de la licencia, puede entenderse como aclaración del texto anterior, al resolver los problemas derivados de su no existencia en algunos supuestos. En cambio, para GUTIÉRREZ-ALVIZ y CONRADI y ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones*, cit., p. 94, si esta novedad se aplica a toda división de terrenos, se excede del límite de la regularización, aclaración o armonización de los textos a refundir, ya que la LS 1990 ni siquiera trató la actividad parcelatoria.

segregación⁶². Ha de indicarse, en cualquier caso, que a pesar de la bondad de la finalidad perseguida por la norma, se trata de una previsión que, en opinión de los autores, y por diversas razones, ha tenido escaso éxito en su aplicación⁶³. Mas, antes de continuar, conviene efectuar una advertencia: la posibilidad de actuación de los fedatarios públicos queda circunscrita a los supuestos en los que las partes del negocio de división decidan elevarlo a escritura pública y, además, acudir al Registro de la Propiedad, pues, como es sabido, el ingreso de estas operaciones en los libros registrales es completamente voluntario⁶⁴. La consecuencia de este carácter es clara: la actividad de parcelación es perfectamente posible en el tráfico jurídico *inter privados*, sin necesidad de que los terrenos sean objeto de división en el Registro⁶⁵, lo que genera una discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral, y explica que algunos autores hayan defendido la necesidad de dotar de eficacia constitutiva a las inscripciones en materia de ordenación del territorio⁶⁶, entre las que se incluirían, claro está, las relativas a actos de fraccionamiento de terrenos.

En cuanto a la normativa autonómica en la materia, se caracteriza porque contiene pocas variaciones en relación con la regulación estatal, pues no debe perderse de vista que es de esta naturaleza –estatal– la competencia para ordenar los Registros e instrumentos públi-

⁶² Como indica GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral*, cit., p. 568.

⁶³ Lo apuntan, entre otros, M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., pp. 232 y 233; T. R. FERNÁNDEZ, *Manual*, cit. (16.ª ed., 2001) p. 214. ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 560 y 561, distingue tres fases en la interpretación y aplicación del precepto que contemplaba la intervención de Notarios y Registradores: la primera, cuyo momento inicial sitúa en la aprobación de la LS 1956, se caracterizaría porque la exigencia de la licencia de parcelación ni se tenía en cuenta desde el punto de vista práctico ni suscitaba preocupación alguna en la doctrina; la segunda, que comienza cuando se empiezan a plantear dudas en torno a la exigencia de licencia de parcelación se resuelve con la redacción del artículo 98 RH que permitía una inscripción provisional con efectos limitados a dos años para el caso de que el acto inscribible estuviera sujeto a licencia, pero dicha redacción fue derogada con la reforma de 12 de noviembre de 1982; la tercera fase, que sitúa en la etapa que va desde la derogación del precepto recién aludido hasta la publicación de las NCRH, que se caracteriza por la coexistencia de dos posiciones: la que considera la falta de licencia como un obstáculo insuperable para el otorgamiento de licencia y la inscripción registral y la que entiende que la obligación de controlar la existencia de licencia no llega a impedir el acceso al Registro de un acto que los partidarios de esta posición consideran válido desde el punto de vista civil.

⁶⁴ Me parece que no es necesario detenerse demasiado el valor de la inscripción de los actos de enajenación de inmuebles –que será la vía normal, aunque no la única, de causar la división– en el Registro de la Propiedad. Una somera descripción del sistema español puede consultarse en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 99 y 100. Puede encontrarse una dura crítica al valor que en nuestro ordenamiento jurídico poseen la mayoría de las inscripciones y, en concreto, a las referidas a actos realizados en el ámbito urbano en CORRAL DUEÑAS, «La ordenación del territorio», cit., pp. 942 y 943.

⁶⁵ Como advierte ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, p. 549.

⁶⁶ CORRAL DUEÑAS, «La ordenación del territorio», cit., p. 943.

cos, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.8.^a CE⁶⁷, si bien se ha admitido que las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de urbanismo y de ordenación del territorio puedan establecer requisitos adicionales a los contemplados en el artículo 259.3 TRLS 1992 para la autorización e inscripción de documentos públicos⁶⁸ relacionados con los usos de las distintas clases suelo⁶⁹, en íntima conexión, por lo tanto, con sus competencias en la materia⁷⁰. Así resulta, además, de la Instrucción de la DGRN de 16 de julio de 1984, que dispone lo siguiente en cuanto a la actuación de Notarios y Registradores en materia de parcelaciones:

«1.º En materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, rigen, en primer lugar, las normas que emanan, en su caso, de las correspondientes Comunidades Autónomas y después, supletoriamente la legislación estatal.

2.º Notarios y Registradores, al enjuiciar la validez y alcance de los actos jurídicos sobre las fincas situadas en los territorios de las Comunidades Autónomas se atenderán, según el caso, a unas u otras normas.

3.º En particular, se decidirá con arreglo a las normas respectivas si determinada parcelación del suelo, sea urbano o rústico, es legal, o si determinada infracción impide a los Notarios la autorización de los actos y a los Registradores la inscripción.»

Del repaso de la regulación autonómica resulta que en todas las normas examinadas se impone a Notarios y Registradores el deber de controlar las escrituras de parcelación, división o segregación de

⁶⁷ Sobre este punto, *vid.* GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI Y ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones*, cit., pp. 66-68

⁶⁸ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI Y ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones*, cit., p. 69, aunque no se refieren a competencias en materia de ordenación del territorio sino en materia agraria; sin embargo, he preferido la alusión a la ordenación del territorio porque es más amplia, pero no cambia el sentido de la propuesta. También admite que las CCAA puedan dictar normas en refuerzo de la protección de la legalidad urbanística y que ello incida en la actuación de Notarios y Registradores, CABELLO DE LOS COBOS, «Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores», cit., pp. 17 y 24.

⁶⁹ Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que hay autores que han defendido que el artículo 259.3 TRLS 1992 no es aplicable al suelo rústico o no urbanizable: es el caso de F. J. GARCÍA MAS, «Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», *RCDI*, marzo-abril 1998, núm. 645, pp. 337-342. Defiende, en cambio, la aplicabilidad del artículo 259.3 TRLS 1992 al suelo rústico o al no urbanizable CORRAL DUEÑAS, «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», cit., pp. 1852 y 1860.

⁷⁰ Pues de lo que se trata precisamente es de lograr que se dé cumplimiento a la legalidad urbanística y en materia de ordenación del territorio. Sobre el alcance de las competencias autonómicas en materia de Derecho civil y sus límites, *vid.* P. DE PABLO CONTRERAS, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *et al.*, *Curso de Derecho civil* (I), ed. Colex, 2.ª ed., Madrid, 2001, pp. 94 a 101.

terrenos y de exigir la documentación administrativa que garantice que el acto se ajusta a la legalidad urbanística⁷¹; o, al menos, que ha obtenido la licencia exigida o que ésta es innecesaria. Lo que no pueden controlar Notarios y Registradores, pues excede claramente del ámbito de sus competencias, es que la licencia esté correctamente otorgada⁷². Las diferencias entre las disposiciones autonómicas se circunscriben, básicamente, al modo en el que se expresa esa obligación de control. En este sentido, es posible distinguir dos grupos de normas: (i) las que prohíben la autorización e inscripción de las escrituras en las que no se aporte la licencia o la declaración de su innecesariedad⁷³, con una formulación mucho más tajante, pues, que la contenida en el artículo 259.3 TRLS 1992, y (ii) aquellas que imponen a los fedatarios públicos la obligación de exigir el otorgamiento de licencia o la declaración de su innecesariedad, copiando la normativa estatal de forma literal, en unos casos⁷⁴, y reproduciéndola y estableciendo una remisión a la misma, en otros,

⁷¹ Existe, en mi opinión, y como ya adelanté, un supuesto en el que la intervención de los fedatarios públicos es enormemente complicada: tanto a nivel estatal como en el ámbito autonómico, existen disposiciones que les obligan a hacer constar la cualidad de indivisible de las fincas. Es lo que sucede en los artículos 258.2 TRLS 1992, 188.2 TRLU Cataluña, 88.2 TRLS Murcia, y 201.3 *in fine* LU Valencia. Sin embargo, muchas de las circunstancias que se utilizan para atribuir a un terreno la cualidad de indivisible son de difícil conocimiento por los obligados (como apuntaba, ya en 1975, J. M. CHICO Y ORTIZ, «Lo jurídico y lo urbanístico», *RDU*, julio-agosto-septiembre 1975, núm. 44, p. 74), lo que explica que su aplicación haya sido muy irregular desde que se consagra esta obligación en el artículo 78.2 LS 1956, como recuerda M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., p. 241, nota pie 214.

⁷² Según J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo* (TRLR 1976), t. I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 727, la función calificadora del Registrador en relación con la licencia de parcelación, que considera requisito para inscribir el acto jurídico-privado de división, se limita a «la competencia del órgano administrativo, a la legalidad de las formas extrínsecas, legitimación de las partes en función de la titularidad registral y a los obstáculos que surjan del propio Registro», en virtud de lo dispuesto en el artículo 99 RH.

⁷³ En este grupo se sitúa la normativa andaluza: el artículo 66.4, párrafo segundo, LOU Andalucía, dispone que «No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente»; parecidamente, artículo 80.2 TRLOTCan: «Toda parcelación precisará licencia municipal previa. No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se documente un acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia municipal, que los notarios deberán testimoniar íntegramente en aquélla»; también la LS Madrid, cuyo artículo 143.2 establece que «cualquier acto de parcelación precisará licencia urbanística previa. No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se documente un acto de parcelación con independencia de su naturaleza, o del que resulte o derive ésta, sin la aportación de la preceptiva licencia urbanística, que los Notarios deberán testimoniar íntegramente en aquélla».

⁷⁴ Es el caso del TRLOTCan. En su artículo 82.2 puede leerse lo siguiente: «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán, para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento». Recuérdese que el artículo 80.2 del mismo texto legal prohíbe la autorización e inscripción de escrituras de parcelación si no se aporta la preceptiva licencia. La diferencia entre el supuesto regulado en el artículo 80.2 y el contemplado en el artículo 82.2 está en que el primero se refiere a actos de parcelación y el segundo a actos de división. Esta distinción es, en mi opinión, incomprensible, pues previamente se ha definido a la parcela-

que son mayoría⁷⁵. De lo expuesto podría deducirse que, al menos en aquellos casos en los que se ha calcado el precepto estatal, es posible que se reproduzcan, a nivel autonómico, los problemas de interpretación y aplicación que han sido imputados al artículo 259.3 TRLS 1992⁷⁶ —en realidad, a las normas que, en las sucesivas leyes del suelo han contemplado el deber de control de Notarios y Registradores—. A estas dificultades se va a dedicar el próximo apartado.

C. EL ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES

Las reglas que establecen la obligación de Notarios y Registradores de controlar la aportación de la documentación administrativa exigida en la legislación urbanística⁷⁷ han sido objeto de dos interpretaciones completamente opuestas⁷⁸:

– Un sector doctrinal ha entendido, a través de una interpretación que podría caracterizarse como «rígida», que en el caso de

ción como «toda división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes» (art. 80.1 TRLOTCan).

⁷⁵ En este sentido, LDU Baleares, cuyo artículo 19.4 dispone: «*En el suelo rústico de les Illes Balears será de aplicación lo que dispone el artículo 259.3 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y por ello los notarios y los registradores de la propiedad exigirán, para autorizar e inscribir respectivamente, escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de la no necesidad, que los notarios deberán testimoniar en el documento público*». Además, artículo 185 TRLU Cataluña, que lleva por ladillo «*Requisito necesario para otorgar escrituras y para inscribirlas en el Registro de la Propiedad*». El precepto establece que «*el otorgamiento de escrituras y de otros documentos públicos con relación a las operaciones que son objeto de los artículos 183 y 184 y la inscripción de dichos documentos en el Registro de la Propiedad se tienen que ajustar a lo que establecen la legislación aplicable en materia de régimen del suelo y la legislación hipotecaria, y debe acreditarse que se dispone de la licencia de parcelación o bien de la declaración que ésta no es necesaria*». También, artículo 87.3 TRLS Murcia, según el cual «*Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán, para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de licencia o la declaración municipal de innecesiedad de la misma, de conformidad con la legislación estatal aplicable. Los Notarios testimoniarán, conforme a la legislación notarial, el documento administrativo correspondiente*». Además, artículo 201.3 LU Valencia, en el que se señala que «*de conformidad con lo dispuesto por la legislación estatal, los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración administrativa de su innecesiedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento. Asimismo, los Notarios y Registradores de la Propiedad harán constar en la descripción de las fincas su cualidad de indivisibles, cuando así les conste*».

⁷⁶ Una enumeración de tales dificultades puede encontrarse en J. M. DÍAZ FRAILE, «Inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de parcelación urbanística», *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad de Cataluña*, núm. 38, 1998, pp. 3904 y 3905.

⁷⁷ En este apartado sólo se va a aludir al control del otorgamiento de la licencia urbanística o la declaración municipal de innecesiedad, pero no al deber, impuesto en algunas normas, de hacer constar en la descripción de los terrenos su cualidad de indivisible.

⁷⁸ Pueden encontrarse otros posicionamientos doctrinales en ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., p. 560, que repasa el estado de la cuestión desde la LS 1956.

que el particular no aporte la licencia urbanística o no acredite la declaración municipal de innecesariedad, el Notario no puede autorizar las escrituras de división de terrenos, por lo que estas operaciones de fraccionamiento, en consecuencia, no tienen acceso al Registro de la Propiedad⁷⁹; con esta tesis se pone de relieve la función de preservación de la legalidad que el ordenamiento jurídico atribuye a los Notarios y Registradores⁸⁰. En apoyo de sus posiciones traen, sobre todo, la dicción del artículo 259.3 TRLS 1992 y la conveniencia de emplear todos los medios posibles para lograr el correcto cumplimiento de la legalidad urbanística⁸¹. En la misma línea se ha pronunciado, de forma constante, la DGRN⁸². Y se trata, sin lugar a dudas, de la posición que ha sido acogida de forma clara por varios legisladores autonómicos, que han endurecido la letra del artículo 259.3 TRLS 1992 y que, en lugar de imponer a los fedatarios públicos la obligación de exigir la aportación de la documentación administrativa necesaria para la división de terrenos⁸³, les cierra toda posibilidad de autorizar e inscribir las escrituras que

⁷⁹ En este grupo se sitúan QUINTANA REDONDO, «Parcelaciones urbanísticas», cit., p. 29; CORRAL DUEÑAS, «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», cit., p. 1877; DÍAZ FRAILE, «Inscripción», cit., p. 3906; GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pp. 565-567; M. FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., pp. 232 a 234, quien además propone que, en caso de no acreditarse la licencia en el momento de solicitar la inscripción, se suspenda ésta hasta su presentación, al constituir su falta, en principio, defecto subsanable, de acuerdo con el artículo 65 LH. En este sentido se ha pronunciado, en muchas ocasiones, la DGRN; entre otras, en las siguientes Resoluciones: 13 de mayo de 1994 (RA 4396), 17 de enero de 1995 (RA 623), 22 de abril de 2005 (RA 5010), 15 de junio de 2005 (RA 5392) y 13 de marzo de 2006 (RA 1854). Conviene tener en cuenta que cuando la falta sea subsanable y no se solicita anotación preventiva, los interesados podrán subsanarlas en los sesenta días que duran los efectos del asiento de presentación (art. 66 LH). Si el interesado subsana la falta durante el tiempo de vigencia del asiento de presentación, el definitivo que se practique producirá efectos desde la fecha del de presentación (LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, III-bis, cit., p. 322). El mismo artículo 66 LH dispone que cuando, en cambio, se extiende anotación preventiva, puede subsanarse el defecto durante el tiempo en que aquella subsista, de conformidad con el artículo 96 LH (sesenta o ciento ochenta días).

⁸⁰ Como expone ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 562 y 563, quien sin embargo se manifiesta en contra de esta posición, que es, a su juicio, poco equilibrada porque no tiene en cuenta otros principios básicos del Estado de Derecho. El mismo autor vuelve sobre los argumentos de los defensores de esta tesis, que, como se ha dicho, no comparte, en pp. 566 y 567, en especial, nota pie 119.

⁸¹ Los expone de forma muy clara M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., pp. 232-234, pero también ARNAIZ EGUREN, *Inscripción*, cit., p. 566, a pesar de no compartir este posicionamiento.

⁸² Son muy expresivas, en este sentido y entre otras, las siguientes Resoluciones de la DGRN: de 13 de mayo de 1994 (RA 4396), 16 de junio de 1995 (RA 5327), 12 de julio de 1995 (RA 5575), 17 de febrero de 1999 (RA 736), en la que se confirma la nota que suspende la inscripción de una escritura de segregación y compraventa otorgada en cumplimiento de una sentencia, por no acreditarse el otorgamiento de licencia municipal, 12 de febrero de 2001 (RA 2152), 22 de abril de 2005 (RA 5010) y, en especial, la de 23 de julio de 2005 (RA 6873).

⁸³ Aunque el verbo «exigir» es ya, de por sí, suficientemente contundente como para ser interpretado como fundamento de un presupuesto esencial. En este sentido, M. FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., pp. 232 y 233.

recojan actos de parcelación si falta tal documentación: es lo que sucede en las normas andaluza, canaria y madrileña⁸⁴. La prohibición también se da, aunque limitada a la actuación del Registrador, y en relación con la división o segregación de fincas en suelo no urbanizable, en la Ley reguladora del suelo no urbanizable de la comunidad valenciana⁸⁵.

– Para otro grupo, en cambio, la intervención de Notarios y Registradores no debe tener consecuencias tan radicales y abogan, en consecuencia, por una interpretación más matizada de la norma⁸⁶. Aunque sus partidarios reconocen que el artículo 259.3 TRLS 1992 impone a los fedatarios públicos la obligación de exigir a los particulares la acreditación de la documentación administrativa, consideran que la falta de aportación de licencia urbanística o de la declaración municipal de innecesariedad no determina la imposibilidad de otorgar la escritura pública de división ni impide su acceso al Registro de la Propiedad⁸⁷. Entre los argumentos que emplean para justificar sus tesis, destaca, en mi opinión, el que atiende a la finalidad básica perseguida por la norma que no es otra, como ya se ha dicho, que la de evitar las urbanizaciones no previstas en el planeamiento. Como indican estos autores, la prohibición de autorizar el negocio y, en consecuencia, de inscribirlo en el Registro, no impide que se lleven a cabo las operaciones de división de terrenos, que tendrán lugar, entonces, al margen del Registro de la Propiedad⁸⁸, lo que les lleva a sostener que es mucho más conveniente admitir el otorgamiento del documento público y su ingreso en los libros registrales, aunque haciendo constar en ellos

⁸⁴ Artículo 66.4, párrafo segundo, LOU Andalucía; artículo 80.2 TRLOTCan y artículo 143.2 LS Madrid.

⁸⁵ Que en su disposición adicional 3.ª, párrafo segundo, dispone: «*Los Registradores de la Propiedad no podrán inscribir dichas escrituras si no resulta acreditada la licencia municipal o la declaración de su innecesariedad*».

⁸⁶ Tal y como propone ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 563, 565 y 567 ss.

⁸⁷ MARCOS JIMÉNEZ, «Parcelaciones de fincas», cit., pp. 274 y 275; L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «Disciplina urbanística y publicidad registral», *RCDI*, núm. 604 bis, mayo-junio 1991, p. 1543; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI Y ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones*, cit., pp. 185 ss.; ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 563 y 564, si bien reconoce que hay legislaciones autonómicas que han endurecido la regla estatal e imponen a Notarios y Registradores la obligación de rechazar la autorización e inscripción de títulos en los que se pretenda el fraccionamiento de terrenos pero no se acrediten las autorizaciones pertinentes. Este último vuelve sobre el tema en las pp. 567 a 570.

⁸⁸ Lo advierte ARNAIZ EGUREN, *Inscripción registral*, cit., p. 563, donde pone de manifiesto las dificultades que ello genera a la Administración, cuando ésta pretenda legalizar la actividad –entiendo que siempre y cuando dicha legalización sea posible–. El citado autor recuerda que la carencia de documentación pública y de inscripción no ha frenado nunca la aparición de núcleos urbanos ilegales o parcialmente ilegales, añadiendo que este fenómeno se debe a la claudicación de los órganos urbanísticos encargados de la policía urbanística (*op. cit.*, p. 564).

la irregularidad del mismo⁸⁹, con el fin de que los terceros conozcan la situación de la finca⁹⁰, por las dificultades que existen para saber cuáles son las circunstancias urbanísticas del inmueble por otros medios, como puede ser la legislación o los instrumentos de planeamiento⁹¹. Este razonamiento, que en principio parece bastante convincente, además de muy sensato, tropieza con un grave inconveniente: en los supuestos en los que el acto de división o segregación sea nulo, la calificación del Registrador debería ser negativa por defecto insubsanable⁹², lo que supone, por tanto, que debería denegar el acceso de dicho negocio al Registro⁹³, que debe ser mantenido libre de actos inválidos⁹⁴. Cuando se tratara de un

⁸⁹ Es posible que el origen de este argumento se encuentre en la redacción dada al artículo 98, párrafo tercero, RH por la reforma de 17 de marzo de 1959 y suprimido por la de 12 de noviembre de 1982. La norma derogada decía así: «*Cuando las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título la autorización, licencia, aprobación o cualquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo o la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita, en el acta de inscripción y en la nota al pie del título, de no haberse justificado, y la advertencia de que transcurridos dos años desde la fecha del asiento será cancelado de oficio o a instancia de parte si no se hizo constar antes el repetido requisito. Practicada la inscripción, si se presenta el documento justificativo, se hará constar por nota marginal. Transcurrido el indicado plazo sin haberse presentado, se cancelará el asiento por nota marginal*». Puede encontrarse un resumen de diversas opiniones doctrinales sobre esta disposición en MARCOS JIMÉNEZ, «Necesidad de la licencia municipal», cit., pp. 1497-1499; aunque la mayoría de los autores reseñados alaban el sentido práctico de la norma, se muestran contrarios a la misma. Debe apuntarse que también alguna legislación autonómica contempló la posibilidad de inscribir en el Registro los actos de división y segregación, incluso a falta de licencia, previa advertencia del Notario y Registrador y anotándose al margen de la inscripción las circunstancias concurrentes (así, por ejemplo, arts. 31 y 32 de la derogada Ley catalana de protección de la legalidad urbanística de 18 de noviembre de 1981).

⁹⁰ Es la propuesta de CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanísticas», cit., p. 1543. El mismo autor, en «Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores», cit., pp. 14 y 15, expone las bondades de este modo de coordinación entre Registro y Urbanismo, al que denomina «sistema positivo de coordinación» y caracteriza porque en estos casos el Registro da publicidad de la presunta irregularidad urbanística, coordinando la realidad física con la jurídica. En su opinión, este tipo de publicidad contribuye al restablecimiento de la legalidad, ya que supone publicidad disuasoria frente a tercero, protegiendo directamente al consumidor.

⁹¹ BENAVIDES DEL REY, «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad», cit., p. 633.

⁹² Sobre el principio de legalidad, calificación registral y tipos de defectos, *vid.* artículos 18, 19, 19bis y 65 LH.

⁹³ MARCOS JIMÉNEZ, «Necesidad de la licencia municipal», cit., p. 1497, afirma que si el acto (de división o parcelación sin licencia) se considera nulo, la parcelación no puede tener acceso al Registro.

⁹⁴ En contra, BENAVIDES DEL REY, «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad», cit., pp. 633 y 634. Aunque admite que hay indudables razones que justifican las opiniones de quienes estiman que al Registro sólo deben acceder títulos válidos y perfectos, existen también sobrados argumentos para defender la utilización de la institución registral para proteger condicionalmente y dotar de la necesaria publicidad la titularidad de las fincas y sus circunstancias urbanísticas. Para este autor, no se debe denegar la inscripción de los actos de parcelación sin licencia, incluso cuando se realice en suelo no urbanizable. En su opinión, lo que procede, en tales casos, es la suspensión de la inscripción solicitada.

acto anulable, aquejado, pues, de alguna falta que podría considerarse subsanable⁹⁵ –y quizás podría entenderse que la no aportación de la licencia lo es⁹⁶–, y aun procediendo igualmente la calificación negativa, podría admitirse la mera suspensión de la inscripción⁹⁷. Además, algún autor recurre, para justificar esta postura más flexible, a la comparación entre el tratamiento que se dispensa a la inscripción de declaraciones de obras nuevas y el que se da a la inscripción de actos de parcelación⁹⁸: el cotejo de las normas pone de relieve que, mientras que el artículo 55 NCRH establece, en relación con las inscripciones de declaraciones de obras nuevas, que «los documentos que no reúnan los requisitos exigidos no serán inscribibles», las normas relativas a la inscripción de actos de parcelación no contienen ninguna disposición semejante. Y entre los requisitos exigidos para la inscripción del título en el que consta una obra nueva figura, en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 NCRH, «que se acredite la obtención de la licencia que corresponda, salvo que legalmente no fuera exigible».

A modo de cierre ha de indicarse que el artículo 259.3 TRLS 1992, que es, como ha habido ocasión de comprobar, el precepto estatal que establece la intervención controladora de Notarios y Registradores en relación con los actos de división de terrenos, ha sido objeto de desarrollo reglamentario en el capítulo X de las NCRH (arts. 78 y ss.)⁹⁹, en el que, bajo el título *Inscripción de actos de parcelación*, se han introducido numerosos cambios en la materia, articulando un régimen complicado, con algunos preceptos de difícil encaje con el resto de la regulación vigente en materia de parcelaciones¹⁰⁰ y que da en parte la razón a los parti-

⁹⁵ La distinción entre faltas subsanables e insubsanables es cuestión muy difícil, pues no existe definición legal de cada una de estas categorías, por lo que queda al arbitrio del Registrador la calificación concreta de las faltas. Más detalles en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, III-bis, cit., pp. 324-328.

⁹⁶ Así lo entiende M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., p. 234.

⁹⁷ En contra de admitir el acceso de los actos anulables en el Registro de la Propiedad se pronuncia MARCOS JIMÉNEZ, «Necesidad de la licencia municipal», cit., pp. 1497-1499.

⁹⁸ Es el caso de ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 569 y 570.

⁹⁹ Estos preceptos han sido objeto de valoración por la doctrina: entre otros, CORRAL DUEÑAS, «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», cit., pp. 1876-1881; GARCÍA MAS, «Urbanismo», cit., pp. 336-350; y M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., pp. 234-237. Se ocupan de su análisis de forma más detenida GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pp. 568-584, y ARNAIZ EGUREN, quien les dedica un capítulo completo de su obra *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pp. 539-622.

¹⁰⁰ GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pp. 575 ss., en referencia a los artículos 79 y 80 NCRH. También se muestra muy crítico con estos dos preceptos CORRAL DUEÑAS, «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», cit., pp. 1876 ss.

darios de la posición expuesta en segundo lugar ¹⁰¹. Dada la trascendencia que, a mi juicio, pueden tener algunas de las innovaciones que se han incluido, me gustaría efectuar alguna valoración, muy breve y más con la intención de abrir interrogantes que de cerrarlos, sobre algunos aspectos de la regulación que se contiene en materia de control de las divisiones y segregaciones en el artículo 79 de estas NCRH. En mi opinión, este precepto es contradictorio con el artículo 13.2 LS 2007, que prohíbe, con carácter general, las parcelaciones urbanísticas en suelo rural ¹⁰², así como las divisiones, segregaciones o fraccionamientos contrarios a la legislación sectorial (agraria, forestal o similar) ¹⁰³. Y es que, si el artículo 24.2 LMEA sanciona con nulidad los actos o negocios jurídicos de división de fincas que den lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, no se entiende que el artículo 79 NCRH, en lugar de impedir el acceso de tales actos de división –que además carecen de licencia– al Registro, los someta a un proceso de control consistente en la remisión de copias de los documentos al Ayuntamiento (art. 79.1 NCRH) y a la Administración agraria correspondiente (art. 80 NCRH), que puede desembocar en la inscripción registral de tales actos de fraccionamiento. De esta manera, parece dejarse en manos de las Administraciones públicas la decisión en torno a la nulidad o validez del acto de división ¹⁰⁴, con los riesgos que ello supone ¹⁰⁵, y, por tanto, la posibilidad o no de que accedan al Registro de la Propiedad, a pesar de la claridad con la que se expresan los artículos

¹⁰¹ Lo destaca de forma expresa ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., p. 576.

¹⁰² De manera algo más tibia, el artículo 96.1, *in fine*, TRLS 1976 dispone que «en suelo no urbanizable no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas».

¹⁰³ Lo apunta GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 578.

¹⁰⁴ Según GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pp. 585 y 586, esta interpretación del artículo 80 NCRH chocaría con las funciones de Notarios y Registradores (parecidamente, GARCÍA MAS, «Urbanismo», cit., p. 349), de apreciar la validez o nulidad de las divisiones, sin que quepa entender que la Administración agraria tiene competencias para decretar, por vía de acuerdo, la nulidad o validez de actos o negocios jurídicos. CORRAL DUEÑAS, por su parte, no sitúa el problema en la falta de competencias de la Administración para decidir sobre la validez o nulidad del acto, sino en la falta de datos suficientes en manos de los técnicos de la Administración para adoptar tal decisión («Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», cit., p. 1879). Para ARNAIZ EGUREN, la solución contenida en la disposición reglamentaria (remisión a los órganos de la Administración agraria de la competencia para determinar la licitud del objeto del negocio) es la correcta, si bien critica la letra del precepto desde el punto de vista técnico (*La inscripción registral*, cit., pp. 594 y 595).

¹⁰⁵ Aunque las principales competencias en materia de control de la legalidad urbanística corresponde a la Administración municipal, son reiteradísimos los supuestos en los que ésta no actúa con la diligencia debida, como confirma la lectura de la prensa diaria. A pesar de ello ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 594 y 595, considera, por variadas razones, que el legislador incurriría en error grave si atribuyese al Registrador la competencia para evaluar la adecuación de la finca resultante a las previsiones sobre parcelas mínimas o la existencia de las excepciones del artículo 25 LMEA.

artículos 13.2 LS 2007 y 24 LMEA ¹⁰⁶. En mi opinión, el papel que debería jugar la Administración municipal o agraria sería el de colaborar, como informador, con el Registrador, y el único supuesto en el que sería admisible que se permitiera la inscripción registral de un acto de división o segregación que genere parcelas inferiores a las unidades mínimas de cultivo sería aquel en el que tales fraccionamientos se encuentren permitidos por la legislación agraria, en virtud de lo previsto en el artículo 25 LMEA ¹⁰⁷. Resulta especialmente peligrosa, en mi opinión, la posibilidad que se confiere al Registrador, en el apartado 4 del artículo 79 NCRH, de inscribir las operaciones de división si en un plazo de cuatro meses desde la fecha que conste al margen del asiento de presentación, que indica que se ha remitido al Ayuntamiento la documentación mencionada en el artículo 79.1 NCRH, el Ayuntamiento no presenta el documento que acredite que se ha incoado expediente por parcelación ilegal ¹⁰⁸, riesgo que se reitera en el artículo 80 NCRH, que establece una previsión semejante para los supuestos de divisiones que generan fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo ¹⁰⁹. Podría entenderse, además, que la solución criticada puede ir en contra de lo dispuesto en el artículo 242.6 TRLS 1992, que establece que «*en ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*» ¹¹⁰. Y es que, en el fondo, lo que se logra con las disposiciones criticadas es regularizar, recurriendo a la técnica del silencio administrativo, aquellos

¹⁰⁶ En una línea parecida, M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., pp. 235 y 236.

¹⁰⁷ Lo admite, también, GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pp. 578 y 579.

¹⁰⁸ A juicio de M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., p. 236, sorprende que se permita en este caso la inscripción sin licencia, que choca frontalmente con la contundente previsión legal que prohíbe las parcelaciones en suelo no urbanizable, así como con el régimen del silencio en algunas Comunidades. Debo indicar que, a pesar de los riesgos apuntados, pueden encontrarse Resoluciones de la DGRN en las que se aplica el artículo 79 NCRH por parte del Registrador de la Propiedad correspondiente, el Ayuntamiento requerido contesta en plazo, poniendo en conocimiento del Registrador la existencia de un peligro objetivo de formación de un núcleo ilegal de población y, en consecuencia, se deniega la inscripción solicitada: así, RDGRN de 23 de julio de 2005 (RA 6873). En otras, se confirma la suspensión de la inscripción en aplicación de la normativa vigente en el momento de otorgamiento de la escritura y se admite la posibilidad de que los interesados presenten nuevamente el título a fin de que el Registrador, si lo considera conveniente, pueda actuar en la forma prevenida en los artículos 79 y 80 NCRH, «para que puedan despejarse las dudas que apunta en su nota de calificación» (RDGRN de 13 de marzo de 2006, RA 1854).

¹⁰⁹ Las dificultades que puede ocasionar la aplicación de la previsión del artículo 80 NCRH es duramente criticada por CORRAL DUEÑAS, «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», cit., pp. 1879-1881. También por GARCÍA MAS, «Urbanismo», cit., p. 349, y por M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., p. 240.

¹¹⁰ Y como advierte CORRAL DUEÑAS, «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», cit., pp. 1878 y 1879.

supuestos en los que el defecto del negocio está en que las partes que lo han celebrado no han obtenido la oportuna licencia; pero el conflicto se produce, claro está, cuando la licencia no pueda otorgarse por no ser conforme la actividad proyectada con las disposiciones aplicables.

1.2 Los controles posteriores: el régimen aplicable en los casos de incumplimiento de la normativa aplicable

Del contenido del subepígrafe anterior se desprende, me parece, que el legislador es consciente de la importancia que posee el control previo, o preventivo, de los actos en virtud de los cuales se divide el suelo, y a tal fin articula las medidas que ya se han examinado. Pero como en numerosas ocasiones tales mecanismos se revelan insuficientes, ha sido preciso diseñar un régimen aplicable a los supuestos de incumplimiento de la norma, lo que ha desembocado en un sistema que, en mi opinión, se ha ido complicando con el paso del tiempo, no sólo como resultado de la coexistencia de preceptos estatales y autonómicos; también como consecuencia del propio desarrollo reglamentario de la legislación aplicable y, además, por efecto de la concurrencia de instrumentos y principios propios del Derecho público con otros más conocidos del Derecho civil¹¹¹ y, en especial, del Derecho inmobiliario registral. Es probablemente la combinación de todos estos factores la que genera situaciones de confusión e incertidumbre.

Además, creo que de todo lo que se lleva dicho hasta ahora puede deducirse que el régimen jurídico que se va a aplicar a los actos de parcelación que no se ajusten a la normativa va a depender, más que de la calificación apriorística del supuesto –como acto nulo, anulable, o incluso ilegal a efectos urbanísticos–, de muchos otros factores: de la norma aplicable en el concreto supuesto, de la clase de suelo sobre el que se realice el acto de división, del tipo de acto realizado –pues no es lo mismo un acto de parcelación sin licencia que un acto de división de una finca indivisible–, de la legitimación y los plazos para impugnar, de la posibilidad o no de sanar el negocio... Teniendo en cuenta que se trata de una cuestión especialmente relevante, a ella se va a dedicar el siguiente epígrafe completo.

¹¹¹ La coexistencia de estos dos tipos de mecanismos es destacada por ARNAIZ EGU-REN, *La inscripción registral*, cit., p. 539, como una de las razones causantes de las dificultades que se detectan en la materia.

III. LAS CONSECUENCIAS DE LAS PARCELACIONES CONTRARIAS A LA NORMATIVA

Como en muchos casos se llevan a cabo parcelaciones que infringen la legislación aplicable a pesar de los mecanismos de vigilancia que se hallan previstos en la normativa –bien sea porque los particulares formalizan las operaciones de división en documento privado, lo que les permite escapar de la fiscalización de Notarios y Registradores, bien sea porque sus autores logran eludir los instrumentos de control por otras vías–, ha sido necesario articular un régimen jurídico aplicable a los supuestos en los que se produce el incumplimiento de los preceptos que regulan la materia. En él se combinan diferentes tipos de medidas, todas las cuales persiguen, a mi juicio, un único fin (o, al menos, un objetivo básico), conectado con la protección de un interés general, colectivo: con ellas se trata de minimizar, en la medida de lo posible, los efectos dañosos que pudieran derivarse de los actos de fraccionamiento del suelo que se hubieran realizado sin acomodarse a las previsiones contenidas en el ordenamiento jurídico. Si a través de esas normas se intenta evitar, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, la aparición de urbanizaciones ilegales, lo lógico es tratar de impedir la actividad edificatoria sobre los suelos indebidamente fraccionados. Este propósito ya se aprecia en la regla que, en la LS 1956, imponía determinadas sanciones a los actos de parcelación efectuados sin licencia o con infracción de la regla que enumeraba las fincas indivisibles. Así, su artículo 79.4 disponía que *«En ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones de este artículo o el que antecede»*. La misma disposición se repite, sin variaciones, en el artículo 96.4 TRLS 1976, e idéntica sanción se contiene en los artículos 66.3, 67 y 70.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RD 2187/1978, de 23 de junio; en adelante, RDU), en cuyos artículos 66 a 75 además se castiga con multa diversos supuestos de parcelación contrarios a la normativa.

Me parece que se puede entender que la misma voluntad de evitar la aparición de asentamientos clandestinos ha guiado a los legisladores autonómicos: en este sentido hay normas, como el TRLU catalana, que se aproxima mucho a la disposición estatal, al establecer, en su artículo 187.2, que *«los lotes resultantes de una parcelación efectuada con infracción de las disposiciones de este artículo o del régimen de indivisibilidad urbanística de los terrenos, que regula el artículo 188, nunca se pueden considerar sola-*

res, ni es permitido edificar, sin perjuicio de la aplicación de las medidas de protección de la legalidad urbanística que correspondan». Se puede añadir que otro grupo de disposiciones autonómicas, aunque no copian la letra del precepto estatal, sí que comparten el mismo objetivo, ya que enumeran, entre las sanciones aplicables a las infracciones urbanísticas, «las precisas para la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado»; y, además, exigen que se adopten las medidas dirigidas a la reposición de la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción. En este grupo se sitúan, entre otras, la LOU Andalucía (art. 192)¹¹², el TRLOTCan (art. 188); y la LS Madrid (art. 202).

Aparte de las sanciones que han sido enunciadas, en las normas sobre uso del suelo se anudan también otras importantes consecuencias a los defectos o anomalías que presentan los actos de parcelación realizados con infracción de las reglas aplicables, agravación que probablemente se explica como consecuencia de su enorme potencialidad lesiva¹¹³. Su interpretación ha generado enormes controversias y ha propiciado la elaboración doctrinal de una distinción entre ilicitud administrativa y validez civil del negocio de división o de parcelación¹¹⁴, que ha encontrado reflejo, incluso, en la jurisprudencia¹¹⁵. Me parece que en el fondo del asunto laten diversas cuestiones, de entre las que me gustaría destacar las siguientes: por un lado, la relativa a la trascendencia que poseen los preceptos que tradicionalmente han sido considerados

¹¹² Que debe ponerse en conexión con su artículo 183.3 cuando la parcelación urbanística se realiza en suelo no urbanizable, como resulta del precepto recién citado, que dispone lo siguiente: «En el caso de parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, el restablecimiento del orden jurídico perturbado se llevará a cabo mediante la reagrupación de las parcelas a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación, en la forma que se determine reglamentariamente.»

¹¹³ Es T. R. FERNÁNDEZ, *Manual*, cit., pp. 256 y 257, quien entiende que las parcelaciones ilegales poseen un potencial dañino superior a otras infracciones urbanísticas.

¹¹⁴ Esta distinción se consagra por J. L. LASO MARTÍNEZ, en «Ilicitud administrativa y validez civil», trabajo contenido en *Estudio homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pp. 1169 ss. Encuentra acogida en trabajos de otros autores; así, entre otros, MARCOS JIMÉNEZ, «Parcelaciones de fincas», cit., p. 273; CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística y publicidad registral», cit., pp. 1537 ss.; el mismo autor, «Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores», cit., pp. 23 y 24; parece también que la siguen GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI Y ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones*, cit., pp. 168 ss.; ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 568 y 569. Antes de LASO, puede encontrarse una propuesta en la que se encuentra implícita esta distinción en PÉREZ PASCUAL, «Aspectos registrales de las parcelaciones y reparcelaciones», *RCDI*, marzo-abril 1983, núm. 555, pp. 398 y 399.

¹¹⁵ Se puede deducir, entre otras, de las SSTs (Sala 3.ª) de 24 de diciembre de 1990 (RA 10190, Ponente BARRIO IGLESIAS), y 13 de marzo de 1990 (RA 1963, Ponente BARRIO IGLESIAS), STSJ Murcia de 29 de mayo de 2002 (RJCA 994, Ponente ALCÁZAR VIEYRA DE ABREU). Se afirma de manera clara en la STSJ Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1996.

administrativos –entre los que siempre se han situado los urbanísticos– en el ámbito civil, o de relaciones entre particulares: sólo así pueden explicarse los esfuerzos por destacar la completa autonomía de «lo civil» respecto de las disposiciones administrativas, que se pueden detectar en quienes han propuesto diferenciar entre ilicitud administrativa y validez civil de un acto ¹¹⁶; por otra, la gran complejidad que caracteriza a esta materia, en la que se entremezclan, como se ha apuntado ya, disposiciones de naturaleza muy diversa (de Derecho administrativo, civil e inmobiliario registral); por fin, las dificultades que presenta, en el ordenamiento jurídico español, la categoría de la invalidez, regulada de forma totalmente insuficiente a pesar de su relevancia ¹¹⁷. Sobre estas bases, y volviendo a la distinción entre ilicitud administrativa y validez civil, creo que el origen de la diferenciación se sitúa en la disposición que se contiene en el artículo 94.2 TRLS 1976, a cuyo tenor «*se considerará ilegal, a efectos urbanísticos, toda parcelación que sea contraria a lo establecido en el Plan, Programa o Norma urbanística que le sea de aplicación o que infrinja lo dispuesto en el artículo 96 de esta Ley*» ¹¹⁸. Dado que una interpretación literal del precepto transcrito parece conducir a limitar el alcance de la irregularidad de la parcelación, al introducir la referencia a una ilegalidad «a efectos urbanísticos», surge la discusión relativa a la determinación y el alcance de las consecuencias de los actos de parcelación contrarios a lo dispuesto en la normativa urbanística. Las dudas se plantean, sobre todo, porque en el artículo 96.1, *in fine*, se dispone, de forma tajante, que «*en suelo no urbanizable no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas*», veto que se repetía, de forma más radical aún, en el artículo 20.2 LRSV, donde se establece que «*en el suelo no urbanizable quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza*».

Teniendo en cuenta los datos expuestos, ¿puede afirmarse que las parcelaciones urbanísticas contrarias a la normativa son meras infracciones administrativas, cuya comisión acarrea la imposición

¹¹⁶ LASO MARTÍNEZ, «Ilicitud administrativa y validez civil», cit., pp. 1174 y 1175, con apoyo en la STS de 13 de mayo de 1980 (RA 1924, Ponente Santos Briz).

¹¹⁷ Sobre las principales dificultades con las que tropieza la categoría de la invalidez, J. DELGADO ECHEVERRÍA, M. A. PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 13 ss.

¹¹⁸ Su texto se reprodujo, con algunas variaciones, en el artículo 257.2 TRLS 1992, según el cual «*se considerará ilegal, a efectos urbanísticos, toda parcelación que sea contraria a lo establecido en el planeamiento urbanístico que le sea de aplicación o que infrinja lo dispuesto en la legislación urbanística*».

de la correspondiente sanción, o debe entenderse, por el contrario, que las anomalías que afectan al negocio de parcelación desembocan en la invalidez del mismo ¹¹⁹? A mi juicio, este interrogante no tiene una respuesta única; para contestar adecuadamente a la cuestión planteada, me parece que es preciso distinguir varios supuestos, y, además, tomar en consideración diversas variables, entre las que siempre se encuentra la legislación aplicable ¹²⁰.

Las posibilidades de parcelaciones contrarias a la normativa son muy numerosas, como resulta de lo dispuesto en los artículos 66 a 75 RDU, aunque me parece que los diversos supuestos pueden agruparse en las cinco categorías siguientes, atendiendo al contenido de los artículos 94 a 96 TRLS 1976 y normas correlativas:

- Las contrarias a lo establecido en el planeamiento o en la legislación urbanística aplicable (art. 94.2 TRLS 1976).
- Las efectuadas sin la previa aprobación del correspondiente instrumento de planeamiento (art. 96.1 TRLS 1976).
- Las realizadas en suelo no urbanizable o rural (art. 96.1 TRLS 1976, *in fine*, y art. 13.2 LS 2007).
- Las que no dispongan de la preceptiva licencia (art. 96.2 TRLS 1976, en conexión con art. 259.3 TRLS 1992).
- Las que supongan fraccionamiento de parcelas indivisibles (art. 95.1 TRLS 1976, en correspondencia con el art. 258.2 TRLS 1992, así como art. 24 LMEA, cuando fuera de aplicación).

De acuerdo con el artículo 94.2 TRLS 1976, los primeros cuatro supuestos son considerados ilegales, «a efectos urbanísticos», mientras que la calificación de la anomalía que presenta el caso citado en último lugar (división de parcelas indivisibles) no se contiene, de manera clara al menos, en las normas citadas, lo que obligará a acudir a otros preceptos para averiguar cuál es el régimen aplicable a esta infracción. Ahora bien, ¿puede entenderse que la tacha de ilegalidad, ceñida por la ley a los efectos urbanísticos, posee alguna relevancia sobre la validez del negocio de división ¹²¹

¹¹⁹ Y es que, como explican DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, cit., pp. 24 y 25, «la invalidez, como negación de la fuerza vinculante del contrato, es la sanción teóricamente más fuerte a un contrato que infringe la ley, pero no la única posible. En ocasiones, el contrato es válido, si bien sus irregularidades dan lugar a otras consecuencias, como sanciones penales o administrativas, o un deber de resarcimiento... Algunas irregularidades pueden ser incluso absolutamente irrelevantes».

¹²⁰ Como habrá ocasión de comprobar, no todas las leyes autonómicas en la materia contemplan la misma solución para los supuestos planteados. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que LASO MARTÍNEZ pone en duda la competencia del legislador autonómico para decidir acerca de la validez civil de actos jurídicos entre particulares afectados por su legislación agraria o urbanística («Ilicitud administrativa y validez civil», cit., pp. 1200-1203).

¹²¹ LASO MARTÍNEZ plantea la cuestión en otros términos; a su juicio, se trata de averiguar qué normas administrativas producen la invalidez civil del negocio jurídico («Ilicitud administrativa y validez civil», cit., p. 1198).

o sólo da lugar a la imposición de sanciones administrativas? ¿Es la irregularidad «administrativa» –la califico así porque aparece contenida en una norma de esta naturaleza– suficiente para provocar la invalidez del acto de fraccionamiento? Me parece que la respuesta va a depender de las circunstancias que concurran en el caso: en especial, de la clase de suelo sobre el que recaiga la actividad de parcelación urbanística y, como ya se dijo, de la norma aplicable al supuesto concreto, factores que, junto a otros, contribuyen a explicar cuál es el interés protegido¹²². A continuación van a analizarse tres de los cinco supuestos enunciados; en concreto, los tres últimos, que son los que se han revelado más problemáticos y han despertado mayor atención en la doctrina¹²³. Su exposición se ha ordenado en función de la modalidad de invalidez que considero que les afecta.

1. Las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable

Cuando la operación de fraccionamiento se produce en suelo no urbanizable, y además entra en la categoría de «parcelación urbanística» –recuérdese que se trata de la que puede dar lugar al nacimiento de un núcleo de población–, parece bastante probable que el negocio deba considerarse inválido, en su modalidad de nulidad de pleno derecho, de conformidad con el artículo 6.3 CC («*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para caso de contravención*»)¹²⁴, en atención a

¹²² Que es uno de los criterios que ha de tenerse en cuenta para determinar cuál es el régimen de invalidez aplicable, como apuntan DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, cit., pp. 30 y 31.

¹²³ Las dos primeras hipótesis no han sido demasiado estudiadas, y, cuando son aludidas, la mención es muy superficial. Así, por ejemplo, QUINTANA REDONDO, «Parcelaciones urbanísticas», cit., pp. 27 y 28, se limita a afirmar la nulidad de pleno derecho de las parcelaciones practicadas sin ajustarse a la licencia concedida (que entrarían, pues, en la categoría de parcelaciones contrarias al planeamiento), y de las efectuadas al amparo de una autorización concedida indebidamente por la Administración (a falta de previo instrumento de planeamiento –segunda de las clases de parcelaciones irregulares enunciadas–); CHICO Y ÓRTIZ, «Lo jurídico y lo urbanístico», cit., p. 67, indica, muy de pasada, que los actos en contra de las disposiciones legales o de los planes de ordenación son únicamente anulables o afectados por irregularidades no invalidantes; entre los ejemplos que pone, alude a los actos de parcelación sin licencia; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI Y ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones*, cit., pp. 170 y 171, se limitan a apuntar la ilegalidad de las parcelaciones contrarias al planeamiento o a la legislación urbanística aplicable, y citan, como ejemplo, el caso de las parcelaciones que incumplan los deberes de cesión o equidistribución o del aprovechamiento con exceso de las parcelas inicialmente proyectadas, además del incumplimiento de las concretas condiciones que para la parcelación hubiere podido imponer el planeamiento.

¹²⁴ En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1980, pp. 383 ss. En contra, BENAVIDES DEL REY, «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad», cit., pp. 633 y 634;

la prohibición que se contiene en el artículo 96.1 TRLS 1976¹²⁵ y, con una terminología mucho más clara, en el artículo 20.2 LRSV (en la actualidad, en el art. 13.2 LS 2007). La imposición de sanciones pecuniarias (en forma de multa) del artículo 66 RDU, o la descalificación del suelo y la consiguiente imposibilidad de edificar (arts. 96.4 TRLS 1976 y 66.3 RDU) no tienen que ser considerados, necesariamente, un «efecto distinto para el caso de contravención»¹²⁶. En apoyo de la opinión expuesta se puede traer, me parece, la normativa autonómica. En ella se señala, de forma expresa, la consecuencia apuntada: así, por ejemplo, el artículo 68.2 LOU Andalucía establece que «*en terrenos con régimen del suelo no urbanizable quedan prohibidas, siendo nulas de pleno derecho, las parcelaciones urbanísticas*»¹²⁷; el artículo 81.2 TRLOTCan, que afirma que «*será nula toda parcelación urbanística que sea contraria a la legislación territorial o urbanística*», añadiendo, en su artículo 83.2, que «*en suelo rústico quedarán prohibidas las parcelaciones urbanísticas, salvo en los terrenos adscritos a la categoría de asentamiento*». Parecidamente, el artículo 145.2 LS Madrid, según el cual «*es nula toda parcelación urbanística que sea contraria a la ordenación urbanística o infrinja lo dispuesto en el presente Capítulo*», en conexión con su artículo 144. 3, en cuya virtud «*en suelo no urbanizable de protección y en suelo urbanizable no sectorizado quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas*». Prohíben las parcelaciones en esta clase de suelo, aunque sin señalar cuál sea la consecuencia de su contravención, entre otras, la LS Murcia, en cuyo artículo 89.1 se afirma que «*en suelo no urbanizable quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas*».

GONZÁLEZ PÉREZ, «Las licencias de urbanismo y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, septiembre-octubre 1978, núm. 528, p. 917; MARCOS JIMÉNEZ, «Parcelaciones de fincas», cit., p. 273; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI Y ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones en el Derecho español*, cit., pp. 168 y 169.

¹²⁵ En la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo pueden encontrarse pronunciamientos en los que se afirma que la irregularidad que afecta al acto –en el supuesto enjuiciado se trataba de la segregación de terrenos rústicos con fines urbanísticos, actividad prohibida por el art. 96.1 TRLS 1976– determina su nulidad de pleno derecho por aplicación del artículo 47.c) LPA 1958, añadiéndose que tal calificación sólo alcanza a sus efectos urbanísticos o jurídico-públicos, sin prejuzgar la validez del negocio jurídico-privado; es lo que sucede en la STSJ Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1996, ya citada. De acuerdo con la tesis sostenida en el texto, este negocio sería nulo de pleno derecho también en su vertiente jurídico-privada.

¹²⁶ Sobre este punto puede consultarse DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, cit., p. 27.

¹²⁷ M. LÓPEZ BENÍTEZ y R. PIZARRO NEVADO, *Derecho Urbanístico de Andalucía*, cit., p. 195, afirman que la atribución de nulidad absoluta a las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable representa un avance en las medidas de reacción contra las parcelaciones ilegales.

2. El fraccionamiento de suelo indivisible

Parecidos argumentos pueden emplearse para explicar las consecuencias de la división de fincas indivisibles, cuya nulidad resulta de los preceptos aludidos ¹²⁸, señaladamente, de los artículos 6.3 CC ¹²⁹, 95.1 TRLS 1976 ¹³⁰, 258.2 TRLS 1992, y, además, del artículo 24 LMEA ¹³¹, en el que puede leerse lo siguiente: «1. La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2. Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior. 3. La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos». Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que en el artículo 25 de la misma norma se contienen algunas importantes excepciones a la prohibición de división ¹³², cuya presencia facultaría la posibilidad de dividir.

¹²⁸ En contra de la nulidad y a favor de la validez civil de la división de parcelas indivisibles se pronuncia PÉREZ PASCUAL, «Aspectos registrales de las parcelaciones y reparcelaciones», cit., pp. 398 y 399. Tampoco considera que se trate de actos nulos CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística», cit., pp. 1537-1540. Entiende que es discutible esta calificación J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1968, pp. 449 y 450.

¹²⁹ En este sentido, Díez-PICAZO, «Los límites del derecho de propiedad», cit., p. 17, opina, a propósito de la sanción aplicable a la división de fincas indivisibles que «no cabe desconocer que el artículo 4 (hoy art. 6.3) del CC condena con la nulidad todos los actos realizados en contra de lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordena su validez y que la nulidad en términos jurídico-privados es la única manera de alcanzar las finalidades que la ley trata de conseguir». Con anterioridad, y con el mismo fundamento, se había sostenido la nulidad absoluta de la división de parcelas urbanísticamente indivisibles por J. MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Montecorvo, Madrid, 1964, pp. 100 y 101.

¹³⁰ Así lo entiende LASO MARTÍNEZ, «Ilícitud administrativa y validez civil», cit., p. 1178.

¹³¹ Cuya interpretación es clara, para GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 574: los actos que produzcan divisiones contraviniendo las unidades mínimas de cultivo están aquejados de nulidad absoluta, no otra forma de ineficacia, especificando que se trata de una nulidad de carácter civil, referida al acto de división o segregación y también al negocio que produce tal división, incluyendo la partición de la herencia. También apoya la nulidad de pleno derecho de los actos de división de fincas por debajo de la unidad mínima de cultivo CORRAL DUEÑAS, «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», cit., pp. 1855 y 1860. Considera que se trata de un negocio afectado de «ineficacia plena», que luego identifica con la nulidad absoluta ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 593 y 594.

¹³² Artículo 25 LMEA: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, se permite la división o segregación en los siguientes supuestos: a) Si se trata de cualquier clase de

3. Notas comunes a las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable y a la división de parcelas indivisibles

El encaje de estos supuestos de invalidez del negocio jurídico en la modalidad de nulidad de pleno derecho es plenamente coherente con el interés público o colectivo que trata de protegerse a través de la imposición de esta sanción¹³³; ya sea impedir el nacimiento de urbanizaciones ilegales, en el primer caso, ya imposibilitar la aparición de parcelas que no permitan un aprovechamiento urbanístico razonable o evitar el fraccionamiento de fincas rústicas que dé lugar a explotaciones agrícolas poco rentables por sus reducidas dimensiones, en el segundo. Cabría entender, además, que estas anomalías del negocio de división —que, recuérdese, es un acto que se encuentra sancionado por el art. 6.3 CC—, pueden hacerse valer por cualquier interesado no sólo ante los Tribunales del orden contencioso¹³⁴, sino también ante los Tribunales ordinarios¹³⁵, los cuales incluso podrían apreciar de oficio la nulidad. No

disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide o segrega como la colindante, no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. b) Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que se haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación. A los efectos del artículo 16 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, no se entenderá vulnerada la legislación agraria, cuando la transmisión de la propiedad, división o segregación tenga el destino previsto en este apartado. c) Si es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos. d) Si se produce por causa de expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa.»

¹³³ Aunque esta calificación no es compartida de forma unánime, como ya se ha dicho. En contra, entre otros, BENAVIDES DEL REY, «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad», cit., pp. 633 y 634; PÉREZ PASCUAL, «Aspectos registrales de las parcelaciones y reparcelaciones», cit., pp. 398 y 399; y CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística», cit., pp. 1537-1540.

¹³⁴ No está de más recordar que el artículo 304 TRLS 1992 recoge la acción pública, que permite a cualquier persona exigir ante los órganos administrativos y los tribunales de lo contencioso-administrativo la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas. Considero que estas parcelaciones, que contravienen claramente la legislación en materia de suelo, podrían ser objeto de esta acción pública, que a juicio de T. R. FERNÁNDEZ, cubre el intento de obtener la declaración de nulidad del acto ilegal (*Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 261).

¹³⁵ Sobre la jurisdicción competente para declarar la invalidez civil debida a un ilícito administrativo, LASO MARTÍNEZ, «Ilícitud administrativa y validez civil», cit., pp. 1205-1208, donde afirma la competencia de los Tribunales del orden civil para conocer de estos asuntos. Al hilo de esta cuestión, podría plantearse si la nulidad del acto, declarada por un Tribunal de lo contencioso-administrativo, sería trasladable al ámbito civil, aun cuando aquellos órganos se cuidan de deslindar uno y otro campo, como sucedió en el supuesto resuelto en la STSJ Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1996. Es interesante, en este punto, la SAP Sevilla de 26 de enero de 2006 (RA 175942, Ponente SANZ TALAYERO), en un supuesto en el que la parte actora-apelante pretendía la

existe, me parece, ningún precepto que limite a un sujeto determinado la legitimación para impugnar. Es más: hay incluso alguna norma autonómica en la que de forma expresa –e innecesariamente, creo– se concede legitimación a la propia Comunidad Autónoma para solicitar en vía judicial la nulidad de la división o segregación contraria a la unidad mínima de cultivo: es el caso de la Ley 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria de Castilla y León, cuyo artículo 14 dispone que «*la Consejería de Agricultura y Ganadería tendrá acción para pedir judicialmente la declaración de nulidad de los actos y contratos que impliquen división o segregación de fincas en contra de lo dispuesto en los artículos precedentes*». La nulidad de pleno derecho produce, además, las siguientes consecuencias: este tipo de actos inválidos propagan su ineficacia a cuantos actos y negocios que de él traigan causa¹³⁶, no sanan por el transcurso del tiempo¹³⁷, tampoco admiten su convalidación o legalización *a posteriori*¹³⁸ y no son sus-

nulidad de un contrato de compraventa de una cuota indivisa de una finca por ilicitud de su objeto, con el argumento de que la venta de cuotas de dicha finca fue declarada ilegal en resolución administrativa por afectar a suelo no urbanizable y encubrir una parcelación ilegal. El Tribunal consideró, sin embargo, que el contrato de compraventa era válido y lícito porque en él no se segrega una parte de la finca, sino que se vende una participación ideal del terreno, a lo que añade que «contiene todos los requisitos para su eficacia. Cuestión distinta es que las disposiciones administrativas sobre el suelo impidan a la parte actora dar satisfacción a los encubiertos objetivos que pretendía conseguir mediante la concertación de ésta y otras compraventas, y que las Resoluciones de la Administración competente hayan evitado las transgresiones de la normativa urbanística que pretendían eludirse por el demandante mediante los subterfugios utilizados, entre ellos un contrato de compraventa en el que se vendía una participación de partes indivisas en las que idealmente estaba dividida la finca, pero con la intención de convertirlo después en porciones de terreno segregadas materialmente, usando una fórmula para describir el objeto vendido en el contrato con la intención de «encubrir precisamente lo que sabían prohibía la ley», como sin ningún escrúpulo ni recato reconoce el apelante en el punto primero del escrito de apelación. Pero ello no destruye la eficacia del contrato ni determina su nulidad. Los términos del contrato son claros en cuanto al objeto vendido. Lo que se vende no es una parcela que se segregue de forma que contravenga la normativa vigente, sino participaciones de partes indivisas en que idealmente se divide la finca. No se transmite una cosa que esté fuera del tráfico jurídico...». Como se puede apreciar, parte el Tribunal de la distinción entre ilícito administrativo e ilícito civil; o, al menos, no admite que la calificación administrativa del acto pueda *contaminar* o afectar de algún modo a la consideración que deba recibir desde una perspectiva privada. Pero la decisión quizás se deba a que el actor fue, precisamente, el vendedor de las cuotas, causante de la parcelación urbanística ilegal (así se comprueba en la STSJ Andalucía de 15 de abril de 2005, RA 197234, Ponente Herrero Casanova). Si la nulidad hubiese sido instada por los compradores, no estoy segura de que la decisión de la AP hubiese sido del mismo signo.

¹³⁶ STSJ Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1996, respecto de una segregación con fines urbanísticos realizada en suelo rústico.

¹³⁷ STSJ Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1996. En relación con este punto se debe indicar que en la LOU Andalucía, que sanciona con nulidad de pleno derecho las parcelaciones urbanísticas efectuadas en suelo no urbanizable, se establece la imprescriptibilidad de la acción de la Administración para el ejercicio de su potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de tales parcelaciones [art. 185.2.a)].

¹³⁸ Éstos son los términos en los que se pronuncia la STS (Sala 3.ª) de 24 de diciembre de 1990 (RA 10190) en relación con una parcelación urbanística efectuada en suelo no

ceptibles de ser confirmados por ninguna de las partes del negocio, no en vano con la sanción impuesta se atiende al interés general: se trata de privar de efectos a un acto que se considera que tiene un potencial dañoso para la colectividad, o que no proporcionaría los beneficios que se darían de cumplir con la norma infringida.

Conviene apuntar, siquiera someramente, que la interpretación propuesta tropieza con lo dispuesto en los artículos 79 y 80 NCRH, en los que parece admitirse la posibilidad de inscripción de divisiones y segregaciones realizadas en suelo no urbanizable, incluso cuando los actos de fraccionamiento den lugar a fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo y, por tanto, cuando tenga lugar sobre parcelas indivisibles, lo que resulta contradictorio con el artículo 18 LH, que impone al Registrador la obligación de controlar la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas si se pretendiera su ingreso en el Registro, lo que debería desembocar en una calificación negativa, denegatoria de la inscripción, por falta insubsanable¹³⁹. Para sortear este obstáculo, creo que se debe aceptar la aplicabilidad de estas reglas –y, en consecuencia, la inscripción de los actos de división– cuando las operaciones de parcelación encajen en algunas de las excepciones legalmente previstas¹⁴⁰ (así, por ejemplo, en los casos del art. 25 LMEA, o del art. 83.2, *in fine*, TRLOTCan).

urbanizable; también, STSJ Andalucía de 5 de enero de 2001 (RA 96922). Por el contrario, BENAVIDES DEL REY sí que estima posible una convalidación ulterior, al afirmar que, aún tratándose de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, el documento en el que se reflejan podría tener acceso al Registro (y ser objeto de calificación positiva, pues) por una modificación del planeamiento o por la aprobación de un plan que «legitimara, desde el punto de vista urbanístico, lo que es válido desde el punto de vista civil» («Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad», cit., p. 634). También admiten la posibilidad de legalización de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable o rústico las siguientes RRDGRN, relativas a de segregaciones de fincas que integran procesos de parcelaciones urbanísticas ilegales, efectuadas en suelo no urbanizable, y, además, sin licencia (bajo la vigencia del TRLS 1992 y antes de la promulgación de las NCRH): RRDGRN de 13 de mayo de 1994 (RA 4396), 17 de enero de 1995 (RA 623), 16 de junio de 1995 (RA 5327), 12 de julio de 1995 (RA 5575).

¹³⁹ Entiendo que si la calificación del acto irregular es el de nulidad de pleno derecho, puede admitirse que la falta será insubsanable. Cuando la DGRN ha tenido ocasión de ocuparse de segregaciones de fincas en suelo no urbanizable, y, además, sin licencia, en la mayoría de las ocasiones ha considerado la falta subsanable y, en consecuencia, se ha limitado a suspender la inscripción solicitada: es el caso de las RRDGRN de 13 de mayo de 1994 (RA 4396), 17 de enero de 1995 (RA 623), 16 de junio de 1995 (RA 5327), 12 de julio de 1995 (RA 5575). En cambio, deniega la inscripción en un supuesto de una venta de una participación indivisa de una finca rústica sin aportar licencia municipal o certificado de innecesariedad la RDGRN de 12 de febrero de 2001 (RA 2152), en la que se aplica la Ley valenciana sobre suelo no urbanizable.

¹⁴⁰ Sobre las posibilidades de acceso al Registro de la Propiedad de las divisiones o segregaciones permitidas por la legislación agraria, *vid.* GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral*, cit., pp. 578 y 579.

4. Parcelaciones sin licencia

Éste es uno de los supuestos en los que la respuesta a la cuestión planteada no es única, sino que va a depender de las circunstancias concurrentes en el caso; en especial, de la clase de suelo sobre que se practica la división y de las previsiones contenidas en la norma aplicable en el supuesto concreto ¹⁴¹. El punto de partida se sitúa en el artículo 96.2 TRLS 1976, que dispone que «toda parcelación urbanística quedará sujeta a licencia». Las consecuencias de la falta de su acreditación ha sido objeto de discusión constante en la doctrina, cuyas posiciones pueden resumirse de la siguiente manera:

- Un grupo de autores considera que los actos de parcelación efectuados sin licencia son nulos de pleno derecho ¹⁴².
- Para otro sector, en cambio, se trata de actos anulables ¹⁴³.
- Un tercer grupo entiende que únicamente están aquejados de «ilicitud a efectos urbanísticos», irregularidad que, sin embargo, no tiene consecuencias en el orden civil, ámbito en el que se entiende que los actos de parcelación son plenamente válidos y eficaces ¹⁴⁴.

En mi opinión, sin embargo, y como ya adelanté, la solución aplicable no puede ser única. Será decisivo, a este respecto, la clase de suelo sobre el que se realice la parcelación urbanística sin licencia. De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, si se lleva a cabo en suelo no urbanizable o supone el fraccionamiento de fin-

¹⁴¹ La DGRN apunta esta idea en su Resolución de 23 de julio de 2005 (RA 6873), que resuelve la impugnación contra una nota que deniega la inscripción solicitada de una cuota indivisa de una finca rústica y afirma que «habrá que estar en cada caso a la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma, pudiendo llegarse a soluciones diferentes en base a la diversidad normativa de carácter sustantivo».

¹⁴² Encabeza este sector QUINTANA REDONDO, «Parcelaciones urbanísticas», cit., pp. 27 y 28. También, M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., p. 238. En contra de la nulidad de pleno derecho, pero sin inclinarse por otra calificación, J. GONZÁLEZ PÉREZ, «Las licencias de urbanismo y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, septiembre-octubre 1978, núm. 528, p. 917; el mismo autor reitera estas consideraciones en *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., pp. 725 y 726.

¹⁴³ Es el caso de MARCOS JIMÉNEZ, «Necesidad de la licencia municipal», cit., pp. 1494-1496; BENAVIDES DEL REY, «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad», cit., p. 633; PÉREZ PASCUAL, «Aspectos registrales de las parcelaciones y reparcelaciones», cit., p. 402.

¹⁴⁴ Es la propuesta de LASO MARTÍNEZ, «Ilícitud administrativa y validez civil», cit., pp. 1177-1181, para los actos de parcelación sin licencia que desemboquen en la creación de un nuevo núcleo de población. Este autor reserva la nulidad de pleno derecho para la división, sin licencia, de parcelas indivisibles (*op. cit.*, p. 1181). Parece, también, la tesis de CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística», cit., pp. 1541 ss, especialmente p. 1544; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI Y CANDAU ROMERO, *Las parcelaciones en el Derecho español*, cit., pp. 168-170; GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 567. Más recientemente, ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral*, cit., pp. 568 y 569.

cas indivisibles, será nula de pleno derecho¹⁴⁵. Si el suelo es urbano o urbanizable, la modalidad de invalidez que afecte al acto dependerá de factores tales como el mecanismo para hacerla valer, el interés protegido o la posibilidad de legalización ulterior¹⁴⁶. Teniendo en cuenta estas variables, me parece que la calificación que conviene a este tipo de invalidez, siempre y cuando quepa la posibilidad de obtener la licencia *a posteriori* o proceda alguna otra forma de sanación¹⁴⁷, es el de la anulabilidad, con algunos matices: la invalidez podrá hacerse valer no sólo por el contratante (comprador) que viera defraudadas sus expectativas al impedírsele la edificación sobre la parcela resultante, ex artículo 96.4 TRLS 1976, sino también por la Administración, que tiene la consideración de tercero respecto del negocio de división¹⁴⁸; el interés protegido será, también en este caso, de carácter público, en atención a la finalidad que persigue la imposición del deber de obtener una licencia¹⁴⁹. La posibilidad de legalización posterior resulta, en este caso, del artículo 184 TRLS 1976.

Me parece que es difícilmente admisible la tesis según la cual los actos de parcelación sin licencia son plenamente eficaces en el ámbito civil, quedando limitadas las consecuencias de la irregularidad que los afecta al campo urbanístico o administrativo. Ya no se trata sólo de recordar que «el ordenamiento jurídico es único, debe ser coherente, y los requisitos de validez de los contratos, las causas de invalidez y medios de reacción pueden establecerse en distintas leyes, sin que sea necesario su completa naturaleza priva-

¹⁴⁵ En un supuesto de venta de una cuota indivisa de una finca rústica, efectuada además sin licencia, en el ámbito de la Comunidad valenciana, la DGRN confirmó la nota del Registrador, denegatoria de la inscripción (RDGRN de 12 de febrero de 2001, RA 2152), lo que parece indicar que considera la operación efectuada nula de pleno derecho. En contra, en un caso muy semejante, en la misma Comunidad Autónoma, RDGRN de 5 de junio de 2001 (RA 7704).

¹⁴⁶ La mayoría de las RRDGRN confirman la suspensión de la inscripción de las operaciones de división de fincas efectuadas sin licencia, con independencia de la clase de suelo en las que se realicen; y, por tanto, al margen de que puedan o no ser convalidadas. Entre las que confirman la suspensión de la inscripción de segregaciones sin licencia en suelo no urbanizable pueden citarse, a modo de ejemplo, las siguientes: RDGRN de 13 de mayo de 1994 (RA 4396), 17 de enero de 1995 (RA 623), 22 de abril de 2005 (RA 5010), 15 de junio de 2005 (RA 5392) y 13 de marzo de 2006 (RA 1854); entre las confirmatorias de la denegación, Resoluciones de 12 de febrero de 2001 (RA 2152), 23 de julio de 2005 (RA 6873).

¹⁴⁷ Algo así se admitía en el artículo 92.1.d) LS 1956, en el que, a propósito de las valoraciones del suelo, admitía la incorporación posterior al planeamiento de «parcelas procedentes de parcelaciones verificadas sin aprobación municipal». Para GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo* (TRLS 1976), cit., p. 720, la inexistencia de licencia no impide la legalización ulterior de la actividad.

¹⁴⁸ DELGADO ECHEVERRÍA Y PARRA LUCÁN, *Las nulidades*, cit., pp. 77 ss., examinan varios supuestos en los que la acción dirigida a anular los contratos corresponde a un tercero.

¹⁴⁹ T. R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, cit., p. 208.

da¹⁵⁰». Es que, si se admite que los actos administrativos poseen valor a efectos civiles –por ejemplo, se acepta que la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución es título suficiente para la inmatriculación de fincas, o para la rectificación de su extensión superficial o de sus linderos, sin necesidad de otro requisito, de conformidad con lo previsto en el art. 8 NCRH–, quizá convendría entender que la falta de un acto administrativo (licencia) en los casos en que fuera preceptivo su otorgamiento, debería tener, igualmente, alguna consecuencia en el orden civil.

Las soluciones autonómicas no distan mucho de lo que se ha expuesto hasta aquí. Hay algunas Comunidades, las más celosas –en teoría, al menos– en la materia, en las que las parcelaciones sin licencia previa han de considerarse nulas, sin que quepa matización ni modulación alguna. Es el caso de Canarias, donde se dispone la nulidad de «*toda parcelación urbanística que sea contraria a la legislación territorial o urbanística*» (art. 81 TRLOTCan), tras imponer previamente la exigencia de licencia para cualquier tipo de parcelación (art. 80.2 TRLOTCan); en parecidos términos se pronuncia la LS de la Comunidad de Madrid (arts. 143.2 y 145.2). En otras, en cambio, las previsiones sobre las consecuencias de la falta de autorización no son tan tajantes: aunque exigen licencia urbanística o declaración municipal de innecesariedad para todo tipo de parcelaciones, y prohíben la autorización e inscripción de las escrituras en que se contenga un acto de parcelación si no se acredita el otorgamiento de la documentación administrativa pertinente, no se sanciona su falta con la nulidad de pleno derecho, que sí que aparece contemplada, en cambio, para otras hipótesis (parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable). Es el caso de Andalucía, en virtud de lo dispuesto en los artículos 66.4 y 68.2 de su Ley de Ordenación Urbanística. Hay, además, un tercer grupo en el que las exigencias en cuanto a la licencia no son tan contundentes: aunque se impone al autor de la parcelación el deber de obtener licencia, y a Notarios y Registradores la obligación de controlar su otorgamiento, ni se hace en términos tan estrictos como los vistos hasta ahora, ni se señalan las consecuencias para el caso de que falte la documentación requerida: así sucede en Cataluña, como resulta de los artículos 184.1 y 185 TR de su Ley de Urbanismo, en Murcia, de acuerdo con el artículo 87.2 y 3 TR Ley del Suelo, y en Valencia, según se desprende del artículo 201.1 y 3 Ley Urbanística Valenciana.

Resulta, de este modo, que coexisten en el territorio nacional diversas modalidades de invalidez del negocio de parcelación sin

¹⁵⁰ M. FUERTES, *Urbanismo*, cit., p. 238.

licencia: el más riguroso de entre los examinados es el que sanciona con nulidad de pleno derecho cualquier supuesto de parcelación efectuada sin licencia (sería el aplicable en Canarias y Madrid). Se encuentra, luego, el diseñado para Andalucía, caracterizado por expresar en términos radicales la exigencia de licencia para parcelar y la obligación de control impuesta a los fedatarios públicos, mas sin expresar cuál es la calificación de la parcelación practicada sin licencia; la sanción de nulidad absoluta prevista para otro caso, regulado en la misma norma, lleva a pensar que las consecuencias de la irregularidad cometida estarán en función de la clase de suelo, a semejanza de la interpretación propuesta para la legislación estatal: nulidad de pleno derecho si la parcelación urbanística sin licencia afecta a suelo no urbanizable, y mera anulabilidad en los restantes casos, siempre que admita legalización posterior la parcelación no autorizada previamente. La misma solución, me parece, es la aplicable en las Comunidades comprendidas en el tercer grupo (Cataluña, Murcia y Comunidad Valenciana).

Presupuestos legales para la aplicación de un peculiar régimen jurídico registral a las fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre*

JUAN ANTONIO GARCÍA GARCÍA

Doctor en Derecho
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Las páginas que siguen tienen por objeto analizar las disposiciones de la normativa de costas (Ley 22/1988 de Costas y su reglamento) que tienen por objeto disciplinar el régimen registral de las fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre. Para ello, en primer lugar, se estudiarán las modulaciones legales que con carácter general se introducen por la legislación especial en el régimen jurídico de estas propiedades colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, para luego centrarnos en cómo se traducen aquéllas en la esfera registral, prestando especial atención a las posibles interferencias y disfunciones que pueden producirse con el régimen común hipotecario. Con ocasión de esta exposición se destacará el tratamiento registral que el reglamento de costas introduce, sin contar con remisión expresa en la ley, para las segundas y posteriores inscripciones de las fincas colindantes con el dominio público-terrestre.

PALABRAS CLAVE

Dominio público, dominio público marítimo-terrestre, propiedades colindantes con el dominio público, régimen registral.

SUMARIO: 1. Régimen jurídico de las fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre. 1.1 Delimitación legislativa del normal contenido de las propiedades colindantes. 1.2 Contenido del derecho de propiedad sobre las propiedades colindantes con el demanio.—2. Jus-

* Trabajo realizado en el marco del proyecto SEJ2004-08057-C03-02.

tificación de la existencia de un peculiar régimen registral para las fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre. 2.1 Sobre la necesidad de modular el régimen registral común: A) La necesidad de un régimen registral diferenciado. B) La interpretación por la Sala 1.^a de la nueva disciplina legal: exclusión de enclaves de propiedad privada en el dominio público marítimo-terrestre, no sin algunas «resistencias». C) Excepcional persistencia de enclaves de propiedad privada en la zona demanial marítimo-terrestre: el régimen de la disposición transitoria segunda de la Ley de Costas.—3. *Presupuestos para la aplicación del especial Régimen Registral de la Legislación de Costas.* 3.1 Cuestiones fácticas y jurídicas implicadas en la «colindancia» y en la posible ubicación de las fincas dentro de la zona de servidumbre de protección. A) La especial complejidad presente en la delimitación del dominio público marítimo-terrestre. B) ¿Constancia registral de la colindancia o del hecho de estar comprendida la finca en la zona de servidumbre de protección? 3.2 ¿El expediente de deslinde es presupuesto para la aplicación del régimen legal? A) La «degradación»/desafectación no excluye la aplicación del artículo 8 LC. B) Régimen jurídico del dominio público no deslindado. C) La eficacia jurídica de los deslindes aprobados conforme a la legislación derogada.—4. *Operaciones registrales a las que alcanza el peculiar registral de la ley de costas: examen del artículo 35 del reglamento para la ejecución de la ley de costas:* 1. Resoluciones que inaplican el artículo 35 Del reglamento de la ley de costas. 2. Conclusiones sobre la legalidad del artículo 35 Reglamento de Costas a la vista de la jurisprudencia del TS sobre nulidad de determinados preceptos del Reglamento Hipotecario.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FINCAS COLINDANTES CON EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

1.1 Delimitación legislativa del normal contenido de las propiedades colindantes

Que la colindancia de las fincas privadas con el dominio público marítimo-terrestre determina ciertas restricciones en el contenido de las titularidades jurídico-privadas que recaen sobre las mismas es algo que deriva naturalmente del artículo 33 CE al establecer que la función social delimitará el contenido del derecho de propiedad privada de acuerdo con las leyes [STC 149/1991, FJ 8 a)].

Estas limitaciones que se establecen directamente por la ley sobre los inmuebles colindantes (con el carácter de estatuto

mínimo, ampliable por la acción legislativa que se reconoce a las CC. AA.), y que no implican en ningún caso demanialización de los bienes de los particulares, habían sido denominadas tradicionalmente en nuestro ordenamiento como «servidumbres administrativas», aunque actualmente se ha impuesto su verdadera naturaleza de «límites institucionales del dominio», y, por ello, no indemnizables¹.

Tales modulaciones en el contenido de la propiedad privada –y que van dirigidas a asegurar, de una parte, la integridad física y las características propias de la zona marítimo-terrestre, así como de otra, a garantizar el uso general al que dicha zona está destinada (cfr. art. 20 LC y STC 149/1991)²–, se manifiestan, fundamentalmente, en un estatuto de limitaciones que impone directamente la ley sobre las propiedades o terrenos colindantes (lo proclama de manera genérica el art. 21 de la vigente Ley de Costas de 1988³), así como, también, en una serie de pautas o directrices sobre correspondiente planeamiento urbanístico, que afectan fundamentalmente a la denominada zona de influencia a los efectos de evitar la formación de pantallas arquitectónicas en el borde de la zona de servidumbre de protección⁴.

¹ No obstante, en manera alguna se trata de una cuestión pacífica, *vid.* Régimen jurídico de las costas españolas, CALERO RODRÍGUEZ J. R., Pamplona, 1995, pp. 631 ss.; por su parte, BLASCO DÍAZ, J. L., realiza una síntesis de las opiniones doctrinales al respecto en su obra Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral, Valencia, 1999, pp.181 ss. Así por ejemplo, GUERRERO MARTÍN, C. La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral, Madrid, 1998, afirma que no se trata de limitaciones sino de verdaderas servidumbres, en tanto responden a la definición del artículo 350 CC, esto es, se trata de gravámenes impuestos sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, p. 173.

² *Vid.* BLASCO DÍAZ, J. L. (*Régimen jurídico de las propiedades particulares...*, cit., pp. 158 ss) habla de una «constante» de la legislación española en este sentido. Así ya la Ley de Aguas de 1866, tit. I, cap. 1.º, artículo 8 dispuso que «las heredades colindantes al mar o a sus playas están sometidas a las servidumbres de salvamento y vigilancia litoral»

³ «Artículo 21.1. A efectos de lo previsto en el artículo anterior, los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre estarán sujetos a las limitaciones y servidumbres que se determinan en el presente título, prevaleciendo sobre la interposición de cualquier acción. Las servidumbres serán imprescriptibles en todo caso.

2. Se exceptúan de esta sujeción los terrenos expresamente declarados de interés para la seguridad y la defensa nacional, conforme a su legislación específica.

3. Las disposiciones de este título tienen el carácter de regulación mínima y complementaria de las que dicten las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias»

⁴ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley de Costas. No es objeto del presente trabajo este segundo aspecto, el urbanístico, ni los aspectos competenciales implicados en tales determinaciones sobre esta materia; señalar no obstante que a estos efectos la STC 149/1991, FJ 3.º D, c), afirma que «tales indicaciones son, de una parte, sin duda, criterios de ordenación que las Comunidades Autónomas deberán acoger en los correspondientes instrumentos, de la otra e inmediatamente, norma básica de protección del medio ambiente, cuya naturaleza de tal legítima el condicionamiento que impone a la competencia de las Comunidades Autónomas para la ordenación del territorio».

1.2 Contenido del derecho de propiedad sobre las propiedades colindantes con el demanio

Debe recordarse, desde la primera perspectiva apuntada, esto es, el de las limitaciones sobre los terrenos de propiedad privada próximos al demanio, que en toda extensión la zona de servidumbre de protección queda excluido el posible aprovechamiento urbanístico que tuviere destino residencial (quedan prohibidas las edificaciones destinadas a residencia o habitación, incluyéndose las instalaciones hoteleras, o industriales, salvo que se trate de las que presten servicios al dominio público); prohibición que en caso de infringirse no sólo conlleva la imposición de la correspondiente sanción administrativa sino además, dada la finalidad de protección de las características y la integridad del demanio a que atienden tales limitaciones, a la reposición de las cosas a su estado anterior⁵.

Pero no debe olvidarse que, al menos ello resultaría de la lectura a contrario del artículo 25 de la Ley y de los artículos 45, 46 y 47 del Reglamento, no quedarían prohibidos otros posibles usos o aprovechamientos compatibles con la finalidad legal para la que se establece la servidumbre (a menos que las Comunidades Autónomas amplíen, con esas mismas finalidades, este estatuto mínimo que establece la Ley de Costas).

Así, entre los usos o actos permitidos, por ejemplo, y sin necesidad de autorización alguna, estarían los cultivos y plantaciones (excepto en la zona que resulte afectada por la servidumbre de tránsito y siempre que no se trate de usos que alteren las condiciones naturales del suelo o la tala de árboles⁶), o, previa autorización de la Comunidad Autónoma respectiva⁷ o del municipio, usos tales como las instalaciones deportivas descubiertas, campamentos con instalaciones desmontables o rótulos que no reduzcan el campo visual⁸.

No se trataría pues, la propiedad afectada por las limitaciones de la zona de servidumbre, de una nuda propiedad carente de cual-

⁵ Edificaciones y construcciones que tan sólo serían «excepcionalmente autorizables» siempre que se garantizara la finalidad protectora que la ley persigue sobre este ámbito territorial. Vid. GUERRERO MARTÍN, C. *La problemática jurídica...*, cit., pp. 188 ss.

⁶ Artículo 24.1. En los terrenos comprendidos en esta zona se podrán realizar sin necesidad de autorización cultivos y plantaciones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 27.

⁷ El Real Decreto 1112/1992, de 18 de octubre, da una nueva redacción a los artículos 48, 49 y 50 del Reglamento, para ajustarlos a la doctrina del TC sentada en sus Sentencias de 149/1991 y 198/1991, pues se entendiendo que la competencia para autorizar los usos es de naturaleza ejecutiva, y que, en consecuencia, está atribuida a las CCAA.

⁸ Vid. BLASCO DÍAZ, *Régimen jurídico...*, cit., pp. 221 ss; MIRALLES GONZÁLEZ, I. *dominio público y propiedad privada en la nueva Ley de Costas*, Barcelona, 1992, pp. 138 ss; GUERRERO MARTÍN, C. *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, Madrid, 1998, pp.183 ss.

quier valor o aprovechamiento. Y además, en cualquier caso, podría tratarse de fincas a las que no fuera aplicable en toda su extensión máxima la correspondiente zona de servidumbre, o , también, de supuestos incluidos en las disposiciones transitorias 3.^a.3 y 3.2.^a (esto es, para los terrenos clasificados como suelo urbano antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas o los terrenos clasificados como suelo urbanizable programado, con plan parcial aprobado definitivamente antes del 1 de enero de 1988), en cuyo caso, además de quedar la anchura de la servidumbre reducida tan sólo a 20 metros, se respetarían los usos y construcciones existentes.

Y, debe además tenerse en cuenta al respecto que quedarían a salvo en todo caso las obras e instalaciones comprendidas entre los 20 y 100 metros de la zona de servidumbre de protección, que aunque incompatibles con el nuevo régimen legal de la LC, señaladamente aquellas construcciones con destino residencial, fueren conformes con la legislación derogada (disposición transitorias cuarta LC y decimotercera del Reglamento). Dichas construcciones subsistirían como utilizaciones privativas amparadas por título concesional, si bien con la previsión de que sobre las mismas no se permitirán obras de consolidación, aumento de volumen, modernización, a excepción de las pequeñas reparaciones, que previa autorización administrativa, exija la higiene, ornato y conservación; ordenándose legalmente su demolición al extinguirse la correspondiente concesión.

Pero es que además de este conjunto de limitaciones en el contenido de la propiedad, o, mejor, precisamente por ello, forma parte del peculiar estatuto jurídico de las fincas colindantes o contiguas con el demanio marítimo-terrestre la previsión de ciertas especialidades o singularidades en su régimen jurídico registral, en tanto que medidas instrumentales respecto de aquellas finalidades perseguidas por la ley: la protección y conservación de las características naturales y el uso público del dominio marítimo-terrestre. De este peculiar régimen jurídico-registral o de especialidades en el régimen registral común nos ocuparemos seguidamente, preguntándonos primeramente por su necesidad y, posteriormente, por sus presupuestos.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN PECULIAR RÉGIMEN REGISTRAL PARA LAS FINCAS COLINDANTES CON EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

La novedad de la Ley de Costas de 1988, frente a sus precedentes (en lo que ahora nos importa), es que introduce una serie de

normas destinadas a evitar (o en su caso a rectificar y depurar), el reflejo registral de determinadas titularidades privadas sobre fincas incluidas en el dominio público marítimo-terrestre, al propio tiempo que dispone una serie de precauciones y cautelas al respecto, que afectan no sólo a las fincas total o parcialmente enclavadas en el demanio, sino también a las fincas próximas colindantes con el mismo.

2.1 Sobre la necesidad de modular el régimen registral común

De manera general dispone el artículo 8 de la Ley de Costas que «... no se admitirán más derechos que los de uso y aprovechamiento adquiridos de acuerdo con la presente Ley, careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad»; régimen que se desarrolla en los artículos 13 a 16 en relación precisamente con las relaciones jurídico-privadas inscritas en el Registro de la Propiedad contradictorias con el carácter demanial de los bienes.

Debemos decir, en relación con este régimen registral específico, que del mismo se ha cuestionado su necesidad, y aún más, se ha afirmado su colisión con el régimen común representado por la Ley Hipotecaria (se ha calificado incluso a la Ley de Costas como una norma «antihipotecarista»). Otros autores afirman que no existe tal contrariedad puesto que lo que realiza la Ley de Costas no es una modificación ni modulación de principios hipotecarios alguna sino propiamente una expropiación *ope legis*⁹, y que las referencias a la legislación hipotecaria lo son meramente «*ad cautelam* con objeto de prevenir equívocos como los que dieron lugar a ciertos pronunciamientos jurisprudenciales antiguos»¹⁰.

A) LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN REGISTRAL DIFERENCIADO

¿Por qué esta necesidad de la Ley de Costas de 1988 de establecer con carácter general la inoponibilidad de las titularidades registrales contradictorias con el carácter demanial de los bienes de la zona marítimo-terrestre, e incluso de arbitrar un régimen registral específico tendente a asegurarla?, ¿no era suficiente el régimen exorbitante propio del dominio público?

⁹ DÍAZ FRAILE, *La protección registral del litoral. Pronuario de aspectos registrales del Reglamento de Costas de 1989*, Madrid, 1991, p. 87.

¹⁰ *La protección registral...*, cit., p. 87.

Ciertamente, con anterioridad a la Ley de Costas de 1988 ya la jurisprudencia del TS se había pronunciado de forma reiterada al respecto, afirmando que el contenido registral no puede prevalecer frente a los bienes de dominio público, esto es, que su condición de bienes excluidos del comercio, con las correspondientes secuelas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, no puede hacerse depender de la existencia, o no, de titularidades privadas contradictorias amparadas por el Registro de la Propiedad¹¹.

Mas debemos reparar que estos pronunciamientos sólo se producen una vez vigente la Ley de Costas de 1969, pues con anterioridad a la citada Ley, la jurisprudencia sostuvo precisamente lo contrario, esto es, que tanto el principio de legitimidad registral (art. 38 LH) como el principio de fe pública registral (art. 34 LH), podían jugar en contra de la naturaleza demanial de los bienes de la zona marítimo-terrestre, y ello se infería además del artículo 1.3 LH que afirma, aún hoy tal es su redacción, que «los asientos del Registro... están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley»¹².

¹¹ Las que siguen son algunas de las resoluciones en las que se recoge este criterio jurisprudencial que, se afirma en todas ellas, es «reiterado»:

– [la] Sentencia de 19 diciembre 1977, recogiendo las de 28 noviembre 1973 (RJ 1973/4418) y 3 junio 1974, se proclama que «es doctrina de este Tribunal: a) que los bienes de dominio público, al estar exceptuados de inscripción en el Registro de la Propiedad, no necesitan tales bienes, de las ventajas y garantías que proporciona el sistema registral cuyo contenido no puede perjudicarles...» STS de 23 de junio de 1981.

– «...no puede bastar la simple inscripción registral, pues están fuera del comercio, son inalienables e imprescriptibles, llevando en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad, por lo que los derechos que pueden reputarse legalmente adquiridos, no son los que provienen de una inscripción registral o de una posesión más o menos dilatada, sino que precisan de un acto de soberanía que produzca su entrada en el comercio de los hombres, mediante la desafectación o el cambio de destino, momento a partir del cual dejan de pertenecer al dominio público». STS de 11 de junio 1985.

– «...los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público, pudiendo, en cualquier caso, ser reivindicados por el Estado, a no ser que el particular que se oponga a ello acredite su desafectación por un acto de soberanía o que su alienabilidad ha sido autorizada, no pudiendo fundarse los hechos anteriores en la simple inscripción registral, por hallarse fuera del comercio de los hombres, ...» STS de 17 junio 1985

– «...Por su propia y peculiar condición, no tienen estos bienes acceso al Registro de la Propiedad –art. quinto Reglamento Hipotecario (RCL 1947/476, 642 y NDL 18733 tabla distribución de artículos)– y, consiguientemente, la oposición del particular no podrá fundarse en la inscripción registral de su pretendido derecho sobre la finca, dada la inmunidad indicada, ...» STS de 4 julio 1985

– «... En STS de 4 de julio de 1985 (RJ 1985, 3640), 22 de julio de 1986 (RJ 1986, 4577) y 1 de julio de 1999 (RJ 1999, 5965), se declara que los bienes integrados en la zona marítimo-terrestre, administrativamente deslindada, corresponde al dominio público y son inalienables, imprescriptibles y ajenos a las garantías del Registro de la Propiedad, que no necesitan precisamente por su condición demanial y por tanto la inscripción que tenga un particular no pueda afectar al Estado...», STS de 12 febrero de 1998.

¹² Así lo entendieron las SSTs de 20 de enero de 1913, 24 de febrero de 1913, 11 de enero de 1918, 14 de diciembre de 1923, 18 de junio de 1930, 26 de noviembre de 1956,

Precisamente, el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de octubre de 1963¹³, doctrina seguida luego por la STS de 19 de junio de 1967, consideró que la inscripción registral era título suficiente para probar la titularidad privada sobre parcelas sitas en la zona marítimo-terrestre.

«... la regla general de la adscripción de la zona marítimo-terrestre al dominio nacional y uso público admite como excepción el régimen de dominio privado, bien justificando que el terreno se encuentra inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad, bien, de no estar inscrito, aportando los pertinentes medios de prueba...».

Cierto que el cambio en la tendencia jurisprudencial se produce con el artículo 6.3 de la Ley de Costas de 1969, que afirmaba que la declaración de demanialidad resultante del expediente administrativo de deslinde cedía sólo en relación con los terceros hipotecarios:

«La resolución que dicte el Ministerio de Obras Públicas [aprobatoria del deslinde] será ejecutiva. La atribución de posesión, consecuencia del deslinde, no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 LH, aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes.»

El precepto limitaba su alcance a la posesión y a los terceros hipotecarios. Así pues, sólo los terceros hipotecarios y no cualquier otro titular registral, quedaban amparados, en virtud de la inscripción registral vigente a su favor, si bien ello de una manera provisional, sólo en la posesión de los bienes incluidos en el deslinde administrativo como bienes de dominio público, en tanto la Admi-

30 de enero de 1958, 4 de junio de 1959, 7 de julio de 1960, 12 de noviembre de 1962, entre otras muchas. Tal vez, con la única excepción de titulares que hubieran inmatriculado por el procedimiento del artículo 205 LH, en tanto no hubieran transcurrido los dos años del artículo 207 de la propia LH (STS de 7 de julio de 1960). Por ello, FORNESA RIBO, R. en un trabajo publicado en 1965 («Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre. Especial referencia a los terrenos ganados al mar», RAP, núm. 46, enero-abril, pp. 123 ss.) afirma que «... aun en el uso y ejercicio de esta facultad de determinación de un estado posesorio [como es la de deslinde], viene limitada la Administración por los efectos del principio de legitimación hipotecaria de que gozan los titulares registrales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 y concordantes con la Ley Hipotecaria, y, consiguientemente, si en la práctica de un deslinde en la zona marítimo-terrestre aparece una playa inscrita a favor de un particular en el Registro de la Propiedad, la Administración no sólo no puede combatir por sí la titularidad de aquél, sino que incluso debe respetar el estado posesorio del mismo, el cual sólo puede ser atacado, ..., ante la jurisdicción ordinaria».

¹³ Recopilación de Doctrina legal del Consejo de Estado, expediente núm. 27519.

nistración no impugnara judicialmente los títulos, y las correspondientes inscripciones registrales, que amparaban tal posesión¹⁴.

La jurisprudencia del TS admitió, por ello, mayoritariamente, tras la Ley de Costas de 1969 y al menos desde 1975¹⁵, que el principio de legitimidad registral (art. 38 LH), no podía amparar a los titulares registrales frente a la indudable naturaleza demanial de las fincas (indebidamente registradas entonces como de propiedad particular), pero, contrariamente, consintió –al menos ocasionalmente–, que la protección de los terceros hipotecarios (art. 34 LH) se imponía aún acreditada aquella condición demanial.

Un caso paradigmático de esta jurisprudencia (además de por su contenido por el momento en el que se dicta) en la STS de 6 de julio de 1988, en el que se reconoce la existencia de un «dominio degradado» o «derecho real atípico» a favor de particulares sobre una zona que se califica como indiscutible dominio público marítimo-terrestre.

Según razona la resolución citada tal atípica titularidad de los particulares sobre bienes de dominio público tiene su origen remoto en un acto dispositivo del propio del Estado, conforme a legalidad entonces vigente, y un amparo inmediato en la inscripción registral vigente a favor de los mismos, que reúnen la condición de terceros de buena fe conforme a la legislación hipotecaria¹⁶; de ahí que, si bien

¹⁴ HORGÉ BAENA, *El deslinde de costas*, Madrid, 1995, p. 243-244, encuentra el fundamento de esta protección provisional de los titulares inscritos que reúnan la condición de terceros en los principios que rigen la distribución de poderes entre la Administración y los tribunales: «A nuestro juicio, si lo publicado en el asiento registral prevalece en el aspecto provisional o posesorio no es consecuencia de la relación demanio-Registro, ya se considere que existe dispensa o prohibición. El problema hay que enfocarlo desde la perspectiva de la distribución de poderes entre la Administración y los Tribunales, no es una cuestión de prevalencia entre medios de defensa del dominio y de las titularidades privadas. Si la Administración, ejercitando la acción de oficio para proteger el dominio público, se encuentra que la titularidad sobre el bien es reconocida como dominio privado en el Registro y éste presume que el derecho existe en los términos publicados por el asiento, la Administración tendrá que desvirtuar no sólo el derecho de ese titular concreto (como en otro caso ocurría en relación a bienes patrimoniales) sino también la posibilidad misma de esa titularidad, pero tendrá que hacerlo ante la única instancia posible para ello, los Tribunales ordinarios. El único fundamento que parece sustentar la prevalencia formal de los asientos es que están bajo la salvaguardia de los Tribunales civiles; no es tanto la relación demanio- Registro como la más amplia entre Administración-Tribunales».

¹⁵ PAREJO GAMIR, *Cuestiones hipotecarias de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, p. 59, sitúa el cambio de la jurisprudencia en 1975, al señalar que «La jurisprudencia posterior a 1975, ..., ha seguido, por lo general, una línea favorable a mantener las potestades demaniales [frente a los titulares registrales, esto es, frente al principio de legitimación registral del art. 38 LH]»; también HORGÉ BAENA, señala que esta línea jurisprudencial se produce de una manera clara «desde comienzo de los años setenta», *El Deslinde...*, p. 247.

¹⁶ Son hechos probados en la litis los siguientes: «1) «La donación de la Hacienda de la Manga del Mar Menor, hecha en los tiempos de la Reconquista, por el Rey don Jaime I el Conquistador al Consejo de Murcia»; 2) La «pertenencia al Ayuntamiento de San Javier, como bienes propios, desde que el término de éste en el que estaba incluido aquella, se segregó del terreno municipal del Ayuntamiento de Murcia, por Real Orden de 6 de junio

«... Como se ha dicho con reiteración, la zona marítimo terrestre no es enajenable ni desafectable, lo que provoca como lógica a la par que jurídica consecuencia que el Estado carezca de aptitud para enajenarla o desafectarla por medio legal alguno al tratarse de un bien cuya titularidad dominical -no demanial- no le corresponde a él sino al Pueblo, a la Nación. No puede sin embargo olvidarse y menos en un Estado de Derecho, ni que efectuó el acto de disposición tantas veces descrito, ni que por virtud de él unos particulares confiados en la publicidad de la subasta que condujo a dicha venta y en la legislación que la autorizaba, adquirieron los terrenos en que se encuentra la zona discutida.»

La devenida demanialidad de estos bienes, no puede traducirse –según el TS– en el reconocimiento de la propiedad privada, del dominio pleno, pero sí en este «dominio degradado», que se caracterizaría por otorgar a su titular una serie de facultades, tales como «la posesión a título especial de dicha zona; o el uso y disfrute de la misma; o el derecho a construir sobre ella, etc.». No debemos olvidar, precisamente, que en este momento no está aún en vigor la ley de Costas, publicada veintidós días más tarde, y que la demanialidad resulta directamente ex *Constitutione*.

Por ello, el TS concluye que, recuperar estas facultades sin resarcimiento alguno supondría a la par que un enriquecimiento injusto, un atentado a la legalidad y al principio de seguridad jurídica. Realizando consecuentemente los siguientes pronunciamientos:

«a) La zona marítimo terrestre que se encuentra comprendida en los terrenos que fueron objeto de adquisición por subasta y adjudicación el 10 de enero de 1863 al Estado, y cuya acta de posesión es de fecha 23 de abril del mismo año, es bien común por

de 1836»; 3) La «transmisión al Estado a título de confiscación por aplicación de la Ley de 1 de mayo de 1855 y su Instrucción Complementaria del día 30 de los mismos mes y año, manteniendo la posesión, explotación y disfrute en manos de la Corporación»; 4) «La superficie de la finca confiscada y hoy reivindicada, según consta en certificación de 14 de junio de 1895, redactada por la Delegación de Hacienda de Murcia en cumplimiento de la citada Ley desamortizadora es de 396 hectáreas, 82 áreas y 46 centiáreas», teniendo los límites que se señalan; 5) «La venta en pública subasta de dicha finca según fijó el *Boletín Oficial de Venta de Bienes Nacionales* de 1.º de diciembre de 1862 como finca número 103 del inventario confeccionado, teniendo lugar la subasta y adjudicación de la misma a don Antonio L. M. en 10 de enero de 1863 y en sesión de 20 de febrero de 1863 se comunicó el expediente al Juzgado, siendo el acta de posesión de 23 de abril del mismo año»; 6) «Que el adjudicatario cedió el remate a don Agustín M. M., siendo otorgada la escritura de compraventa el 9 de julio de 1864»; 7) «Que repetida finca fue inmatriculada en el Registro de la Propiedad de Murcia (hoy el número 2) con el número 200 de orden en favor de la Nación a título de confiscación, en virtud de certificación expedida por el Administrador de Propiedades y Derechos del Estado, presentada en dicho Registro el 23 de julio de 1964 quedando extendida este mismo día la inscripción inmatriculadora»; 8) «Que a través de sucesivos titulares inscritos, se continúa el tracto registral, hasta llegar el dominio de los demandados con la misma superficie y linderos»; 9) «La instauración de la zona marítimo terrestre con el carácter demanial y el efecto al mismo inherente de inenajenabilidad e imprescriptibilidad, por Ley de 7 de mayo de 1880».

naturaleza; *b*) En consecuencia, debe declararse que el dominio pleno de referida zona marítimo terrestre ostenta el carácter de absolutamente inalienable, imprescriptible, inembargable e indefectable; *c*) Se declara a su vez, que en la subasta de que deriva la causa de este proceso, lo que se transmitió al adquirente sobre dicha zona no fue el dominio pleno y sí, únicamente, bien un «dominio degradado» bien unas facultades derivadas del dominio, sin limitación alguna en orden al tiempo, razón por la cual siguen perteneciéndoles; *d*) Que en todo caso si se realizase dicho desapoderamiento, el Estado deberá satisfacer a los actuales titulares la pertinente indemnización, cuya determinación corresponde fijar a la jurisdicción ordinaria civil en el procedimiento correspondiente».

La situación es bajo la Ley de Costas de 1988 bien distinta. A la vista del citado artículo 8 y del artículo 13, de la vigente Ley, la doctrina mayoritariamente se ha pronunciado en orden a que el principio de legitimidad registral cede ante el deslinde practicado por la Administración; las inscripciones registrales no pueden prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados, y además dicho deslinde una vez aprobado es título suficiente para rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el mismo¹⁷.

Pero además, ahora, todas las relaciones jurídicas, y por tanto, también todos los particulares, que pudieran ampararse en inscripciones registrales frente a la naturaleza demanial de los bienes, tienen la carga de impugnar el deslinde realizado en la vía administrativa. Ya no cabría aquí distinguir entre el principio de legitimidad y el principio de fe pública registral –como se hacía a la vista del art. 6.3 de la Ley de Costas de 1969–, ni matizar entre inmatriculantes y terceros de buena fe, pues el tenor del artículo 13 LC es terminante y su alcance total, sin excepciones.

Como señala Parejo Gamir, la jurisprudencia, bajo la vigencia de la actual Ley de Costas 1988, no ha tomado partido a favor de la

¹⁷ Artículo 13.1. El deslinde aprobado, al constatar la existencia de las características físicas relacionadas en los artículos 3, 4 y 5, declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados.

2. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso los titulares inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial». El precedente de este régimen exorbitante del deslinde lo podríamos encontrar en el artículo 133 del Reglamento de montes catalogados de 1962, *vid.* GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica...*, cit., p. 91.

fuerza de la fe pública registral frente al dominio público, pues si bien ha reconocido enclaves de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre, los fundamentos del TS no descansan en los principios registrales sino en el derecho civil material, en los resquicios de la Ley de Puertos de 1880, derechos reconocidos por sentencia firme, etc.)¹⁸. En opinión del autor citado, el artículo 8 de la Ley de Costas ha cerrado cualquier resquicio, y por tanto, toda discusión, sobre la aplicación del principio de la fe pública registral contra el dominio público marítimo-terrestre.

B) LA INTERPRETACIÓN POR LA SALA 1.^a DE LA NUEVA DISCIPLINA LEGAL: EXCLUSIÓN DE ENCLAVES DE PROPIEDAD PRIVADA EN EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE, NO SIN ALGUNAS «RESISTENCIAS».

Pero esta nueva disciplina de la vigente Ley de Costas no ha sido aceptada sin resistencia por la Sala 1.^a del TS, que ha rehusado, cierto que ocasionalmente, aplicar el régimen transitorio de aquélla.

Dejando ahora al margen la STS de 6 de junio de 1988, anteriormente citada (dado que se dicta con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas), la STS de 10 de junio de 1996 reconoce la posibilidad de enclaves de propiedad privada en zona de dominio público marítimo-terrestre que traigan causa de la legislación anterior a 1988 e interpreta la disposición transitoria primera como un reconocimiento de la subsistencia de los citados enclaves tras la nueva ley. El TS afirma que no es posible aplicar los artículos 7, 8 y 9.1 de la Ley de Costas con efecto retroactivo, eficacia retroactiva que también niega respecto del artículo 132.2 del texto constitucional pues éste no puede tener alcance confiscatorio respecto de situaciones dominicales ajustadas y consolidadas de acuerdo con la legislación anterior, aun siendo esta legislación contraria a los preceptos constitucionales¹⁹.

¹⁸ *Cuestiones registrales...*, cit., p. 63.

¹⁹ «... La Constitución no ha venido a derogar expresamente la legislación anterior que se deja citada, en cuanto que a su amparo se podía acceder al dominio de los enclaves en zonas marítimo-terrestres. La cuestión se plantea en forma precisa y decidida sobre la aplicación directa del precepto constitucional 132.2, que no contiene reconocimiento expreso de los derechos legítimamente adquiridos. Sin embargo dicho efecto derogatorio de la legislación contradictoria a la normativa constitucional, no puede tener trascendencia confiscatoria, por prohibirlo su artículo 33.3, respecto a aquellas situaciones patrimoniales que tienen origen en contratos legales, y se han consolidado con el transcurso del tiempo, presentándose acomodadas a la normativa que regulaba las mismas antes de la vigencia de la Constitución, la que precisamente no es proclive a desatender en forma expresa los intereses legítimos de terceros, en los casos de retroactividad y en el presente sobre el controvertido dominio costero.

Y además, respecto precisamente de esta disposición transitoria primera, se afirma que:

«... los derechos de los particulares, han de mantenerse y reconocerse, pues los referidos terrenos, según dice la disposición transitoria referida, en su apartado dos, que practicado deslinde anterior a la vigencia de la Ley de Costas y no hayan podido ser ocupados por la Administración, por estar amparados por el artícu-

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión ha venido proclamando que la presunción-blindada constitucional en pro del dominio público nacional, requiere, para ser destruida, una rigurosa demostración de contrario (Sentencias de 6 octubre 1986 y 10 noviembre 1986), con lo que no se desconocen ni se niegan los enclaves privados. La Sentencia de 14 octubre 1986, que cita las de 23 enero 1969, 16 octubre 1970 y 13 octubre 198), se pronuncia en igual sentido, en pleitos que desestimaron las demandas del Estado, para declarar que la actividad de deslinde sólo resuelve problemas de límites, pero no contiene declaraciones de propiedad, ni aun de posesión, por lo que no confiere titularidad alguna y aunque en el caso de autos tal deslinde administrativo hubiera tenido lugar respecto al lindero Sur en conflicto y fuera declarada ajustada a derecho la Orden Ministerial que lo aprobó en sentencias administrativas de la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo. Lo mismo sucede con la Sentencia de 25 de junio de 1987. La de 6 julio de 1988 –caso «Manga del Mar Menor»–, declaró ser de dominio público, como pertenecientes a la zona marítimo-terrestre los terrenos disputados, razonando en el cuerpo jurídico de dicha resolución casacional, que la transmisión operada a particulares fue de un dominio «degradado», que NOS estimamos, en vías de precisión, más bien acertado y controlado por las limitaciones estatales que le pueden afectar, dada su ubicación próxima al mar y el carácter demanial de los bienes, pero que no excluye que se esté en presencia de titularidades legítimas y válidamente adquiridas al Estado, lo que en el supuesto que enjuiciamos no se discutió, a diferencia de lo que declara la sentencia mencionada, que no hace aplicación directa del artículo 133.2 de la Constitución.

La doctrina de esta sentencia, en parte de su contenido, respecto a los posibles derechos de los particulares, ha sido mantenido con decisión en las posteriores dictadas por esta Sala de Casación Civil. Así la de 12 de noviembre de 1988, si bien declara que el inmueble en litigio era de dominio público del Estado, reconoce que los particulares que se opongan a las pretensiones reivindicativas del Estado, deben probar los hechos obstructivos, y en este aspecto resultan efectivos, si la adquisición dominical lo fue con anterioridad a la Ley de Puertos de 1980, con lo que se viene a admitir la concurrencia de derechos de particulares, a los que se desplaza la carga de la prueba, no siendo para ello suficientes las inscripciones registrales, concretamente a la operada en virtud del artículo 205 LH, que es la que amparaba a los litigantes del pleito que resuelve dicha sentencia, como tampoco si se trata de una posesión más o menos dilatada en el tiempo, operando el artículo 132.2 de la Constitución como fuerte y cualificada presunción a favor del dominio nacional.

La Sentencia de 4 junio 1991, respeta las titularidades dominicales privadas y declara que la Constitución no puede alterar las situaciones jurídicas ya consolidadas ni vulnerar los derechos adquiridos. La Sentencia de 6 marzo 1992 no estimó la reivindicatoria ejercitada por el Estado, respecto a terrenos que en su día había enajenado a particulares y si bien los mismos no se hallaban enclavados en zona marítimo-terrestre, no por eso se deja de reconocer que la presunción *iuris tantum* de carácter de bienes de dominio nacional, pueda ser destruida por los particulares que aleguen y debidamente prueben su titularidad privada, sin que contenga pronunciamiento expreso sobre el efecto directo y retroactivo del precepto constitucional 132.2.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia del Pleno de 4 julio 1991 (RJ 1991/149) no hace tabla rasa de los derechos privados adquiridos y preexistentes pues, no obstante dada la rotundidad del artículo 132, se reserva la potestad del Estado de desmanializar en exclusiva, al tratarse del demonio natural el marítimo-terrestre, pero ello no significa suprimir de forma imperativa, plena y decidida las titularidades dominicales privadas existentes, amparadas en una legítima adquisición y situación posesoria mantenida...»

lo 6.3 de la Ley de Costas 26 abril 1969, si bien quedan sujetos a dicha Ley, y sin perjuicio «todo ello» de las acciones civiles que los titulares inscritos puedan ejercitar en defensa de sus derechos.

La sentencia constitucional a que nos venimos refiriendo precisamente no declaró la inconstitucionalidad de dicha disposición transitoria primera, ya que preserva los derechos de los particulares, al autorizarles expresamente a defenderlos mediante el ejercicio de las acciones que les asistan ante los Tribunales del Orden Jurisdiccional Civil, con lo que también viene a admitir la subsistencia de los derechos legalmente adquiridos, como realidad jurídica preexistente».

Mas debemos, no obstante, tener presente que las fincas (incluidas en la zona marítimo-terrestre por deslinde practicado en el año 1991), cuya propiedad reclaman los actores, figuraban inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad, traen causa del Estado, que previamente había desafectado los bienes, enajenándolas por medio escrituras públicas otorgadas el 18 de mayo de 1875 y 23 de noviembre de 1874, y, lo que es más importante aún, que la demanda originadora del pleito fue presentada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas.

Otro ejemplo de estas «resistencias» lo tenemos en la STS de 10 de junio de 1996, donde se vuelve a afirmar que las disposiciones demanializadoras de la Constitución no pueden en manera alguna hacer tabla rasa de los derechos válidamente adquiridos con anterioridad a su entrada en vigor (enclaves privados), por cuanto no pueden aplicarse retroactivamente ni tener alcance confiscatorio,

«Ha de acudir a la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta y la constitucional de la Sentencia también estudiada de 4 de julio de 1991. En tal sentido y orientación, los derechos de los particulares, han de mantenerse y reconocerse, pues los referidos terrenos, según dice la disposición transitoria referida, en su apartado dos, que practicado deslinde anterior a la vigencia de la Ley de Costas y no hayan podido ser ocupados por la Administración, por estar amparados por el artículo 6.3 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, si bien quedan sujetos a dicha Ley, y sin perjuicio «por todo ello» de las acciones civiles que los titulares inscritos puedan ejercitar en defensa de sus derechos.

La sentencia constitucional a que nos venimos refiriendo precisamente no declaró la inconstitucionalidad de dicha disposición transitoria primera, ya que preserva los derechos de los particulares, al autorizarles expresamente a defenderlos mediante el ejercicio de las acciones que les asistan ante los Tribunales del Orden Jurisdiccional Civil, con lo que también viene a admitir la subsistencia de los derechos legalmente adquiridos como realidad jurídica preexistente» —cfr. STS de 10 de junio de 1996—.

La diferencia que se advierte en esta última sentencia es que se afirma que la nueva normativa desplaza la carga de la prueba no siendo suficientes las inscripciones registrales, menos aún las del 205 LH, frente a la presunción del carácter demanial de los bienes que resulta del artículo 132.2 de la Constitución.

Pero aún advertidas las peculiares circunstancias en las que se realizan los anteriores pronunciamientos del TS, la interpretación que hacen del régimen transitorio de la Ley de Costas de 1988 no puede calificarse sino como sesgada y errónea. Y ello pues no cabe duda de que la disposición transitoria primera comprende todos los derechos y titularidades dominicales adquiridas conforme a la legislación anterior, distinguiéndose entre aquellas que fueron declaradas por sentencia judicial firme y las que aún recayendo sobre bienes incluidos en la zona marítimo-terrestre, mediante deslinde practicado conforme a la legislación anterior, no pudieron ser ocupadas por la Administración al estar amparadas por el artículo 34 LH. Todas estas titularidades no pueden suponer un obstáculo al carácter demanial de los bienes, carácter demanial que prevalece aun tratándose de titularidades privadas amparadas por asientos del Registro de la Propiedad.

Acertadamente, la STS de 4 de junio de 2004 rechaza expresamente la posibilidad de conservar un dominio «degradado» sobre zonas incluidas dentro del deslinde practicado administrativamente, y niega que la posibilidad de ejercitar acciones por los particulares afectados implique en manera alguna la conservación de la propiedad privada sino la debida aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley de Costas, que en otro caso carecería de cualquier sentido.

Es por ello que las SSTS de 5 de marzo, 8 y 9 de junio de 2004, niegan que la aludida sea la jurisprudencia seguida por el Tribunal Supremo en materia de derechos adquiridos con anterioridad a la Ley de Costas de 1988.

«Siendo cierta la doctrina jurisprudencial que se aduce, la misma no es aplicable el supuesto ahora enjuiciado. En la Sentencia de 1993 se trata de bienes adquiridos al amparo de la legislación desamortizadora culminada por la Ley de 1 de mayo de 1855 que produjo la desafectación de bienes y la atribución de los mismos en forma de propiedad privada; en la Sentencia de 1996 se refiere igualmente a supuestos de desafectación de bienes y que su alienabilidad hubiera sido autorizada o su adquisición hubiera tenido lugar con anterioridad a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 complementada por la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y la Ley de 26 de abril de 1969. Tales circunstancias no se dan en el caso de autos y el motivo ha de perecer.»

También el TS en Sentencias de 5 de marzo y 4 (ya citada anteriormente), 8 y 9 de junio de 2004 ha dejado claramente establecida la diferente configuración jurídica del deslinde administrativo que resulta de la LC de 1988, y que las previsiones de la disposición transitoria en manera alguna pueden servir para consolidar titularidades dominicales privadas sobre bienes incluidos en el dominio público marítimo-terrestre:

«Se alega en el motivo la errónea aplicación del artículo 13 de la Ley de Costas cuando dispone que el deslinde aprobado declarará la titularidad dominical a favor del Estado, sin que quepa prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes las inscripciones en el Registro de la Propiedad; se afirma que si la automaticidad del artículo 13 fuera tal y como la Audiencia recoge, no tendría sentido alguno plantear acciones civiles. Tal razonamiento no puede compartirse. No obstante la declaración del artículo 13 de la Ley de que el deslinde aprobado declara la posesión y titularidad dominical a favor del Estado, se entiende de las fincas incluidas dentro del deslinde, no se impide que quienes se crean afectados por el deslinde ejerciten, al amparo del artículo 14, las acciones civiles de que se crean asistidos, acciones dirigidas a obtener una declaración de que las fincas afectadas por el deslinde eran de propiedad privada de los actores antes del deslinde y que constituirá el presupuesto para la aplicación de la indemnización que se establece en la disposición transitoria primera de la Ley; entender la finalidad de esas acciones civiles en el sentido que parece darle el motivo que se examina, de que declarada la titularidad privada de la finca ésta quedaría excluida del demanio, choca con el criterio legal y haría perder todo sentido a la citada disposición transitoria que en ningún caso encontraría aplicación.»

Esta diferente eficacia del deslinde administrativo en la LC 1988 respecto de sus precedentes ya había sido destacada por la doctrina; nosotros realizaremos seguidamente un breve análisis del tema con ocasión del examen de algunas cuestiones discutidas del régimen sustantivo y registral de la Ley de Costas vigente²⁰.

²⁰ «... El artículo 38 LH cede ante el acto administrativo de deslinde. Esto puede merecer críticas desde el punto de vista del valor atribuido a las inscripciones registrales y del procedimiento de rectificación del Registro (con todos los matices respecto del alcance del art. 38 y valor del art. 1.º LH), pero quedan a salvo las acciones civiles para la declaración del derecho de propiedad. La diferencia, entonces, es que es ahora el particular el que va a tener que demandar a la Administración ante la vía civil para que en ésta se declare su derecho de propiedad» PARRA LUCAN, *Vías pecuarias y Propiedad privada*, Madrid, 2002, *cit.*, p. 205. Tanto la Ley de Costas como la Ley de Vías Pecuarias ha regulado con tal fuerza el deslinde, «que, incluso, ha prescindido de principios consagrados en otros lugares del ordenamiento, y ha liberado a la Administración de la carga de impugnar judicialmente la presunción de legitimidad que deriva de la inscripción en el Registro (arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria)», *Vías pecuarias...*, p. 190.

C) EXCEPCIONAL PERSISTENCIA DE ENCLAVES DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA ZONA DEMANIAL MARÍTIMO-TERRESTRE: EL RÉGIMEN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DE LA LEY DE COSTAS

Régimen excepcional respecto de la absoluta demanialización (expropiación legislativa) realizada por la Ley de Costas de 1988 suponen los supuestos comprendidos en la disposición transitoria segunda de la misma.

No se trata en todos estos casos de convertir el dominio privado ahora expropiado en concesión administrativa (subrogado del justiprecio) sino de conservar la propiedad privada de tales terrenos, que quedan en la misma «situación jurídica» que en su caso tuvieran (sin perjuicio de los derechos de tanteo y retracto que se reconocen a favor de la Administración en tales casos, para las transmisiones onerosas *inter vivos* de los mismos ²¹).

– La disposición transitoria 2.1 LC interpretada *a sensu contrario* implica que quedarán como propiedad privada los terrenos sobrantes y desafectados del dominio público conforme al artículo 5.2 de la Ley de Costas de 1969 que sí han sido recuperados por sus antiguos propietarios o enajenados en el momento de entrar en vigor de la Ley de Costas de 1988 (siempre que, por supuesto, no reúnan las características físicas previstas en la ley para su inclusión ahora como bienes pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre), así como los patrimoniales del Estado en los que no concurren las circunstancias previstas en el artículo 17 de la ley de Costas de 1988 ²².

– También (disposición transitoria 2.2 LC) «Los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta Ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuarán siendo

²¹ Disposición transitoria 3. La Administración del Estado tendrá derecho de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas *inter vivos* de los bienes mencionados en el apartado 1 [terrenos situados en la zona de protección y terrenos a los que se refiere la disposición transitoria segunda], a cuyo efecto deberá ser notificada por escrito. El derecho de tanteo podrá ejercerse en el plazo de tres meses y el de retracto en el de un año, ambos a contar desde la correspondiente notificación, que comprenderá las condiciones esenciales de la transmisión.

²² «1. Los terrenos sobrantes y desafectados del dominio público marítimo, conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, que no hayan sido enajenados o recuperados por sus antiguos propietarios a la entrada en vigor de la presente Ley, y los del patrimonio del Estado en que concurren las circunstancias previstas en el artículo 17 de la misma, serán afectados al dominio público marítimo-terrestre, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo, una vez que se proceda a la actualización del deslinde, no pudiendo mientras tanto ser enajenados ni afectados a otras finalidades de uso o servicio público.»

de dominio público en todo caso», siempre y cuando tales terrenos contarán con título administrativo suficiente (autorización o concesión administrativa), pues, «Los terrenos ganados al mar y los desecados en su ribera sin título administrativo suficiente continuarán siendo de dominio público».

Las SSTs de 9 de octubre de 1992 y 16 de julio de 1993 se refieren a casos de concesiones otorgadas a perpetuidad al amparo de la Ley de Puertos de 1880 para el saneamiento de marismas y con destino a la urbanización. Según estas sentencias la realización del fin concesional, saneamiento y urbanización, transmuta la naturaleza de los terrenos afectados que de dominio público pasan a ser propiedad privada.

No obstante, la posición jurisprudencial al respecto de esta disposición transitoria ha quedado claramente fijada, tras una inicial indefinición:

«el precepto clave para solucionar los litigios relativos a las concesiones para saneamiento de marismas litorales otorgadas antes de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, es la disposición transitoria segunda 2 de esta misma ley, llegándose a la conclusión de que en algunos supuestos el concesionario de la marisma devendrá propietario de los terrenos desecados en virtud de lo dispuesto en la Ley de Aguas de 1866 o de 1879, y otro tanto conforme a la Ley de 24 de julio de 1918 siempre que el concesionario devolviese al Estado el auxilio financiero o subvención que éste le facilitó para llevar a cabo las obras de desecación, mientras que la concesión para desecar marismas, otorgada a perpetuidad, en que el propio título concesional excluye expresamente la transformación del dominio público en propiedad privada o en los casos que su fin requiera mantener la naturaleza demanial del terreno o bien cuando su objeto no es sólo el saneamiento de la marisma sino también otra finalidad específica, que siga siendo causa o razón de la pervivencia de la concesión una vez llevadas a cabo las obras de desecación, no supone la desafectación del demanio y su transformación en propiedad privada». STS de 3 de marzo de 2004 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 5.^a).

– Además, la disposición transitoria 2.3 declara que «Los islotes de propiedad particular con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley conservarán esta condición, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre seguirán siendo de dominio público en todo caso».

Se discute no obstante, respecto de todos estos supuestos contenidos en la disposición transitoria segunda, si esta conservación de la situación jurídica preexistente a la Ley de Costas implica también, para estas concretas fincas, la exclusión de las limitaciones y servidumbres que esta última introduce, esto es, si quedan

excluidas de la zona de servidumbre de protección o de la zona de influencia²³, o también, presupuesto de lo anterior, si les resultan de aplicación, consecuentemente, las modulaciones del régimen registral en cuanto a la inmatriculación (caso de que hubieren accedido al Registro), o a las posteriores inscripciones, así como excesos de cabida o declaraciones de obra nueva.

En cualquier caso, el mantenimiento de la «situación jurídica preexistente» implicaría, al menos, la sujeción de estas fincas a las servidumbres de vigilancia y salvamento previstas en la legislación anterior a la LC de 1988, que recaían sobre una franja de 20 metros (los seis primeros correspondientes a la denominada servidumbre de vigilancia del litoral), quedando supeditada la posibilidad de construir en dicha franja a la obtención de la correspondiente autorización administrativa, que podía denegarse en caso de que quedase imposibilitada la finalidad de la servidumbre en cuestión.

2.2 Concretas modulaciones que en el régimen registral, y para las fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, introduce la Ley de Costas de 1988²⁴

Del juego combinado del artículo 15 de la Ley y del artículo 35 del RH resulta que las fincas situadas en la zona de servi-

²³ MORENO CÁNOVES, A. *Régimen jurídico del litoral*, p. 182, concluye que debe afectar a estos terrenos tanto las servidumbres, en sentido estricto, como el conjunto de limitaciones de propiedad.

²⁴ En el artículo 15 de la Ley se contiene el núcleo de este régimen registral diferenciado:

«1. Cuando se trate de inmatricular en el Registro de la Propiedad fincas situadas en la zona de servidumbre de protección a que se refiere el artículo 23, en la descripción de aquéllas se precisará si lindan o no con el dominio público marítimo-terrestre. En caso afirmativo no podrá practicarse la inmatriculación si no se acompaña al título la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público.

2. Si en la descripción de la finca se expresa que no linda con el dominio público marítimo-terrestre o no se hace declaración alguna a este respecto, el Registrador requerirá al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por la Administración del Estado. Si de dicha identificación resultase la no colindancia, el Registrador practicará la inscripción haciendo constar en ella ese extremo.

Si a pesar de esa identificación o por no poder llevarse a efecto, el Registrador sospechase una posible invasión del dominio público marítimo-terrestre, pondrá en conocimiento de la Administración del Estado la solicitud de inscripción, dejándola entre tanto en suspenso hasta que aquella expida certificación favorable.

3. Transcurridos treinta días desde la petición de oficio de la certificación a que se refiere el apartado anterior sin que se haya recibido contestación, podrá procederse a la inscripción.

4. Si no estuviese aprobado el deslinde, se iniciará el correspondiente procedimiento, a costa del interesado, dentro de un plazo que no podrá ser superior a tres meses desde la correspondiente solicitud, quedando entre tanto en suspenso la inscripción solicitada.»

dumbre de protección quedan sometidas a un régimen especial en lo que se contrae tanto a su inmatriculación como a las segundas y

El desarrollo de las previsiones del artículo 15 LC se ha realizado a través de la Secc. 4.^a «Inmatriculación de fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre», cap. II, artículos 31 a 35 del Reglamento de Costas:

Art. 31 RC.-1. Cuando se trate de inmatricular en el Registro de la Propiedad fincas situadas en la zona de servidumbre de protección a que se refieren los artículos 23 de la Ley de Costas y 43 de este Reglamento, en la descripción de aquéllas se precisará si lindan o no con el dominio público marítimo-terrestre. En caso afirmativo, no podrá practicarse la inmatriculación si no se acompaña al título la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público.

2. Si en la descripción de la finca se expresa que no linda con el dominio público marítimo-terrestre o no se hace declaración alguna a este respecto, el Registrador requerirá al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por la Administración del Estado. Si de dicha identificación resultase la no colindancia, el Registrador practicará la inscripción haciendo constar en ella ese extremo.

Si a pesar de esa identificación o por no poder llevarse a efecto, el Registrador sospechase una posible invasión del dominio público marítimo-terrestre pondrá en conocimiento de la Administración del Estado la solicitud de inscripción, dejándola entre tanto en suspenso hasta que aquélla expida certificación favorable (art. 15.1 y 2, de la Ley de Costas).

3. Las certificaciones y planos a que se refieren los apartados anteriores serán expedidos por el Servicio Periférico de Costas y podrán ser solicitados de oficio por el Registrador.

4. El Registrador archivará en el legajo correspondiente el plano en el que el propietario o persona que acredite tener poder suficiente localice la finca conforme a lo previsto en el apartado 2. Igualmente, archivará la certificación o plano relativos a la finca que se inmatricula, salvo si consta que el original está incorporado a un protocolo notarial.

5. Cuando en la certificación expedida por el Servicio Periférico de Costas se haga constar la delimitación de la zona de servidumbre de protección, en la descripción de las fincas afectadas se expresará igualmente su sometimiento a dicha servidumbre.

6. Alternativamente y con los mismos efectos de lo establecido en los apartados 1 y 2, cuando en la descripción de la finca que se pretenda inscribir se exprese que la misma linda con el dominio público marítimo-terrestre o se sospeche que pueda lindar o invadirlo, la tramitación anterior podrá obviarse si en la descripción se incluye de manera explícita que el límite de dicha finca es el dominio público marítimo-terrestre deslindado de acuerdo con la Ley de Costas, según plano que lo identifique.

Art. 32 RC.-1. Transcurridos treinta días desde la petición de oficio de la certificación a que se refiere el artículo anterior sin que se haya recibido contestación, podrá procederse a la inscripción.

2. Si no estuviese aprobado el deslinde, se iniciará el correspondiente procedimiento, a costa del interesado, dentro de un plazo que no podrá ser superior a tres meses desde la correspondiente solicitud, quedando entre tanto en suspenso la inscripción solicitada (art. 15.3 y 4, de la Ley de Costas).

3. El asiento de presentación quedará prorrogado, en su caso, por el plazo de cuarenta días hábiles a contar desde el siguiente al de la petición por el Registrador a las Demarcaciones o Servicios de Costas, haciéndose constar dicha prórroga por nota marginal.

4. Iniciado el expediente de deslinde, el Servicio Periférico de Costas podrá solicitar del Registro de la Propiedad que extienda la anotación preventiva correspondiente, conforme a lo previsto en el artículo 23.3.

Art. 33 RC.-No será necesaria la identificación y localización a requerimiento del Registrador, prevista en el artículo 31.2, cuando el título inmatriculado vaya acompañado de plano expedido por el Servicio Periférico de Costas, igual a los que deben suministrarse al Registro, en el que se individualice la finca con precisión y se refleje su situación con relación a la zona de dominio público marítimo-terrestre. Los planos serán expedidos a solicitud de los interesados.

Art. 34 RC.-1. Las mismas reglas de los artículos anteriores se aplicarán a las inscripciones de excesos de cabida, salvo que se trate de fincas de linderos fijos o de tal naturaleza que excluyan la posibilidad de invasión del dominio público marítimo-terrestre.

posteriores inscripciones, así como la inscripción de posibles excesos de cabida. A ello tendríamos también que añadir que del artículo 49.7 del Reglamento resulta la prohibición de inscribir en el Registro de la Propiedad las obras y construcciones realizadas en la zona de servidumbre de protección a menos que se acredite la existencia de la correspondiente autorización administrativa.

Estas modulaciones legales sobre régimen registral de las fincas colindantes tienen como presupuesto la inclusión de las fincas en la zona de servidumbre de protección, circunstancia ésta que, como advertimos desde ahora, no resultará de los propios asientos registrales, y que puede no resultar patente (dada la especial complejidad presente en la delimitación legal del dominio público marítimo-terrestre y la enorme variabilidad que puede existir en la anchura de la citada servidumbre).

3. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ESPECIAL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA LEGISLACIÓN DE COSTAS

Como hemos advertido, dos son los presupuestos que se derivan de la Ley de Costas y que condicionan la aplicabilidad del peculiar régimen registral que aquélla introduce para las fincas de propiedad privada: el primero, la ubicación de las fincas en la zona de servidumbre de protección definida por el artículo 23 LC, y, el segundo, la existencia de un deslinde administrativo firme. Examinaremos por separado ambas cuestiones.

3.1 Cuestiones fácticas y jurídicas implicadas en la «colindancia» y en la posible ubicación de las fincas dentro de la zona de servidumbre de protección

A) LA ESPECIAL COMPLEJIDAD PRESENTE EN LA DELIMITACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

Debe señalarse que será la fijación de la «ribera del mar», especialmente el límite interior de ésta, el elemento clave sobre el que

2. Siempre que el título registral contenga la indicación de que la finca linda con el mar, la colindancia se entenderá referida al límite interior de la ribera del mar, incluso en los casos de exceso de cabida (art. 16 de la Ley de Costas).

3. En el caso de que el dominio público marítimo-terrestre incluya alguna pertenencia distinta de la ribera del mar, la colindancia a que se refiere el apartado anterior se entenderá que lo es con respecto al límite interior de dicho dominio.

Art. 35. RC.—Las reglas establecidas en los artículos anteriores para la inmatriculación serán también aplicables a la segunda y posteriores inscripciones.

bascule la posterior determinación de la llamada «zona de servidumbre de protección» (pues conforme establece el art. 23 LC esta zona de servidumbre comienza a partir de este límite interior); y que este concepto este de «zona de servidumbre» será básico para el objetivo del presente trabajo, esto es, para intentar exponer de forma sistemática los presupuestos para la aplicación del específico régimen jurídico registral al que la legislación de costas somete a las fincas «contiguas» o colindantes con el dominio público marítimo-terrestre.

Se advierte, no obstante, que en la delimitación del dominio público marítimo-terrestre aparecen necesariamente implicadas circunstancias de naturaleza física (tales como determinadas condiciones geográficas o medio-ambientales, ...), pero, también, otras de estricta naturaleza jurídica.

Las circunstancias físicas o geográficas son en numerosas ocasiones difíciles de delimitar o precisar, a lo que debe añadirse además que presentan un marcado carácter dinámico, obra ya de agentes o fenómenos naturales ya de la acción humana transformadora²⁵. Al propio tiempo, y respecto de los parámetros jurídicos, como ha observado la doctrina, los preceptos legales recurren a conceptos jurídicos de difícil identificación o concreción en la práctica, lo que provoca no pocas dudas acerca de la perfecta identificación del dominio público. Pero, siquiera brevemente, deténgamos en esta delimitación legal del dominio público marítimo terrestre.

El límite interior de la ribera del mar, es, según dispone al efecto el artículo 1 LC,

«... el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas...»²⁶.

precepto éste de enorme carga expansiva del demanio que el Reglamento se encarga de precisar, recortando su alcance²⁷.

²⁵ Vid. SUÁREZ DE VIVERO, J. L. «La costa de la Ley de Costas», en CEUMT, *La revista municipal*, núm. 106/107, 1988, p. 44 ss.

²⁶ En este precepto, la Ley de Costas hace, pues, patente su opción por extender lo máximo posible el ámbito del dominio público al descartar que se trate de criterios excluyentes entre sí aquellos utilizados por la legislación anterior, esto es, las mayores mareas o los mayores temporales en donde no fueren sensibles las mareas; ahora será cualquiera de estos criterios el operativo, siempre que implique una mayor proyección del ámbito físico del dominio público (vid. *El deslinde de costas*, cit., p. 58). Vid. una síntesis de las posiciones doctrinales críticas respecto de la forma en que la Ley aborda la definición de este límite interior de la ribera del mar en CALERO RODRÍGUEZ, *Régimen jurídico...*, cit., p.197 ss.

²⁷ En unos casos para hacer una llamada a las referencias comprobadas a la hora de establecer el alcance de las olas en los mayores temporales conocidos, en otros para excluir fenómenos de variación del nivel del mar de carácter no periódico o secuencial o de origen

La expansividad legal resulta también de la inclusión como demaniales de determinadas zonas húmedas por efecto del mar (tales como marismas, albuferas, marjales, esteros y terrenos bajos inundables como consecuencia de las olas o la filtración del agua del mar), lo que puede provocar que la zona marítimo-terrestre se presente en forma discontinua, y que el establecimiento del límite interior de la ribera del mar (a partir del cual se establecen las correspondientes «servidumbres») pueda revestir una especial complejidad, especialmente cuando se encuentra alejado de la ribera del mar o existen propiedades de titularidad privada intermedias²⁸.

A ello debe añadirse además, como ya señalábamos, que determinadas actividades humanas (para las que ahora, en todo caso, la ley exige previa autorización administrativa²⁹), pueden determinar, por una parte, la pérdida de las cualidades naturales de determinadas porciones de terreno, lo que puede dar lugar a una pérdida de la condición demanial de las mismas (condición demanial que, por otra parte, el art. 4 presume también para las «pertenencias» en tanto no se produce la correspondiente desafectación)³⁰, y su nueva calificación como bienes patrimoniales de la Administración pública, o, también, en su caso, la evitación de su sobrevenida inclusión en la categoría de bienes de dominio público (a través de las aludi-

sísmico, aunque sin llegar a excluir los temporales de carácter extraordinario –cfr. art. 4–. Sobre las dificultades de esta comprobación de referencias a las que remite la norma reglamentaria, y las consecuencias que la consolidación de actuaciones y obras, tanto legales como ilegales, que impiden el que las olas vuelvan a alcanzar los límites que en el pasado hubieren conseguido, *vid.* «Legislación de costas y derecho de propiedad: La disposición transitoria primera de la Ley 22/1988, de 28 de julio», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Dominio Público: Aguas y Costas*, Madrid, 1993, p. 208 ss.

²⁸ Al propio tiempo se ha destacado la ausencia de una precisión legal acerca del límite interior de las playas o los depósitos de materiales sueltos (tales como dunas), concepto legal de playa al que se ha calificado como «definición abierta», con un enorme potencial expansivo ([art. 3.1.b]), y el carácter legalmente dudoso que podrían tener las llamadas «playas secas» o las extensiones de dunas muy alejadas de la ribera del mar. Expansividad que el reglamento se ha encargado de acotar para extenderlo sólo hasta donde sea necesario para la estabilidad de la playa o la defensa de la costa –cfr. *El deslinde de costas ...*, p. 60; *vid.* desde una perspectiva geográfica al respecto SUÁREZ DE VIVERO, J. L., «La costa...», *cit.*, p. 47.

²⁹ «Artículo 6.–1. Los propietarios de los terrenos amenazados por la invasión del mar o de las arenas de las playas, por causas naturales o artificiales, podrán construir obras de defensa, previa autorización o concesión, siempre que no ocupen playa ni produzcan fenómenos perjudiciales en ésta o en la zona marítimo-terrestre, ni menoscaben las limitaciones y servidumbres legales correspondientes.

2. En otro caso, los terrenos invadidos pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre, según resulte del correspondiente deslinde.»

Precepto éste que debe completarse con las previsiones de los artículos 9, 18 y 19 de la Ley de Costas

³⁰ «Art. 4.5 LC.–Los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier causa han perdido sus características naturales de playa, acantilado, o zona marítimo-terrestre, salvo lo previsto en el artículo 18», también los definidos en el artículo 4.10.

das obras defensivas que impiden la inundación de terrenos de propiedad particular³¹) o, igualmente, el que se produzca un retroceso del límite interior del dominio público marítimo-terrestre, con la consiguiente rectificación de las zonas de servidumbre. Este carácter dinámico de la condición demanial la prevé genéricamente el artículo 27 del Reglamento de Costas al ordenar la incoación de nuevo expediente de deslinde o modificación o rectificación del ya existente cuando «por cualquier causa se altere la configuración del dominio público marítimo-terrestre».

Precisamente por esta complejidad descrita sumariamente, y frente al aparente «automatismo» (que predica cierta jurisprudencia, p. ej. STS de 8 junio de 1990 –Sala 3.^a–³²) al que la lectura superficial de los preceptos legales que delimitan el dominio público parece apuntar, lo cierto es que en su aplicación y concreta realización práctica juega un importante papel tanto la potestad reglamentaria del Gobierno como el poder de apreciación de la Administración, a la hora de precisar los conceptos jurídicos indeterminados de los que se ha valido el legislador en esta materia³³.

B. ¿CONSTANCIA REGISTRAL DE LA COLINDANCIA O DEL HECHO DE ESTAR COMPRENDIDA LA FINCA EN LA ZONA DE SERVIDUMBRE DE PROTECCIÓN?

La colindancia de la finca con el dominio público marítimo-terrestre sí que tiene constancia registral en la descripción de la finca, al tener que describirse necesariamente como uno de sus linderos el límite interior del dominio público o, en su caso, el de la

³¹ Así el artículo 6.2 RC dispone que «Los terrenos inundados mediante técnicas artificiales, cuya cota sea superior a la de la mayor pleamar, no se consideran incluidos en lo establecido en el apartado 3 del artículo anterior. Por el contrario, aquellos otros no comprendidos en el artículo 9, naturalmente inundables, cuya inundación por efecto de las mareas haya sido impedida por medios artificiales, tales como muros, terraplenes, compuertas u otros sistemas semejantes, forman parte del dominio público marítimo-terrestre, conforme a lo establecido en los artículos 3.1.a) de la Ley de Costas y de este Reglamento»; por su parte el artículo 9, también del Reglamento, establece que «1. Los propietarios de los terrenos amenazados por la invasión del mar o de las arenas de las playas, por causas naturales o artificiales, podrán construir obras de defensa, previa autorización o concesión, siempre que no ocupen playa ni produzcan fenómenos perjudiciales en ésta o en la zona marítimo-terrestre, ni menoscaben las limitaciones y servidumbres legales correspondientes. 2. En otro caso, los terrenos invadidos pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre, según resulte del correspondiente deslinde (art. 6 de la Ley de Costas). 3. Será precisa la obtención de autorización cuando las obras hayan de emplazarse en terrenos privados y del título administrativo correspondiente cuando las mismas hayan de ocupar el dominio público».

³² Vid. RODRIGUEZ GONZÁLEZ, P. *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Madrid-Barcelona 1999, p. 271, nota 11.

³³ Vid. MENÉNDEZ REXACH, A., «Problemas jurídicos del deslinde del dominio público marítimo-terrestre», en *Jornadas sobre la Ley de Costas y su Reglamento*, 1991, p. 197 ss.

ribera del mar; mas que la finca está comprendida total o parcialmente en la zona de protección es algo que la Ley de Costas no ordena que conste registralmente, ni tampoco posibilita que tal circunstancia acceda al Registro, al menos no de una forma definitiva. Y sin embargo, es esta cualidad de «finca colindante» por estar situada en la zona de la servidumbre de protección la que determina un régimen legal no sólo sustantivo sino también registral específico.

Como decimos, esta circunstancia, esto es, la de estar comprendidos los terrenos en la zona de servidumbre de protección, es algo que el artículo 23 del Reglamento de Costas permite que conste registralmente tan sólo mediante anotación preventiva una vez se incoe expediente administrativo de deslinde, pues junto a aquellas circunstancias que de conformidad con la legislación hipotecaria deben constar en toda anotación preventiva el citado precepto reglamentario prevé que también lo será la eventualidad de que la finca pudiera quedar incluida, como consecuencia del citado deslinde, total o parcialmente, en la zona de servidumbre de protección (por supuesto, también que pudiera quedar establecida su naturaleza demanial). Esta anotación se practicará obligatoriamente siempre que se aporten al expediente de deslinde títulos inscritos, o, facultativamente, a solicitud del Servicio de Costas³⁴.

Se trata, ésta, no obstante, de una constancia transitoria y que, por ello mismo no quedará consolidada en la descripción que contendrá el correspondiente asiento definitivo que en su caso pudiera practicarse a resultas del deslinde administrativo ya concluido. Y ello aun cuando tanto el artículo 19.3 del Reglamento determina que en el plano resultante del expediente de deslinde se fijará el límite interior de la citada zona de servidumbre de protección³⁵, y

³⁴ Artículo 23 RC.-1. Cuando los interesados en el expediente aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite el expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique anotación preventiva de esa circunstancia (art. 12.4 de la Ley de Costas).

2. En las anotaciones preventivas se harán constar, además de las circunstancias previstas con carácter general en la legislación hipotecaria, las específicas que acreditan la incoación del expediente de deslinde y la advertencia, según proceda, de que, en su virtud, la finca puede resultar en todo o en parte de titularidad estatal o puede quedar incluida total o parcialmente en la zona de servidumbre de protección.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Servicio Periférico de Costas podrá, en todo caso, una vez iniciado el expediente de deslinde, solicitar del Registro competente que extienda anotación preventiva acreditativa de la existencia de aquél en las fincas que pudieran resultar afectadas por el mismo. Si las fincas no estuvieran inscritas, la anotación preventiva se tomará, además, por la falta de previa inscripción.

³⁵ Artículo 19 RC.-1. El deslinde determinará siempre el límite interior del dominio público marítimo-terrestre, sin perjuicio de que se puedan delimitar también las distintas clases de pertenencias que lo integran. Cuando el mencionado límite interior no coincida con el de la ribera del mar, se fijará en el plano, en todo caso, el de esta última,

el artículo 26.1 del propio Reglamento de costas determina como contenido necesario de la orden de aprobación del deslinde el reflejo «*con precisión del límite interior del dominio público marítimo-terrestre, así como el de la ribera del mar cuando no coincida con aquél*» y que «*Además se hará constar la localización de las servidumbres impuestas a los terrenos colindantes*», y que la referida orden se notificará necesariamente al Registro de la Propiedad. (art. 26.2 RC)³⁶.

Por ello, y a pesar de que se cuentan con los necesarios instrumentos para fijar con precisión qué fincas quedan incluidas en la zona de servidumbre de protección (una vez establecida la correspondencia e identidad entre la finca registral y las fincas afectadas por el deslinde), finalmente la aplicación del régimen legal quedará confiado al conocimiento personal del Registrador (a sus sospechas), o a la buena voluntad de los particulares y la corrección de la descripción física de las fincas según los títulos aportados.

Como advierte Díaz Fraile³⁷, esta falta de constancia registral de la servidumbre de protección provoca la ineficacia de los mecanismos de protección que arbitra la Ley de Costas frente a las inmatriculaciones o declaraciones de obra nueva invasoras del dominio público, así como imposibilita el ejercicio de los derechos de retracto que establecen los artículos 57.4 y la disposición adicional 1.^a del Reglamento de Costas.

El mismo autor citado apunta las posibles razones que motivaron la opción del legislador por no imponer la constancia tabular de la servidumbre de protección: en primer lugar, su carácter de limitación legal y, por tanto, exceptuada de inscripción obligatoria de conformidad con el artículo 26.1 LH, o, en segundo lugar, que la imposición de su obligatoria inscripción podría provocar dudas acerca de la protección de terceros adquirentes cuando éstas no estuviesen inscritas debiendo estarlo, y, finalmente, que la no cons-

además de aquél. No obstante, el amojonamiento sólo reflejará el límite interior del dominio público.

2. En el plano correspondiente se fijará el límite del dominio público mediante una línea poligonal que una los distintos puntos utilizados como referencia, rectificando, en su caso, las curvas naturales del terreno.

3. En el mismo plano se señalará siempre el límite interior de la zona de servidumbre de protección.

³⁶ Artículo 26 RC.-1. La orden de aprobación del deslinde deberá reflejar con precisión el límite interior del dominio público marítimo-terrestre, así como el de la ribera del mar cuando no coincida con aquél.

Además se hará constar la localización de las servidumbres impuestas a los terrenos colindantes.

2. Dicha orden se notificará a los interesados que hayan comparecido en el expediente, así como a la Comunidad Autónoma, al Ayuntamiento y al Registro de la Propiedad.

³⁷ *La protección registral...*, cit., p. 159.

tancia no afecta a la realidad extrarregistral ni a la sujeción de las fincas afectadas a la limitación legal³⁸.

Pero además, de esta «opacidad» registral de la servidumbre de protección, en aquellos casos en los que no sea ostensible no ya la colindancia sino siquiera la proximidad de la finca al demanio³⁹, puede determinar –también lo ha advertido el autor anteriormente citado–⁴⁰, que se deriven importantes perjuicios para terceros de buena fe al ver comprimidas sus facultades sobre los predios de los que son titulares, sin que exista mecanismo alguno que les advierta de tales limitaciones, dado que éstas, aunque no son ostensibles, ni constar registralmente, se les imponen dada su naturaleza de limitaciones legales del dominio.

Existen no obstante, algunos obstáculos que podrían dificultar la constancia registral de las limitaciones legales, mediante el correspondiente reflejo de estar comprendida total o parcialmente la finca en la zona de servidumbre de protección.

Así, por algún autor, se ha señalado las dificultades que se derivan, en primer lugar, de «la diferencia radical de medios que, para referirse a una misma realidad físico-fundiaria emplean los Servicios de Costas –que operan en base a la planimetría– y los Registros de la Propiedad –que operan en base a la descripción literaria de la finca por referencia al lugar de su situación y la relación de colindancias que, en muchos casos, no tienen ninguna referencia fija, externa o visible–», aunque sería éste un problema que resultaría resoluble simplemente acudiendo a la vía normativa, pues ya se ha realizado en relación, p. ej. con las concentraciones parcelarias o las reparcelaciones urbanísticas⁴¹.

Aunque para salvar este inconveniente se propugna, a estos efectos, que en el expediente deslinde se debería procurar la descripción tanto física como jurídica de los bienes afectados por aquél, aspecto este último que incluiría la identificación y la situación registral de aquéllos, deber éste que recaería sobre la Administración actuante, toda vez que presupuesto para la validez del deslinde practicado es la notificación a los propietarios colindantes, así como otros posibles interesados o afectados por aquél⁴².

Un segundo inconveniente descansaría también en el hecho de que, frente a la aparente uniformidad que pudiera desprenderse de la Ley de Costas, lo cierto es que la anchura de la llamada

³⁸ *La protección registral...*, ibídem.

³⁹ Caso de la finca situada en zona de servidumbre de protección pero que colinda con finca de dominio privado medianera entre aquella y el litoral.

⁴⁰ *La protección registral...*, cit., pp. 160-161, nota 1.

⁴¹ *La protección registral...*, cit., p.145.

⁴² DÍAZ FRAILE, *La protección registral...*, cit., p.150.

zona de protección, y por consiguiente, el ámbito de propiedades afectadas por las limitaciones inherentes a la misma, puede ser enormemente variable. Esta enorme variabilidad obligaría a constatar caso por caso la concreta afección que para la finca en cuestión se deriva del régimen legal, no sólo en función de su situación geográfica sino también de su situación jurídica ⁴³.

Pero ello resultaría facilitado precisamente por el expediente de deslinde –una vez se resolviera el obstáculo anterior, esto es, la divergencia entre fincas comprendidas en el expediente de deslinde y fincas registrales–, toda vez que, como señalábamos y según ordena el artículo 26 del RC, en el mismo constará la localización de las servidumbres impuestas a los terrenos colindantes, localización que entiendo obligaría a precisar caso por caso la anchura y extensión de la correspondiente servidumbre.

Se ha señalado por ello que la mayor dificultad para la aplicación de este régimen es que exige del Registrador el conocimiento de que la finca se halla, o no, ubicada en el zona de servidumbre, conocimiento «oficial» que en muchas ocasiones no tiene, al no desprenderse éste de los propios libros registrales.

Díaz Fraile por ello advierte que a esta previsión legal y reglamentaria no podrá, en muchos casos, darse cumplimiento; mientras que, en otros casos, será el conocimiento de los términos municipales adscritos a la demarcación del registro o los indicios que proporcionen los propios documentos aportados por los particulares. Propugna, el mismo autor, que de *lege ferenda* se debería arbitrar a los efectos pretendidos dos medios, uno principal y otro subsidiario, para la identificación y localización de la finca: el primero mediante la localización en plano oficial a requerimiento del Registrador, o, en su caso, como medio subsidiario y restringido a aque-

⁴³ Así y si bien es cierto que el artículo 23.1 LC (también el 43.1 RC) fija en 100 metros la anchura de la servidumbre de protección, medidos, tierra adentro, desde el límite interior de la zona marítima-terrestre, esto es, la ribera interior del mar, dicha anchura sólo se aplicará en aquellos terrenos calificados como no urbanizables o urbanizables no programados o suelo urbanizable programado sin plan parcial aprobado definitivamente a la entrada en vigor de la ley.

Precisamente, respecto de estos terrenos que tuvieran la calificación de suelo urbano, o suelo urbanizable programado o apto para la urbanización con Plan parcial aprobado definitivamente a la entrada en vigor de la Ley (disps. trans. 3.ª, y 8.ª y 9.ª del Reglamento), o, también, cuando trate de áreas urbanas en las que la edificación estuviera consolidada o los terrenos contaran con los servicios exigidos en la legislación urbanística o la Administración hubiera reconocido expresamente este carácter (disp. trans. 9.ª .2.3 Reglamento), la servidumbre de protección será tan sólo de 20 metros. No obstante, el reglamento ordena que la extensión de la citada servidumbre será siempre la máxima posible, aun por debajo de los 100 metros citados, aunque siempre con respeto al aprovechamiento urbanístico atribuido por el planeamiento (disp. transitoria 8.ª .3 del Reglamento).

Pero además, se prevé que por acuerdo de las Administraciones públicas implicadas pueda ampliarse dicha zona de servidumbre de protección otros 100 metros, esto es, hasta un máximo de 200 metros desde aquel límite interior.

llos casos en que resulte aplicable, la constancia mediante acta notoriedad de la palmaria lejanía de la finca respecto de la franja de terreno inmediata al litoral⁴⁴.

La LC ha optado por medios indirectos (cuya eficacia, en caso de no existir el art. 8 LC, podría ser cuestionada), para proceder a esta identificación y localización de las fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre; medios indirectos en tanto se instrumentan como deberes de manifestación documental de los interesados y, o, como deberes que se imponen al Registrador antes de acceder a la constancia registral de los actos pretendidos, pero que no se traducen (al menos no siempre) en el deber legal de aportar certificaciones expedidas por la Administración competente sobre la situación y localización de la finca dentro de la delimitación del dominio público marítimo-terrestre y zona de influencia que aquélla ha debido llevar a cabo a través del oportuno deslinde.

Examinemos estos medios que hemos denominado «indirectos», y las consecuencias que asigna la ley ante la imposibilidad de su práctica o a que éstos arrojen unos resultados no plenamente convincentes para el Registrador en cuanto a la posible invasión del dominio público marítimo-terrestre.

B.1 *Deber de manifestar documentalmente la colindancia, o no, con el dominio público marítimo-terrestre*

Para la inmatriculación de fincas situadas en la zona de servidumbre de protección la ley exige, artículo 15, la expresión, en la descripción de aquéllas, de la declaración de si lindan o no con el dominio público. La omisión de esta manifestación, también la manifestación negativa, se traduce sólo en la obligación de identificar y localizar, a requerimiento del Registrador, la finca en los planos proporcionados por la Administración, siempre y cuando tales fincas se ubiquen en la zona de servidumbre de protección.

Contrariamente, la manifestación positiva de tal colindancia con el dominio público obligará a que el interesado presente certificación administrativa acreditativa de que la finca en cuestión, sobre la que se pretende la constancia registral de ciertos actos y derechos por parte de los particulares, no invade el dominio público marítimo-terrestre, no accediéndose, caso contrario, a la operación registral pretendida.

Tal constancia no obstante se exige, en la Ley, sólo respecto de los documentos presentados por los interesados y sobre los cuales se pretende la inscripción, pues ninguna precisión se realiza en la

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 183.

ley en orden al contenido del correspondiente asiento registral que se producirá a la vista de los mismos.

Sí que encontramos, por el contrario, en el Reglamento una previsión acerca de este extremo aunque limitada a la constancia de que la finca no linda con el dominio público marítimo-terrestre, declaración que deberá reflejar el asiento registral una vez el Registrador ha comprobado, después de haber requerido al particular para que identifique y localice la finca en aquellos casos en los que los documentos presentados omitan o nieguen que lindan con el dominio público, que la finca no invade éste sobre plano proporcionado por la Administración (art. 31.2 RC).

Claro está que, al margen de la precisión reglamentaria, no obstante, dicha omisión podría entenderse salvada conforme a las reglas hipotecarias generales, artículo 9 LH, pues en la descripción de los linderos, necesaria en toda inscripción registral, se deberá expresar, que, al menos, uno de ellos, coincide con el límite interior de la ribera del mar, o en su caso (esto es, cuando no coincida con aquella ribera del mar), con parcelas de dominio público (para el caso de los enclaves o pertenencias del dominio).

B.2 *Deber de localización e identificación de la finca ante el Registrador*

Se trata éste de un deber que sólo entrará en juego para los casos en que los documentos presentados se niegue la colindancia con el dominio público marítimo-terrestre o se omita toda declaración relativa a este extremo, y obvio es decirlo, sólo respecto de las fincas situadas dentro de la zona de servidumbre de protección.

La ley no lo configura como una mera facultad del Registrador, sino contrariamente como un deber, tanto para el Registrador como para el interesado. El Registrador requerirá y el interesado indentificará y localizará la finca. Mas no contempla la Ley forma alguna de dejar constancia del cumplimiento de este deber de localización, ni si el Registrador deberá consignar en la inscripción, modificando o rectificando a estos efectos la descripción de la finca tal y como ésta resulta de los documentos presentados, la inclusión de la finca en la zona de servidumbre de protección, en el caso en que así sea.

Al respecto, Díaz Fraile manifiesta su preferencia por el sistema de notas marginales para la constancia del cumplimiento de estos deberes, constancia que se realizaría sin que fuere necesario modificar o rectificar el contenido descriptivo de la escritura notarial⁴⁵. La exigencia legal no se traduciría, pues, en un contenido

⁴⁵ *La protección registral...*, cit., p. 184.

normativo forzoso o imperativo de los negocios jurídicos celebrados por los particulares, no es en sentido propio un límite a la autonomía de la voluntad.

B.3 *Suspensión de la inscripción registral en caso de sospecha de posible invasión del dominio público*

La LC prevé que en los supuestos de imposibilidad de cumplimentar los deberes de localización e identificación, o en aquellos en los que a pesar de haberse cumplimentado éstos el Registrador sospechara la invasión del dominio público, quedará en suspenso la inscripción registral hasta tanto que se expida por la Administración concernida certificación favorable a la misma.

Lo primero que nos sorprende de las previsiones legales es que los deberes de localización e identificación se constriñen a las fincas situadas en la zona de servidumbre de protección, y que, sin embargo la finalidad de tales deberes es, genéricamente, prevenir la invasión del dominio público. Invasión que no sólo se podrá producir por las fincas situadas en la citada zona de servidumbre (aunque tal situación implica efectivamente un potencial invasivo), sino por todas aquellas fincas que pudieran de alguna manera ser colindantes con el dominio público, ya sea éste dominio público por sus características naturales, ya dominio público por afectación (las denominadas pertenencias del art. 4 LC). Evidentemente, pueden existir fincas colindantes con el dominio público no situadas en la zona de servidumbre de protección. ¿Cabría generalizar este régimen legal a todas estas fincas colindantes pero no situadas en la zona de servidumbre de protección?

Respecto a la naturaleza de esta suspensión, opina la doctrina más autorizada que no se trata este supuesto de una prohibición de inscripción, sino de cierre provisional del Registro, al declarar en suspenso la solicitud presentada por el interesado; se entiende que las exigencias del principio de seguridad jurídica se satisfacen de mejor manera con la suspensión que permitiendo el acceso al Registro de aquellas situaciones que inevitablemente quedarán afectadas por el posterior deslinde (así lo afirma la STC 149/1991, de 4 de julio). Admitiendo la jurisprudencia constitucional citada que a pesar de que no señala la Ley plazo para su conclusión, sino sólo para su iniciación, es ésta una determinación que puede confiarse a la norma reglamentaria, y que aborda el artículo 32.2, 3 y 4 del Reglamento general para la ejecución de la Ley de Costas⁴⁶.

⁴⁶ Díaz Fraile manifiesta las dudas acerca de la naturaleza jurídica de esta suspensión, suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación o bien la confirmación

3.2 ¿El expediente de deslinde es presupuesto para la aplicación del régimen legal?

Cabría preguntarse, precisamente tras lo comentado anteriormente, si la aplicación del régimen legal de la Ley de Costas, en los aspectos registrales que nos ocupan, descansa necesariamente en la existencia de un deslinde aprobado en vía administrativa, en el que se constaten estas características físicas previstas por la ley a la hora de definir el dominio público marítimo-terrestre, y la proyección de las limitaciones legales sobre los inmuebles colindantes con aquél. La eficacia del régimen ¿depende, pues, a su vez, de un presupuesto jurídico, el expediente de deslinde?

Creo que la respuesta no puede ser más que afirmativa, pues del propio tenor literal de los artículos 13 y 14 de Ley de Costas resulta evidente que la existencia de un deslinde aprobado es presupuesto o *conditio iuris* para privar de toda eficacia a las inscripciones registrales contradictorias con aquél, presupuesto también para la rectificación de estas inscripciones de propiedad privada, o para que pueda procederse a la inmatriculación del dominio público por parte de la Administración. No se cuestiona con ello la naturaleza meramente declarativa del deslinde sino su eficacia sobre las inscripciones registrales.

Del tenor literal del artículo 13 LC se desprende, además, que será la apreciación personal del Registrador, a pesar de no existir deslinde aprobado, sobre la concurrencia en el caso concreto de las circunstancias fácticas aludidas, esto es, el estar comprendida la finca en la zona de protección, o la fundada sospecha de que lo está, y la petición de oficio de la correspondiente certificación administrativa lo que obligue a la Administración a iniciar el correspondiente deslinde, si bien precisa la ley, que «a costa del interesado», y fijando a estos efectos el plazo de tres meses desde la solicitud del particular para el inicio del expediente.

Niega, no obstante, Díaz Fraile⁴⁷ que esta incoación del expediente de deslinde sea forzosa, no habiendo querido apartarse, en consecuencia, la Ley de Costas de la regla general de incoación a petición o rogación del interesado, por ello, la precisión de que se practicará «a costa del interesado» confirmaría esta interpretación, pues tal es la regla para todos aquellos expedientes o actuaciones administrativas que no se inician de oficio por la Administración.

de la existencia de un defecto subsanable, pudiendo solicitarse en este caso anotación preventiva de suspensión.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 140

Por ello, una vez que la Administración conteste que no puede emitir la certificación solicitada por no estar practicado el deslinde en el tramo afectado, el interesado puede optar por no inscribir o por iniciar el correspondiente deslinde, «a su costa», con un resultado incierto, aunque en caso de serle favorable determinará la posibilidad de inscribir. Así pues, concluye el autor últimamente citado, la solicitud a la que hace referencia el precepto, desde la cual se computará el plazo de tres meses para que inicie la Administración el expediente de deslinde, no es la solicitud de inscripción sino la solicitud formulada ante la Administración para que se inicie el oportuno deslinde.

Pero, además el deslinde se constituye, en relación con el régimen de los artículos 15 y 16 de la misma Ley, preceptos relativos a la inmatriculación o inscripción de excesos de cabida, respectivamente, en requisito para la aplicación del régimen legal; este deslinde podrá ser aprobado con posterioridad a la solicitud de inscripción de tales actos por los particulares, quedando el procedimiento registral entre tanto en suspenso.

A) LA «DEGRADACIÓN»/DESAFECTACIÓN NO EXCLUYE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 8 LC

Algún sector doctrinal se ha pronunciado propugnando una interpretación finalista de la declaración de demanialidad por la Ley de Costas de 1988, defendiendo consecuentemente la exclusión de las zonas urbanísticamente consolidadas, ya que éstas han perdido definitivamente los valores naturales dignos de protección, apelando, incluso, al respecto al criterio de la «reconoscibilidad social» de los bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre⁴⁸, pues, evidentemente, tales zonas urbanísticamente colmatadas no serían reconocibles actualmente como dominio público natural marítimo-terrestre.

La STS de 4 de junio de 1991 califica como supuesto de desafectación tácita en relación con el dominio público marítimo-terrestre el que los terrenos en cuestión tengan la naturaleza de urbanos, como tales integrados en la ciudad, figuren en los correspondientes planes de urbanismo, en los registros públicos y sean objeto del pago de tributos estatales y municipales.

Mas las SSTs de 9 de julio de 2001, y 8, 10, 11, 15 y 16 de junio de 2004 afirman que el carácter demanial, reuniéndose por las fincas las características físicas que se mencionan en los artícu-

⁴⁸ *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Madrid-Barcelona, 1999, p. 276.

los 3, 4 y 5 de la Ley, no cede aun cuando se trate de terrenos calificados como suelo urbano, con lo que creo que la jurisprudencia ha desautorizado esta interpretación «finalista» de la ley.

B) RÉGIMEN JURÍDICO DEL DOMINIO PÚBLICO NO DESLINDADO

Recordemos que el citado artículo 8 LC, sostiene ahora indiferenciadamente, tanto para los inmatriculantes como para los terceros hipotecarios, que las inscripciones registrales no pueden en manera alguna prevalecer sobre la naturaleza de dominio público-terrestre de los terrenos afectados.

Precisamente por ello, de incongruente tacha Gil Cortiella las previsiones de la ley de Costas que posibilitan la inscripción de los bienes de dominio público con aquellas otras previsiones de la misma ley que privan de eficacia a las inscripciones de los particulares:

«Plena y frontal contradicción. Por un lado se niega valor a la inscripción cuando se trata de bienes particulares para cuya protección fue precisamente creada; y por el otro, al mismo tiempo, se la sobrevalora buscándola como parapeto que ampare y defienda a los demaniales, que legalmente no la necesitan. Cualquiera que sea la mayoría con que los Gobiernos cuenten en el Parlamento para su aprobación, no será demasiado pedir que las leyes sean congruentes consigo mismas y eviten contradicciones de este tipo»⁴⁹.

Díaz Fraile, no obstante, insiste en que no se trata en ningún caso de una tensión entre demanialidad y principios hipotecarios sino de una expropiación legislativa. El negocio adquisitivo del inmatriculante será nulo si recae sobre bienes fuera del comercio, esto es, sobre el dominio público marítimo-terrestre, y dicha nulidad no queda convalidada por el hecho de la adquisición, aun a título oneroso y de buena fe, del tercero. El bien no deviene *intra commercium* por aplicación de preceptos hipotecarios, o por no constar la condición demanial de los bienes en el Registro de la Propiedad (p. 69).

Mas, a pesar del tenor literal del artículo 8 LC y de su formulación en términos genéricos pero inequívocos, sigue cuestionándose la doctrina si sobre el dominio público no deslindado es posible aplicar el principio de fe pública registral, ex artículo 34.

Parejo Garmir, p. ej., afirma que debe matizarse entre terrenos deslindados y no deslindados a la hora de aplicar el régimen de la legislación de costas, y que «en ausencia de deslinde, creo que los

⁴⁹ «Ley de Costas versus Ley Hipotecaria», La Ley 1991, I, p.1200.

titulares registrales deben seguir estando protegidos; que las inscripciones despliegan todos sus efectos y que la Ley Hipotecaria sigue plenamente vigente, ya que ningún precepto de la Ley de Costas la contradice»⁵⁰.

Fornesa Ribó también afirma que el principio de legitimación no se ha excepcionado cuando los bienes no están deslindados. Parra Lucan considera correcta las anteriores afirmaciones de Fornesa, e incluye en la excepción los bienes deslindados conforme a la legislación anterior, habida cuenta de la diferente eficacia que la misma atribuía al deslinde⁵¹.

Creo que estas afirmaciones doctrinales no son erróneas, siempre y cuando no se interpreten (como ocurría al amparo de la legislación derogada por la Ley de 1988) como supuestos de inmunidad definitiva para la inclusión de las fincas privadas amparadas por asientos registrales y que reúnen las características físicas y/o jurídicas previstas por la ley para su inclusión como bienes demaniales.

Cierto, como hemos advertido, que la producción de determinados efectos queda supeditada en la Ley de Costas a la previa aprobación del deslinde administrativo (así el régimen registral de rectificación de las inscripciones, inmatriculación o constancia registral de excesos de cabida...) mas en el artículo 8 se desvincula la inoponibilidad de las situaciones registrales contradictorias con el carácter demanial de los bienes de la concurrencia de cualquier requisito o actuación administrativa, por tanto, también del deslinde.

Lo mismo cabe aducir en el caso de demanialidad sobrevenida, por aplicación de nuevos criterios legales definidores del dominio público, o en los supuestos de demanialidad no reconocible ni patente, supuestos ambos también incluidos en la literalidad del artículo 8 de la Ley de Costas.

Al respecto deberá estarse a lo dispuesto en la disposición transitoria, apartado 3.º, LC: «... *en los tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la presente ley, se procederá a la práctica del correspondiente deslinde, cuya aprobación surtirá los efectos previstos en el artículo 13 para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público, aunque hayan sido ocupados por obras*».

Por ello creo que esta aparente autonomía del artículo 8 de la Ley de Costas no puede mantenerse, salvo en los supuestos de

⁵⁰ *Cuestiones hipotecarias de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, p. 62.

⁵¹ *Vías pecuarias y propiedad privada*, p. 177, nota 69.

demanialidad aparente y fácilmente reconocible o cuando se trate de supuestos de propiedad privada que no han tenido acceso al Registro⁵². Esto es, que tratándose de titularidades privadas amparadas por asientos registrales este precepto resulta indisociable del artículo 13 de la misma Ley de Costas; en este caso, sólo de la aplicación conjunta de ambos puede extraerse toda su virtualidad, pues en tanto, no se produzca el correspondiente deslinde y se provoquen a resultas del mismo las correspondientes cancelaciones de los posibles asientos contradictorios, seguirán desplegando tales asientos contradictorios, al amparo del artículo 38 LH toda la eficacia que les es propia⁵³. Sólo el deslinde aprobado provocará en su caso las correspondientes operaciones rectificatorias, ya de cancelación, rectificación de linderos, disminución de cabida (p. 179). Es expresivo a este respecto la disposición transitoria primera, núm. 3, relativa a que se produzca necesariamente el deslinde en los tramos de costa no deslindados y que una vez aprobado produzca los efectos del artículo 13.

Creo que esto es lo que quiere afirmarse cuando se dice por algún sector de la doctrina que debe distinguirse entre dominio público deslindado y no deslindado, esto es, que no existe automatismo en la aplicación del artículo 8 de la Ley de Costas cuando los terrenos hasta ahora de propiedad privada aparecen amparados por asientos registrales, y que, en tales casos el deslinde es presupuesto necesario para que se produzcan las consecuencias previstas por el artículo 13 de la propia Ley de Costas y privar de eficacia a tales asientos registrales⁵⁴.

C. LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS DESLINDES APROBADOS CONFORME A LA LEGISLACIÓN DEROGADA

Cuestión discutida es la relativa a si el deslinde aprobado debe ser precisamente un deslinde practicado de conformidad con la

⁵² «... Las inscripciones registrales vigentes, ..., dan fe de la validez del título pero no de la realidad física del bien a que se refiere, por lo que no actúan con eficacia suficiente frente a la notoriedad del carácter público de las zonas marítimo-terrestres y, por ello, no pueden fundar la afirmación de una efectiva titularidad dominical». STS de 10 junio de 1996.

⁵³ DÍAZ FRAILE, *La protección...*, «... la legitimación registral seguirá desarrollando toda su eficacia en tanto no medie el correspondiente deslinde, puesto que en tanto no se practique éste no existe ninguna declaración o prueba posesoria que se pueda oponer a la presunción *iuris tantum* de posesión que a favor del titular registral establece el artículo 38 LH... Una vez que el deslinde ha cobrado firmeza constituye un título declarativo de demanialidad definitiva, por lo que la inscripción registral a favor del particular ha subsistido hasta ese momento, si bien que sometida a la anotación preventiva de deslinde...», p. 91.

⁵⁴ «Problemas jurídicos del deslinde del dominio público marítimo-terrestre» en *Jornadas sobre la Ley de Costas y su Reglamento*, pp. 202-203.

nueva ley o, por el contrario, tendrán la misma eficacia los deslindes aprobados de conformidad con la legislación precedente⁵⁵.

Debemos recordar a estos efectos la diferente eficacia que esta legislación derogada atribuía al deslinde, en tanto que simple declaración de estado posesorio a favor de la Administración, con la consecuencia de privar de legitimidad toda posesión incompatible con aquélla y desvirtuar la presunción registral de posesión a favor de los titulares inscritos, pero debiendo la Administración instar el correspondiente proceso ante los tribunales ordinarios para obtener el desalojo a estos efectos, impugnado los títulos de los particulares contradictorios con el carácter demanial de los bienes, sin posibilidad de utilizar la vía administrativa de desahucio.

Para Díaz Fraile debe negarse que los deslindes realizados conforme a la legislación derogada tengan la misma eficacia jurídica que los resultantes de la Ley de Costas de 1988, y el fundamento de esta posición sería precisamente el principio general de irretroactividad de las normas consagrado por el CC, y por supuesto, la diferente naturaleza jurídica que se atribuye al deslinde en una y otra legislación⁵⁶.

Por ello, la Resolución DGRN de 5 de noviembre de 1998, niega que un expediente de deslinde iniciado conforme a la Ley de Costas de 1969 y su reglamento, aunque culminado una vez vigente la Ley de 1988, tenga virtualidad para provocar la rectificación de las situaciones registrales contradictorias:

«Es indudable que el alcance de la resolución que pone fin a un procedimiento incide decisivamente en la significación jurídica y valoración de los trámites a seguir, de modo que la modificación, durante la tramitación del procedimiento, de la trascendencia jurídica de la resolución que haya de dictarse, impide atribuir automáticamente a los trámites y diligencias ya realizados, virtualidad para sustentar esos nuevos efectos que ahora se anudan a la resolución final (ello se advierte fácilmente respecto al trámite de la notificación a los distintos interesados en el procedimiento a seguir, pues la mayor o menor relevancia jurídica de la decisión final, influye sustancialmente en la actitud que puede adoptar el sujeto notificado); y a este respecto debe destacarse la sustancial modificación operada en el alcance de la resolución que pone fin al procedimiento de deslinde de la zona marítimo-terrestre, que conforme a la Ley de Costas de 1969, no sólo carece de virtualidad rectificadora del registro, sino que dejaba expresamente a salvo las situacio-

⁵⁵ Vid. *Vías Pecuarías...*, cit., pp. 147 ss.

⁵⁶ Incluso se alude al argumento literal, esto es, el futuro que emplea el artículo 13.2 de la Ley de 1988 al señalar que: «La resolución de aprobación del deslinde será...», con lo que se concluye evidentemente que sólo las resoluciones aprobadas tras la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988. Vid. DÍAZ FRAILE, *La protección registral del litoral. Prontuario de aspectos registrales del Reglamento de Costas de 1989*, Madrid, 1991, p. 113.

nes protegidas por el artículo 34 LH (cfr. art. 6, núms. 1 y 3 de la Ley de Costas de 1969)».

Así pues, para la resolución citada, de la mera identidad de nombre jurídico, o de trámites procedimentales, no puede seguirse, sin más, la misma eficacia jurídica, cuando la legislación aplicable, precisamente, asigna diferentes efectos jurídicos al deslinde. La perspectiva es aquí garantista.

Es la perspectiva garantista la que también adopta la RDGRN de 1 de septiembre de 2003, en el que se pretende por la Administración la anotación preventiva de dominio público sobre una finca registral cuya superficie, en virtud del correspondiente deslinde practicado conforme a la nueva ley, resulta totalmente incluida en el dominio público marítimo-terrestre.

El Registrador deniega la anotación preventiva toda vez que no consta ni la notificación ni la intervención en el aludido expediente de deslinde a los titulares registrales (los actuales y los que lo eran cuando se inició el expediente). La DGRN desestima el recurso, sustentado por la defensa de la Administración en que la normativa reglamentaria aplicable al expediente (Reglamento de Costas de 1980) no ordenaba ni la notificación ni la intervención de los titulares registrales, argumentando que ello era necesario, a pesar del silencio de la norma reglamentaria, a la vista del principio constitucional que proscribe la indefensión (art. 24 CE), y de los principios registrales de tracto sucesivo (art. 2.º LH) y el que dispone que los asientos registrales se encuentran bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1.3 LH).

La distinta situación jurídica de los particulares en la legislación derogada, con merma de sus posibilidades actuatorias se compadecía con los limitados efectos asignados al deslinde administrativo, pero esto mismo supone ahora un obstáculo insalvable a la vista de los drásticos efectos que la ley vigente asigna al deslinde administrativo, por lo que no es posible homologar aquellos ya practicados.

IV. OPERACIONES REGISTRALES A LAS QUE ALCANZA EL PECULIAR REGISTRAL DE LA LEY DE COSTAS: EXAMEN DEL ARTÍCULO 35 DEL REGLAMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LA LEY DE COSTAS

Unos de los aspectos más polémicos del régimen registral introducido por la legislación de costas es, ciertamente, la exten-

sión, por el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas, del mismo régimen previsto por el artículo 15 de la Ley para la inmatriculación de las fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre a las segundas y posteriores inscripciones de aquellas fincas.

Efectivamente, el artículo 15 de la LC limita sus previsiones a la inmatriculación: «*Cuando se trate de inmatricular en el Registro de la Propiedad fincas situadas en la zona de servidumbre de protección...*», así como en artículo 16 de la LC lo hace extensivo a las inscripciones de los excesos de cabida cuando éstos fueren de tal naturaleza que conlleven la posibilidad de invasión del dominio público marítimo-terrestre. Ningún otro precepto con rango de ley extiende dicho régimen a las segundas o posteriores inscripciones, extensión que sí realiza el citado artículo 35 del Reglamento General para la ejecución de la Ley de Costas.

Parejo Gamir califica esta innovación reglamentaria como un supuesto de reglamento *praeter legem* o, incluso, *contra legem*⁵⁷. Por su parte, Díaz Fraile afirma el carácter *praeter legem* del precepto reglamentario, del que inicialmente predica una importantísima función preventiva en la invasión del dominio público, pero al que se atribuye también una eficacia entorpecedora del tráfico jurídico privado⁵⁸; no obstante, el autor termina justificando su existencia aunque rectificando su ilimitado alcance⁵⁹.

Las RDGRN de 16 de noviembre de 1991, 18 de enero de 1993 y 15 de marzo de 1993, en las que se cuestiona la innovación reglamentaria, apela a la finalidad de la Ley de Costas, finalidad que igualmente persigue el artículo 35 del Reglamento, por lo que debe entenderse comprendida dicha exigencia en la *ratio* del artículo 15 LC sin conceder, en consecuencia, que se trate de un reglamento contrario a la ley, y afirmando la imposibilidad de cuestionar en el recurso gubernativo la legalidad del precepto reglamentario.

⁵⁷ «No se puede omitir, una alusión al extremo más conflictivo, introducido por el Reglamento, el artículo 35 del mismo, que, contra el tenor literal de la ley, extendió este sistema protector de la exigencia de certificación también a las segundas y posteriores inscripciones. Una innovación *praeter legem*, o tal vez *contra legem*, del Reglamento, de difícil justificación teórica y fuertemente perturbadora en la práctica». Parejo Garmir, *Cuestiones Hipotecarias de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, p. 55.

⁵⁸ *La protección del litoral...*, cit., p. 137.

⁵⁹ «...es contrario a la racionalidad y a la eficacia administrativa que... tales exigencias [las previstas para la compraventa de un terreno o para la inscripción de una obra nueva construida sobre aquél] se reproduzcan para inscribir a continuación la escritura de hipoteca y toda la secuela de inscripciones independientes –pisos, locales, garajes, etc.– resultantes de su constitución en régimen de propiedad horizontal, y las sucesivas ventas de tales elementos... Esto no constituirá más que un inútil entorpecimiento burocrático, que en buena lógica habrá que tratar evitar, a lo que habrá de tender cualquier posible revisión del texto reglamentario» –cfr. *La protección del litoral...*, cit., p.138–.

1. Resoluciones que inaplican el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas

No obstante, no podemos decir que la citada sea la doctrina uniforme del alto centro directivo al respecto de la legalidad del artículo 35 del RC. Así, las Resoluciones de 16 de julio de 1998 y 14 de enero de 2000, inaplican el precepto reglamentario.

a) *RDGRN 16 de julio de 1998*

Se cita esta Resolución como uno de los supuestos en los que la DGRN inaplica el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas. Mas entiendo, y luego explicaré las razones, que no es precisamente un caso de inaplicación de un precepto reglamentario ilegal, sino antes bien, que no concurren en la situación los presupuestos legales y fácticos para la aplicación de los artículos 15 y 16 de la Ley de Costas, y, por tanto, tampoco el artículo 35 de su reglamento.

Veamos primeramente los hechos que motivaron el recurso:

– La entidad *Acofar, Sociedad Cooperativa de Crédito* concedió un préstamo a los cónyuges don Manuel G. de A. y doña Amparo C. G. por importe de 50.000.000 de pesetas, los cuales constituyeron hipoteca voluntaria a favor de la referida sociedad sobre dos fincas gananciales: *a)* Salina denominada «Nuestra Señora de los Ángeles» o «Ángeles de San Cayetano» en el sitio de La Rivera, finca registral número 881; *b)* Salina «Ángeles Custodios» en término de San Fernando, finca registral número 2.635; y *c)* Salina llamada «Santa Margarita la Nueva o Nuestra Señora de Covadonga», en el término de San Fernando, finca registral número 828.

– Que presentada la anterior escritura de préstamo con garantía hipotecaria el Registrador deniega la inscripción fundando su calificación negativa en la legislación vigente de costas, expresamente en el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas, y ello a la vista de la certificación expedida, a solicitud del Registrador en atención a las dudas que éste tenía sobre si las citadas fincas podían invadir el dominio público marítimo-terrestre o no, por el Jefe de la Demarcación de Costas de Andalucía-Atlántico, que consideraba tales fincas como parte del dominio público marítimo-terrestre.

– La citada calificación registral fue rectificada en una segunda nota, en el sentido de considerar el defecto como subsanable, precisamente en relación con parte de una de las fincas hipotecadas que al parecer no invadía el dominio marítimo. Recurrida ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó

la nota del Registrador fundándose en los artículos 9, 15 y 16 de la Ley de Costas y 35 del Reglamento.

– Los interesados recurren ante la DGRN argumentado que debe procederse a la inscripción de la escritura pues consta la inscripción de las fincas hipotecadas a favor de los constituyentes, no habiéndose acreditado que las citadas fincas formen parte del dominio público marítimo-terrestre, pues no existe de deslinde previo realizado conforme a las prescripciones de la Ley de Costas de 1988 que afecte a las fincas de referencia ni las salinas marítimas aparecen mencionadas en los preceptos legales que delimitan el dominio público marítimo-terrestre.

Se alega además en el recurso que los únicos preceptos que pueden constituir un obstáculo a la inscripción solicitada la constituyen los artículos 15 y 16 de la Ley de Costas, pero tales preceptos legales se refieren exclusivamente a la inmatriculación o a la inscripción de excesos de cabida en relación con las fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre. Por ello, y dada su naturaleza de preceptos limitativos de los derechos de los particulares, los mismos deben ser, de conformidad con la jurisprudencia del TS, interpretados restrictivamente, no siendo susceptibles de aplicación por analogía, para comprender situaciones o hipótesis distintas de las expresamente incluidas en su ámbito de aplicación. Que no puede aplicarse a estos efectos el artículo 35 del Reglamento de Costas, ni puede en consecuencia, fundarse en él la calificación negativa del Registrador, pues el citado precepto reglamentario vulnera los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley, siendo nulo de pleno derecho.

– El Registrador en defensa de su nota argumentó que la calificación se limitó a dar cumplimiento al artículo 35 del Reglamento de Costas sin entrar a discutir extremos tales como el de haber ido el precepto reglamentario más allá del mandato legal, para lo cual este recurso no es cauce adecuado, citando al efecto las Resoluciones de 8 enero y 15 marzo 1993.

La Dirección General recuerda que dada la finalidad perseguida por la Ley de Costas, plasmada en sus artículos 7 (al declarar que los bienes de dominio público marítimo-terrestre son inalienables, imprescriptibles e inembargables) y 9 (según el cual no podrán existir terrenos distintos de la propiedad demanial del Estado en ninguna de las pertenencias de dicho dominio público), ello explica «las precauciones adoptadas a continuación por la ley y en particular en relación con el Registro de la Propiedad a fin de evitar que se produzcan situaciones no queridas o contrarias a lo ordenado legalmente –art. 15 de la Ley–.»

También repara que la posible defensa de los bienes del dominio público marítimo-terrestre, en lo que al registro se refiere, no puede limitarse únicamente a la inmatriculación, si bien concede que es a ella, a la inmatriculación de fincas, a la única operación registral a la que se refiere expresamente el artículo 15 de la Ley. Que tal defensa debe incluir también los casos de fincas ya inscritas que pueden encontrarse dentro de la zona marítimo-terrestre, y advierte que es por ello el Reglamento ha completado en su artículo 35 la defensa de los bienes demaniales al extender la norma a las segundas o posteriores inscripciones.

Mas, a continuación la DG⁶⁰ afirma que el artículo 38 LH, que consagra el principio de legitimación registral, debe prevalecer en tanto no resulte desvirtuado precisamente por un expediente de deslinde tramitado de conformidad con la Ley de Costas, único que garantiza los derechos de los posibles titulares registrales afectados y único procedimiento al que la propia Ley atribuye eficacia rectificadora de las situaciones jurídicas incompatibles con aquél. Y a este respecto, ciertamente, no existía deslinde practicado, tampoco siquiera iniciado, pues del expediente tan sólo se desprendería la existencia de una autorización para iniciarlo no que el mismo se hubiera iniciado efectivamente.

La inaplicación del artículo 35 del Reglamento de Costas resulta tanto de su incuestionable falta de toda cobertura legal como, en el caso concreto, de que quede excluida toda posibilidad de invasión del dominio público marítimo-terrestre a través de la inscrip-

⁶⁰ «Ahora bien, dicho precepto debe interpretarse de conformidad con el sentido y finalidad del artículo 15 de la Ley al que desarrolla (es decir, prevenir frente a invasiones del dominio público), máxime cuando: a) Es incuestionable que constituye una garantía para el particular el sometimiento de la Administración a la ley y la prevalencia de los mandatos de la ley sobre las disposiciones emanadas de la Administración, y así lo establece tanto el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que las normas administrativas no pueden derogar los preceptos consignados en las leyes y en su virtud carecen de eficacia en cuanto las contradicen, lo que no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, 1.2 del Código Civil, 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 51.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; b) Además, ha de recordarse que es principio básico de nuestra sistema hipotecario, el de la presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito en los términos que resultan del asiento respectivo (*vid.* art. 38 de la Ley Hipotecaria), principio que no es sino una manifestación del mandato normativo recogido en el artículo 1, párrafo tercero, en cuanto establece que los asientos del Registro producirán todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud por los procedimientos especiales que con audiencia de los interesados de ley permite; c) Que estableciendo la propia Ley de Costas un procedimiento administrativo –el deslinde del dominio público marítimo-terrestre– para la rectificación de las situaciones registrales incompatibles (*vid.* art. 13), la tramitación del citado deslinde –que queda sujeto a determinados requisitos procedimentales– se convierte en garantía de los derechos de quienes puedan resultar perjudicados y, en todo caso, subordinando tal efecto rectificador a la propia aprobación del deslinde.»

ción de un derecho real de garantía sobre fincas previamente inscritas, exclusión ésta que deriva naturalmente del tenor del artículo 15 de la Ley de Costas y de la finalidad perseguida por el legislador⁶¹. Por ello la DG estima el recurso interpuesto, revocando el auto y la nota del Registrador.

Lo decisivo, creo, que no ha sido aquí el tenor literal del artículo 15 de la Ley de Costas, que se refiere exclusivamente a la inmatriculación, sino antes bien, la finalidad del precepto según la interpretación, por otra parte evidente, que realiza el alto órgano directivo; esto es, que dicho precepto tiene como objetivo el prevenir la invasión del dominio público y su posible cobertura a través de los asientos registrales. La DG descarta que esa invasión pueda producirse a través de la inscripción de la garantía hipotecaria, pues se trata de un derecho real que no otorga contacto posesorio, y que por ello no modifica la situación preexistente a la constitución del referido derecho. Será esta finalidad la que se proyecte también sobre la interpretación del artículo 35 del Reglamento, y es por ello que, una vez descartada la invasión del dominio público con el asiento registral pretendido no opere la previsión reglamentaria al respecto de segundas o posteriores inscripciones.

Por ello entiendo que si el derecho a inscribir no hubiera sido un derecho real de hipoteca sino cualquier otro derecho, con un potencial invasor del dominio público marítimo-terrestre, la DG no hubiera tenido ningún reparo en aplicar la previsión reglamentaria respecto de segundas o posteriores inscripciones, pues tal es, siguiendo la argumentación de la Resolución citada, algo que se comprende naturalmente en la ratio del precepto legal, esto es, del artículo 15 de la Ley de Costas.

La falta de cobertura del precepto reglamentario no deriva pues en abstracto de la literalidad del artículo 15 de la Ley, que se refiere a la inmatriculación, sino de no quedar comprendido el supuesto

⁶¹ «Quinto.—Pues bien, si se tiene en cuenta en el presente caso: *a*) que no se trata de ninguna operación inmobiliario-registral que comporte la alteración de la base física de las fincas; *b*) que no se introduce en la descripción de las mismas ninguna modificación en su situación, superficie ni linderos; *c*) que se trata de la constitución de un gravamen hipotecario que, como tal, es un derecho sin contacto posesorio de su titular con la finca; *d*) que la inscripción del título cuestionado proporcionará una indudable utilidad a la Administración, ya que ésta viene interesada en conocer cuáles son los titulares de los derechos y cargas reales sobre las fincas afectadas por un expediente de deslinde, al objeto de evitar situaciones de indefensión que vicien de nulidad las actuaciones (*vid.* arts. 22 y 23 del Reglamento de Costas); *e*) que la propia Ley de Costas dispensa de los requisitos establecidos en su artículo 15 a las inscripciones de tal naturaleza que, como en el presente supuesto, excluyan la posibilidad de invasión del dominio público marítimo-terrestre; habrá de concluirse que es improcedente extender al presente caso los requisitos establecidos por la Ley de Costas para los supuestos de inmatriculación de fincas y, ello, sin perjuicio de la anotación preventiva de incoación del deslinde que el órgano que tramite el expediente puede interesar respecto de las fincas afectadas por el mismo.»

fáctico concreto examinado en la finalidad, en la ratio, del citado precepto legal.

b) *RDGRN de 14 de enero de 2000*

Ciertamente, es esta Resolución de 14 de enero de 2000 en la que se cuestiona frontalmente la legalidad del precepto reglamentario, para finalmente inaplicarlo por carecer de cobertura legal y por resultar su contenido contradictorio con preceptos de rango legal.

La cuestión jurídica planteada en el recurso reside en si para la inscripción de las transmisiones de una finca ya inmatriculada –en este caso un departamento que forma parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal– sobre la que se ha tomado anotación preventiva de la demanda promovida por el Estado en solicitud de que se declare que es de dominio público, según deslinde aprobado con anterioridad a la vigente Ley de Costas, se precisa la certificación de la Administración del Estado acreditativa de que no invade dicho dominio público.

Pero veamos ahora los antecedentes fácticos de la resolución:

– Por escritura que autorizó el notario de Murcia don Antonio Y. O. el 13 de febrero de 1990, don José Luis R. E. donó a su hijo don José Luis R. V., entre otros bienes, la nuda propiedad de la mitad indivisa de la finca que se describe así: «Urbana. Piso sito en la primera planta alzada de la casa número... (hoy...) del paseo José Antonio, hoy paseo Marítimo o de las Palmeras, de la barriada del puerto de Mazarrón. Ocupa una superficie de... Forma parte de un edificio asentado sobre un solar sito en el paseo Marítimo o de las Palmeras de la barriada del puerto del Mar de la villa de Mazarrón». Por otra escritura autorizada el 20 de octubre de 1994 por el notario de Murcia don José P. G., doña María del Carmen R. V., junto con otras personas, procedieron a disolver la comunidad entre ellos existente sobre determinadas fincas, adjudicando a la citada señora, entre otras, la nuda propiedad de la finca relacionada.

– Presentadas copias de dichas escrituras para su inscripción en el Registro de la Propiedad de Mazarrón, lo fueron parcialmente, y por lo que se refiere a la anteriormente descrita, consta en la nota del Registro, por lo que a la primera de las escrituras se refiere: «En cuanto a la finca descrita bajo el número 3 se suspende la inscripción solicitada por la falta subsanable consistente en no acreditar que dicha finca no invade el dominio público con la certificación de la Administración del Estado a que se refiere el número 1.º del artículo 31 del Reglamento de la Ley de Costas

(RCL 1988/1642), de 1 de diciembre de 1989 (RCL 1989/2639 y RCL 1990/119), *Boletín Oficial del Estado* de 12 de diciembre del mismo año; habida cuenta de que sobre dicha aparece anotada una demanda a favor del Estado por la que se solicita se declare que la finca es de dominio público perteneciente a la zona marítimo-terrestre en cuanto a la parte de los mismos que está dentro de dicha zona según deslinde aprobado por el Ministerio de Obras Públicas el 16 de octubre de 1970, y se solicita se declare la nulidad de los asientos registrales correspondientes». Y en la nota puesta al pie de la segunda escritura: «En cuanto a la finca descrita bajo el número..., se suspende la inscripción solicitada por las faltas subsanables siguientes: 1. No acreditar que dicha finca no invade el dominio público con la certificación de la Administración del Estado a que se refiere el número 1.º del artículo 31 del Reglamento de la Ley de Costas, de 1 de diciembre de 1989 *Boletín Oficial del Estado* de 12 de diciembre del mismo año; habida cuenta de que sobre dicha aparece anotada una demanda a favor del Estado por la que se solicita se declare que la finca es de dominio público perteneciente a la zona marítimo-terrestre en cuanto a la parte de los mismos que está dentro de dicha zona según deslinde aprobado por el Ministerio de Obras Públicas el 16 de octubre de 1970, y se solicita se declare la nulidad de los asientos registrales correspondientes. 2. Falta de inscripción del título previo (art. 20 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946/886 y NDL 18732], en relación con el 105 de su Reglamento [RCL 1947/476, 642 y NDL 18733]).

– La recurrente alega el evidente error en que incurre la calificación negativa, pues el invocado artículo 31.1 se refiere a la inmatriculación de fincas en el Registro y no a la continuación del tracto por transmisión de una finca ya registrada a que se refiere el artículo 20 de la Ley Hipotecaria; que en la nueva Ley de Costas el legislador exige determinados requisitos para el ingreso de un inmueble en el Registro de la Propiedad, pero es respetuoso con las titularidades ya inscritas pues para expulsarlas utiliza la única vía que le permite el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875), la vía judicial, lo que es plenamente conforme con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria; que tampoco cabe admitir como causa de suspensión de la inscripción la existencia de una anotación preventiva de demanda, porque según el artículo 71 de la Ley Hipotecaria la anotación no impide la transmisión de los derechos inscritos y su inscripción; el juego de esa anotación en nuestro sistema es advertir a los terceros adquirentes que su adquisición puede quedar sin efecto si la pretensión del actor es aceptada por los Tri-

bunales; que se sigue procedimiento declarativo de mayor cuantía a instancias del abogado del Estado frente a los anteriores titulares registrales de la finca encaminado a determinar si el inmueble en cuestión está enclavado en todo o parte en la zona de dominio público, lo que no determina que tal acción vaya a prosperar, por lo que el Registrador en cierta medida prejuzga la resolución judicial que en su día pudiera recaer.

– El Registrador en el informe en defensa de su nota, y tras alegar la posible extemporaneidad del mismo, argumentó lo siguiente: Que en cuanto a la nota de calificación puesta a la escritura autorizada por el notario de Murcia don Antonio Y. O. el 13 de febrero de 1990 –que no es la recurrida– ha de recordarse que la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, tal como consta en su exposición de motivos, no es una mera reforma de la anterior, sino que parte de una concepción distinta, y en su artículo 9, al recoger el mandato del 132 de la Constitución, declara que no caben terrenos de propiedad privada que no sea la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, y es por ello que el artículo 15 de la misma Ley y el 31 de su Reglamento establecen que si el Registrador sospecha una posible invasión de aquél, dejará en suspenso la inscripción hasta que por la Administración del Estado se expida certificación favorable a dicha inscripción, para evitar que el Registro publique, con los efectos que de la inscripción se derivan, situaciones que no coincidan con la realidad extrarregistral que dicha protección no se agota con las normas que regulan la primera inscripción o inmatriculación, sino que el Reglamento la extiende a las inscripciones segunda y posteriores de fincas que puedan encontrarse en esa situación en sus artículos 31 y siguientes y, especialmente, en el 35; que de este modo el Reglamento contempla la protección legal de los bienes demaniales, tanto los que pretenden su acceso al Registro como los que ya han accedido al mismo; que de entender que dicho artículo 35 va más allá que la Ley al extender la protección a las inscripciones segunda y posteriores, no hay que olvidar que no es el recurso gubernativo el procedimiento adecuado para resolver si la norma reglamentaria vulnera el principio de jerarquía normativa; que finalmente, la protección del interesado frente al contenido de la certificación administrativa que se oponga a la inscripción pretendida ha de tener cauce por el procedimiento judicial ordinario conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria; que, en el presente caso, en que la Administración competente a través de un procedimiento declarativo de cuya demanda se ha tomado anotación en el Registro ha solicitado que se declare que la firma, al menos en parte,

pertenece a la zona marítimo-terrestre, la diligencia mínima exigible al Registrador le impone solicitar el certificado referido por concurrir circunstancias que racionalmente hacen dudar si la finca invade el dominio público; que con ello no se prejuzga la resolución que en su día pueda recaer en el procedimiento entablado, sino que se limita a aplicar el ordenamiento jurídico vigente, y que la referencia al artículo 31 del Reglamento de la Ley de Costas no lo es por tratarse de un supuesto de inmatriculación de finca en el Registro, sino con referencia al tipo de documento administrativo preciso para practicar una posterior inscripción. Por lo que se refiere ya a la nota de calificación específicamente recurrida, al primero de sus defectos le es aplicable toda la argumentación anterior, y por lo que se refiere al segundo subsiste en cuanto que el título previo no se ha inscrito aún.

– El presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia, tras señalar que el recurso se había interpuesto dentro de plazo, acordó desestimarlo, confirmando la nota de calificación, por entender que no sólo es que se haya incumplido el requisito formal de aportar un determinado documento administrativo para practicar la inscripción, sino que la razón de fondo radica en que ante la presencia de la anotación de demanda de declaración de la finca como de dominio público, no sólo cabe la sospecha por parte del Registrador a que se refiere el artículo 31.2 del Reglamento de la Ley de Costas, sino que la cuestión ha de resolverse en vía judicial sin que quepa sobre la misma una solución por la vía del recurso gubernativo.

La DG –tras descartar que la anotación preventiva de la demanda interpuesta por la Administración del Estado, pretendiendo se declare que la finca forma parte del dominio público marítimo-terrestre sobre la base de un deslinde practicado con anterioridad a la Ley de Costas de 1988, suponga un obstáculo a la inscripción registral pretendida, pues la legislación aplicable no asignaba tal efecto al citado deslinde⁶²– centra la cuestión debatida en la posi-

⁶² «La presencia de una anotación preventiva de la demanda por la que se solicita la declaración de la finca como de dominio público, con base en un deslinde practicado antes de entrar en vigor la actual Ley de Costas, surtirá los efectos que le son propios (cfr. arts. 198 y 206.1.º del Reglamento Hipotecario [RCL 1947/476, 642 y NDL 18733]), pero tal anotación, por su propia naturaleza, no cierra el Registro a la inscripción de actos posteriores sin perjuicio de los efectos que para tales asientos pueda suponer la sentencia firme que se dicte. La cuestión a resolver se centra en si el dato revelador de una posible invasión de aquel dominio que la presencia de esa anotación implica, ha de llevar al Registrador a condicionar la inscripción de transmisiones posteriores a que se le justifique que tal invasión no se produce en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento para el desarrollo y ejecución de aquella Ley.»

ble invasión del dominio público, y el alcance que al respecto contienen los artículos 15 y 16 de la Ley y 35 del Reglamento.

El Alto centro directivo, tras recordar la finalidad de la ley y el peculiar régimen jurídico registral que arbitra para privar de eficacia a las detenciones privadas sobre bienes del dominio público marítimo terrestre y las cautelas con las que pretende evitar el acceso de nuevas situaciones contradictorias con el carácter demanial al Registro de la Propiedad⁶³, cautelas que los artículos 15 y 16 de la Ley limitan a la inmatriculación y a los excesos de cabida de las fincas colindantes con el dominio público marítimo terrestre, señala (FJ 3.º) que:

«Nada ha previsto la Ley, por el contrario, en relación con posteriores inscripciones de fincas ya inmatriculadas, salvo que sean de exceso de cabida, en que aquella colindancia o ubicación resulte de su descripción o se sospeche por el Registrador. Ha sido el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, el que en su artículo 35 ha remitido para tales supuestos al mismo régimen previsto para las inmatriculaciones. Esta norma, como señalara la Resolución de 16 de julio de 1998, no sólo carece de cobertura legal, quebrantando el principio de jerarquía normativa –arts. 9.3 de la Constitución, 1.2 del CC, 61 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o 23 de la Ley del Gobierno–, sino que va en contra de los principios que inspiran la misma Ley que desarrolla y que sean coincidentes con los que rigen en el ámbito hipotecario.»

Se trata, en consecuencia, de un reglamento independiente, y además contrario a la ley.

Esta contrariedad del artículo 35 del reglamento se predica tanto respecto de la Ley Hipotecaria como de la Ley de Costas. En relación con la primera, por vulnerar, según afirma la DG, el principio de legitimidad registral, esto es, la presunción de exactitud de los asientos registrales en tanto no resulten desvirtuados por los medios señalados por la Ley, entre los cuales se encuentra efectivamente el expediente de deslinde realizado conforme a las prescripciones de la vigente Ley de Costas:

⁶³ «Consecuente con tales postulados el legislador adopta diversas cautelas para impedir que a partir de la entrada en vigor de la Ley puedan surgir nuevos pronunciamientos registrales contradictorios con el carácter demanial de los bienes que radican en la zona marítimo-terrestre y que se traducen en las exigencias impuestas por los artículos 15 y 16 para la inmatriculación de fincas colindantes con el dominio público o la inscripción de excesos de cabida de las que ya lo estuvieran, cuando aquella colindancia resulte de la descripción o el Registrador sospeche una posible invasión de aquél, consistentes en la necesaria justificación de que la finca o la mayor cabida que se pretende inscribir no lo invade a través de una certificación de la Administración del Estado y que en el caso de que no estuviera aprobado el correspondiente deslinde, implica la iniciación del correspondiente procedimiento a costa del interesado.»

«La presunción a todos los efectos legales del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, de la existencia y pertenencia de los derechos inscritos, junto con el mandato normativo contenido en el artículo 1.3 de la misma Ley cuando establece que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley, coordina perfectamente con el régimen de la Ley de Costas. En efecto, ésta, si bien establece que las inscripciones registrales no tienen valor obstativo frente al dominio público, exige la previa determinación del carácter demanial de los bienes a través del oportuno deslinde (cfr. art. 11 de la Ley), cuyo resultado no prejuzga la existencia de otro previo por cuanto, en su caso, debe practicarse uno nuevo para adecuarlo a las características fijadas por la Ley (disposición transitoria primera.4) siendo su resolución definitiva la que, al constatar la existencia de las características físicas previstas por la propia Ley, declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, sirviendo como título suficiente para rectificar aquellas situaciones registrales contradictorias con el resultado de tal deslinde (cfr. art. 13.2), y aun ello en la forma provisional que señala el artículo 23.2 del Reglamento en tanto no transcurra el plazo de que disponen los titulares registrales, que habrán de ser notificados por el Registrador, para ejercitar las acciones civiles correspondientes o concluya el juicio de haberse tomado anotación preventiva de la demanda. A ello ha de añadirse la obligación de oír en el procedimiento, previa notificación, a los propietarios colindantes (art. 12.2) cuya relación ha de informar, formulando las observaciones que considere procedentes, el Registrador [art. 22.2. c) del Reglamento], debiendo el órgano que tramite el expediente, cuando en el mismo los interesados aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad, ponerlo en conocimiento del Registrador para que por éste se practique anotación marginal preventiva –*sic*– de esta circunstancia (art. 12.4 de la misma Ley) aparte de la que facultativamente pueden solicitar una vez iniciado el expediente sobre todas las fincas que puedan resultar afectadas (art. 23.3 del Reglamento). No puede olvidarse, por último, el que el propio legislador califica como cuidadoso régimen transitorio para permitir la adaptación de las situaciones existentes con anterioridad, que puede traducirse en el derecho del titular “inscrito” a obtener la concesión a que se refieren las disposiciones transitorias primera y cuarta de la Ley, reforzado en caso de que la propiedad inscrita como particular derivara de una sentencia declarativa de la misma anterior a la Ley.»

Y, contrariedad también respecto de la propia Ley de Costas, pues, según señala la DG, es la propia ley la que favorece la constancia registral de cualquier transmisión de fincas previamente inmatriculadas, aun cuando su titularidad pudiera verse afectada por el deslinde administrativo del dominio público, pues la constancia de tales titularidades facilita la audiencia y defensa de quienes deban comparecer en el correspondiente expediente de deslin-

de o en su caso la legitimación para impugnar en la vía civil la declaración de demanialidad resultante de aquel deslinde:

«Cuarto.—Resulta claro que el legislador no sólo no ha puesto trabas a la inscripción de las transmisiones de las fincas ya inmatriculadas cuya titularidad pudiera verse afectada por el deslinde del dominio público, sino que a los propios fines que persigue considera conveniente que esa inscripción se produzca. Sólo así podrá seguir el expediente con quienes, como titulares registrales, están amparados por la presunción legal de ser los titulares reales; evitará a través de la anotación de la existencia del expediente el tener que notificar, sin perjuicio de oír, a quienes inscriban un derecho con posterioridad, posibilitando así la práctica de los asientos que la aprobación del deslinde haya de ocasionar (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1998), y se concretará la legitimación, permitiendo la notificación a quienes lo estén, para enervar provisionalmente la inscripción del dominio público como consecuencia del ejercicio de acciones civiles, así como para solicitar, en su caso, una concesión administrativa.»

2. Conclusiones sobre la legalidad del artículo 35 Reglamento de Costas a la vista de la jurisprudencia del TS sobre nulidad de determinados preceptos del Reglamento Hipotecario

Al respecto del papel que pueda jugar el reglamento en la imposición de determinadas exigencias para el acceso al Registro de la Propiedad, sin contar al efecto con la adecuada delegación o remisión normativa en los preceptos con rango de ley, debe recordarse que, como señala la STS de 24 de febrero de 2000, Sala 3.^a, Sección 6.^a —en relación con la impugnación del art. 16.2 del RH (según la redacción por RD 1867/1998)—, «...[...] al limitar [el precepto reglamentario] la posibilidad de acceso al Registro, en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria que no establece limitación alguna, condicionando así su eficacia frente a terceros, supone en definitiva el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo pueda hacerse por Ley» (FJ 4.^o).

Como señala la STS de 22 de mayo de 2000, Sala 3.^a, Sección 6.^a «... si los derechos sobre los que versa la contienda entre el encargado del Registro de la Propiedad y el propio interesado en la inscripción registral o el funcionario público que autoriza el otorgamiento de las escrituras inscribibles en aquél, son fundamental y primordialmente civiles, y concretamente relacionados con la propiedad u otros derechos reales, no ofrece dudas su tradicional reserva de ley, mantenida en la vigente Constitución, al exigir que su contenido se

delimite de acuerdo con las leyes (art. 33) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o procesal (art. 149.6.^a y 8.^a)».

Así pues, sin cuestionar la bondad o no del precepto, a la vista de esta última jurisprudencia citada, y centrados en una órbita puramente normativa, desde la perspectiva de las fuentes del ordenamiento jurídico y los principios que conforme a nuestra Norma fundamental lo configuran, el artículo 35 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Costas incide de manera negativa en la libertad civil y/o en la propiedad, por condicionar el acceso registral de determinados actos celebrados por los particulares, segundas y posteriores inscripciones, a las que la Ley no exige ningún requisito distinto de los previstos con carácter general en la Ley Hipotecaria, y, por consiguiente, es un precepto ilegal, al que deben aplicarse los remedios previstos en nuestro ordenamiento para los reglamentos ilegales: la inaplicación o la declaración de nulidad, en función del concreto orden jurisdiccional que lo enjuicie.

La sede normativa del Derecho Civil común: Los estragos de la descodificación

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN

Se propone sistematizar y actualizar la trascendental cuestión de la descodificación del Derecho Civil común –como fenómeno de creación de multitud de leyes extracodiciales contrario al criterio unificador de la codificación de los siglos XVIII y XIX–, analizando sus causas, descubriendo en qué grado afecta a las diversas partes del citado Derecho.

SUMARIO: I. *La llamada «descodificación» como rasgo distintivo del actual Derecho Civil común:* 1. Origen y causas. 2. La descodificación en el Derecho Civil común. A) Derecho de la persona y Derecho de familia; B) Derecho de obligaciones y contratos; C) Derechos reales; D) Derecho de sucesiones.–II. *Valoración y alcance de la descodificación.*–III. *Utilidad actual de la codificación y perspectivas de futuro:* 1. La recodificación. 2. La indexación. 3. La tendencia unificadora supranacional.

I. LA LLAMADA «DESCODIFICACIÓN» COMO RASGO DISTINTIVO DEL ACTUAL DERECHO CIVIL COMÚN

1. Origen y causas

La descodificación del Derecho Civil común es un fenómeno contrapuesto a la concepción sistematizadora de las codificaciones que surgen a fines del siglo XVIII y a comienzos del siglo XIX, época

que se conoce como la «era de la codificación»¹. Aunque la cuestión de las leyes civiles especiales arranca casi de forma simultánea a la propia aparición de los Códigos civiles –algunas (como nuestra Ley Hipotecaria de 1861) ya existían incluso antes que ellos–, es en los últimos tiempos cuando ha alcanzado mayor importancia, hasta el punto de que se ha convertido en uno de los tópicos con que se intenta caracterizar el actual proceso de evolución del Derecho Civil común, único Derecho al que, de aquí en adelante, me referiré cuando hable de Derecho Civil. Se trata, pues, de enjuiciar el significado y valor que esas leyes extracodiciales tienen en el ámbito del Derecho Civil, teniendo presente, desde el principio, que lo que preocupa no es su abundante proliferación, sino que la experiencia central del Derecho Civil pase del CC a ellas, de forma que se llegue a un estado de cosas en el que ya no se hablara de leyes especiales para referirse a éstas y en el que el CC sería un puro Derecho residual de los casos no reglados por aquéllas. Eso sí, ello supondría una dispersión normativa o aluvión normativo que no afectaría tanto al genérico Derecho privado, sino al concreto Derecho Civil. Asimismo, la mayor problemática radica en que surgen algunas normas, especialmente en el ámbito del llamado Derecho de consumo y en general del Derecho de obligaciones y contratos, que, como se verá, responden muchas veces a principios nuevos, de manera que resultan incoherentes con el CC.

El fenómeno de la descodificación civil es consecuencia de variadas causas². En primer término, es fruto del desajuste producido por la inevitable obsolescencia del Derecho Civil codificado del siglo XIX y, por ende, del declive de la convicción decimonónica de que la sociedad podía ser representada de forma ideal, unitaria y uniforme en cuerpos legales con pretensión de totalidad. El CC, garante en la esfera civil de las libertades políticas, se conver-

¹ DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, Parte General, 1, Introducción al Derecho civil, Salamanca, 1977, pp. 189 ss. La codificación se plantea como una «necesidad», «como un intento de racionalización de la vida jurídica de los pueblos», ante «la situación creada por la pluralidad y la diversidad legislativas que ni era satisfactoria para las exigencias del Estado moderno, ni para las necesidades de la práctica» (DE LOS MOZOS: «Codificación y Recodificación: Reflexiones con motivo de la reforma del CC peruano», *RGLJ*, 2001, p. 93; y en «Los precedentes de la codificación: La unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española», *ADC*, 1988, pp. 637 ss.).

² Una síntesis de las mismas puede encontrarse en GARCÍA DE ENTERRÍA (*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999, pp. 49 ss.) y en CARBONNIER (*La inflación de las leyes*, Ensayos sobre las leyes, trad. esp., Madrid, 1998, pp. 240 ss.). En general, puede afirmarse que nuestras sociedades «complejas y vivaces, no parecen aceptar llanamente nuevos códigos generales y globalizadores, que son los que alimentaron en su día los grandes dogmas del positivismo. Hoy se habla ya abiertamente de descodificación, incluso por relación a la materia de los Códigos clásicos, y las Leyes suelen limitarse con frecuencia a regulaciones fragmentarias u ocasionales y, a veces, a formular enunciados o principios muy generales» (GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la Ley*, El Derecho, la Ley y el Juez, Madrid, 1997, p. 52).

tía en el núcleo de todo un sistema, con la obsesión de establecer unas reglas de juego seguras y asentadas en tres principios inmutables: igualdad formal ante la ley, derecho a la propiedad –y unida a ella la sucesión *mortis causa*– y libertad contractual. También influyó en la descodificación el cambio de modelo social y político y la concepción actual del Estado que ya no se configura como un Estado liberal basado en el principio de mínima intervención y de autonomía de los particulares, sino, muy al contrario, como un Estado social intervencionista en la vida económica, política y social, de modo que existen asuntos –como, por ejemplo, el consumo privado– que están presididos por la intervención normativa del Estado³ y que, sin embargo, en la época codificadora no tenían otra ley que la libertad⁴. En la codificación, el espacio reservado al Derecho no era el de elegir fines, ordenarlos o sugerirlos a los individuos, sino el de predisponer los instrumentos necesarios para que cada uno pudiera conseguir los objetivos deseados; en cambio, ahora se transmuta la naturaleza de la norma, que deja de ser «instrumental» para convertirse en «finalista», al postular una elección de fines y una selección de intereses merecedores de tutela que acaban provocando ineludiblemente la limitación del ámbito de las decisiones de los particulares. Esta modificación profunda de la técnica legislativa impone también una producción legislativa más abundante y más cambiante, lo que contrasta con la vocación de permanencia y estabilidad de los Códigos civiles.

Por otra parte, y aunque la proliferación de leyes especiales no está cronológicamente vinculada a la Constitución, no puede desconocerse que a partir de ésta el fenómeno se generaliza y que la necesidad de ajustar el antiguo Derecho Civil al Texto Constitucio-

³ Como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles: «*Es característico de la moderna legislación, y muy en especial de la que responde a la incorporación al Derecho interno de las Directivas dictadas en el ámbito de la Unión Europea, el incremento de la protección que se dispensa al consumidor de todo tipo de bienes y servicios*». Igualmente, respecto de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, el legislador confecciona un «sistema objetivo de afectación civil que, al margen de su bondad o no, va encaminado básicamente a la protección de los ciudadanos» (VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Granada, 2004, p. 2).

⁴ Vid. PASQUAU LIAÑO (*CC y Ordenamiento jurídico –otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil–*, Granada, 1994, p. 86) y CAZORLA PRIETO (*Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Pamplona, 1999, pp. 31 ss.); para quienes las leyes especiales son manifestación de la superación de los esquemas del Derecho Civil codificado y de la evolución constitucional desde el Estado liberal al Estado social. IZQUIERDO TOLSADA [*Comentarios al CC*, t. I, Título Preliminar, Rams y Moreno (Coords.), Barcelona, 2000, pp. 139-140], además de la caída de los presupuestos ideológicos de la época liberal, añade la propia comodidad del legislador, pues «resulta más sencillo dictar una ley especial que reformar la unidad interna y acabada del Código, lo que obligaría en muchos casos a reformar preceptos afectados periféricos o distantes al título, capítulo o sección afectados».

nal es una de las razones principales de esta línea evolutiva de aquél, en cuanto que la Constitución asume la determinación de los valores y los principios básicos del ordenamiento jurídico, a los que el CC se encuentra subordinado al igual que el resto de las leyes. El texto codificado quedaría privado de ese carácter *cuasi* constitucional que tenía desde su nacimiento –desempeñando el papel «constitucional» de estatuto jurídico del individuo– puesto que ahora existe una Constitución que reconoce derechos y libertades fundamentales, asigna fines legislativos primordiales y que, en consecuencia, como norma suprema, se coloca en la cima del sistema jurídico. Una Constitución que, por otro lado, necesita realizarse a través de leyes especiales, que se someten a sus directrices programáticas, no a las del CC, y que tienden a articular la intervención de los poderes públicos en aras de la consecución de una igualdad material (ex art. 9.2.º CE) y no puramente formal (ex art. 14 CE)⁵ y la promoción de determinados sectores o clases de personas.

Otra causa del proceso de descodificación es el Derecho comunitario europeo o conjunto de normas emanadas de la actual Unión Europea que inciden en el ordenamiento jurídico español, básicamente a través de la técnica de las Directivas –y sobre la base de la protección general de los consumidores– y su transposición a nuestro Derecho. El efecto descodificador de dichas Directivas encuentra una clara explicación en la índole de competencias que ejerce la Unión Europea relativas a la estructuración y organización del mercado comunitario, de ahí el recurso a fundamentar formalmente el ejercicio extensivo de sus competencias sobre la idea de igualdad para incidir en el ámbito de las legislaciones nacionales y, al mismo tiempo, operar una primera aproximación de sus diversas regulaciones. De este modo, a virtud de los principios de competencia y

⁵ Como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio: «Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta». DE LOS MOZOS («La Constitución y el Derecho Civil», *Administraciones públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, Madrid, 1998, pp. 329 ss.), confirma que el Derecho civil se desarrolla en torno a los derechos de la personalidad que constituyen el centro de todo el sistema.

de primacía del Derecho comunitario se ha producido una alteración en nuestro sistema de fuentes, pues, de haberlas, serán las normas comunitarias las que deben ser aplicadas en primer lugar, con preferencia a las nacionales; sin desconocer tampoco la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, si bien no ha afectado en gran medida a las materias propias del Derecho Civil, tiene un mayor papel que el estrecho margen de actuación que nuestro Derecho, a la vista del artículo 1.6.º CC, está acostumbrado a reconocer a la jurisprudencia. Al Derecho comunitario se une también la existencia de legislaciones territoriales como fenómeno de dispersión de normas. En efecto, el reconocimiento constitucional de los Derechos territoriales o autonómicos y la atribución a las respectivas Comunidades Autónomas de competencias legislativas para su conservación, modificación y desarrollo (ex art. 149.1.8.ª CE), ha fortalecido la situación de tales Derechos Civiles especiales. Es más, raro es el Estatuto de Autonomía que no proclama la competencia de la Comunidad respectiva para legislar sobre Derecho Civil aunque históricamente haya carecido de normas jurídicas civiles. De ello deriva, a veces, una situación caótica de coexistencia de legislaciones autonómicas y leyes estatales sobre una misma materia.

Finalmente, es constatable que la propia complejidad de las sociedades avanzadas y su constante «juridificación» reclama la regulación no sólo de los temas tradicionales, sino también de cuestiones técnicas y científicas novedosas y de problemas jurídicos inéditos (como reproducción asistida, uniones de hecho, matrimonio de personas de igual sexo, familias monoparentales, etc.), siempre de acuerdo con los principios constitucionales⁶. Así, determinadas leyes especiales han sido el vehículo por el que se han incorporado al Derecho Civil valores y principios ajenos a los del Código, de ahí que se hable también de descodificación de «principios rectores», esto es, no sólo existe una descodificación «formal» sino también «material». En la medida en que realizan el nuevo interés social y su procedencia ideológica es distinta a la del Código, algunas de aquellas leyes no encajan materialmente en el sistema codificado, por lo que, realmente, parece que no se puede decir que el CC sigue siendo el centro de emanación de principios

⁶ Así, la «paulatina aparición en la escena jurídica de nuevos y diversos personajes —como las mujeres, primero, y, después, los consumidores, los componentes heterosexuales u homosexuales de las uniones de hecho, los propios homosexuales, los inmigrantes, etc.—, y su exigencia de una igualdad real quebraron el ideal jurídico decimonónico de unidad y de simple igualdad formal, y rompieron el ordenado y estrecho sistema jurídico clásico» (VELA SÁNCHEZ, *Las familias monoparentales*. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral, Granada, 2005, p. XV).

de Derecho común hacia su entorno jurídico. Desde el punto de vista legislativo se produce una radical reacción centrífuga que provoca la huida del CC de instituciones fundamentales y enteros complejos de relaciones jurídicas, pues, a medida que se legisla para cumplir los principios constitucionales, las nuevas leyes especiales van sustrayendo enteras materias de la disciplina del CC, que pasan a constituir *microsistemas* de normas con lógicas propias y autónomas. Se pasa de un sistema único nucleado en torno al CC a un polisistema formado por microsistemas de leyes especiales y autónomas –caracterizadas por la pertenencia de los destinatarios a determinados círculos o categorías de sujetos–, que revelan principios contrapuestos a los fijados en el texto codificado, por lo que éste sufre una inversión en su función: ya no es Derecho general, sino residual⁷.

La tendencia descodificadora se acentúa en la actualidad, pues son numerosas las leyes especiales que vienen a sustituir parcialmente a los Códigos civiles –derogando, a veces, muchos de sus preceptos⁸–, a desarrollarlos o a regular instituciones nuevas o de las que aquéllos no se ocupaban; leyes extracodiciales que afrontan y disciplinan los hechos más significativos del actual sistema socioeconómico, atendiendo a sus diferentes perfiles jurídicos –civiles, administrativos, fiscales, etc.–, presentando un carácter interdisciplinar innegable y prescindiendo de cualquier consideración a la tradicional distinción entre sectores del ordenamiento que subyacía al propio movimiento codificador. Asimismo, no pueden olvidarse las verdaderas construcciones jurisprudenciales y doctri-

⁷ IRTI (*La edad de la descodificación*, traducción de Rojo Ajuria, Barcelona, 1992, pp. 96-98 y en «Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)», *Riv. Dir. Civ.*, I, 1979, pp. 141-145); para quien, además, «la relación (entre Constitución y leyes especiales) no es tanto de género a especie, cuando de programa a acto de realización: la norma constitucional (programática) no disciplina directamente materias singulares o categorías de casos, sino que enuncia principios que exigen el trámite, necesario e insuprimible, de las normas ordinarias» (*ibidem*, p. 150); concluyendo que el CC se restringe a la «regulación de casos residuales», es decir, a los casos no previstos por la ley consolidadora» (*ibidem*, p. 96). FERRANDIS VILELLA («El CC y las leyes especiales. La «descodificación» del Derecho civil», en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, Martínez Calcerada (Dir.), Madrid, 2001, pp. 1215-1216), ofrece una explicación «clásica» de la relación entre CC y leyes especiales.

⁸ Es éste el caso de la Ley del Contrato de Seguro –Ley 50/1980, de 8 de octubre, completada por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados y modificada por la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados–, que derogó los antiguos artículos 1791 a 1797 del CC.; y de las sucesivas Leyes de Arbitraje, en las que la de 1988 derogó los artículos 1820 y 1821 del CC, antes de la promulgación de la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre. También deben citarse entre estas leyes algunas de alcance «horizontal» en el marco del Derecho Privado, como la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –que dejó sin contenido numerosos artículos de índole procesal– y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que derogó los artículos 1912 a 1920 y los párrafos a) y g) del apartado 2.º del artículo 1924 CC.

nales, a través de la creación de cláusulas y principios generales como, por ejemplo, la figura del abuso del derecho, la buena fe, la cláusula *rebus sic stantibus*, la accesión invertida, la doctrina de los actos propios, etc.⁹

Así, la pérdida de centralidad del CC se debe también a la necesidad de aunar sus preceptos con la jurisprudencia que afecta a la interpretación, integración o aplicación de los mismos, sobre todo, tras las últimas reformas de aquél. En efecto, en las modificaciones del texto codificado cabe apreciar la instauración de un amplio margen de arbitrio judicial en la aplicación de las normas mediante el recurso reiterado a «conceptos válvula», «conceptos jurídicos indeterminados» o «conceptos normativos»: «*interés más necesitado de protección*» (art. 96 CC), «*interés de los hijos*» e «*interés familiar más necesitado de protección*» (art. 103), «*causa razonable*» (art. 105 CC); «*interés del menor*» (art. 172 CC), «*interés del adoptando*» (art. 176 CC), etc. Es destacable igualmente en este punto la existencia de verdaderas interpretaciones judiciales correctoras del CC –a veces con la excusa de la discordancia entre la vigente realidad social y la realidad legal–, bien otorgando a un determinado precepto un sentido radicalmente opuesto al que emanaba de su literalidad –v. gr., la interpretación del término nulidad del art. 1301 CC por el de anulabilidad–, bien realizando una auténtica creación judicial del Derecho, pues la norma en concreto ninguna mención hacía al respecto –v. gr., la exigencia de buena fe en el primer adquirente del dominio en la doble venta del art. 1473 CC–. Sobresale aquí el papel que el Tribunal Supremo ha tenido en la transformación de la responsabilidad civil extracontractual de un sistema basado en la culpa (art. 1902 CC) a otro de corte objetivo fundado en la teoría del riesgo, que asigna objetivamente el deber de indemnizar a la persona que ha generado un peligro y producido, naturalmente, un daño, obteniendo un lucro por el desarrollo de la actividad. Finalmente, se observa, incluso, una búsqueda judicial de soluciones intuitivamente justas, sin preocuparse de que las

⁹ Así, el abuso de derecho fue objeto de reconocimiento por nuestros tribunales –antes de que se incorporara al CC a través de la reforma del Título preliminar en 1974–, en la clásica STS de 14 de febrero de 1944, a la que siguieron otras muchas, que no hicieron sino ratificar la idea –expuesta en el Considerando 3.º de aquélla– de que «incurrir en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad». Respecto de la buena fe, tratándose de un concepto jurídico indeterminado, los contenidos que judicialmente ha recibido son diversos en el marco de las distintas normas que aluden a este requisito subjetivo para otorgar determinadas consecuencias jurídicas. Una concreta manifestación de este principio, la doctrina que prohíbe actuar contra los propios actos, ha sido desarrollada fundamentalmente en sede jurisprudencial: SSTs de 27 de noviembre de 1991, 23 de julio de 1998, 15 de octubre de 1999, etc.

resoluciones adoptadas encajen perfectamente en el sistema legal codificado ¹⁰.

Todo lo anterior lleva hasta el punto de que hoy se habla abiertamente de la «edad de la descodificación» ¹¹. Ésta se caracterizaría por haber confiado a leyes especiales la regulación de materias ya existentes en el CC. Estas leyes, al consolidarse, llegan a constituir el régimen estable de la institución que regulan, de forma que originan microsistemas normativos cuya unidad quedaría garantizada por la Constitución, que pasaría a ser el eje del sistema reemplazando al CC. Las leyes especiales constituirían así la disciplina general y el CC la disciplina residual. La época de las codificaciones quedaría atrás y la nueva realidad social y económica encontraría mejor acomodo en las leyes especiales que se promulgan que en las fórmulas de los Códigos civiles, y ello porque aquéllas, a consecuencia de su agilidad y de su adaptabilidad a la realidad, serían más adecuadas para atender las exigencias de la sociedad actual. Los Códigos civiles no avanzan al mismo ritmo que las estructuras socioeconómicas, cuyas nuevas necesidades no pueden satisfacerse reformando permanentemente los preceptos de un texto codificado, sino fuera de éste, a través de nuevas y más ágiles técnicas legislativas.

2. La descodificación en el Derecho Civil común

A) DERECHO DE LA PERSONA Y DERECHO DE FAMILIA

Para la modernización y adaptación del Derecho Civil español a las exigencias constitucionales y sociales se han utilizado diversas técnicas. Así, en materia de Derecho de la persona y Derecho de familia, para adaptar plenamente el CC a los principios constitucionales de libertad e igualdad, se ha reelaborado y reformado el

¹⁰ Como ya advertía Díez-PICAZO, L. («Constitución y fuentes del Derecho», *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979, pp. 478-479), y repite, una y otra vez («Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, 1992, pp. 478-479 y «De nuevo sobre la Codificación (del CC a la Constitución)», en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, Martínez Calcerrada (Dir.), Madrid, 2001, pp. 1160-1163), la proliferación de leyes civiles especiales no es el único factor descodificador, también lo es la Jurisprudencia. *Vid.*, también, en este punto, p. e., PASQUAU LIAÑO («Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo», *ADC*, 1995, pp. 1091 ss.), TORRALBA SORIANO («El Derecho Civil desde la codificación hasta el tiempo presente», *RGLJ*, 1975, II, pp. 338-339), etc.

¹¹ Máximo exponente de ello es IRTI, *La edad...*, cit., pp. 32-39, 58-59 y 96-97 y en «Leggi speciali...», cit., pp. 141 ss. Para TOMÁS Y VALIENTE (*Códigos y constituciones*, Madrid, 1989, pp. 123 ss.), no es que estemos en la edad de la descodificación, sino en la de la postcodificación, pues no es que el Derecho se descodifique, sino que lo que sucede es que ya no tienen vigencia social las ideas, los valores y las esperanzas que animaron los Códigos del primer liberalismo.

texto codificado –lo que implica aquí la primacía, al menos formal, del CC con las Leyes 11 y 30/1981, de 13 de mayo y 7 de julio, respectivamente, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la primera, y de la regulación del matrimonio, la nulidad, separación y divorcio, la segunda; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, en materia de tutela; y en la Ley 212/1987, de 11 de noviembre, de adopción. Esta misma línea no descodificadora o de mantenimiento del CC se siguió en la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que eliminaba del mismo las consideraciones contrarias al principio constitucional de igualdad por razón de sexo (art. 14 CE)¹², y en otras posteriores¹³, entre las que destaco la polémica Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo las nupcias entre personas de igual sexo; y la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introduciendo novedades importantes en su regulación, básicamente, la supresión de sus causas. En cuanto que algunas de estas reformas han alcanzado a los principios y estructuras de completas partes institucionales, se puede entender que ha existido una «semicodificación» o «recodificación parcial» que ha sido interpretada de diverso modo por la doctrina. Así, a pesar de la inclusión de todas las leyes citadas en el articulado del CC, alguna doctrina habla de una verdadera descodificación en la medida que muchos de los principios informadores de la nueva regulación –igualdad de los cónyuges, equiparación de todos los hijos, etc.–, son opuestos a los que inspiraban la redacción originaria del CC, lo que implica una ruptura de la coherencia interna del texto codifica-

¹² Aunque también se aprovechó para realizar adaptaciones muy diversas, como la adición de un segundo párrafo al artículo 93 CC, facilitando el establecimiento de los alimentos de los hijos mayores de edad en la resolución de la nulidad, separación o divorcio.

¹³ Ley 35/1994, de 23 de diciembre, en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes; Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombres y apellidos y orden de los mismos, que modifica el artículo 109 CC permitiendo a los padres elegir de común acuerdo el orden de los apellidos de los hijos; Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros; Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del CC sobre sustracción de menores; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros –que modificó los arts. 9.2.º y 107 CC–; y Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. También sobresale en esta sede la labor jurisprudencial, así, p. e., en materia de filiación, la interpretación extensiva de la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial sin posesión de estado, que aunque el artículo 133 CC reconoce de modo exclusivo al hijo, se extiende al progenitor (SSTS de 20 de junio de 2000, 2 de octubre de 2001, etc.), interpretación consagrada finalmente en la STC 273/2005, de 27 de octubre; la declaración de inconstitucionalidad del artículo 136.1.º CC (STC 138/2005, de 26 de mayo de 2005), de modo que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial no empieza a correr mientras se ignore que no se es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil; etc.

do y de su carácter sistemático, así como una descodificación de «principios rectores». Para otros autores, sin embargo, debe interpretarse que esas reformas no significan una merma del valor del CC, sino una nueva reelaboración del mismo a la necesaria luz de la Constitución, esto es, su adaptación a las exigencias de la nueva sociedad¹⁴. Mención especial requiere en este punto la citada Ley de 2005 que permite el matrimonio respecto de personas de igual sexo, norma que, a pesar de contrariar la idea de matrimonio que inspiraba la normativa contenida en el CC, parte de su normal aplicación a aquellas nuevas nupcias, eso sí, previa adaptación terminológica de los distintos artículos del CC que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes¹⁵.

Un caso singular es el de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 que derogó un buen número de preceptos del CC con implicaciones procesales —entre los que destacan los relativos a las acciones de filiación o a los procedimientos de incapacitación y prodigalidad— y los ha incluido en toda su literalidad dentro de la propia Ley procesal, acaparando o recuperando —según se mire— cuestiones de índole instrumental. Esta nueva Ley nos obliga a hacer un esfuerzo investigador para entrelazar el Derecho Procesal y el Derecho Civil, y en lo que afecta al Derecho de la persona y al Derecho de familia, tenemos, por ejemplo, que la cuestión de la capacidad para ser parte en los procesos que se reconoce en el artículo 6.2.º LEC al «*concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables*», sólo puede ser entendida desde la perspectiva de los artículos 29 y 30 CC; o que la ejecución sobre los bienes

¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*El Derecho Civil a finales del siglo XX*, Madrid, 1991, p. 58); en el sentido contrario, PASQUAU LIAÑO (*CC y Ordenamiento...*, cit., p. 78), quien advierte sobre la pérdida de armonía y coherencia interna de los Códigos como consecuencia de la acumulación de reformas a lo largo del tiempo. Esta polémica también se da en Francia, *vid.*, entre otros, HALPERIN (*Histoire du droit privé français depuis 1804*, París, 1996, pp. 299 ss.) y CARBONNIER (*Droit et passion du droit sous la V République*, París, 1996, pp. 195 ss.).

¹⁵ En efecto, como justifica la Exposición de Motivos de la susodicha Ley, «en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el CC de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho».

gananciales que regula el artículo 541 LEC afecta al régimen previsto en los artículos 1362 y siguientes del CC relativos al pasivo de la sociedad ganancial. En este mismo ámbito procesal, y en relación con la limitación de la capacidad de obrar de las personas, destaca la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹⁶, que añadió al artículo 1921 CC. un párrafo segundo («*En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal*») y que derogó los artículos 1912 a 1920 y los párrafos *a*) y *g*) del apartado 2.º del artículo 1924 CC. Esta Ley Concursal unifica todos los procedimientos concursales estableciendo un único régimen respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica (art. 1).

De otra parte, el gran número de reformas producidas en el CC en esta sede de Derecho de la persona y Derecho de familia no impidió la aparición de numerosas leyes al margen del texto codificado, como la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida¹⁷ que si bien recogía principios y reglas distintos de los del CC no dejaba de reclamar continuamente su aplicación en sus artículos 7 ó 10.3.º. Fuera del marco codificado se han promulgado también leyes protectoras de los derechos de la personalidad con el rango de orgánicas, como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la actual Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal¹⁸.

También se ha optado por dejar fuera del CC el nuevo régimen jurídico de las fundaciones, consagrado en la actual Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones¹⁹, opción que responde a una cuestión técnica –no es una ley de puro Derecho privado– y que

¹⁶ Esta Ley Concursal, que tiene ya en cuenta el Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo, del Consejo, sobre Procedimientos de Insolvencia, ha sido modificada ligeramente por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados y por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras; y completada con el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales –y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil–.

¹⁷ Modificada después por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y derogada por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

¹⁸ Que sustituyó a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre. Respecto de la Ley Orgánica 1/1996, se critica que no sólo se ha eludido una reforma exhaustiva del CC sobre la materia sino que se ha olvidado la existencia de leyes anteriores que se refieren a idénticas cuestiones (v. gr., Ley Orgánica de Protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), GULLÓN BALLESTEROS («Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», La Ley, 1996, pp. 1691-1692).

¹⁹ Que sustituyó a la 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, y que ha sido desarro-

corre paralela con la regulación de las personas jurídicas de tipo asociativo, contemplada en la nueva Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del constitucional Derecho de Asociación –y que deroga la antigua Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964–²⁰. En cambio, y siguiendo una inquebrantable tradición en nuestro Derecho, las reiteradas reformas en materia de nacionalidad²¹, siguen ubicándose en el CC, a pesar de que estas normas presentan aspectos de indudable carácter público.

Finalmente, cabe decir que, en cuanto al Derecho de la persona, como actualmente no tiene una regulación sistemática, parece conveniente una reformulación del mismo en el CC, lo que supondría plantearse la incorporación al texto codificado, como mínimo, de la regulación sobre los bienes de la personalidad y su protección civil. Y respecto del Derecho de familia, sería plausible una incorporación y protección específica (en aplicación del art. 39.1.º CE) de los nuevos modelos familiares, en especial, de las llamadas familias monoparentales²².

B) DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Especial atención merece el Derecho de obligaciones y contratos como paradigma de la evolución del Derecho Civil. Aunque ésta era una parte del Derecho Civil impermeable a las influencias ideológicas y jurídicas, en la actualidad está sufriendo una metamorfosis muy profunda a través de leyes especiales²³. Por de pronto, en los últimos tiempos han aparecido leyes especiales dictadas al socaire de la coyuntura económica del momento y destinadas a

llada por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

²⁰ Desarrollada parcialmente por Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y sus relaciones con los restantes registros de asociaciones; y sin olvidar la numerosa legislación autonómica en esta materia.

²¹ Ley 51/1982, de 13 de julio, de reforma del régimen jurídico de nacionalidad; Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de reforma del CC en materia de nacionalidad; Ley 29/1995, de 2 de noviembre, de modificación del CC en materia de recuperación de la nacionalidad y Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del CC en materia de nacionalidad.

²² Vid. en esta sede, p. e., VELA SÁNCHEZ, «Aproximación a las familias monoparentales: hacia su régimen jurídico unitario», La Ley, 2003, vol. I, D-11, pp. 1465 ss.; «Propuestas para una protección integral de las familias monoparentales», La Ley, 2005, vol. V, pp. 1391 ss.; y *Las familias monoparentales...*, cit., pp. XV-XVII y 3 ss.

²³ De todas formas, a veces se producen movimientos de recuperación de la eficacia normativa del CC por efecto de una nueva regulación de los intereses en conflicto decidida por el legislador, como es el caso de la Ley de Arrendamientos Urbanos que hasta el año 1994 daba respuesta a la mayor parte de los litigios que se suscitaban entre arrendador y arrendatario, siendo infrecuente el recurso al Código, que, sin embargo, ha vuelto a recuperar protagonismo, especialmente en la regulación de los arrendamientos para uso distinto de vivienda, desde el momento en que se otorgó a las partes más libertad para establecer el contenido de la relación arrendaticia (ex art. 4 LAU).

resolver problemas muy concretos, como la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, o la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Pero lo que de verdad actúa como motor de cambio de este sector es la destrucción de sus dos postulados básicos, a saber, las ideas de libertad e igualdad como fundamentos del contrato y la responsabilidad civil basada en la culpa, criterios superados por otros antagónicos recogidos en leyes especiales que, sin embargo, dejan inalterado el contenido formal del CC. Buena prueba de ello son las modernas leyes que, al margen del texto codificado, abordan la responsabilidad civil como objetiva, como la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos²⁴. Otro tanto cabe decir de la responsabilidad contractual, en cuanto a las interpretaciones jurisprudenciales tendentes a la objetivación de los artículos 1101 y siguientes del CC (reguladores de la afección por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos), o del artículo 1591 CC (regulador de la responsabilidad decenal de contratista y arquitecto por ruina de edificio) superado por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; o respecto a algunos supuestos basados en criterios de imputación objetivos, como la responsabilidad del organizador de viajes combinados, conforme a la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados. Respecto de los principios de libertad e igualdad contractuales del CC es significativa la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, puesto que alguna doctrina sostiene que la existencia de contratos con cláusulas generales fijadas por una sola de las partes significa la negación misma del modelo contractual previsto en el CC, basado en la negociación paritaria de las partes, aunque, más bien, debe entenderse justo al revés, ya que la Ley –afrontando la realidad social de que el contratante más fuerte es el que impone los términos del convenio y procurando impedir las cláusulas abusivas–, trata de llevar a los contratantes a una regulación igualitaria que los conduzca a los postulados básicos del CC.

²⁴ «... pensando sobre todo en el beneficio de los perjudicados la LRPD instaura un régimen de responsabilidad objetivo y solidario y, en cuanto objetivo, limitado cuantitativa y temporalmente... y (que) procura salvar los obstáculos a los que se enfrentarían los perjudicados utilizando las tradicionales reglas civiles contractuales o extracontractuales» (VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación...*, cit., pp. 146-147); así, la STS de 19 de abril de 2000 (refiriéndose a la Ley de responsabilidad por productos defectuosos) dice que «el criterio de la responsabilidad objetiva del productor es el que permite resolver el problema del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna».

También el principio de obligatoriedad o no revocabilidad del contrato por voluntad unilateral de uno solo de los contratantes, fundamental en la regulación codificada (arts. 1256 y 1258 CC), ha sufrido una profunda alteración en los últimos tiempos por virtud de leyes especiales en aras de la necesaria protección de los consumidores y usuarios que consagró el artículo 51 CE²⁵. Así, son significativas la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (cfr. art. 5.1.º), la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (cfr. arts. 10 y 44), y la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (*vid.* art. 9), que permiten apartarse al consumidor –libremente o cumpliendo unos requisitos mínimos– de un contrato en principio perfectamente concluido²⁶.

Respecto de los contratos, el propio contrato de compraventa, paradigma del contrato de cambio en el sistema del CC, está siendo objeto de regulaciones parciales que pueden llegar a chocar con los principios básicos del sistema codificado. Así se han consagrado legalmente modalidades concretas de compraventa cuya especialidad viene dada por las peculiares formas de contratación, especialmente agresivas para el adquirente unas (ventas fuera de establecimiento mercantil –regulada por la citada Ley de 1991–), o impuestas por las nuevas técnicas comerciales otras (ventas automáticas, ventas promocionales, etc.). Además, por imperativo del Derecho comunitario se han promulgado nuevas leyes que no sólo inciden directamente en la vieja regulación, sino que obligan a cambiarla; tal sucedió, por ejemplo, con la Ley 50/1965, de 17 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, fuertemente afectada por la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo, cuya coincidencia parcial en su ámbito de aplicación obligó a dictar la citada nueva Ley de venta a plazos de 1998. Asimismo, la

²⁵ Cuyo párrafo 1.º dice: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». La importancia de este precepto se redobra, pues conforme al artículo 53.3.º CE, la defensa de los consumidores y usuarios se establece ya como principio general del Derecho que ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; y, de acuerdo con el artículo 1.4.º CC, los principios generales del Derecho, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico, al ser fuente del Derecho, se aplicarán directamente en defecto de ley y costumbre.

²⁶ Parecido derecho de desistimiento se contempla en el artículo 10 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista fue reformada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias; por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y por el Real Decreto 367/2005, de 8 de abril.

Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, que incorporó a nuestro Derecho la normativa comunitaria²⁷ difiere del CC en el caso de compraventa de dichos bienes de consumo, esto es, «*los bienes muebles corporales destinados al consumo privado*» (art. 1.2.º Ley). Así, la indicada Ley no sólo es diferente en la terminología empleada (se habla de falta de conformidad en lugar de vicios ocultos –art. 3 Ley–), sino en el alcance de los derechos del comprador (por ejemplo, el plazo de saneamiento a favor del comprador de seis meses del artículo 1490 CC pasa a dos años –art. 9.1.º Ley– y la acción para reclamar «*prescribirá a los tres años desde la entrega del bien*» –art. 9.3.º Ley–).

La modificación en esta sede de contratos también afecta a los contratos de servicios y obra, así, en el sector de la edificación, se ha optado de nuevo por una ley especial, la mencionada Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, que mezcla normas públicas y privadas. Pero, sin lugar a dudas, una de las características del moderno Derecho de contratos es la multiplicación de contratos especiales, como consecuencia del desarrollo que en la práctica están adquiriendo figuras contractuales complejas que, aunque en buena medida siguen siendo atípicas, son o serán objeto de una ley especial en un futuro no muy lejano: el *leasing*²⁸, el *contrato de franquicia*²⁹, el *de sponsorización*, el *contrato de aparcamiento de vehículos*³⁰ y los *contratos electrónicos*³¹.

Por todo lo anterior, la materia que necesita una reforma más urgente es el Derecho de obligaciones y contratos³². La Conven-

²⁷ Directiva CE 1999/44, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

²⁸ Cuya existencia admite expresamente la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998.

²⁹ Recogido en el artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1999.

³⁰ Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos –modificada en su artículo 3.1.b) por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo–, cuya Exposición de Motivos explica que ha sido la jurisprudencia quien ha reclamado «la conveniencia de dicha regulación específica, para evitar los problemas que se derivan al incardinar la regulación del aparcamiento en diversas figuras contractuales de nuestro ordenamiento civil».

³¹ En esta sede tenemos el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales; también existe la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico –modificada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones– que incorpora al Derecho español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior; y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

³² Para ALBIEZ DOHRMANN («La integración del derecho de consumo contractual en el CC: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?», *Estudios en homenaje al prof. Luis Díez-Picazo*, vol. I, Madrid, 2002, pp. 137 ss.), «el estado actual en materia de derecho de obligaciones y contratos puede calificarse de anquilosamiento del derecho codificado y, consiguientemente, de desregulación de los intercambios, debido precisamente a la inidoneidad de las reglas antiguas en el nuevo contexto tan extraordinariamente diferente al

ción de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, que forma parte de nuestro Derecho interno, supuso un cambio radical en la concepción del contrato, su cumplimiento e incumplimiento y el sistema de remedios frente al mismo, y ello llevó a un sector importante de nuestra doctrina a la convicción de la necesidad de reformar esta materia en nuestro CC. Respecto del incumplimiento, la reforma debe adoptar un concepto unitario, que abarque todas las manifestaciones del mismo –imposibilidad, retraso, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial– al margen de la imputabilidad subjetiva del mismo al deudor. Frente a dicho incumplimiento, se ha de ofrecer al acreedor un sistema articulado de remedios que incluya la pretensión de cumplimiento –que debe abarcar la sustitución y la reparación–, la reducción del precio, la resolución por incumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios, y todo ello mediante una adecuada ponderación de los intereses en juego³³. Por otro lado, de cara a esta reforma de nuestro CC, se defiende la inclusión del Derecho de consumo en el CC, de tal forma que exista una coordinación total entre el Derecho general de contratos y el Derecho de consumo, pues el carácter contractual de éste es indiscutible³⁴, sin olvidar que, como se ha visto, el propio Derecho de consumo ha introducido una modernización en nuestro Derecho de contratos. La reforma del CC en esta sede, pues, debe ir en este sentido, adaptándose a las nuevas realidades y tomando como modelo los textos más modernos y avanzados. En particular, para hacer frente a todas las novedades que afectan al contrato de compraventa y sistematizarlas existe una *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del CC en materia de contrato de compraventa*, de la Comisión General de Codificación, con unas reglas semejantes a las que resultan aplicables a las compra-

contenido por el codificador decimonónico. Parece, pues, que ha llegado el momento de plantearse de manera directa la oportunidad, la conveniencia, o incluso la necesidad, de proceder a una recodificación de este sector del Derecho privado».

³³ Un desarrollo más extenso sobre la materia a reformar, en PANTALEÓN PRIETO («Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719 ss.) y en Díez-PICAZO, L. («Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», *ADC*, 2003, pp. 1569 ss.).

³⁴ Así lo ha hecho el CC holandés de 1992, el BGB tras la reforma de 2001 y el CC italiano (aunque éste de forma parcial). Según Díez-PICAZO, L. («Contratos de consumo y Derecho de contratos», *ADC*, 2006, p. 11), «cualquier modernización del Derecho de los códigos, que se realice con la pretensión de abarcar el Derecho patrimonial y de comprender los principios con arreglo a los cuales se desarrolla en el tráfico jurídico de bienes y servicios, no puede dejar fuera la figura del consumidor». Respecto de la autonomía del Derecho de consumo, *vid.* VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación...*, cit., p. 1, nota 1. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. («La protección de los consumidores, la CE...», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 35), propone la creación de «un Derecho privado del tráfico económico» que recogiera toda la normativa en la que estuvieran implicados empresarios y consumidores.

ventas internacionales de mercaderías y a las compraventas de bienes de consumo³⁵.

C) DERECHOS REALES

En cuanto a los Derechos reales, el Libro II del CC permanece prácticamente inalterado, aunque, paradójicamente, para hacer frente a las nuevas realidades en materia de propiedad, la huida del CC parece seguir un ritmo creciente. El derecho de propiedad ha sufrido una notable transformación durante el siglo xx, acrecentada en nuestro país por su configuración constitucional en el artículo 33 CE, de modo que su definición en el artículo 348 CC ha quedado obsoleta³⁶. Por lo demás, nunca fue la propiedad un derecho exclusivamente regulado por el CC, en cuanto las llamadas «propiedades especiales», fueron recogidas por leyes especiales—como la de minas de 1859, la de aguas de 1879 o la intelectual también de 1879— con anterioridad al mismo. En la actualidad, el fenómeno persiste y se puede destacar, por su carácter innovador o por su relevancia, entre otras³⁷, la reciente Ley 23/2006, de 7 de julio, de Propiedad Intelectual³⁸, que incorpora al Derecho español 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 en la sociedad de la información. En la propiedad inmobiliaria también se detecta una fuga del CC—quizás por su mentalidad agraria—, como ocurrió con la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal³⁹, de modo que en esta materia el texto codificado queda reducido a una simple norma de remisión. También en la propiedad urbana el régimen del CC (art. 350) ha quedado vaciado de contenido por la fuer-

³⁵ Publicada en el *Boletín del Ministerio de Justicia* (2005, núm. 1988, pp. 2072 y 2076-2092) y dirigida a modificar el «CC en materia de contrato de compraventa, con la finalidad de modernizarlo, incorporando a este cuerpo legal las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario. Los referentes son, en este caso, la Convención de Viena y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo».

³⁶ La STC 37/1987, de 26 de marzo, dijo que la «propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 CC».

³⁷ Como la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas—modificada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre y por la Ley 11/2005, de 12 de junio, por la que se reforma la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional—, y la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

³⁸ Y que ha venido a sustituir al Texto Refundido sobre Propiedad Intelectual, aprobado por Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

³⁹ Modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

za creciente de la legislación urbanística⁴⁰, por lo que parece surgir una nueva e híbrida normativa al margen de la tradicional división entre el Derecho público y el Derecho privado. Parecidas consideraciones pueden hacerse respecto de la propiedad agraria, cuyo régimen jurídico se halla en su mayor parte fuera del CC, contenido en diversas leyes especiales⁴¹. En general, en esta sede de propiedades especiales, se trata de leyes particulares que regulan materias civiles pero constituyéndose en el centro de ellas, de modo que cuentan con unos principios propios, vertebradores. De ello resulta que la solución a los posibles problemas que puedan plantearse se reconducirán ante todo a la norma especial. En definitiva, ya no pueden considerarse leyes especiales o excepcionales, puesto que, en realidad, se convierten en el estatuto de la normalidad, dejando al entramado codificado en una posición de residualidad, que, precisamente, antes tenían aquéllas⁴².

Por lo que respecta a los Derechos reales, en el caso de que se proceda a reformar el CC en la materia, sería necesario que el legislador regulara las restricciones del ejercicio del derecho de propiedad de acuerdo con su función social. En este punto –y aunque no me parece lógica la existencia de verdaderos códigos civiles territoriales–, un modelo moderno y adecuado a las nuevas situaciones nos lo proporciona el Libro quinto del CC de Cataluña relativo a los Derechos reales, del que puede destacarse su regulación concisa y sistematizada del hecho posesorio y sus consecuencias jurídicas, de los límites y limitaciones de la propiedad confor-

⁴⁰ Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956; Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975; Texto refundido 9 de abril de 1976; Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo, el Real Decreto Legislativo 1/1992 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana –cuyo contenido fue declarado en su mayor parte inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo– y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones –también declarada inconstitucional en varios de sus preceptos por la STC de 11 de julio de 2001–, y modificada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización en el sector Inmobiliario y Transportes; y por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

⁴¹ Baste recordar la Ley de Reforma y Desarrollo agrario de 12 de enero de 1973, la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias y la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril.

⁴² Vid. ALONSO PÉREZ (*Meditaciones de fin de siglo sobre el Derecho vigente en España y sus fundamentos ideológicos*, Lección inaugural del Curso 1998-99 en la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998, p. 31), para quien, en la actualidad, las leyes especiales son «extensos repertorios de artículos farragosos con pretensiones de erigirse en verdaderos códigos menores», esto es, ya no van referidas al Código, sino que reivindican la propia autonomía; LLAMAS POMBO («Orientaciones sobre el concepto...», cit., pp. 112 y 114), quien advierte que al desaparecer el carácter de *especialidad* o *excepcionalidad* de tal legislación, sólo puede seguirse llamando especial por «mera inercia filológica»; CARRASCO PERERA (*El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, p. 45); etc.

me a las exigencias actuales, de la propiedad horizontal, de los derechos de superficie, de vuelo y de opción, y de los derechos reales de garantía⁴³.

D) DERECHO DE SUCESIONES

El sector que permanece más inmutable y que presenta escasas fugas del CC es el Derecho de sucesiones, materia que, salvo las reclamadas por los imperativos constitucionales, no ha sido objeto de grandes innovaciones legislativas en el ámbito estatal⁴⁴ y sobre la cual el CC sigue ejerciendo un monopolio casi absoluto. Sin duda, se trata de una parte del Derecho Civil técnicamente muy perfeccionada y con una virtualidad innegable que deriva de la generalización de su uso en todas las capas sociales. Otra cosa es que las normas sucesorias sean adecuadas para regular la transmisión *mortis causa* conforme a las exigencias actuales. Así, la institución primordial de la legítima parece inadaptada a la realidad sociológica de nuestros días, por la prolongación de la vida de los obligados a su respeto; o la posición del cónyuge viudo, todavía hoy supeditada, en buena medida, a la situación preeminente no sólo de los descendientes del difunto (comunes o no), sino también a la de los ascendientes. Todo ello parece hacer necesaria una reforma del texto codificado para su ajuste con las exigencias de la vida moderna, como ha ocurrido con la relevante Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Así, se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante discapacitado las atenciones debidas durante su vida (art. 756.7.ª CC)⁴⁵, se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (art. 782 CC)⁴⁶; se da un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación

⁴³ Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del CC de Cataluña, relativo a los Derechos reales (BOE de 22 de junio de 2006).

⁴⁴ Con excepción de la muy limitada realizada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del CC en materia de testamentos y la anterior y más importante derivada de la incidencia sobre la materia sucesoria de la Ley 11/1981, de 13 de mayo que estableció la igualdad de todos los hijos. No obstante, hay que resaltar que de los 331 arts. que el CC dedicaba en 1889 a las sucesiones por causa de muerte (657-1087), 90 han sido modificados.

⁴⁵ Entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del CC, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos.

⁴⁶ En este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del CC, se exige que concurra la incapacidad judicial

realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legítimas y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible (art. 822 CC)⁴⁷; se concede en estos supuestos al testador la posibilidad de que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes (art. 831 CC)⁴⁸; y, finalmente, se introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 CC a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por aquéllos cualquier disposición patrimonial, y ello para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

En esta sede, parece que sería conveniente una reforma global de la regulación de la sucesión *mortis causa* en el CC que le dé una mayor coherencia y que facilite la seguridad jurídica. Esta reforma del Derecho de sucesiones debería recoger las consecuencias de los cambios sociales y normativos ya acaecidos en el ámbito de la familia y de la propiedad. Entre las reformas que se proponen cabe destacar la modificación del orden de los llamamientos abintestato –en particular para anteponer al cónyuge viudo respecto de los ascendientes e incluirlo ya en el primer llamamiento junto a los descendientes del causante, en la porción de un tercio–; la introducción en el CC de las modificaciones necesarias para asegurar la validez del legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo, en presencia de cualesquiera legitimarios del causante; una innovación del sistema legitimario que propicie la libertad testamentaria –sugiriéndose la supresión de la legítima de los ascendientes, así como la reducción de la legítima de los descendientes y la generalización de su pago en dinero incluso no hereditario–, eso sí, quedando a salvo las atribuciones patrimoniales asistenciales en favor de personas necesitadas y dependientes del causante; el reconocimiento de derechos sucesorios en situaciones convivenciales distintas del matrimonio –acogimiento de mayores o situaciones convivenciales de ayuda mutua–; la admi-

del beneficiado, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el artículo 2.2.º de la Ley.

⁴⁷ Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación.

⁴⁸ Lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

sión en el CC del testamento mancomunado, al menos entre cónyuges –pues las razones de su no reconocimiento fueron de oportunidad o de política legislativa y no de orden público–; la inclusión de una regulación amplia de los pactos sucesorios, con derogación del artículo 1271.2.º CC; la limitación de la responsabilidad del heredero por deudas del causante y cargas hereditarias a los bienes que reciba del caudal relicto, así como que se asegure legalmente la separación de patrimonios; la generalización del derecho de representación a la sucesión voluntaria; una nueva regulación de la preterición, en particular de la no intencional; y, por último, que las disposiciones voluntarias de un cónyuge a favor del otro queden sin efecto, salvo voluntad expresa, desde el momento en que se separen judicialmente o de hecho⁴⁹.

II. VALORACIÓN Y ALCANCE DE LA DESCODIFICACIÓN

Todo el planteamiento descodificador hasta ahora desarrollado conlleva una doble valoración. En primer lugar, una positiva. En efecto, este proceso de evolución, que obedece a la propia esencia del Derecho como fenómeno vivo y en permanente tensión hacia la búsqueda de soluciones para los problemas que suscita la realidad práctica, lleva a elaborar nuevos esquemas de centralidad de los sistemas jurídicos en torno a la Constitución y su valor fundamental e, incluso, a articular un universo de ordenamientos particulares en materias concretas que vendrían a desarrollar principios constitucionales que no encuentran encaje adecuado en el CC. La Constitución, como norma jurídica superior en la que se establecen los fundamentos y límites de validez de la creación de otras normas, supone un cierto desplazamiento del valor constitucional de los viejos Códigos decimonónicos. Así, nuestro CC en períodos sin Constitución ha ordenado algunos aspectos constitucionales, como son algunas materias de su título preliminar y su título I –fuentes del Derecho, nacionalidad y extranjería, entrada en vigor y derogación de las leyes, principios de buena fe y fraude de ley, etc.–, así como el reconocimiento de derechos fundamentales de tal entidad como el de libertad –aunque sólo sea contractual–, el de igualdad

⁴⁹ La mayoría de estas propuestas pueden verse en DELGADO ECHEVARRÍA, «Propuesta de Conclusiones», principal, Sucesiones: Política del Derecho, document.php?id=159. DE LOS MOZOS («Codificación y Recodificación...», cit., pp. 105-106), apunta al «sistema de legítimas» del CC que «pone excesivas trabas a la libertad de disponer y que dificulta la conservación de los patrimonios» y a las «consecuencias *mortis causa* de las uniones de hecho».

–también en sede de contratos–, el de herencia y el de propiedad; todo lo cual sigue estando vigente con la Constitución de 1978, aunque reinterpretados conforme a ésta –por ejemplo, art. 33.2.º CE respecto de la función social de la propiedad–. Por lo tanto, no resulta discutible la pérdida de centralidad que el texto codificado ha experimentado con la irrupción en el panorama constitucional europeo de las llamadas Constituciones materiales, en las que se plasma no sólo la defensa tradicional de los derechos de la persona, sino también la formulación y protección de los valores esenciales que promocionan la igualdad y la justicia efectiva en todo el ámbito social. El propio Título Preliminar de nuestro CC, relativo a la aplicación y eficacia general de las normas, al igual que el resto de las normas de nuestro Derecho, está sometido a la Constitución, que es la norma que cohesiona el ordenamiento jurídico español. El fundamento del sistema jurídico se traslada, así, del CC a la Constitución, a la que aquél se halla supeditado y a la que necesariamente se somete en temas como la tutela jurídica de los derechos fundamentales, la igualdad de los cónyuges, la no discriminación de los hijos no matrimoniales, la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, la protección de los consumidores y usuarios, las relaciones entre el Derecho Civil estatal y el autonómico, etc. De este modo, la prevalencia de la Constitución obliga bien a la adaptación y reforma del CC, bien a la promulgación de leyes civiles especiales que superen sus lagunas en esos asuntos «constitucionalizados»⁵⁰. La especialidad deviene así en signo de una nueva dimensión jurídica que incorpora al Derecho Civil valores y principios que eran ajenos a los del CC de 1889. Además, la consideración de la Constitución como norma suprema y la consiguiente interpretación de las normas conforme a ella (art. 5 LOPJ) ha incidido en el CC no sólo en materia de fuentes, sino a través de la interpretación de su articulado y de la opción jurisprudencial, bien por aquel entendimiento del mismo que mejor se acomode con la Constitución, o bien por la exclusión de aquella significa-

⁵⁰ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, declara que la «garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico». Y, p. e., respecto de la oportunidad de una ley especial de reconocimiento y protección de las familias monoparentales –verdadero modelo especial de familia en la actualidad–, que evite su inexorable empobrecimiento económico y su exclusión social, *vid. VELA SÁNCHEZ*, «Propuestas para una protección integral...», cit., pp. 1393 ss.; y *Las familias monoparentales...*, cit., pp. 143-159.

ción de los artículos que no se aviene con un precepto de la norma suprema; sin olvidar la puesta en relación a efectos hermenéuticos de los preceptos del CC reformados con los artículos de la Carta Magna de que traen causa: por ejemplo, artículos 108 CC y 39 CE, o 127 CC y 39 CE.

Pero, obsérvese que, a pesar de todo, la primacía jerárquica de la Constitución de 1978 no priva enteramente al CC de un valor, cuando menos, cuasiconstitucional. Así, el Tribunal Supremo no ha tenido inconveniente en continuar reconociendo a las normas contenidas en el Título Preliminar del CC un «valor cuasiconstitucional», y en atribuirles la «regulación esencial y básica de nuestro ordenamiento jurídico», o la condición de «prólogo a todo nuestro ordenamiento jurídico» (SSTS de 5 de abril de 1981, 7 de abril de 1987, 20 de noviembre de 1987); y el Tribunal Constitucional las invoca para solventar los problemas que suscita el entendimiento de diversos artículos de la Constitución o los derechos reconocidos en los mismos⁵¹. Junto con lo anterior, el CC sigue regulando instituciones que en la realidad social continúan teniendo un carácter central en cualquier sistema de Derecho privado –persona, familia, sucesiones, etc.–, instituciones que, como se ha visto, han sido –de una u otra forma– constitucionalizadas, y sigue suministrando las bases sobre las que se articula el tráfico jurídico económico –Derecho de obligaciones y contratos y Derechos reales–. Y, por último, en un Estado «social» como el nuestro, la función constituyente no puede centrarse exclusivamente en la Carta Magna, pues la Constitución real hay que buscarla, en sede civil, en los Códigos civiles, ya que en ellos se comprueba efectivamente la manera en que se concretan los valores sociales, derechos fundamentales y principios básicos consagrados por aquella.

Por otra parte, la cara negativa de la descodificación sería doble. De un lado, la inflación legislativa que implica se caracteriza por la deficiencia de la técnica legislativa, la incorrección gramatical y la oscuridad de los preceptos, la yuxtaposición de normas y soluciones para problemas idénticos⁵², la dificultad de conocimiento de

⁵¹ En esta línea, p. e., la STC 43/1982 indica que es «sabido que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario (art. 2.3 CC) y que la disposición final de nuestra Constitución estableció que ésta entraría en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el *Boletín Oficial del Estado*, sin que exista precepto alguno que establezca su retroactividad ni en términos generales ni en relación con el artículo 14, cuya aplicación se pretende en este caso»; o la STC 3/1983 manifiesta que en los recursos de amparo procede «una interpretación progresiva y casuística de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución y con el contenido del artículo 3 CC».

⁵² «Una característica particular de la responsabilidad civil por productos defectuosos consiste en la existencia de un concurso de normas para la obtención de un único resultado: la reparación efectiva de los perjuicios personales o materiales ocasionados. En efecto, aunque hay una normativa específica, la tardía LRPD (Ley de responsabilidad civil

las normas y, a veces, la vocación efímera de las regulaciones⁵³. La técnica legislativa es radicalmente modificada, y ahora en lugar de los cánones abstractos y generales proliferan leyes con normas numerosas, discordantes, ambiguas y programáticas. Del mismo modo, las leyes especiales crean inseguridad, puesto que no son estables, ni uniformes. En cuanto producto del intervencionismo estatal, son más mutables que el CC, ya que responden a circunstancias cambiantes, a su propia lógica, y no participan de la coherencia de éste. Asimismo, la proliferación de leyes especiales, cualquiera que sea su causa y las relaciones que mantienen con el Código, complica la labor del jurista, no sólo por la dificultad de conocer qué normas están vigentes y cuáles han sido derogadas —expresa o tácitamente—, sino también porque la fórmula legal deja de ser abstracta y neutral para pasar a concretar con mayor exhaustividad los contenidos. Esto no significa que el aplicador del Derecho pretenda permanecer cómodamente instalado en los esquemas conocidos, sino que puede exigir una mínima sistematización y coherencia que le permita moverse sin dificultades añadidas por el ordenamiento jurídico civil, en cuanto que, en definitiva, el ideal de racionalidad, abstracción y sistematización de la codificación ha sido el gran perjudicado por el torrente legislativo.

Un segundo aspecto negativo de la descodificación sería que la dispersión normativa provocaría que el CC ya no fuera el centro del sistema de fuentes, el núcleo de integración de todo el Derecho

por los daños causados por productos defectuosos), siguen teniendo vigencia la LCU (Ley de defensa de consumidores y usuarios) y el CC. La LRPD no destierra de este campo jurídico a la LCU, en cuanto que ambos textos legales no coinciden ni en los daños cubiertos, ni en las personas responsables... Por otra parte, la vigencia del CC es inequívoca, no sólo ya por su genérico carácter supletorio de cualquier normativa (art. 4.3.º CC), sino por la remisión expresa que la LRPD hace en algunos de sus preceptos» (VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación...*, cit., p. 4).

⁵³ Aluden a estas notas CAZORLA PRIETO (*op. cit.*, pp. 72 ss.), CARBONNIER (*op. cit.*, pp. 216 ss.), PONTIER («A quoi servent les lois?», *Recueil Dalloz Sirey*, 2000, núm. 4, 1.º cahier, pp. 57 ss.), etc. En concreto, CALVO MELIJE («Ensayo sobre la unidad del Derecho Privado», *AC*, 1999, p. 1330), se queja de que la «multiplicidad de Leyes especiales hace, en no pocas ocasiones, arduo y difícil su estudio; la técnica legislativa es cada día más extraña y confusa: hoy se modifica una Ley sustantiva en su casi totalidad en una disposición adicional o transitoria, lo que supone una evidente falta de rigor y produce confusión en el destinatario de la misma... Es de esperar que nuestro legislador sosiegue un poco su afán regulador y se empeñe en la labor de realizar la recopilación de la multitud de Leyes en vigor, dando una cierta unidad y coherencia al Ordenamiento jurídico, procurando hacer Leyes más meditadas y empleando una técnica legislativa algo más estricta»; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. («La responsabilité pour les dommages causés par des produits défectueux dans le Droit Espagnol: l'adaptation à la directive 85/374/CEE», *Revue Européenne de Droit Privé*, 2.º, 2, 1994, p. 225), denuncia que la proliferación de normas especiales crea inseguridad jurídica y engendra complejidad; y DE LOS MOZOS («Codificación y Recodificación...», cit., p. 98), censura que los «parlamentos han perdido el gusto por hacer bien las leyes, unas veces son leyes de imagen que apenas tienen un contenido regulativo, otras acometen una regulación extensa cuajada de remisiones o, lo que es peor, dan por supuesto su contenido regulativo».

privado, ni pudiera entenderse como la reserva institucional y programática de todo el Derecho Civil, por lo que éste también perdería el carácter común como nota definitoria y quedaría reducido a un papel residual. A esta última consideración podría responderse simplemente destacando que no puede partirse de una excesiva identificación entre el Derecho Civil y el CC. Si se realiza dicha asimilación, se tendría que admitir un claro desbordamiento en ese sentido por obra tanto de leyes especiales como de la Constitución, que podría tener consecuencias graves. Pero si, como creo, la referida premisa no puede ser aceptada, ni la disgregación normativa ni la constitucionalización de regímenes privados suponen una desvirtuación en la esencia ni en la función y operatividad del Derecho privado común⁵⁴. La descodificación, pues, recortaría el CC, pero no el Derecho Civil, porque la índole común de éste le viene, no de su continente formal (el CC), sino de su materia, o sea, de ser el conjunto normativo referido a la persona considerada en su condición de tal, sin adherencias o añadidos de ningún tipo; siendo ésta la razón por la que puede afirmarse que el Derecho Civil configura el *estatuto general de la persona* en cuanto contempla el desenvolvimiento de la persona en lo que es común a todos los seres humanos y atiende a la persona en cuanto tal, y a su situación y función generales dentro de la comunidad. Estatuto jurídico de la persona que comprende no sólo su dimensión «personalista» o «doméstica» —que incluiría claramente los derechos de la personalidad—, sino incluso su alcance «productivista», en el que cabe aún radicar la propiedad y la autonomía⁵⁵. Esto es, el Derecho Civil en cuanto núcleo del sistema tiene un contenido permanente que se centra en la persona, en sus relaciones más personales —familia—, o en las relativas a la atribución y utilización de los bienes —patrimonio—. Pero las relaciones propias de la persona están sujetas al proceso histórico, por lo que el Derecho Civil, aunque tenga un núcleo permanente, no puede tener la condición de reliquia histórica, ya que debe responder a las necesidades que tales relaciones humanas provocan, adaptándose y dando respuesta a las nuevas formas de entender y a las nuevas exigencias que van planteando dichas relaciones en sí mismas permanentes. De esta forma, el Derecho Civil

⁵⁴ Vid. Díez-PICAZO, L. («Codificación...», cit. pp. 473 ss.), GIL RODRÍGUEZ («Aco-taciones para un concepto del Derecho Civil», *ADC*, 1989, pp. 361 ss.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*op. cit.*, pp. 84-86), para quien la «constitucionalización no conlleva una alteración radical de la concepción nuclear de esta rama del ordenamiento (pues, en efecto, uno de los principales puntos de referencia de nuestra Carta constitucional es la persona humana y sus valores, y en ello coincide con el Derecho Civil», etc.

⁵⁵ Vid. LARENZ (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona, 1966, p. 5), JORDANO BAREA («Concepto y valor del Derecho civil», *RDP*, 1962, pp. 723-725) y GIL RODRÍGUEZ (*op. cit.*, pp. 370-371).

ha de atender a dos parámetros: lo permanente, lo nuclear –con el contenido antes indicado–, y lo histórico, referido a las concretas formas de dar soluciones, de regular, los especiales problemas que en cada época histórica se presentan; y mientras lo permanente pertenece a la esfera objetiva de lo que es objeto de regulación; lo accesorio y más cambiante, atañe a la forma de regularlo.

En realidad, el tema de la legislación civil especial no hace referencia más que al sistema y a las características de los textos legales, y esto, en última instancia, es una cuestión meramente de técnica y de política legislativa. La idea del CC como cuerpo fundamental en el que se encuentra todo el Derecho Civil, y de valor formalmente superior, no es enteramente correcta. Ocurre aquí algo semejante a lo que se ha llamado la «publicación» del Derecho Civil⁵⁶, que se debe a la decadencia del primitivo sistema jurídico-privado que, sin embargo, sigue coexistiendo con otros subsistemas más evolucionados. La publicación del Derecho Civil hace referencia al proceso evolutivo que, partiendo de un régimen civil caracterizado por la deificación de la idea de libertad individual, y en el que el orden público se concibe principalmente por atender a su salvaguardia, se pasa a otro en el que se le vienen a insertar normas especiales con mayor o menor carácter imperativo. El poder público se manifiesta además vigilando, autorizando y modelando los poderes de los sujetos privados sobre sus propias incumbencias, hasta el punto de que apenas hay parte del Derecho Civil libre de alguna injerencia interventora.

En definitiva, hay que afirmar que la identificación Derecho Civil-CC, aunque nunca ha sido exacta, no puede hoy mantenerse, menos aún, por el importante número de leyes civiles especiales existentes y su «calidad» o importancia. Por tanto, en cuanto a la relación entre éstas y el CC, se puede hablar, de un lado, de «supletoriedad», pues ya el propio CC en su originario artículo 16 decía que en «*las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código*», y la legislación extracodicial presenta numerosas lagunas que han de integrarse mediante el recurso al CC. Pero, de otro, diré que no es exactamente la misma supletoriedad que se predica del Derecho común

⁵⁶ Ésta es una de las notas más características del proceso de transformación del Derecho Civil posterior al CC, y de tal trascendencia que ha originado una crisis en la propia idea de aquél, pues se ha entendido que le acerca al Derecho público. Aunque como observa PASCUAL QUINTANA («La encrucijada del Derecho Civil», *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. I, Pamplona, 1969, p. 419), el Derecho Civil no se está extinguiendo, sino transformándose. Sobre los términos «socialización», «administrativización» y «publicación» y la opción por éste último, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, «El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores», *Centenario del CC*, II, Madrid, 1990, pp. 1121 ss.

respecto a los Derechos especiales (o sea, la del Derecho Civil respecto del mercantil o laboral ex art. 4.3.º CC). Se trata de una relación de técnica jurídica que expresa la coexistencia de normas civiles de igual rango pero de distinta amplitud material y diverso desarrollo, a fin de que las limitaciones derivadas de la especialidad material de unas puedan ser salvadas por medio de los principios básicos y normas generales del otro. Las leyes especiales, generalmente, sólo abordan una institución o grupo limitado de instituciones, es decir, son normas que adolecen de una cierta parcialidad o fragmentación en su tratamiento del Derecho Civil, de ahí que mantengan una *relatio* por causa de la materia respecto a una *lex communis* –el CC–. Estas leyes cumplen, por consiguiente, estructuralmente, una función que podría calificarse como «reglamentaria» –con independencia de su rango legal, que es idéntico al del texto codificado–, respecto a la función de núcleo del Código, lo cual evoca la idea de sistema; si bien, normalmente, la ley especial suele estar inspirada en unos principios organizativos distintos de los de la normativa codificada, lo cual justifica su escisión formal. El CC tendría, pues, una función estructurante, por la que los diversos subsectores civiles extracodiciales se mantendrían unidos y coherentemente articulados dentro de un orden, lo cual, en absoluto, es incompatible con la constitucionalización del Derecho Civil. La supremacía de la Constitución y su virtualidad como norma jurídica, y la fragmentación normativa acaecida alrededor del CC no puede llevarnos a la conclusión de carácter general de que éste haya quedado reducido a ser una Ley más en el conjunto del ordenamiento jurídico, desprovisto por completo de todas sus virtualidades como punto de referencia de otras normas, y ello, básicamente, por la permanencia en el Código de elementos de acusada centralidad. No es que se haya pasado de un monosistema –CC– a un polisistema –constituido por tantos microsistemas como leyes especiales–, sino que se ha evolucionado de un sistema simple a un sistema complejo o integrado. El CC, concebido como un sistema orgánico y coherente, de ámbito general, mantendría, por ende, su centralidad en el sistema de Derecho privado al contener sus principios fundamentales y sus normas generales, y por cuanto las materias y los institutos que contempla son la base del Derecho Civil⁵⁷;

⁵⁷ Siguiendo –cita ésta ya clásica en este sede– a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (*Prólogo al CC*, ed. Tecnos, 2000, p. 31), puede decirse que el «Código es el heredero principal de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho común, fue trasvasada al Derecho moderno precisamente a través de los textos codificados y, por ello, ha sido y ha seguido siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas. En sus artículos se encuentran encarnados ejemplarmente la mayor parte de los dogmas, figuras técnicas y conceptos, fruto de la tradición y de la doctrina, que constituyen el acervo común de los juristas». *Vid.*, también, LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, vol. 1.º, Barcelona, 1988, pp. 73 ss), LÓPEZ Y LÓPEZ («El derecho de propiedad. Una

debiendo enfatizarse el valor general, abstracto y tendencialmente ilimitado de la norma codificadora, por oposición al valor estatutario y limitado de las leyes especiales. Pero, obsérvese que, además, estas leyes extracodiciales siguen siendo civiles y, por tanto, con el carácter común que por tal razón les corresponde; de hecho, en su relación con los Derechos especiales, el Derecho común está integrado por todo el Derecho Civil, esto es, comprendiendo tanto el CC como estas leyes civiles particulares⁵⁸. El Derecho Civil no se agota en el Código ni constituye un sistema monolítico por la proliferación de las leyes especiales, pero ello no es necesariamente negativo, pues, en el fondo, se trata de un fenómeno fructífero y revitalizador de aquél. Por tanto, aun cuando la regulación contenida en las leyes especiales sea rupturista con el CC, la valoración no debe ser dramática, sino positiva, pues bien adaptan el Derecho Civil a las nuevas realidades que no existían ni eran siquiera imaginables cuando aquél se publicó –piénsese, por ejemplo, en la fecundación *in vitro* y en la necesidad de regular las técnicas de reproducción asistida–, bien orientan su tutela a unos destinatarios concretos derivados de las nuevas realidades sociales –superando la igualdad formal propia del liberalismo y pretendiendo una justicia sustancial–, como, por ejemplo, los consumidores; o bien, por último, acomodan las modernas necesidades económicas, pues el CC regula las instituciones patrimoniales sobre unos presupuestos económicos muchas veces obsoletos e incompatibles con la sociedad industrial. El Derecho Civil moderno, en fin, no puede entenderse sin un número considerable de leyes extracodiciales que completan su contenido, lo modernizan y adaptan a las necesidades de la siempre cambiante sociedad, pero tampoco sin el CC, que sigue siendo el centro del sistema jurídico-civil.

relectio», ADC, 1998, pp. 1644 ss.), etc. En Italia, cfr. BUSNELLI («El Derecho Civil entre Código y leyes especiales», *RGLI*, 1985, pp. 757 ss.), quien entiende que el código está pensado para hacer frente a las necesidades coyunturales que suscitan las leyes especiales; DE CUPIS («A proposito di Codice e di decodificazione», *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, pp. 49-52), que habla del «potencial latente de un sistema dogmático y técnico para evolucionar hacia nuevas realidades jurídicas»; FALZEA («Sistema culturale y sistema giuridico», *Riv. Dir. Civ.*, 1988, pp. 4-5), que destaca que los códigos constituyen lo «más evolucionado en el sistema cultural del Derecho»; y RESCIGNO («Rilettura del Codice civile», *I cinquant'anni del Codice civile*, vol. I, Milano, 1993, pp. 9 ss.). En contra del valor central del CC, por ejemplo, PASQUAU LIAÑO («Sobre la interpretación de los términos legislación civil del art. 149.1.8.ª de la Constitución», *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, B. Moreno Quesada (Coord.), Madrid, 1989, pp. 220 ss.) y ALBIEZ DOHRMANN («La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado», *RDP*, marzo, 2002, p. 205).

⁵⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 4.3.º del CC», *Comentarios a las reformas del CC*, I, Madrid, 1977, p. 249. En Italia, CIAN («Il Diritto civile como Diritto privato comune», *Riv. Dir. Civ.*, 1989, I, p. 4), entiende que el Derecho Civil, conformado por el Código y las leyes civiles especiales, puede conceptuarse hoy como *summa* y ciencia de los principios y de las reglas que deben valer como elementos comunes de base, como «tejido conectivo» para todos los sectores del Derecho privado.

III. UTILIDAD ACTUAL DE LA CODIFICACIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Por último, haré una postrera referencia a las cuestiones de si en el Derecho Civil, visto lo visto, la técnica codificadora está ya superada y el CC está desprovisto de significado en una época de proliferación de leyes especiales, o si la codificación sigue siendo útil y viable en la actualidad y cuáles serían sus posibles perspectivas de futuro, a saber, la recodificación, la llamada indexación y el CC europeo.

1. La recodificación

Es indudable que la aceleración legislativa, la multiplicidad de fuentes, y las crecientes y urgentes necesidades de regulación ponen en duda la posibilidad de que, en este momento, se pueda acometer la tarea de elaborar un nuevo CC donde residan, si no la totalidad, sí la mayor parte de las normas que pertenecen al Derecho Civil estatal español, pero no se debe renunciar al empeño. El propio CC, no se olvide, prevé en sus disposiciones adicionales primera, segunda y tercera un mecanismo de perfeccionamiento progresivo, consistente en que una Comisión de codificación, a partir de los datos suministrados por los tribunales de justicia en orden a las deficiencias y dudas que se presentaran en la aplicación del texto codificado, de los progresos realizados en otros países, y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, eleve al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir. La permanencia en el sistema español de una Comisión General de Codificación —a la que el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, impulsó y encargó la «*preparación de la legislación codificada o general que expresamente le encomiende el Ministerio de Justicia*» (art. 3)—, supone un buen instrumento para dicho afán, aunque el propio Preámbulo del Real Decreto indicado parece declarar la incapacidad de la aludida Comisión para afrontar tamaña empresa en nuestros días⁵⁹. El mejor

⁵⁹ «... los códigos han perdido su posición central y privilegiada en los sistemas jurídicos. En su lugar, las leyes especiales por un lado, como normas necesarias de una sociedad en constante mutación, y el texto constitucional por otro, como fundamento de los valores de un sistema político, han cambiado el sentido de la técnica legislativa... Precisamente, la reforma orgánica de la Comisión General de Codificación se enmarca en ese necesario tránsito de la codificación tradicional a la actual época de las leyes especiales»; concluyéndose que, por lo anterior, deviene «inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley, de cristalizar un sector jurídico». A ello, DÍAZ ALABART (*La recodificación en España: un futuro incierto*, Madrid, 2002, p. 160), opone que no «se puede compartir una visión tan derrotista de lo que puede ser la evolución del Derecho»; y PAU PEDRÓN («La segunda codificación», *Libro homenaje a J. M. Rey Portolés*,

conocimiento del Derecho Civil, la criba y sistematización de las innovaciones legislativas y de las aportaciones jurisprudenciales, la efectividad de los principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o la evitación del caos, si se quiere, exigen un nuevo CC que instaure un orden renovado y que dé coherencia y armonía al sistema⁶⁰; un CC del siglo XXI que, respondiendo a todos los retos planteados, actualizando su contenido mediante una exégesis de las leyes especiales y constitucionalizando sus instituciones, recupere el papel central que tenía en el Derecho civil. El CC no puede convertirse en depositario de una normativa residual desprovista de importancia, sino que debe revitalizarse con reformas que tengan en cuenta tanto los preceptos y principios constitucionales o comunitarios como los de las propias leyes especiales. Ello requiere una labor crítica y pausada que examine si los principios que alumbraron una determinada ley particular han desaparecido –total o parcialmente– o bien se han expandido tanto que merecen pasar al CC como regla común y no especial. En efecto, las nuevas leyes introducen soluciones a los problemas que se presentan en la sociedad actual y deben ser racionalizadas mediante una coordinación con las categorías y principios generales del CC, que, a su vez, se renueva en el plano interpretativo a la luz de las innovaciones introducidas por aquéllas; en definitiva, se requeriría una consolidación ordenada y sistemática de lo creado en virtud de las dispersas leyes extracodiciales, por lo que, en este sentido, la recodificación no implicaría tanto un acto de pura reforma legislativa como de ordenación y sistematización, cuya finalidad sería la de someter las instituciones y normas jurídicas creadas por las leyes

Madrid, 1998, p. 25), añade que la realidad de los nuevos Códigos elaborados en distintos países pone de manifiesto otra tendencia. Por su parte, BUSTOS PUECHE («Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa», *ADC*, 1998, p. 1101), advierte que, «conscientes de que la especialización normativa significa destejer el manto de la codificación, hemos de recibirla críticamente, ... y otorgarle carta de naturaleza sólo cuando, en verdad, se descubran razones poderosas para semejar proceder legislativo».

⁶⁰ DE LOS MOZOS («Codificación y Recodificación...», cit., p. 100), señala que recodificar «no es más que *racionalizar* el Derecho, reconduciendo las normas a ese parámetro de racionalidad, sin necesidad propiamente de hacer un nuevo código. Unas veces, habrá de reconducir las leyes especiales al sistema del código... Pero, otras, el cambio de circunstancias... deberá impulsar la propia reforma del sistema, o limitarse a introducir en él una modalidad». También en Francia RÉMY («Droit des contracts: questione, positions, propositions», *Le droit contemporaine des contracts*, París, 1987, pp. 271-282), defiende que recodificar no implica necesariamente legislar o reformar, sino fijar y consolidar «ordenada y sistemáticamente» lo existente. En cuanto a la inflación normativa en Italia y su posible solución, *vid.*, p. e., ALPA («Modificazione del Codice civile e nuove leggi speciali», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1997, pp. 789 ss.), CASTRONOVO («Decodificazione. Delegificazione. Ricodificazione», *I cinquant'anni del Codice civile*, vol. II, Milano, 1993, pp. 475 ss.), MATTARELLA («Codificazione e stato di diritto», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, núm. 2, pp. 365 ss.), SACCO («Codificare, modo superato di legiferare?», *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, pp. 117 ss.), etc.

especiales a una racionalización jurídica interna, depurándolas de contradicciones y fijándolas en un único cuerpo, pues, en otro caso, estaríamos ante incorporaciones meramente formales al texto codificado⁶¹. El CC encarnaría la técnica de sistematización más que el continente de un Derecho perpetuo, mediante mecanismos que le permitieran adecuarse a las circunstancias cambiantes y sus exigencias –porque el progreso social y el desarrollo científico y técnico son constantes–, lo que aseguraría su vitalidad sin poner en peligro su unidad y estructura. El valor de la codificación como técnica legislativa compleja dirigida a la creación de un sistema de Derecho racional, a una aprehensión del Derecho abstracta y sistemática, permite y justifica el mantenimiento del papel central que debe corresponder al CC. El intento de sistematizar orgánicamente el Derecho Civil, de organizarlo y sistematizarlo en forma coherente, de acuerdo con los principios y reglas deducidos de la razón ha de mantenerse en nuestros días. Tal vez no la pretensión de totalidad, de globalidad del sistema, pero sí la importancia del mismo, construido racionalmente, como mecanismo garante de los principios de certeza y seguridad jurídica, que constituyen, en sí mismos, una exigencia de la justicia⁶². Todo lo cual, por último, teniendo muy presente, como se ha visto, la función constituyente –siquiera compartida– que corresponde al CC –como garante de los derechos y libertades constitucionales– y, como se verá a continuación, que el proyecto de un CC europeo no parece que vaya a ser realidad en un futuro inmediato.

En el ámbito europeo, una constante en la técnica legislativa civil está siendo la denominada segunda codificación o recodificación, que mientras en unos casos ha implicado la publicación de nuevos Códigos civiles –es el caso, por ejemplo, de Italia (1942), Portugal (1966), o más recientemente Holanda (1992)–,

⁶¹ Según PAU PEDRÓN (*op. cit.*, pp. 33-34), esta «codificación consiste, básicamente, en actualizar la forma y sistematizar el conjunto; pero estas actividades llevan consigo, necesariamente, otras de mayor alcance: advertir las contradicciones y las lagunas; suprimir preceptos claramente inconstitucionales o contrarios a las normas supranacionales; decantar los principios generales que presiden cada materia»; de manera que, concluye, más que una mera «recodificación» hay que abordar una «segunda codificación» (p. 37). HERNÁNDEZ GIL (*Formalismo, antiformalismo y codificación*, Madrid, 1969, pp. 13 ss.), ya advertía que la codificación es una tarea permanente, puesto que las variaciones legislativas, inevitables, obligan a una permanente revisión de los códigos. *Vid.*, también, MARTÍNEZ SARRIÓN, «Renacimiento de la idea de la codificación: el CC holandés de 1992», *RJN*, 1992, pp. 235 ss.

⁶² DE CUPIS (*op. cit.*, p. 53); quien continúa diciendo que a «través de las vicisitudes, las crisis y las mutaciones (permanece) la exigencia de un sistema legislativo racionalmente ordenado, capaz de satisfacer la permanente aspiración a la certeza, recogido en un corpus orgánico mejor que disperso en muchos cuerpos separados». Ante la pluralidad y la dispersión normativa de nuestra época, PAU PEDRÓN (*La segunda codificación*, Seguridad jurídica y codificación, Madrid, 1999, p. 88), concluye que la recodificación «antes o después acabará imponiéndose, porque la descodificación afecta a la seguridad jurídica».

en otros supuestos ha dado lugar a la revisión de los textos codificados, actualizándolos con vistas a su modernización y adaptación a la normativa europea –por ejemplo, en Alemania, la reforma del BGB en materia de obligaciones, contratos y prescripción⁶³–. Sea como fuere, la recodificación sigue siendo un medio eficaz para hacer frente a la espinosa cuestión de la proliferación legislativa. Es más, puede decirse que la codificación, como técnica legislativa cuya principal virtud es el otorgamiento de seguridad jurídica y racionalidad orgánica, está experimentando un cierto renacimiento, que con toda probabilidad está provocado por el enorme grado de incoherencia e incertidumbre que ha generado la legislación extracodicial. Entre los países de nuestro entorno, también destaca Francia en su actual esfuerzo institucional con vistas a la tarea recodificadora⁶⁴, país en el que se ha reformado el Derecho codificado en materia de garantías personales y reales, así como en materia de sucesiones y liberalidades⁶⁵, y existe un proyecto de reforma del Derecho de obligaciones y contratos y de la prescripción.

⁶³ Con fecha de 1 de enero de 2002 entró en vigor la Ley Federal para la modernización del Derecho de obligaciones del BGB alemán de 26 de noviembre de 2001. Esta modernización puede enmarcarse dentro de la recodificación, no sólo porque se incorporan al BGB algunas figuras que habían sido desarrolladas jurisprudencialmente –p. e., la culpa *in contrahendo*–, así como numerosas leyes que antes se hallaban fuera del texto codificado –como el Derecho de consumo–, sino, principalmente, porque todo ello ha devuelto al BGB su papel como centro del ordenamiento privado alemán (ERBERS, «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», *ADC*, 2003, p. 1579). En Alemania, una recodificación menos intensa, pero también importante se produce por la Segunda Ley de modificación de determinados preceptos de la indemnización de daños y perjuicios de 19 de junio de 2002, que entró en vigor el 1 de agosto de 2002.

⁶⁴ Este país cuenta con una Comisión Superior de Codificación que, presidida por el Primer ministro e integrada por un equipo de miembros de diversos sectores institucionales, realiza la programación, coordinación y control de la tarea codificadora, desarrollada por un número mayor de personas que trabajan en misiones de codificación, constituidas en el seno de los ministerios y que utilizan ampliamente la herramienta informática. Esta Comisión Superior de Codificación está llamada a reagrupar los textos legales en diversos códigos, con tres objetivos principales: 1.º, la reforma administrativa; 2.º, la racionalización de la presentación del Derecho, que consistiría en ordenar los textos vigentes; y 3.º, la accesibilidad al Derecho. En relación con este último aspecto, explica Guy Braibant que supone la «posibilidad de volver a dar sentido a la vieja fórmula: *la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento*, lo cual es hoy totalmente imposible cuando existen miles de leyes y decenas de miles de reglamentos, sin contar los textos europeos y los textos locales. Es un elemento de la democracia. Es la posibilidad para los ciudadanos, para las empresas, para los funcionarios también, de acceder fácilmente al Derecho porque es más cómodo consultar un código que orientarse en 200 textos. Se trata de un elemento de lo que se denomina ahora el Estado de Derecho. Dicho acceso se ve facilitado por la informática y (por Internet)» (JEREZ DELGADO, «Publicidad de las normas y técnica legislativa en la sociedad de la información», *ADC*, 2005, II, pp. 794-797). Ya ATIAS («Le Code civil nouveau», *Recueil Dalloz Sirey*, 1999, núm. 18, chr., pp. 200 ss.), proponía la recodificación, esto es, un nuevo CC que reunificara el Derecho Civil y recompusiera las categorías jurídicas fundamentales.

⁶⁵ Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

2. La indexación

En la doctrina actual se ha propuesto que la indexación, como nueva técnica legislativa, tenga carácter oficial, afirmándose que indexar no es legislar, sino ordenar oficial y racionalmente las leyes a fin de presentarlas de modo más accesible mediante su publicación electrónica. Esta nueva técnica legislativa que ordena las normas utilizando las nuevas tecnologías –a través de sistemas de búsqueda avanzada–, favorecería la unidad y coherencia del conjunto del ordenamiento jurídico. Para esta finalidad, se sigue diciendo, sería muy adecuado el desarrollo de una Ciencia de la Legislación⁶⁶, dentro de la cual pudiera insertarse una especialización en informática jurídica, de forma similar a como sucede en Italia. En cuanto instrumento del tratamiento sistematizado de las leyes, de la introducción de nexos entre ellas, e incluso de la detección de antinomias y de lagunas legales, mediante el uso de la informática, se afirma que se trata de una técnica legislativa necesitada del adecuado tratamiento, no sólo en el orden organizativo interno –formación del personal y desarrollo del sistema– sino también en el orden político⁶⁷.

En algunos países de nuestro entorno, la indexación normativa es una realidad. Por ejemplo, destacan Francia, Suiza, Italia, Alemania, Reino Unido o –fuera del ámbito europeo– los Estados Unidos⁶⁸. Queda constatado que cada vez son más los países que ofrecen gratuitamente un servicio de información legislativa a través de Internet. Paralelamente, también en el seno de la Unión Europea existen varias iniciativas que buscan proteger la seguri-

⁶⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ («La calidad de las leyes y la reforma de la Comisión General de Codificación», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 28, Madrid, 1998, pp. 252-254), propuso el desarrollo de dicha Ciencia de la Legislación dirigida al cuidado del ordenamiento y a garantizar la seguridad jurídica. Dentro de esta ciencia, distingue dos ámbitos, el de la teoría de la legislación y el de la técnica legislativa. Este autor, en la *Introducción* a la obra *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Madrid, 2004, pp. 20-21), subraya esta carencia de nuestra Ciencia del Derecho, que tiene más tradición en los países del *common law* que en los países del continente europeo.

⁶⁷ JEREZ DELGADO, *Indexación: una técnica al servicio de la seguridad jurídica*, La proliferación legislativa; un desafío para el Estado de Derecho, Madrid, 2004, pp. 575-586. Esta autora señala los diversos grados de complejidad que admite el procedimiento de la indexación: 1.º, Tipo de normas jurídicas incorporadas al Index; 2.º, Número de vocablos contemplados y conexiones entre sinónimos (locales y extranjerismos); 3.º, Volumen de interconexiones (de figuras generales a sus posibles modalidades); 4.º, Periodos de actualización (posible conexión entre textos vigentes y derogados); y 5.º, Reglas de conflictos de normas (*ibidem*, pp. 580-582).

⁶⁸ Respectivamente, <http://www.legifrance.gouv.fr>; <http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html>; http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/ced_legisl_elenco_areat.htm; <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/index.html>; <http://www.hmso.gov.uk/acts.htm>; en <http://www.house.gov> se puede localizar el *United States Code* (USC), y en http://www.archives.gov/federal_register/publications/statutes.html el *United States Statutes at Large*.

dad jurídica⁶⁹. Entre estas técnicas, se ha destacado la denominada *codificación oficial* –que se aproxima a la idea de la actual codificación francesa–, a cuyo servicio está otra técnica, la denominada *consolidación oficiosa o declarativa* –que se aproxima a la idea de indexación–⁷⁰.

3. La tendencia unificadora supranacional

Finalmente, no puede dejar de citarse el proceso de internacionalización del Derecho o tendencia unificadora supranacional, fenómeno creciente desde finales del siglo xx que afecta vivamente al Derecho Civil a través de diversas vías: Tratados Internacionales, Convenciones o redacción de Principios de Derecho privado desde el ámbito académico con vocación de ser aplicados en las relaciones privadas entre miembros de distintas nacionalidades como un Derecho uniforme. Al mismo tiempo, en el ámbito europeo estricto, se está desarrollando e impulsando un Derecho Civil común, que culminaría con un CC europeo, y que recuerda en parte al ideal de la codificación decimonónica en su función política, pues –con matices muy diferenciados ideológicamente– se pretende una unidad jurídica como reafirmación o reivindicación de la unidad política supranacional, contribuyendo ello a la estructuración de la Unión Europea como entidad política y territorial⁷¹.

Por lo que respecta al citado CC europeo, el primer obstáculo que aparece es el de la competencia para llevarlo a cabo. En efecto, parece existir un consenso claro sobre la falta de competencia de la Unión para promulgar un tal CC europeo, pues resulta evidente que, en su redacción actual, los tratados constitutivos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea no permiten una unificación del derecho europeo⁷². Además, en contra de la unificación se ha defendido que actualmente en Europa los únicos motivos para la

⁶⁹ La Unión Europea cuenta con el servicio de información jurídica EUR-Lex, y maneja el tesoro legal plurilingüe EUROVOC, coordinado principalmente por el Parlamento Europeo y la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, que es utilizado también por algunas instituciones nacionales y organizaciones europeas.

⁷⁰ JEREZ DELGADO, «Publicidad de las normas...», cit., pp. 800-801.

⁷¹ Sobre este tema *vid.*, entre otros, ORDUÑA MORENO («La codificación como técnica de unificación del Derecho privado europeo», *Derecho patrimonial europeo*, Palao Moreno, Prats Albertosa, Reyes López (Coords.), Madrid, 2003, pp. 267 ss.), MARTÍNEZ VELENCOSO («Nuevas tendencias del Derecho contractual europeo», *Derecho patrimonial europeo*, *op. cit.*, pp. 244 ss.), etc.

⁷² Así, por todos, LARROUMET, C. («La unificación del Derecho de las obligaciones en Europa», *RDP*, 2006, pp. 69-80), quien explica que la sola unificación del derecho de obligaciones supondría una modificación de los tratados constitutivos de la CE para ampliar la competencia de las autoridades comunitarias, y para ello sería necesaria la unanimidad de los Estados miembros; y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES («La falta de competencia de la UE para elaborar un CC Europeo: sobre los límites a la armonización en

unificación son económicos, pues falta una cultura común y la voluntad de pertenecer a una sola nación necesarias para justificar la unidad del Derecho europeo⁷³. Incluso, la elaboración de unos Principios comunes de Derecho europeo, aunque pareció gozar de mayor aceptación, tampoco ha estado exenta de críticas. Entre ellas destaca la relativa a la composición de los grupos que han elaborado los principios, en su inmensa mayoría formados por académicos, cuando se considera que deberían haber incluido jueces y abogados, a lo que se añade que los miembros de los grupos no representan a los países ni son elegidos oficialmente por ningún Estado; también es objeto de reproche su excesiva amplitud y que han tenido más en cuenta los aspectos técnicos de los conceptos y los mecanismos jurídicos que las tradiciones culturales⁷⁴. En particular, los trabajos del grupo von Bar y del grupo de Pavía contemplados desde un objetivo de unificación total del derecho europeo, de una reunión completa de los derechos internos de los estados miembros, son duramente censurados.

En un marco tan poco proclive a la unificación del Derecho Civil europeo, la Comisión en su comunicación de 11 de octubre de 2004 al Parlamento y al Consejo, sobre *Derecho contractual europeo y revisión del acervo, perspectivas de futuro*⁷⁵, enfatiza que su actual interés no está en el establecimiento de un CC europeo sino en la propuesta de un *Common Frame of Reference* (marco común de referencia, conocido con las siglas inglesas CFR), cuya finalidad sería mejorar la coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del derecho contractual. Se busca que el CFR defina con precisión los términos jurídicos, y presente modelos coherentes de normas de Derecho contractual inspiradas en el acervo comunitario y en las mejores soluciones recogidas en el ordenamiento jurídico

materia de Derecho civil», *Derecho privado Europeo*, Cámara Lapuente (Coord.), Madrid, 2003, pp. 129-156).

⁷³ El argumento central de los detractores de un CC europeo se funda en que la esencia de Europa está en su diversidad (social, lingüística, cultural y legal), por lo que es preciso respetar la identidad nacional; sin olvidar que un Código también contiene unos valores y unas ideas políticas y morales que distan de ser homogéneos entre los Estados miembros (CÁMARA LAPUENTE, «Un Derecho Privado o un CC para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», *Derecho Privado Europeo*, Cámara Lapuente (Coord.), Madrid, 2003, p. 71).

⁷⁴ LARROUMET, C.: *op. cit.*, pp. 69-80; en este punto *vid.*, además, entre otros, DE LOS MOZOS («El anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavía», *La unificación jurídica europea*, García Collantes (Coord.), Madrid, 1999, pp. 253 ss.), VATTIER FUENZALIDA («Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad europea», *RDP*, 1994, pp. 223-230), etc. Un estudio general de los principios europeos puede encontrarse en DíEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

⁷⁵ COM (2004)-651 final DOCE 2005, C 14/6. En esta Comunicación la Comisión claramente expone que conviene «precisar que la Comisión no pretende proponer un CC europeo que armonice el Derecho contractual de los Estados miembros».

de los Estados miembros. Se pretende que el CFR sea utilizado para transponer a la legislación nacional las Directivas comunitarias en materia de derecho contractual, e inspirarse en dicho marco para elaborar legislación nacional sobre aspectos del derecho contractual no regulados en el marco comunitario. Se espera también que sirva para desarrollar un instrumento destinado a regir las relaciones transfronterizas y cuya aplicación sería facultativa.

En vista de lo anterior, el 23 de marzo de 2006, el Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución sobre *Derecho contractual europeo y revisión del acervo, perspectivas para el futuro (2005/2022-INI-)*, en la que corrobora su convicción, expresada en anteriores Resoluciones⁷⁶, de que un mercado interior uniforme no puede funcionar correctamente sin mayores avances hacia una armonización del Derecho civil y afirma que la iniciativa en materia de derecho contractual de CFR debería considerarse ante todo como un ejercicio encaminado a mejorar la elaboración de la legislación comunitaria. Aunque, en su forma actual, se limita a la racionalización y limpieza del acervo en materia de protección de consumidores y a la elaboración de normas y condiciones estándar para los contratos. Además, pide a la Comisión que «aproveche inmediatamente el trabajo en curso de los grupos de expertos sobre la redacción del Derecho contractual europeo y de la Red para el marco común de referencia (CFR-net), con el fin de utilizar dichos resultados, en primer lugar, para la revisión del acervo comunitario en el ámbito del Derecho civil y, posteriormente, para el desarrollo de un Derecho civil comunitario», aunque añade expresamente que se respeten los diferentes sistemas y tradiciones.

No debe obviarse que también en el ámbito del Derecho de familia la Unión Europea ha mostrado algunas iniciativas legislativas como la adopción del Reglamento 137/2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, que ha sido derogado por el más reciente Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre. Aunque la finalidad de estos reglamentos es obtener un reconocimiento rápido y automático de estas resoluciones judiciales en los Estados miembros, que conseguirán sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, están presentes en las mismas algunos principios de Derecho material o sustantivo. No en vano el último de los Reglamentos citados tiene como fin garantizar la igualdad de todos los hijos, de tal forma que se ha extendido la regulación a todas las resoluciones en mate-

⁷⁶ De 28 de mayo de 1989, 6 de mayo de 1994, 15 de noviembre de 2001 (DO C 140 E, de 13 de junio de 2002) y 2 de septiembre de 2003 (DO C 76 E, de 25 de marzo de 2004).

ria de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección al menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial ⁷⁷.

La conclusión que se puede extraer de todo lo anterior es que, aunque la legislación comunitaria surge como un elemento de homogeneización del Derecho Civil que pretende una armonización de los Derechos Civiles nacionales, resulta demasiado pronto para hablar de un Derecho contractual europeo y, menos aún, de un acabado CC europeo, por lo que, por ende, procede volver a los derechos nacionales y estudiar su grado de adaptación a las nuevas situaciones. La primera tarea debe ser, pues, modernizar y racionalizar los derechos nacionales y después emprender empresas mayores, si es que son posibles.

⁷⁷ En concreto, en sede de Derecho de familia o de la persona podría ayudar a la unificación el asentamiento de algunos principios comunes en materias como el divorcio, la equiparación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, el reconocimiento de ciertos derechos del menor, y el progresivo reconocimiento del *status* jurídico de las parejas de hecho (CÁMARA LAPUENTE, «Hacia un CC europeo: ¿realidad o quimera», La Ley, 1999-2, pp. 1671-1672).

El contrato en las relaciones transnacionales *

FRANCESCO GALGANO

RESUMEN

En la presente ponencia, se reflexiona sobre la uniformidad del derecho en Europa recordando que no es ésta la única vía para lograr la creación de un mercado único o la constitución de una identidad jurídica europea. La fórmula para lograr una verdadera unidad es, por un lado, hacer posible la competencia económica de los agentes que intervienen en el mercado en el marco de la normativa común y, por otro, la lex shopping, esto es, conseguir la competencia jurídica entre los distintos sistemas europeos.

En cualquier caso, globalizar el derecho no significa suprimir los sistemas nacionales, ni imponer el mismo conjunto de reglas en todo el planeta, ni eliminar la identidad cultural o jurídica de cada uno de los derechos nacionales. Muy al contrario, la nueva lex mercatoria constituye la expresión de una mayor madurez jurídica en la regulación de las relaciones comerciales transnacionales.

En este Congreso hablamos de contratos que se instauran en mercados transnacionales, más allá de los confines de los Estados. Hablamos, por tanto, de contratos que con buena razón podemos definir como transnacionales, destinados a buscar una disciplina propia fuera del derecho de un mismo Estado nacional.

Cuando el mercado transnacional está gobernado por autoridades supranacionales, como es el caso de la Unión Europea, un camino parece trazado y es, en alguna medida, un camino ya emprendido. Me refiero a las directivas comunitarias de armonización del derecho de los Estados miembros, que han modificado hasta ahora los contratos de masas, así como los contratos estipula-

* Ponencia que el autor impartió en el «I Congreso de Derecho contractual europeo y Principios UNIDROIT», celebrado en la Universidad de las Islas Baleares, los días 26 y 27 de abril de 2007.

dos con consumidores. No se puede tener por cierto que un general derecho europeo de contratos, hoy auspiciado desde más sectores, sea el único camino transitable, ni que sea el camino preferible.

Los espacios de los mercados transnacionales se extienden ya por todos los continentes; y no está lejos el día en el cual los intercambios comerciales entre empresas europeas y empresas del extremo Oriente resulten más intensos que los realizados en el interior de la Unión europea. La experiencia de estas últimas décadas ha mostrado qué vías pueden ser tomadas provechosamente para proporcionar una disciplina a los contratos transnacionales.

Más allá de los confines de los Estados está en curso la formación de un derecho uniforme espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales, al que se le dio el nombre de Nueva *lex mercatoria*, destinado a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global.

Quien se rebela contra la idea de un derecho no estatal y demuestra no poder concebir otro derecho, que no sea el dictado por la ley del Estado o por convención entre Estados, olvida que el derecho es una realidad mucho más antigua que el Estado nación, y que nuestra civilización jurídica ha prosperado sin el Estado durante diecisiete de los diecinueve siglos de su existencia, desde el segundo siglo después de Cristo, que fue el siglo de Ulpiano el siglo de la primera elaboración sistemática del derecho, hasta la víspera de las codificaciones modernas (e incluso hasta el siglo XIX en Alemania, donde el derecho romano permaneció en vigor, como derecho de la razón, hasta 1899). Pero hay más: no faltan autores, como Harold Berman, que en la exasperación estatista y nacionalista propia del siglo XX descubren una crisis tan profunda en la tradición jurídica occidental, asaz más grave que todas las precedentes, para «conducirla virtualmente al colapso». El estatismo y el nacionalismo del derecho no son factores de progreso, sino de crisis del derecho.

Lex mercatoria es una expresión que tiene origen culto. Quiere aludir al renacimiento, en la época moderna, de un derecho universal, tan universal como lo fue el derecho de los mercaderes en el Medioevo.

La antigua *lex mercatoria* había precedido al advenimiento de los Estados modernos. Su función consistía en derogar, para las relaciones comerciales, el derecho civil de entonces, es decir el derecho romano, ahora revelado como no más adaptable a las exigencias del tráfico. La nueva *lex mercatoria* actúa, en cambio, dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados. Su función es superar la

discontinuidad jurídica por éstos provocada. Dentro de esta nueva *lex mercatoria* se disuelven tanto los particularismos jurídicos de las codificaciones como, fenómeno todavía más significativo, también las diferencias entre el *civil law* y el *common law*.

Los factores que han producido estas reglas internacionalmente uniformes residen, fundamentalmente, en las costumbres del comercio internacional, es decir en la repetida y uniforme observancia de particulares prácticas por parte de los operadores de determinados sectores empresariales, con la convicción de observar un precepto jurídico.

En los laudos arbitrales se aduce que la controversia debe resolverse con la aplicación «de las reglas que los operadores del comercio internacional consideran conformes a sus intereses y expectativas». La *opinio iuris atque necessitatis*, es decir, la obligatoriedad de los usos, no es la obediencia a una autoridad superior, que no existe, sino el respeto por parte de cada operador económico, de lo que los demás operadores económicos se consideran legitimados a esperar de él, aun si se trata de deberes no impuestos por el contrato.

De este modo los usos del comercio internacional son asumidos como verdaderos usos normativos, verdaderas fuentes de derecho objetivo, pero de un derecho objetivo no estatal, sino transnacional, fuentes de un derecho objetivo de la *business community*, de la comunidad internacional de los operadores económicos. Para la Casación italiana este ordenamiento transnacional es un ordenamiento originario, que tiene en sí la propia legitimación, y no la recibe del Estado. Sin embargo es un ordenamiento que no tiene órganos propios de coerción. Para estos efectos, se vale de los órganos jurisdiccionales de los Estados en su momento territorialmente competentes, que se transforman en su propio brazo secular. Ellos no aplican el propio derecho nacional, ni el derecho nacional de cualquier otro Estado, sino el derecho de una sociedad distinta de las comunidades estatales.

Unidroit elaboró de la *lex mercatoria* una recopilación orgánica. Ésta tiene el título de «Principios de los contratos comerciales internacionales», divulgados en los principales idiomas de nuestro tiempo. UNIDROIT no tiene, bien entendido, la pretensión de legislar. No tiene la autoridad por esto. Son los laudos arbitrales que hacen referencia a los Principios UNIDROIT como «fuente atendida del derecho comercial internacional».

Aprecio cierta tendencia de la literatura contemporánea consistente en poner en el mismo plano, como si se tratase de otras tantas propuestas de nueva legislación, los Principios UNIDROIT de un

lado y proyectos de codificación europea de otro, como el proyecto Lando y otros proyectos análogos. Debe quedar bien claro que los Principios UNIDROIT son derecho vigente, como tal aplicado por los laudos arbitrales, mientras el resto de proyectos señalados son solamente propuestas, entre otras cosas privadas de toda oficialidad. Los primeros son la reconocida fuente de cognición de la *lex mercatoria*, cuya fuente de producción es la costumbre.

Las reglas de derecho que integran la *lex mercatoria* son, en algunos aspectos, el fruto de la generalización de principios vigentes en algunos sistemas estatales, de conformidad con los usos del comercio internacional.

Otras veces la regla elegida es totalmente original, desprovista de correspondencia en los sistemas nacionales anteriores.

Resultan, como nunca antes, originales las figuras de la *Gross disparity* (art. 3.10) y del *Hardship* (arts. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3), que llevan a consecuencias extremas, anteriormente desconocidas a todos los derechos nacionales (desconocidas, por lo menos, al momento de la primera aparición de los Principios Unidroit), a aquel criterio de equidad contractual que la Nueva *lex mercatoria* heredó de su antecesora.

Hay *Gross disparity* cuando el contrato o una cláusula atribuye a una parte una ventaja excesiva sobre la otra, cualquiera sea el factor que lo ha provocado.

Bajo este aspecto la figura de la *Gross disparity* se aleja ya del modelo originario y se muestra carente de correspondencia en los sistemas jurídicos nacionales fundamentales. Está presente sólo en el derecho holandés y en los derechos escandinavos, que prevén la ineficacia del contrato «contrario a la equidad». En el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos que igualmente conoce la *unconscionability*, o sea la irracionalidad del contrato (sec. 2.302), como también en el *Restatement of contracts*, que se expresa en términos de *Gross disparity*, de hecho sólo se aplican en el supuesto de que se demuestre que el contratante fuerte haya abusado de la propia posición dominante en perjuicio de la contraparte.

La otra figura, el *Hardship*, se refiere al desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones contractuales, provocado por hechos posteriores a su estipulación, cuyo riesgo no ha sido asumido por la parte en desventaja. Aquí también se generaliza una solución que, en los sistemas nacionales, sólo está admitida en presencia de situaciones fuertemente tipificadas. Este es el caso de la excesiva onerosidad sobreviniente provocada por sucesos extraordinarios e imprevisibles como los del artículo 1467 del Código Civil italiano. El *Hardship* autoriza a la parte perjudicada a pedir a la contraparte la

renegociación del contrato. Hasta aquí, no se va más allá de lo que, en los derechos nacionales, se suele deducir del canon de la buena fe en la ejecución del contrato; como tampoco se va más allá de la norma que prevé la resolución del contrato si el contratante aventajado rehúsa renegociar [art. 6.2.3, inc. 4.º, letra a)]. Hasta ese punto se puede llegar en el derecho nacional con la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de ejecución según la buena fe. Lo que ningún derecho nacional había alcanzado, y menos en Occidente, es el ulterior remedio que consiste en el poder del juez de «modificar el contrato a fin de restaurar el equilibrio originario» [art. 6.2.3, inc. 4.º, letra b)].

De este modo, la equidad correctiva se transforma en regla general, aplicable tanto para corregir el desequilibrio originario del contrato, como para restaurar el equilibrio sucesivamente alterado. La libertad contractual permanece como un valor fundamental, expresado en el artículo 1.1. Sin embargo es una libertad que, para la *lex mercatoria*, encuentra límite en otros valores, como la buena fe y la corrección en el comercio internacional, ante cuya violación la *lex mercatoria* reacciona con la sustitución obligatoria del contrato justo al contrato querido por las partes.

Es un verdadero escándalo, para el juez europeo, que un laudo arbitral dictado en aplicación de la *lex mercatoria* proteja a la parte débil más intensamente que una sentencia emanada en aplicación de un derecho nacional. Es el comentario irónico expresado por Gunther Teubner a propósito de un laudo arbitral que se había dictado en la controversia entre una grande multinacional y una pequeña empresa del tercer mundo, que había dado la razón a la segunda en perjuicio de la primera.

Todo esto puede no gustar a quien ha sido educado por el positivismo en la idea del derecho estatal, del weberiano monopolio estatal del gobierno de la economía, de la ecuación derecho igual a ley. Podrá gustarle todavía menos a quien confía en la formación democrática del derecho, elaborado por asambleas electivas. Pero el Gran Derecho (aquel con mayúscula) no ha sido producido por asambleas electivas, ni siquiera el de las codificaciones modernas. ¿Y qué asambleas electivas podrían ser llamadas a promover una «democrática» *lex mercatoria*? Un derecho regulador de los intercambios transnacionales no puede ser más que un derecho de producción difusa, creado por fuerza de las costumbres, tal como surge de la jurisprudencia arbitral internacional y de ese trabajo de reconocimiento y de sistematización que está atendiendo Unidroit. El Gran Derecho del pasado fue (así había sido definido el BGB alemán) un «derecho de los profesores», o un «derecho de los juris-

tas», cuya fuerza de penetración residía en su «cientificidad». Las fórmulas actuales que se prestan a describir los Principios de los contratos comerciales internacionales fueron obra, en su primera edición, de diecisiete profesores de derecho, cinco de los cuales fueron sustituidos para la segunda edición.

La mediación política de los intereses en juego, propia del derecho legislativamente creado por los Estados (o del derecho uniforme creado por convenciones entre Estados), es sustituida, como en los tiempos de la antigua *lex mercatoria* (los tiempos de Bartolo, de Baldo, de Casaregis, de Salgado de Somoza), por la mediación cultural de los juristas.

Es cierto que la nueva *lex mercatoria* puede, por esto, merecer el juicio de derecho no democrático, sino más bien tecnocrático, y por ello, despótico.

Mirándolo bien, el concepto de despotismo está aquí fuera de lugar. Ni siquiera en el moderno debate sobre la legitimación de poder se asume el procedimiento democrático de asunción de decisiones como el único procedimiento idóneo para producir legitimidad. En el campo del derecho, produce legitimidad también la *opinio iuris atque necessitatis*, aquella forma de consenso difuso, o de *volonté générale*, que se traduce en fuente de derecho sin pasar a través de los procedimientos de la representación política. Es también verdad que, en la elaboración del concepto de Estado de derecho, como ha sido llevado a cabo en Europa continental, se ha afirmado la idea de que el derecho, para ser tal, debe emanar de asambleas legislativas electas por sufragio universal. Pero también es cierto que la otra mitad del mundo del derecho, es decir el *common law*, puede invocar el *rule of law* aun admitiendo que el derecho sea elaborado, prevalentemente, por fuentes no legislativas, como la costumbre y el *judge made law*.

No debe pensarse que estos principios de equidad y de justicia del contrato son propios de la jurisprudencia arbitral internacional y destinados a permanecer aislados en el ámbito de ésta. La tendencia de las jurisprudencias nacionales y de las legislaciones de los Estados es precisamente la opuesta. Las primeras dan siempre mayor realce a la cláusula general de la buena fe, de la cual se arrastran consecuencias que hace sólo pocos años habrían parecido impensables, como la interpretación correctiva del contrato: la segunda extrae nuevas reglas precisamente de los Principios UNIDROIT. El código civil reformado en Alemania en 2002 ha introducido el *Hardship* en el derecho alemán.

* * *

La globalización de la economía provoca en el derecho un doble efecto. Conduce a la superación del principio de estatalidad del derecho: pero actúa, al mismo tiempo, sobre el principio de nacionalidad. El primero de estos efectos es la formación de un derecho no estatal, la *lex mercatoria*, destinada a reglar las relaciones económicas transestatales. El segundo es la ultranacionalidad del derecho estatal, es decir, su aplicación fuera de los confines nacionales del Estado que lo ha elaborado.

Desde hace tiempo el arbitraje internacional presenta una tendencia que se resume en la metáfora del *shopping* del derecho. Las partes adoptan, con la cláusula compromisoria, el derecho de un tercer Estado, que no tiene ningún punto de contacto con la nacionalidad de las partes. Es la elección de la así llamada «ley neutral». Los contratantes, a veces, efectúan el llamado *repêchage*, o sea hacen elecciones múltiples. Así, por ejemplo, la ley sustancial de un Estado y la ley procesal de otro Estado.

La analogía corre entre el derecho y el idioma. Así como cada idioma nacional tiene su capacidad expresiva propia e inigualable, cada derecho nacional ofrece oportunidades propias de regulación. Globalizar el derecho no significa necesariamente dar vida a un único derecho planetario. Sin embargo, los idiomas nacionales poseen una riqueza expresiva que nadie puede pensar en suprimir, como nadie puede pensar en suprimir los derechos nacionales. También esto es un modo de globalizar el derecho, no imponiendo a todos un mismo sistema planetario de reglas, sino permitiendo a todos alcanzar desde el planetario emporio de las creaciones jurídicas.

No se diga que con el *shopping* el derecho se degrada a técnica pura, que se lo abstrae de las civilizaciones que lo han generado. Dígase, más bien, que es él expresión de cosmopolitismo y, por ello, de una civilización más madura, no más limitada dentro de confines nacionales cerrados. En la exasperación del nacionalismo jurídico se debe más que nunca, entrever el ocaso de la civilización del derecho.

La alternativa de la *lex shopping*, o sea de la competencia entre sistemas nacionales, es también un modo de realizar la unidad del derecho europeo. Para realizarla deben sin duda intervenir, sobre puntos de importancia estratégica, las directivas de armonización y los reglamentos comunitarios, e intervenir según la metodología orgánica muchas veces solicitada: aludo al *Action Plan* del 12 de febrero de 2003 y a la comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo del 11 de octubre de 2004, con los cuales fueron trazados los lineamientos para la elaboración del marco

común de referencia de los principios fundamentales del derecho de los contratos, a utilizarse en la sede comunitaria para la redacción de las directivas y, en la sede nacional, para la redacción de las normas de recepción.

Sin embargo, nada quita a la unidad económica, social y política de los Estados Unidos el hecho de que el derecho privado esté diferenciado de Estado a Estado. Tampoco nada se perdió en el fracasado intento de unificarlo en el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos. La idea que desde hace algún tiempo se desarrolla en Europa de un Código civil europeo parece anacrónica, juzgada por María Rosaria Ferrarese como retorno al «clima del siglo XIX», como idea neorromántica.

Encuentra ahora el reconocimiento también en Europa el modelo opuesto, el de la competencia, vivo y vital en América. Bien notorio es el caso del derecho societario de Delaware, donde van a constituirse más de la mitad de las sociedades americanas, que disfrutan del derecho de ese Estado, cualesquiera que sean los Estados donde después desarrollarán la actividad social.

Según la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas, el principio comunitario del derecho al establecimiento implica la libertad de elección entre los modelos societarios vigentes en los Estados miembros. Sucedió que algunos ciudadanos daneses, queriendo constituir una sociedad de responsabilidad limitada con capital inferior al mínimo requerido por el derecho danés, constituyeron su sociedad en Gran Bretaña, donde no se requiere ningún capital mínimo. Dotados de una sociedad de derecho inglés, habían puesto la administración en Dinamarca y allí iniciaron el desarrollo de la actividad social. La oficina del registro danés no tardó en deplorar la elusión de la norma que impone un capital social mínimo, norma imperativa en ese país. La cuestión terminó ante la Corte de Luxemburgo, que se pronunció en el sentido antes mencionado. La sentencia resulta significativa en cuanto no aplica una específica norma del derecho comunitario, sino que interpreta la línea de tendencia emergente de la fatigosa construcción jurídica de la unidad europea. El principio es que no abusa del derecho de establecimiento quien elige, entre los diversos derechos de los países miembros, el que de por sí es más ventajoso. Es el notorio caso Centros, decidido por la Sentencia del 9 de marzo de 1999. A éste han seguido otros casos, decididos por la Corte con las Sentencias del 5 de noviembre de 2002 y del 30 de septiembre de 2003.

El modelo de la competencia entre los sistemas jurídicos nacionales está presente en la política legislativa de la Unión europea. Las directivas comunitarias en materia de consumidores contienen habitualmente la cláusula «salvo que el derecho nacional no disponga de un modo más favorable para el consumidor». Esto significa que ellas imponen solamente una disciplina de mínimos, el estándar mínimo de tutela, salvo que la tutela ofrecida por el derecho nacional no sea más favorable al consumidor.

El diseño no es, bajo este aspecto, el de incorporar una legislación uniforme. La cláusula «salvo que el derecho nacional no ofrezca una mayor tutela» sirve para poner en evidencia la plena legitimidad de una legislación nacional discordante respecto de las directivas comunitarias, en el sentido de que es más favorable al consumidor.

A este respecto es significativa la transposición española de la directiva sobre garantías en la venta de bienes de consumo. Muchos Países de la Comunidad, entre ellos Italia, han atribuido al comprador final acción contractual contra el vendedor inmediato, el cual a su vez tiene atribuida acción contra el autor inmediato, hasta el productor. En España, por el contrario, se ha adoptado una regla distinta más favorable al consumidor: se ha atribuido acción directa contractual contra el productor. El derecho español parte del presupuesto de que la garantía del vendedor hubiera circulado junto al producto a lo largo de la cadena de distribución.

También bajo este aspecto hay competencia entre los sistemas europeos. Y esta libre opción, concedida a cada ciudadano europeo, sobre el derecho nacional a invocar, encuentra también una coherente correspondencia en el poder concedido a cada uno de los legisladores nacionales de competir con los demás en la tarea de proporcionar la mejor tutela al consumidor.

De la uniformidad del derecho en Europa no es necesario, por tanto, hacer un mito; ella no es el instrumento indispensable ni de la creación de un mercado único europeo, ni de la fundación de una misma identidad cultural y jurídica de Europa. Valga la experiencia americana: cuando una empresa californiana vende en Virginia ella no vende al extranjero, vende en el propio mercado; sin embargo el derecho californiano y el de Virginia son distintos, a excepción de las mínimas uniformidades impuestas por las leyes federales. Y si hay un país que tiene un sentido profundo de la identidad cultural este es verdaderamente, a pesar de la fragmentación del derecho privado de cada Estado, el país que se conoce bajo el nombre de los Estados Unidos de América.

La fórmula es, en Europa como en los Estados Unidos: competencia económica entre las empresas en el marco de reglas comunes, competencia jurídica entre los Estados miembros en el marco de comunes principios fundamentales.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

SUMARIO: PRESENTACIÓN.–EDITORIAL: Primeras reflexiones sobre el *Codice del Consumo* italiano (Barbara Pasa).–RAPPORTS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO, COMPARADO Y COMUNITARIO (2004-20059): Alemania, Bibliografía (Martin Ebers), Legislación (Eva Inés Obergfell).–España, Bibliografía (Esther Arroyo i Amayuelas), Legislación (Andrés Domínguez Luelmo).–Francia, Bibliografía (Elise Poillot), Legislación y Jurisprudencia (Cyril Nourissat).–Gran Bretaña (Alexandra Braun).–Italia, Bibliografía (Mirko Faccioli, Mauro Tescaro, Stefano Troiano, Barbara Pasa), Legislación (Mirko Faccioli, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–SECCIÓN TEMÁTICA: ESPACIO JUDICIAL EUROPEO, DERECHO PROCESAL COMUNITARIO, DERECHO DE CONTRATOS, DERECHOS REALES, DERECHO DE FAMILIA, DERECHO DE AUTOR, DERECHO DE DAÑOS Y DERECHO DE *TRUST* EN LA UNIÓN EUROPEA: Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoberos Terradas). Derecho procesal comunitario (Jordi Nieva Fenoll). Derecho de contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). Derechos reales de la Unión Europea (Sergio Nasarre Aznar). Derecho de Familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). Derecho de autor de la Unión Europea (Susana Navas Navarro). Derecho de Daños en la Unión Europea (Belén Trigo García). Derecho de *Trust* en Europa (Sonia Martín Santisteban).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Helena Torroja Mateu y David Bondía García).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lidia Arnau Raventós).–JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).–LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES Y OTRAS NOTICIAS BREVES.–Agustín Azparrén Lucas, *Hacia un Código del consumidor* (Esther Arroyo i Amayuelas). Alexandra Braun, *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo* (Esther Arroyo i Amayuelas). Ulrich Drobnig -, Henk J. Snijders - Erik-Jan Zipprow, *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* (Miriam Anderson), Nieves Fenoy Picón, *El sistema de protección del comprador* (Esther Torrellas Torreá). Gustavo, Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law* (Susana Navas Navarro). Elena Ioriatti Ferrari, *Codice civile europeo – Il dibattito, i modelli, le tendenze* (Barbara Pasa). Nicolás Nogueroles Peiró, *Secure transactions in South East Europe? Land Registration Systems* (Sergio Nasarre Aznar). Juan Miguel Ossorio Serrano, *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada* (Esther Arroyo i Amayuelas). Pace International Law Review, *Review of the Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG), 2003-2004* (Lidia Arnau Raventós). Rossi, Piercarlo, *Il Diritto privato europeo nella comparazione tra sistemi giuridici nazionali. Analisi linguistica e contesti interpretativi* (Barbara Pasa). Andrea Tietze, Mary-Rose McGuire, Christian Bendel, Lorenz Kähler, Nicole Nickel, Barbara Reich, Kathrin Sachse, Eileen Wehling, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004: Europäisches Privatrecht* (Esther Arroyo i Amayuelas). Simon Whittaker, *Liability for Products. English Law, French Law, and European Harmonization* (Belén Trigo García).–MISCELÁNEA (Esther Arroyo i Amayuelas): Libros verdes. Otros documentos: Consejo, Comisión, Parlamento. Senado francés: estudios de Derecho comparado.–VIDA JURÍDICA. RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO.–*L'adquisició i la transmissió dels drets reals en el Codi Civil de Catalunya: El dret català a Europa*. Colegio de Notarios de Barcelona, 31 noviembre y 1 de diciembre 2006 (Ana Giménez Costa). I Congreso sobre Derecho contractual europeo y Principios Unidroit. Universitat de les Illes Balears, 26-27 de abril de 2007 (Sonia Martín Santisteban). *BGB ade? Zur Zukunft des Europäischen Vertragsrechts*. Historisches Rathaus, Münster 18 de

abril de 2007 (Jan Gudlick). *Las reglas sobre transmisión de bienes muebles. ¿Un candidato para la armonización europea o reformas de los Derechos nacionales?* Salzburg 15-16 Febrero 2007 (Isabel González Pacanowska). *XIX Colloquio Biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC) Patrimonio, Persona e nuove tecniche di "governo del diritto"- incentivi, premi e sanzioni*, Ferrara, 10-12 Mayo 2007 (Barbara Pasa). *De certaines transpositions de la directive «contrat électronique», Mosaïque ou traits d'Union?* Centre René Demogue, Université Lille-2, 15 de mayo de 2007 (Anne Penneau y Pierre-Yves Verkindt)

Presentación

Esta sexta crónica se cierra el 31 de mayo de 2007. Como novedad respecto a las anteriores debe mencionarse la inclusión de una nueva sección dedicada a la evolución del Derecho de *Trust* en Europa.

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 Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho de consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Khell*, 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.

Primeras reflexiones sobre el *Codice del consumo* italiano

BARBARA PASA *

Una vez finalizados los trabajos llevados a cabo por la Comisión de expertos, nombrada el 23 de diciembre de 2002, y presidida por el Profesor Guido Alpa, y tras las consultas pertinentes a las asociaciones de profesionales y de consumidores, proferido también el Dictamen del Consejo de Estado¹ y, luego, las discusiones parlamentarias procedentes, en fecha de 22 de julio de 2005, finalmente el Gobierno italiano aprobó el *Codice del consumo* (= CCons)², que entró en vigor con el decreto legislativo (= d.lgs)³ de 23 de octubre de 2005, corregido posteriormente en fecha de 6 de enero de 2006⁴.

1. LA ESTRUCTURA DEL *CODICE DEL CONSUMO*

El *Codice del consumo* cuenta con 146 artículos y se divide en VI partes. La parte I contiene normas de carácter general: el artículo 1 establece cuál es la finalidad del código, esto es, armonizar y reordenar la normativa referente

* *Ricercatore de Diritto Comparato* y Profesor agregado U. degli Studi di Torino. Se publica ahora la versión española, reducida, de una previa publicación en alemán escrita con Martin Weitenberg (Universidad de Münster) y publicada en *Verbraucher und Recht (VuR)* 2005; la versión inglesa de ese mismo texto puede leerse en la revista *Yearbook of Consumer Law*, 2006. La que ahora se da a la prensa en España, igual que las anteriores, forma parte del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», cuyos miembros son las Universidades de Torino, Barcelona, Lyon, Münster, Nijmegen, Oxford y Varsovia, y que es parte del programa «*Improving Human Potencial*» financiado por la Comisión europea (Contrato núm. HPRN-CT-2002-00229).

¹ *Consiglio di Stato, sezione consultiva*, de 20 de diciembre de 2004, núm. 11602-04, *Foro italiano*, 2005, III, 348, con comentario de Alessandro Palmieri.

² D.lgs. 6 de septiembre de 2005, núm. 206, *recante il codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, núm. 229* (GU núm. 235 del 8 ottobre 2005 – supplemento ordinario núm. 162). Disponible en la dirección electrónica: http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/codice_consumo/codice.pdf.

³ El d.lgs. tiene el mismo estatus de la ley ordinaria del Parlamento y es adoptado sobre la base de la delegación parlamentaria contenida en la Ley de 29 de julio de 2003, núm. 229 (n. 2).

⁴ Para remediar una serie de errores formales, véase la corrección publicada en *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, núm. 2 del 6 de enero de 2006.

al proceso de adquisición y consumo, con el fin de asegurar un elevado nivel de tutela a los consumidores y usuarios. Todo ello con respeto a la Constitución y de conformidad con los principios de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, el Tratado de la Unión Europea, la normativa comunitaria y, especialmente, el artículo 153 TCE, así como los convenios internacionales. El artículo 2 enumera los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios: *a)* derecho a la tutela de la salud; *b)* a la seguridad y a la calidad de los productos y servicios; *c)* a una información adecuada y a una publicidad correcta; *d)* a la educación en el consumo; *e)* a la corrección, a la transparencia y a la equidad en las relaciones contractuales; *f)* a la promoción y al desarrollo del derecho de asociación, ejercido libremente y de forma voluntaria y democrática entre los consumidores y usuarios; *g)* a la instauración de servicios públicos según estándares de calidad y eficiencia. El artículo 3 define los conceptos esenciales: «consumidor o usuario», que es la persona física que actúa con propósitos ajenos a su actividad empresarial o profesional⁵; «profesional», que es la persona física o jurídica que actúa en el ejercicio de la propia actividad empresarial o profesional, o bien como intermediario; se definen, además, otros términos, como «asociación de consumidores», «productor» y «producto».

La parte II (arts. 4-32) concierne a la educación, la información y la publicidad, que se declaran orientadas a concienciar a los consumidores de los derechos e intereses que les corresponden, a fomentar el desarrollo de vínculos asociativos, a la participación en procedimientos administrativos, así como a la participación en la representación de los organismos pertinentes. El núcleo o *corpus* de normas de mayor relieve atañe a la información que debe proporcionarse al consumidor: proceda de donde proceda, ésta debe adecuarse a la técnica de comunicación utilizada y debe expresarse de manera clara y comprensible, teniendo siempre en cuenta la modalidad de conclusión del contrato o las características del sector, con la finalidad de garantizar que el consumidor toma conocimiento de la misma. Si se infringe el deber de información, el Código del consumo prevé la posibilidad de solicitar tanto la tutela administrativa como otra jurisdiccional específica, sobre todo en relación con las indicaciones de los productos, los precios por unidad de medida, la publicidad engañosa y comparativa, y otras comunicaciones comerciales.

La parte III, que con 84 preceptos es la más extensa, se ocupa de la «relación de consumo» y contiene principalmente las reglas relativas al derecho contractual. El título I «[D]ei contratti del consumatore in generale» se ocupa de las cláusulas abusivas en los artículos 33-37; el artículo 38 prescribe la aplicación supletoria de las disposiciones del *Codice civile* (= CC) a los contratos concluidos entre consumidores y profesionales, en lo no previsto por el *Codice del consumo*⁶. El título II «[E]sercizio dell'attività

⁵ Cuál sea la interpretación del término «consumatore» ha generado un amplio debate en la doctrina: ALPA, Guido, «Gli usi del termine “consumatore” nella giurisprudenza», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* (1999), II, pp. 4 ss.; DI MARZIO, Fabrizio, «Intorno alla nozione di “consumatore” nei contratti», comentario a *Cassazione civile* de 11 de enero de 2001, núm. 314, *Giustizia civile* (2001), 2151 ss.; BOCCHINI, Fernando, «Nozione di consumatore e modelli economici», en BOCCHINI, Fernando (ed.), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, vol. I, Gli scambi, Torino, 2003, 25 ss.; AMATO, Cristina, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003.

⁶ El artículo 142 Ccons dispone que el artículo 1469 *bis* CC queda modificado y sustituido por el siguiente texto: «[L]e disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore.»

commerciale» contiene un capítulo I rubricado «[D]isposizioni generali» con un único artículo (art. 39) sobre la aplicación del principio de buena fe, corrección y lealtad, también valorados de acuerdo con las exigencias de protección de las diversas categorías de consumidores. De igual modo, el capítulo II, «[P]romozione delle vendite» contiene una única sección con cuatro disposiciones sobre contratos de crédito al consumo y se efectúa una remisión a las disposiciones del Texto único de la ley en materia bancaria y crediticia (arts. 40-44). El título III «[M]odalità contrattuali» recoge, en el capítulo I, «[P]articolarità modalità di conclusione del contratto», cuatro secciones: la primera «[C]ontratti negoziati fuori dei locali commerciali» (arts. 45-49), la segunda, «[C]ontratti a distanza» (arts. 50-61), la tercera «[D]isposizioni comuni» (arts. 62-63) y la cuarta «[D]iritto di recesso» (arts. 64-67); finalmente, el capítulo II, «[C]ommercio elettronico» consiste en un mero reenvío al Decreto 2003, núm. 70, de transposición de la Directiva sobre el comercio electrónico (art. 68). En el título IV «[D]isposizioni relative a singoli contratti» se hallan las reglas sobre contratos relativos a la adquisición de un derecho de goce de bienes inmuebles repartido entre varias personas (arts. 69-81) y sobre servicios turísticos (arts. 82-100), mientras que el título V, «[E]rogazione di servizi pubblici», que únicamente cuenta con una norma de reenvío, garantiza los derechos de los usuarios de servicios públicos, con respeto a los criterios previstos en la normativa vigente sobre la materia (art. 101).

La parte IV, en los artículos 102-135 sobre la «[S]icurezza e qualità», define las nociones fundamentales, el ámbito de aplicación, y las normas sustanciales y de procedimiento en materia de seguridad de los productos (título I), de responsabilidad por daño causado por productos defectuosos (título II), de garantía legal de conformidad y garantías comerciales tras la adquisición de bienes de consumo (título III).

Finalmente, en la parte V (arts. 136-141) y VI (arts. 142-146) se hallan normas relativas a las asociaciones de consumidores y su acceso a la justicia (acciones inhibitorias y solución extrajudicial de las controversias), así como las disposiciones finales de modificación del *Codice civile* y de derogación de actos normativos anteriores, ahora absorbidos por el *Codice de consumo*. Efectivamente, el citado cuerpo legal agrupa un total de 20 leyes y decretos (art. 146 CS)⁷, en su formulación originaria⁸.

Contrariamente a lo dispuesto en la primera propuesta, ahora han sido transferidos del *Codice civile* al *Codice del consumo* dos ámbitos de tutela normativa, mediante la inclusión en este último de los preceptos relativos a las cláusulas abusivas⁹ y a la venta de bienes de consumo¹⁰. Según la opinión de la Comisión del Senado, que hizo suyas las propuestas de modificación de determinadas normas¹¹, es necesario valorar el carácter unitario del

⁷ *Relazione al decreto legislativo recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003*, 12, disponible en: http://213.175.14.65/pdf_upload/documenti/phpn1yjOL.pdf y http://www.codacons.it/documenti/pics/Relazione_codice_del_consumo.pdf.

⁸ Por ejemplo, *vid.* el artículo 1 de la Ley de 30 de julio de 1998, núm. 281, sobre la disciplina de los derechos de los consumidores y usuarios y sucesivas modificaciones, ahora inserto en el artículo 2 Ccons.

⁹ Ex arts. 1469 *bis*-1469 *sexies* CC, incorporados en el CC vía artículo 25 de la Ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52, que ha transpuesto la Directiva 93/13/CEE.

¹⁰ Ex artículos 1519 *bis*-1519 *nonies* CC, incorporados en el CC vía artículos 1 y 2 del d.lgs. 2 de febrero de 2002, núm. 24, de transposición de la Directiva 1999/44/CE.

¹¹ Recomendación del *Consiglio di Stato* 20 de diciembre de 2004 (n. 1), § 7.

Codice del consumo, como fuente de todo el Derecho de los consumidores¹². Efectivamente, hubiera resultado difícil reconciliar la finalidad de armonización y de reordenación de las normas relativas a los procesos de adquisición y consumo enunciadas en el artículo 1, si luego el mismo *Codice* excluía la regulación de áreas esenciales para la protección de los consumidores.

Casi todas las normas del *Codice del consumo* son consecuencia directa de la transposición de las directivas comunitarias, todas ellas referidas principalmente a las relaciones contractuales entre un profesional y un consumidor (los llamados contratos *businesses to consumers*-B2C), aunque se incluyen también, en algunos casos, relaciones comerciales entre profesionales (las llamadas *business to business relationships*-B2B)¹³. Con todo, además de la citada recopilación de decretos o leyes de transposición preexistentes, el *Codice del consumo* también innova, por ejemplo en relación con la tutela del consumidor en materia de televenta (arts. 28-32)¹⁴.

La estructura del *Codice del consumo* refleja las diversas fases esenciales del proceso de adquisición y consumo, según el orden cronológico en que se desarrollan¹⁵: desde las disposiciones sobre el deber de información que compete a los profesionales a partir del momento en que el consumidor manifiesta su interés a la adquisición de bienes o servicios (parte II), hasta las disposiciones sobre tutela del consumidor en el periodo sucesivo en el que – especialmente tras haber recopilado ulteriores informaciones– su interés se transforma en voluntad de adquirir los bienes y servicios, manifestada a través de la conclusión de un contrato (parte III). Finalmente, la fase de ejecución, con la que finaliza todo el proceso, se caracteriza por las disposiciones que sirven para equilibrar los intereses de las partes y para resolver eventuales conflictos, supuesto que el consumidor no quede satisfecho con el resultado (partes IV y V)¹⁶. En fase de discusión parlamentaria fue sugerida una estructura y organización alternativa del *Codice del consumo*: consistía en estructurar éste sobre la base del elenco de Derechos fundamentales del consumidor, enunciados en el artículo 2 Ccons¹⁷. La propuesta fue, sin embargo, rechazada, alegando las dificultades prácticas que habría para llevarla a

¹² Vid. *Relazione Ministero dell'Industria* (n. 8), p. 15, y el informe de la Comisión *ad hoc* n. X del la Cámara de los Diputados, de fecha 2 de febrero de 2005, p. 127 (<http://cerca.camera.it/fmAll.asp>), y la núm. 10 del Senado (<http://www.senato.it/static/bgt/lista-sommcomm/0/14/>).

¹³ Directivas 85/374/CEE, 85/577/CEE, 84/450/CEE, 90/314/CEE, 93/13/CEE, 94/47/CE, 97/7/CE, 98/7/CE, 97/55/CE, 98/6/CE, 97/5/CE, 98/27/CE, 1999/44/CE e 2001/95/CE [vid. las consideraciones introductorias («visto ...») del Ccons].

¹⁴ *Rapporto* del Ministerio de Industria (n. 8), p. 14.

¹⁵ *Rapporto* del Ministerio de Industria (n. 8), p. 5.

¹⁶ Nótese que la estructura del *Codice del consumo* no respecta exactamente las fases del proceso de adquisición y consumo, tal y como sería lógico esperar. Por ejemplo, la Sección dedicada a los servicios turísticos (arts. 82 ss.) no sólo contiene disposiciones sobre los deberes de información durante la formación del contrato (que correctamente se ubican en la parte III), sino que también incluye otras sobre el derecho de desistimiento y el resarcimiento de daños (arts. 92 ss.) que, propiamente, corresponden a la fase posterior a la conclusión del contrato, para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso y que, por eso mismo, correspondería ubicar en la parte IV. Por otra parte, debe también hacerse notar que una estructura rígida, que hubiese seguido al pie de la letra el esquema «*formación/conclusión/ejecución*» hubiera dado lugar a no pocas normas de reenvío y hubiese hecho difícilmente utilizable el *Codice*.

¹⁷ *Rapporto* Ministerio Industria (n. 8), p. 11.

cabo¹⁸. Con la actual presentación se sigue, en parte, el modelo francés del *Code de la consommation*¹⁹.

Que el *Codice del consumo* realmente pueda alcanzar los objetivos de armonización y reordenación de la materia, expresados en el artículo 1, y, en consecuencia, que pueda incrementarse el nivel de tutela del consumidor, es algo que puede ponerse en duda, a la vista de las consideraciones siguientes.

2. EL CODICE DEL CONSUMO ¿ES UN VERDADERO CÓDIGO?

Se trata de ver ahora si el *Codice del consumo* es un verdadero código en el sentido convencional de la expresión, tal y como se entiende en los sistemas jurídicos del *Civil Law*, *i.e.*, un *corpus* de reglas y de principios tendencialmente completos y coherentes, con pretensión de ordenar y sistematizar completamente un determinado sector del derecho²⁰.

2.1 Armonización de las definiciones

El catálogo de definiciones contenido en el artículo 3 CCons trata de armonizar las nociones esenciales que derivan de denominadores comunes a los diversos sectores tutelados en la norma. Así, por ejemplo, en relación con la venta a domicilio, el oferente ya no recibe la denominación de «operador económico»,²¹ sino que –siguiendo las definiciones del artículo 3.c Ccons– ahora pasa a llamarse «profesional» (art. 45 CCons).

De hecho, gran parte de las definiciones del *Codice del consumo*, como la de «consumidor» y «profesional» (art. 3.a y c CCons) o «contratos a distancia» (art. 50.a CCons), reflejan las respectivas definiciones de las directivas comunitarias²². De aquí puede deducirse que el *Codice del consumo* es un sistema abierto y suficientemente flexible²³ que permite albergar en su seno las futuras normas comunitarias, ya sean éstas de origen legislativo (directi-

¹⁸ *Rapporto* Ministerio Industria (n. 8), p. 11; Recomendaciones del *Consiglio di Stato* de 20 de diciembre de 2004 (n. 1), § 6.

¹⁹ *Code de la consommation*, *Loi* de 26 de julio de 1993, núm. 93-949 (en vigor a partir del 1 de marzo de 1994).

²⁰ Sobre los diversos significados de la palabra «*Codice*» como «microsistema legislativo, il cui scopo è quello di raggiungere un bilanciamento provvisorio degli interessi in gioco», *vid.* Recomendación del *Consiglio di Stato* 20 de diciembre de 2004 (n. 1), § 7. Hace ya años que ha sido inaugurada la época de los microcódigos sectoriales. *Ad exemplum*, pueden citarse: *Codice in materia di protezione dei dati personali*, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, *Codice della proprietà industriale*, *Codice della amministrazione digitale*, *Codice delle assicurazioni private*. A este propósito, *vid.* PALMIERI (n. 1), p. 348; TRIPODI, Enzo Maria, «Consumatore e diritto dei consumatori: linee di evoluzione e codice del consumo» (2005), disponible en internet en: <http://www.altalex.com/index.php?idstr=24&idnot=10008#sdfootnote12anc>.

²¹ Expresión precedentemente utilizada en el d.lgs. de 15 de enero de 1992, núm. 50, de transposición de la Directiva 85/577/CEE, sobre ventas fuera de los establecimientos comerciales.

²² Incluso aunque, por ejemplo, en la versión italiana de algunas directivas, en la definición de «*consumatore*» no se alude a «*attività professionale o commerciale*» sino solo a «*attività professionale*» (art. 2 b Directiva 93/13/CEE).

²³ *Cfr.* SCHULZE, Reiner-SCHULTE-NÖLKE, Hans, «Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht», en SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergr-*

vas, reglamentos) o jurisprudencial (esto es, la interpretación que de las normas haga el Tribunal de Justicia)²⁴.

La armonización perseguida por el legislador es, en todo caso, aproximada: se nota la aparición en el *Codice del consumo* de más de una definición del mismo término, por ejemplo, el de «consumidor»: aparece definido con carácter general en el artículo 3.a Ccons y también en el artículo 128.2.a CCons. En este segundo supuesto, la definición es superflua. Sí que hubiese sido necesario precisar la noción de consumidor en el artículo 83.1.c Ccons, en relación con el sector de servicios turísticos. En realidad, en este caso no está nada claro si los artículos 82 ss. Ccons sobre paquetes turísticos protegen sólo al consumidor, en el sentido del artículo 3.a Ccons, o bien también –tal y como sugería la Directiva 90/314/CEE– a las personas físicas y jurídicas que actúan en el ámbito de su actividad profesional²⁵.

El término «vendedor» que, en relación con el instituto de la multipropiedad (art. 69 CCons), los paquetes turísticos (art. 83 CCons) y las ventas de bienes de consumo (art. 128 CCons), es definido de tres maneras diversas, habría podido ser absorbido por la noción de «profesional»²⁶, a la vista de los objetivos de armonización y de reordenación anunciados²⁷, por lo menos para el sector de la multipropiedad y las ventas de bienes de consumo.

La incoherencia en las definiciones da la impresión de que el *Codice del consumo* no alcanza el objetivo propuesto de reordenación de toda la

und des Gemeinschaftsrechts, Tübingen, 2001, 1 ss. (con referencia al § 13 *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB).

²⁴ Se auspicia la reforma del artículo 65 Ccons sobre el derecho de desistimiento. A pesar de la sentencia *Heininger* [STJCE 13 de diciembre de 2001, C-481/99, Rec. 2001, p. I-9945], en la que el TJCE declaró que no era posible que el legislador nacional limitara el plazo para ejercer el derecho de desistimiento, en todos los casos en los que el consumidor no había sido informado de su derecho, el ordenamiento italiano (a diferencia del alemán o el español) ha mantenido el plazo de los 60 ó 90 días, aunque el profesional no haya cumplido con su deber de información. Un comentario a esta sentencia, denunciando ya la actitud del legislador italiano, en EBERS, MARTIN-ARROYO AMAYUELAS, Esther, ««Heininger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (STJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9 (2006), 409-444.

²⁵ Artículo 2.4 Dir.: Consumidor: la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado («el contratante principal»), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado («los demás beneficiarios») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado («cesionario») [...].

²⁶ Cfr. el BGB: el § 14 contiene una definición de empresario [*Unternehmer*] comparable con la de profesional [*professionista*] ex artículo 3.1.c CCcons. Esta definición, así como la de *Verbraucher* (§ 13 BGB), se aplica también (además del § 241.a BGB sobre bienes/servicios no solicitados, al § 310 BGB sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, a los §§ 312 ss. BGB sobre venta fuera de establecimientos comerciales, contratos a distancia y contratos electrónicos, al § 355 BGB sobre el derecho de desistimiento en contratos con consumidores, y, en fin, a los §§ 491 ss. BGB sobre contratos de crédito al consumo) a los §§ 474 ss BGB sobre la venta de bienes de consumo y a los §§ 481 ss. BGB sobre la multipropiedad.

²⁷ Considerando además lo dispuesto en las Directivas 94/47/CE y 1999/44/CE: la definición de «*venditore*» sigue siempre el mismo criterio (esto es, será toda persona física o jurídica que actúe en el ámbito de su actividad profesional), repetido además en muchas otras directivas para definir a aquél que ofrece bienes y/o servicios. En la Directiva 90/314/CEE la definición es más genérica: «la persona che vende o offre in vendita servizi tutto compreso proposti dall'organizzatore» (art. 2.3).

disciplina. Es, ni más ni menos, la consecuencia de una codificación acelerada²⁸.

2.2 Introducción de nuevos conceptos

Además de las definiciones fundamentales, ya presentes en otros actos normativos de transposición y ahora incorporados en el artículo 3, el *Codice del consumo* ha introducido nuevos conceptos. Piénsese, por ejemplo, en la expresión «proceso de adquisición y consumo» (art. 1) o bien en la de «relación de consumo» con la que se rubrica la parte III: ambas son creadas *ex novo*. Con todo, estas nuevas expresiones no convencen. Con la primera («proceso de adquisición y consumo»), probablemente se trataba de evidenciar y, al mismo tiempo, de conectar lógicamente las diversas fases que conducen al consumidor a la adquisición; pero la expresión se presenta de dudosa utilidad, a causa de su imprecisión y vaguedad. Con la segunda («relación de consumo»), se trata de individualizar una nueva categoría que sea compatible con la tradicionalmente aceptada y difundida de «relación obligatoria», pero el significado que asume en el uso corriente produce perplejidad en cuanto a la eficacia y oportunidad de la elección terminológica.

2.3 Armonización de los contenidos

Fruto de las presiones de la comunidad académica²⁹, el *Codice del consumo* ha tratado de armonizar las disposiciones sobre el derecho de desistimiento: el plazo para ejercerlo se ha uniformizado con la previsión de «diez días laborables» para los contratos a distancia, las ventas a domicilio (antes eran siete días laborables) y la multipropiedad (antes eran diez días). Con todo, sorprendentemente, las normas generales sobre el derecho de desistimiento (arts. 64-67 Ccons) sólo se aplican a los contratos a distancia y a las ventas a domicilio (art. 64 Ccons), mientras que sectores como el de la multipropiedad y los paquetes turísticos «todo incluido» tienen normas propias (en los arts. 73 y 92, respectivamente).

Debe subrayarse que, al menos en lo que respecta a la multipropiedad –regulada mediante disposiciones comunitarias y nacionales similares a las de la ventas a domicilio y contratos a distancia– hubiera sido deseable poder aplicar por extensión las normas generales reguladoras del desistimiento en los artículos 64-67 Ccons. Así, el artículo 73 Ccons habría regulado «sólo» aspectos específicos y peculiares del derecho de desistimiento en el contexto específico de la multipropiedad que, por otra parte, es exactamente lo que sucede con las ventas a domicilio (arts. 47-48 Ccons) o con los contratos a

²⁸ El *Decreto ministeriale* de 13 de abril de 1999 ha creado, en el seno del Ministerio de Justicia, una *Commissione di studio per la revisione sistematica del diritto commerciale e, in particolare, per una revisione del diritto concernente le attività di impresa secondo le linee ispiratrici del diritto comunitario e in armonia con le esigenze evolutive del sistema economico sociale*, que también se ha ocupado de la tutela al consumidor. Según esta Comisión, una normativa nueva sólo hubiese sido factible a medio o largo plazo. Cfr. http://www.giustizia.it/studierapporti/commissione_rovelli1.htm#c31.

²⁹ FALCONIO, Diomede, «Il recesso del consumatore», en BOCCHINI (n. 25), 383 ss.; GUERINONI, Ezio, «Sul diritto di “ripensamento” e sui suoi effetti», comentario a Tribunale di Lucca 31.8.2004, *I Contratti* (2005), 378 ss.

distancia (art. 55 Ccons)³⁰. Una vez más, la aclamada armonización del Derecho de consumo enunciada en el artículo 1 CCons no encuentra aplicación en las reglas adoptadas.

2.4 Concordancias y discordancias con el *Codice civile*

En cuanto a la correspondencia entre las reglas de los contratos de consumo del *Codice del consumo* y las reglas generales sobre el Derecho contractual contenidas en el *Codice civile*, se aprecian innovaciones importantes. El concepto de ineficacia de las cláusulas abusivas (*vessatorie*) ex artículo 1469 quinquies *Codice civile* ha sido substituido por el de «nulidad de protección» (*nullità di protezione*) en el artículo 36 Ccons³¹. En un primer análisis, parece que, en realidad, la «nulidad de protección» debe reconducirse a la categoría civilística ya existente de la nulidad³². Pero, en ese caso, quedarían sin resolver determinadas cuestiones referentes a la coordinación entre las normas especiales del artículo 36 Ccons y las generales sobre nulidad de los artículos 1418 ss. CC.

El artículo 36.1 CCons prevé que las cláusulas abusivas (*vessatorie*) de los artículos 33 y 34 Ccons sean nulas, sin perjuicio de la validez del contrato³³. Pero la validez del resto del contrato dependerá también de las disposiciones generales del artículo 1419.1 CC sobre la nulidad parcial³⁴. La eficacia de la solución normativa adoptada –y, en última instancia, la satisfacción de los intereses de los consumidores– queda, pues, al albur de la aplicación judicial y según la interpretación dada al caso concreto.³⁵

Además, el artículo 36.3 CCons añade otra disposición sobre la nulidad de protección³⁶: establece que sólo puede ser invocada por el consumidor o el juez de oficio. Ello constituye una excepción con respecto a la regla general establecida en el artículo 1421 CC, que concede el remedio de la nulidad a «cualquiera que tuviera interés», además de legitimar al juez para actuar de oficio. Una cuestión diversa reside en la aplicabilidad del artículo 1422 CC a

³⁰ Sobre la técnica normativa que aquí se sugiere, véase el ejemplo del BGB, que contiene reglas generales sobre el derecho de desistimiento, comunes a todos los contratos con consumidores (§§ 312, 312d e 485 BGB) y también reglas específicas para algunos sectores-ventas fuera de establecimiento, a distancia, multipropiedad (§§ 355 ss. BGB). Sea permitido, de nuevo, el reenvío a EBERS-ARROYO, «Heininger», cit.

³¹ Su elaboración se debe a la actividad, más bien creativa, de la *Corte di cassazione*, que siempre ha recurrido a la categoría de la nulidad en relación con el antiguo artículo 1469 quinquies *Codice civile*. Vid. *Cassazione civile* de 18 de enero de 2002, núm. 547; *Cassazione civile* de 4 de abril de 2001, núm. 4946; *Cassazione civile* de 19 de enero de 2000, núm. 569.

³² Además de la nulidad, el CC italiano admite la anulabilidad (arts. 1425 ss.), la rescisión (arts. 1447 ss.) y la resolución (arts. 1453 ss.) del contrato.

³³ En la Directiva 93/13/CEE, vid. el artículo 6.1.

³⁴ Según el artículo 1419.1 CC la nulidad de cláusulas individuales puede determinar la nulidad de todo el contrato, si resulta que las partes no lo habrían celebrado sin la cláusula en cuestión.

³⁵ Una posible alternativa hubiese consistido en introducir una regla específica, como la del § 306.3 BGB.

³⁶ Otros ejemplos de nulidad parcial (o relativa) en favor del cliente se encuentran en el Derecho bancario, en el artículo 127.2 d.leg. de 1 de septiembre de 1993, núm. 385 (*Testo unico in materia bancaria e creditizia*); en el Derecho de seguros, en el artículo 167.2 d.lgs. de 7 de septiembre de 2005, núm. 209 (*Codice delle assicurazioni private*); en el sector de servicios financieros, en el artículo 23.3 d.lgs. de 24 de febrero de 1998, núm. 58 (*Testo unico in materia di intermediazione finanziaria*).

los contratos de consumo, relativamente a la imprescriptibilidad de las acciones generales de nulidad (salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición): de esta manera, la tutela que ofrece el legislador italiano se inclina definitivamente –y de manera excesiva– en favor de la parte más débil del contrato.

Así pues, teniendo en cuenta que sólo el consumidor podrá invocar la acción de nulidad de protección, y que podrá hacerlo siempre y en todo momento, la conclusión es que lo hará siempre que le parezca oportuno o ventajoso para sus intereses. En la práctica, será suficiente con que el consumidor cambie de idea en base a motivos puramente personales. En otras palabras, las razones particulares que lleven a uno a contratar (al consumidor), que nunca ha sido un requisito del contrato, a diferencia de la causa, que sí que lo es, acaba siendo determinante para destruir el vínculo contractual. Es dudoso que tal interpretación, decididamente favorable al consumidor, deba acogerse con demasiado entusiasmo.³⁷

2.5 El calificativo «del consumo» ¿es apropiado para definir a este Código?

La expresión «de consumo» que califica a este Código no parece tampoco demasiado oportuna o apropiada para describir el nuevo *corpus* normativo.

En una primera lectura (superficial) podría parecer que la expresión utilizada describe de manera óptima un código recopilatorio de todas las normas de tutela del consumidor. Por lo demás, esta es una interpretación que confirmaría la simple lectura del artículo 1 Ccons que, como ya se ha explicado con anterioridad, enuncia el objetivo de un alto nivel de protección del consumidor; y también la del artículo 2 y el elenco de derechos fundamentales del consumidor que presenta, hace visible la existencia de un nuevo *status* social jurídico del consumidor.

Pero, como se acaba de indicar, el *Codice del consumo* no contiene solamente reglas que afectan al consumidor, sino que dispone igualmente de normas que afectan, en general, a la práctica del comercio. Un ejemplo de lo que se acaba de decir es el artículo 39 Ccons, sobre la actividad comercial, que debe ser practicada al amparo del principio de la buena fe, con corrección y lealtad, teniendo en cuenta *también* las exigencias de protección de los consumidores. Otro ejemplo viene dado por los artículos 40 ss. Ccons, agrupados bajo la rúbrica «[P]romozione delle vendite», que parecen estar dirigidas al profesional mucho más que al consumidor. Aun otro ejemplo se refiere a las instituciones que juegan un rol fundamental en el control preventivo y administrativo en el sector de la publicidad engañosa y comparativa, que es

³⁷ El debate doctrinal sobre las diversas categorías de nulidad presentes en el sistema jurídico italiano no es nuevo. Entre los escritos más recientes sobre la nulidad, en general: MARICONDA, Bonfilio, «L'azione di nullità nei contratti in generale», *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (1991), IV, t. 1, 463 ss.; GALGANÒ, Francesco, «Della nullità del contratto», *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, 1998, 110 ss.; a favour de diversas formas especiales de nulidad: DI MAJO, Adolfo, «Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto», en DI MAJO, Adolfo-FERRI, Giovanni Battista-FRANZONI, Massimo, *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456 ss.; GIOIA, Gina, «Nuove nullità relative a tutela del contraente debole», *Contratto e impresa* (1999), 1336 ss. Una nueva definición («atípica invalidez relativa»), se lee en SACCO, Rodolfo, «Nullità e annullabilità», *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile* (1995), XII, 464 ss.

l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* (art. 26 Ccons), creada en el año 1990 con la ley italiana *antitrust*. Finalmente, constituyen nuevos ejemplos las numerosas referencias al *Decreto legislativo* de 31 de marzo de 1998, núm. 114, sobre la reforma del sector del comercio (arts. 15, 44, 49, 61 CCons). Naturalmente, estas normas, que garantizan el correcto funcionamiento del mercado y una competencia leal, también favorecen indirectamente al consumidor. Por eso creo que, en lugar de «*Codice del consumo*», la norma debería haber optado por una rúbrica más transparente y más evocativa de las reglas que contiene. Con la actual, según también dan a entender los motivos de la norma, da la impresión de que la regulación está enfocada exclusivamente hacia el consumidor-ciudadano y, por tanto, la misma no da cabal idea de que también existen preceptos sobre prácticas comerciales desleales y aun otros dirigidos sólo a los profesionales. Si la protección de los consumidores es, precisamente, también la protección del mercado y de la competencia, lo correcto hubiera sido rubricar la norma teniendo en cuenta tal planteamiento.

Más allá de la inidoneidad de la expresión «*del consumo*» y desde un punto de vista sustancial, queda evidenciado que algunas áreas que son propias del consumo quedan fuera del Código. Por ejemplo, la Ley de 17 de agosto de 2005, núm. 173, sobre protección del consumidor en las ventas piramidales³⁸ y el *Decreto Legislativo* de 19 de agosto de 2005, núm. 190, que implementa la Directiva 2002/65/CE³⁹, no han sido incorporadas en el nuevo *Codice del consumo*⁴⁰, a pesar de que eran previas al Decreto Legislativo de su promulgación⁴¹ y a pesar también de que la estructura del Código está preparada para acomodar eventuales nuevas normas.

A parte de esta (probablemente) inadvertida exclusión de algunos sectores del *Codice del consumo*, lo que más sorprende es la falta de inclusión de numerosas áreas relacionadas con la tutela de los consumidores, en relación con las cuales el *Codice* adopta la técnica del mero reenvío a una fuente normativa externa. Es significativo, por ejemplo, el reenvío externo en los sectores del crédito al consumo (el art. 43 Ccons reenvía al d.legs. de 1 de septiembre de 1993, núm. 385, esto es, el *Testo unico* en materia bancaria), en el de las ventas a domicilio (no sólo el art. 44, sino también el art. 49 reenvía al d.legs. 31 de marzo de 1998, núm. 114, sobre la reforma del sector comercial)⁴², el de los contratos a distancia (el art. 61 reenvía al d.legs.

³⁸ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 2 de septiembre de 2005, núm. 204, en vigor desde el 17 de septiembre de 2005. El proceso legislativo se inició en fecha 20 de marzo de 2002: por lo tanto, las normas podían haber sido incluidas en el *Codice del consumo*. Vid. *Scheda dei lavori preparatori, XIV Legislatura, Atto parlamentare n. 2542*, consultable en internet: <http://cerca.camera.it/visRisultato.asp?Type=HTML&docNo=7>.

³⁹ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 22 de septiembre de 2005, núm. 221, publicada en *GU* de 6 de octubre de 2005, núm. 233, en vigor desde el 7 de octubre de 2005, disponible en internet en la dirección siguiente: http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/dlgs190_05.html#Art.por.100201.

⁴⁰ Sin contar, también en este caso, que las definiciones y los conceptos utilizados en las diversas fuentes tomadas en consideración no son homogéneos: un ejemplo entre muchos: la Ley de 17 de agosto de 2005, núm. 173, adopta la expresión «*incaricato alla vendita diretta a domicilio*» y el d.lgs. de 19 de agosto de 2005, núm. 190 el concepto «*fornitore*», mientras que, como es sabido, el nuevo *Codice del consumo*, define en el artículo 3 el «*professionista*».

⁴¹ Vid. n. 2.

⁴² *Decreto legislativo sulla Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*, en internet en la siguiente dirección: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/98114dl.htm>.

de 31 de marzo de 1998, núm. 114) y, sobre todo, el del comercio electrónico (el art. 68 reenvía al d.leg. de 9 de abril de 2003, núm. 70, de transposición de la Directiva 2000/31/CE). Incluso las nuevas reglas sobre televenta (arts. 28 ss. Ccons) remiten, en lo que concierne a la cuestión fundamental del ámbito de aplicación, a las «televentas tal y como quedan definidas en el reglamento sobre publicidad radiotelevisiva y televentas, adoptado por la [A]utorità per le garanzie nelle comunicazioni (...)», esto es, a una fuente externa al Código.

* * *

Con esta codificación, el ordenamiento jurídico italiano ha abandonado la «solución unitaria» y, siguiendo⁴³ el modelo francés⁴⁴ y español⁴⁵, ha optado por la «solución dual» que consiste en una regulación separada del Derecho de consumo respecto al resto del Derecho civil⁴⁶.

Por tanto, contrariamente a lo expresado por el Ministerio de Industria en el momento de la promulgación del *Codice del consumo*⁴⁷, el nuevo texto no ha armonizado ni reorganizado la materia por completo. Además, sus disposiciones concurren con otras reglas ya contenidas en otras fuentes, en detrimento de la claridad, la transparencia, el conocimiento y la comprensibilidad del Derecho de los consumidores.

⁴³ *Relazione* del Ministerio de Industria (n. 8), p. 10.

⁴⁴ Como se sabe, las reglas generales del Derecho civil se encuentran en el *Code civil*, mientras que las que regulan el Derecho de consumo, en el *Code de la consommation* (n. 190), con excepción de las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos (art. 1386-1 a 1386-18 *Code civil*, incorporados con la *Loi* 19 mai 1999, núm. 98-389).

⁴⁵ También en este caso las reglas generales del Derecho civil se contienen en el Código civil y las reglas de consumo en numerosas otras disposiciones (no en un solo código, según la guía que proporciona el modelo francés), siendo seguramente la más importante la *Ley* 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, modificada por la *Ley* 7/1998, de 13 de abril de 1998, la *Ley* 39/2002, de 28 de octubre, la *Ley* 22/2003, de 9 de Julio y la *Ley* 23/2003, de 10 de julio.

⁴⁶ En este contexto, vale la pena hacer notar que el sistema jurídico italiano, contrariamente al francés y al español, entre otros, no cuenta con un Código de Comercio. Las reglas de derecho mercantil y societario se encuentran en los Libros Cuarto y Quinto del *Codice civile*.

⁴⁷ *Relazione* del Ministerio de Industria (n. 8), p. 12.

Rapports nacionales de Derecho privado europeo, comparado y comunitario (2006-2007)

ALEMANIA

MARTIN EBERS y EVA INÉS OBERGFELL

Bibliografía (2006-2007)

MARTIN EBERS *

1. DERECHO PRIVADO EUROPEO - CUESTIONES GENERALES

- ARTZ, Markus: *Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht-Deutschland und Europa: Symposion aus Anlass der Verabschiedung von Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Bülow am Freitag, dem 17. Februar 2006, Universität Trier, Heidelberg*, C. F. Müller, 2007.
- HEIDERHOFF, Bettina: *Gemeinschaftsprivatrecht, 2. überarbeitete Auflage*, München, Sellier, 2007.
- HERRESTHAL, Carsten: *Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen: Methoden, Kompetenzen, Grenzen dargestellt am Beispiel des Privatrechts*, München, CH Beck, 2006.
- JÄGER, Torsten: *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Mindestharmonisierung, der richtlinienorientierten Auslegung und des Vorabentscheidungsverfahrens*, Baden-Baden, Nomos, 2006.
- JUNG, Peter-BALDUS, Christian (eds.): *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, München, Sellier, 2007.
- KUHNKE, Michael: *Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union und in Kanada. Ein Vergleich am Beispiel des Gesellschaftsrechts und des Verbrauchervertragsrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law. Eine Rechtstheorie ohne Recht. Posner v. Hayek zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- RANIERI, Filippo: *Das europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts: Studien zur Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007.
- RIESENHUBER, Karl: *Europäische Methodenlehre: Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, Berlin, de Gruyter, 2006.

* Doctor en Derecho y científico asistente en el Institut für Internationales Wirtschaftsrecht en la Westfälische Wilhelms-Universität Münster y actualmente investigador en la Universidad de Barcelona.

STRESE, Julia: *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Privatrechtsangleichung im Binnenmarkt: eine Untersuchung zur vertikalen Kompetenzverteilung im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts und zu den Folgen kompetenzüberschreitenden Handelns*, Baden-Baden, Nomos, 2006.

2. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

GAIER, Reinhard-WENDTLAND, Holger: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG. Eine Einführung in das Zivilrecht*, München, CH Beck, 2006.

RÜHL, Wolfgang-SCHMID, Matthias-VIETHEN, Hans Peter: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, München, CH Beck, 2007.

STORK, Florian: *Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

3. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO-CUESTIONES GENERALES

DÜCHS, Constantin: *Die Behandlung von Leistungsstörungen im europäischen Vertragsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

MITZKAIT, Anika: *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung. Ein Vergleich der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

SCHNEIDER, Winfried-Thomas: *Abkehr vom Verschuldensprinzip? Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Vertragshaftung (BGB, Code civil und Einheitsrecht)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

SCHURR, Francesco A.: *Geschäftsimmanente Abstandnahme : das ius poenitendi des Europäischen Fernabsatzrechts in Gegenüberstellung zu artverwandten Instituten des allgemeinen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

SCHULZE, Reiner (ed.): *New Features in Contract Law*, München, Sellier, 2007.

STAMER, Felix: *Die Bindung an öffentliche Äußerungen Dritter im vertragsrechtlichen Acquis communautaire*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

STEYNS, Jürgen: *Grenzen der Vertragsänderung: allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts und ihre Bedeutung für die Existenz eines unabänderlichen Kerngehalts im europäischen Primärrecht*, Berlin, Lit-Verlag, 2006.

VOGEL, Alexander von: *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht: Fragen der Kohärenz in Europa*, Berlin, De Gruyter, 2006.

4. COMPRAVENTA

EWERT, Anja Nikola: *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag. Eine rechtsvergleichende Studie des deutschen und englischen Rechts sowie des UN-Kaufrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.

- MONT, Ivo du: *Die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz im neuen Schuldrecht. Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Kaufvertrags*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- REIFNER, Claire Anna: *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Italien und Deutschland*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- STREER, Jan: *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im englischen Recht durch die Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- ZERRES, Thomas: *Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des deutschen und englischen Kaufrechts*, München, Sellier, 2007.

5. DERECHO DE SERVICIOS FINANCIEROS

- BERNT, Isabella: *Der Überweisungsvertrag im deutschen und im französischen Recht. Eine Untersuchung zur Stellung des Kunden gegenüber der überweisenden Bank nach Umsetzung der Richtlinie 97/5/EG*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- DENNIS Voigt: *Die Rückabwicklung von Kartenzahlungen. Auswirkungen der Existenz oder Ausübung von Vertragslösungsrechten des Karteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen auf Kredit- und ec-Kartentransaktionen*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

6. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- DIERKES, Holger: *Sicherungspflichten des Bauträgers in Spanien und Deutschland. Insbesondere aus Art. 19 Ley de Ordenación de la Edificación und aus §§ 3 und 7 Makler- und Bauträgerverordnung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- KRIMPHOVE, Dieter: *Das europäische Sachenrecht: eine rechtsvergleichende Analyse nach der komparativen Institutionenökonomik*, Lohmar, Eul Verlag, 2006.
- MALZAHN, Bettina M.: *Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Enteignungen auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage zwischen 1945 und 1949 und der deutschen Restitutionsgesetzgebung nach der Wiedervereinigung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.

7. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

- BRÖMMELMEYER, Christoph: *Internetwettbewerbsrecht. Das Recht der Ubiquität - Das Recht der Domain Names - Das Recht der kommerziellen Kommunikation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- HAASE, Martin: *Die unlautere Wettbewerbshandlung nach der UWG-Reform. Zu den normativen Leitlinien des neuen Lauterkeitsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Verbrauchers als Schutzsubjekt*, Verlag Dr. Kovac, 2006.

- KOCH, Eberhard: *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken. Aggressives Geschäftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2006.
- LEISTNER, Matthias: *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb. Eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- NEUBERGER, Julius: *Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- RODERBURG, Dominik: *Das lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot in Deutschland und Belgien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.

8. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- KOCHER, Eva: *Funktionen der Rechtsprechung. Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- PECHSTEIN, Matthias: *EU-/EG-Prozessrecht. Mit Aufbaumustern und Prüfungsabsichten*. Unter Mitarb. v. Christiane Busch u. Philipp Kubicki, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- RATHENAU, Alexander: *Die Anwendung des EuGVÜ durch portugiesische Gerichte unter Berücksichtigung des autonomen internationalen Zivilverfahrensrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- SCHMITT, Michaela Christina: *Rechtssicherheit im Binnenmarkt. Zur Notwendigkeit eines Europäischen Schiedsgerichts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- THIELE, Alexander: *Europäisches Prozessrecht: Verfahrensrecht vor dem EuGH*, München, CH Beck, 2007.

Legislación

EVA INÉS OBERGFELL *

Legítima – quo vadis? Informe sobre el Simposio «Cuestiones sobre la reforma del derecho a la legítima» en el Castillo de Salzau (30 de noviembre-2 de diciembre de 2006) y el Anteproyecto del Ministerio Federal de Justicia alemán

* Dra. Eva Inés Obergfell es abogada y trabaja actualmente en la cátedra de Derecho comercial y de la Propiedad intelectual en la Universidad Técnica de Munich. La autora agradece a Hilda Obergfell su ayuda con la traducción del texto al castellano y a la Dra. Esther Arroyo i Amayuelas, Prof. Titular Dret Civil, U. Barcelona, por la sugerencia de publicar este informe en el Anuario de Derecho Civil.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 19 de abril de 2005¹ ha reabierto de nuevo el debate sobre la legítima. Hace mucho tiempo que se discute sobre el instituto y, en concreto, en Alemania, ya desde la promulgación del Código Civil, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Actualmente, la legítima está regulada en los §§ 2303-2338 BGB y, según el Derecho alemán, son legitimarios los descendientes, los padres y el cónyuge del testador. La legítima no es *pars bonorum*, sino que sólo otorga al legitimario un derecho de crédito a su reclamación frente al heredero por un importe que es de la mitad de lo que el legitimario recibiría en la sucesión intestada. Hoy, más de un siglo después, todavía se plantea la duda de si la legítima (en esencia inalterada desde la fecha de promulgación del BGB, a finales del s. XIX) aún encuentra justificación en la realidad social, sobre todo teniendo en cuenta las circunstancias actuales de la convivencia familiar. El *Deutscher Juristentag* (DJT)² se ha ocupado ya tres veces de este tema (la última, en el año 2002) que, tanto política como socialmente, despierta enorme interés. En su momento, no se abogó por la derogación de la legítima (como había exigido cierto sector de la doctrina)³ y se votó por su mantenimiento pero con algunos retoques, esto es, con modificaciones parciales que afectaban, especialmente, a su privación⁴. En su última sentencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán deja libertad al legislador respecto a la posibilidad de introducir reformas en el instituto⁵. Y, según parece, está dispuesto a hacerlas. Efectivamente, el Ministerio Federal de Justicia alemán prepara un anteproyecto para la reforma del derecho de sucesiones que, esencialmente, tiene por objeto la legítima. Todo ello constituía, pues, un motivo suficiente para la organización del Simposio «Cuestiones sobre la reforma del derecho a la legítima», dirigido por Anne Röthel (Hamburgo) y que tuvo lugar del 30 de noviembre al 2 de diciembre en el Castillo de Salzau (cerca de Hamburgo). Esta reseña tiene por objeto dar cuenta del mismo⁶.

En su conferencia inaugural Peter Badura (Munich) presentó el conflicto entre «El Derecho de sucesiones, la libertad de testar y la protección de la familia», a propósito de la fundamental Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 2005 antes mencionada. Ésta sitúa la legítima entre la garantía del Derecho de sucesiones (esto es, el Derecho a disponer de los bienes por herencia) y la protección del matrimonio y la familia. Según la formulación del Tribunal Constitucional Federal la «participación económica mínima en la herencia, inderogable como principio, e independiente de la situación de necesidad» de los hijos del testador se basa, a la vez, tanto en el artículo 14.1.I como en el artículo 6.1 de la Constitución Alemana («*Grundgesetz*», GG). Badura entendía la referencia del Tribunal Constitucional

¹ Tribunal Constitucional Federal alemán, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* [= ZEV] 2005, pp. 301 ss.; véanse los comentarios de Otte, *Juristen Zeitung* [= JZ] 2005, pp. 1007-1010; Kleensang, ZEV 2005, pp. 277-283; Schöpflin, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* [= FamRZ] 2005, pp. 2025-2030.

² El DJT es un congreso de juristas alemanes, que tiene lugar cada dos años.

³ En este sentido, por ej., Petri, *Zeitschrift für Rechtspolitik* [= ZRP] 1993, p. 205.

⁴ Véanse las conclusiones del 64. DJT, *Neue Juristische Wochenschrift* [= NJW] 2002, pp. 3073 y 3074; véanse también el dictamen sobre el derecho de alimentos y de sucesiones de Martiny, 64. DJT, 2002, p. A 79 y 80 y también pp. 104 ss.

⁵ Véase Tribunal Constitucional Federal alemán, ZEV 2005, p. 301 y, especialmente, p. 304.

⁶ Puede leerse una versión abreviada de este informe en ZEV 2007/1, p. X y XI.

Federal alemán al artículo 6.1 GG como limitación de la libertad de testar, justificada por el parentesco que resulta de la descendencia y, además, concluyó que tal participación económica mínima en la herencia del causante no se refiere sólo a los hijos del testador, sino también a los padres y al cónyuge. Según Badura, la legítima encuentra su fundamento en la descendencia y en la solidaridad familiar. La legítima es, desde el punto de vista de Badura, un mecanismo cuyo punto de equilibrio se encuentra entre la libertad de testar y la protección de la familia.

II. EFECTOS DE LA LEGÍTIMA

A continuación, se trataron los efectos de la legítima en el ámbito social y empresarial. Jens Beckert (Colonia) defendió su provocadora tesis en torno a la «sociología de la legítima»⁷. Según Beckert, la herencia como mecanismo de transmisión del patrimonio es expresión de una relación de afectividad, lo cual le lleva a exigir la derogación de la legítima, en clara contradicción con las tesis defendidas por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Efectivamente, según Beckert la herencia se basa en el cariño y no puede estar regulada por leyes. A la posible objeción, según la cual existiría un derecho natural de los hijos a participar en ella, Beckert opone el argumento de que la obligación de los padres se refiere, en esencia, a la crianza de los hijos y que no existe ningún derecho a una participación material. También se puede objetar que la legítima sirve especialmente para dar protección a un testador que se deja manejar en demasía por motivos afectuosos en su última fase de la vida (por ejemplo en el caso de asistencia en la vejez) y que él mismo ha desatendido a sus propios descendientes. Beckert añade que los legitimarios posiblemente no habían vivido una relación solidaria con el testador y que, por el contrario, una relación solidaria no está siempre recompensada con la legítima. Siguiendo a Beckert, la derogación de la legítima puede reforzar las relaciones solidarias en el ámbito social más próximo. Sin embargo, en algunos casos, el propio Beckert acepta limitaciones al rigor de su propuesta, en favor de los hijos que el testador haya podido tener en el pasado y de los que ya no se ocupe, por haber creado, él mismo, otra familia. Los admite también, como consecuencia de la creación de un patrimonio común, cuando se trata de la legítima de los cónyuges.

La exposición de Rosemarie Nave-Herz (Oldemburgo) se basó en los últimos resultados empíricos de su investigación. Con el título «La generación de los herederos en cifras», se ocupó del incremento patrimonial que experimentan los herederos gracias a la herencia y expresó la expectativa de un incremento de volumen de estas últimas, que se traduce en la acumulación de riqueza en manos de unos pocos. Dicho de otra manera: que una minoría que ya está acomodada, hereda mucho. Además, Nave-Herz se preguntaba lo siguiente: ¿Qué se deja en herencia?, ¿Quién hereda más?, ¿Cuándo se hereda? y ¿Qué esperan los herederos? Las respuestas fueron, por ejemplo, que las herencias en su mayor parte consisten en dinero (57 por 100) e inmuebles (48 por 100), que los alemanes del Oeste heredan más que los del Este y que las herencias (que no son un fenómeno exclusivo de la clase alta) contribuyen a la perpetuación de la desigualdad social. Desde hace veinticinco años, los cónyuges figuran en primer lugar como herederos y les siguen los hijos. Con-

⁷ Véase Beckert, *Unverdingtes Vermögen, Soziologie des Erbrechts*, Frankfurt/Main, 2004.

trariamente a lo que sucedía anteriormente, domina ahora –según Nave-Herz– la predilección hacia el cónyuge. Una observación también muy interesante es que, normalmente, la herencia queda en la familia y que la causa principal de otorgar testamento es, precisamente, la existencia de la familia. Digno de mención es, además, que la actual generación de herederos, a causa del crecimiento de la expectativa de vida, dispone de vivienda propia mucho antes de la muerte del causante y que la familia de tres o cuatro generaciones hoy ya no es un fenómeno extraño (Nave-Herz utilizó la expresión «familia de múltiples generaciones multilocales» para referirse a los hijos que viven en lugares distintos). Hay algunos datos contradictorios: el 84 por 100 de los testadores acepta la opinión de que la herencia debe ser de libre disposición por parte de los herederos y, aun más, el 64 por 100 afirma sentir alegría si éstos pueden cumplir sus sueños gracias a la herencia. Pero, al mismo tiempo, el 62 por 100 de los testadores considera la herencia como patrimonio de la familia, que el heredero debe conservar.

Un efecto importante de la legítima se da en el ámbito de la sucesión de empresas⁸. Se ocupó de ello, en una ponencia muy crítica, Karsten Schmidt (Hamburgo), con el título «Legítima y sucesión de empresas». Schmidt explicó los problemas de coordinación entre uno y otro ámbito, lo que se manifiesta en la falta de respeto a los intereses institucionales de la empresa que supone tener que hacer frente al pago de la legítima. Además, se observan problemas de valoración de las empresas a la hora de hacer el pago, si éste no ha tenido lugar en el momento de la muerte del causante (es el valor que tenían los bienes en este momento el que se debe tomar en consideración, § 2311 BGB). Y no menores son los problemas de liquidez del heredero obligado al pago, con el consiguiente riesgo para la continuidad de la empresa. Schmidt critica especialmente la moratoria contenida en el § 2331.a BGB. En su opinión, esta regla es demasiado estricta y debería reconocer el problema de la falta de liquidez, como causa de justificación de un aplazamiento del pago. Además, Schmidt propone que se sustituya el crédito a la legítima por una forma de participación económica pasiva en la empresa, equivalente a su importe. Naturalmente, esta propuesta necesitaría una ampliación de la regla contenida en el § 2307 BGB.

III. LEGÍTIMA Y JUSTICIA

Las siguientes ponencias de Reinhard Zimmermann (Hamburgo), Stephan Buchholz (Marburg) y Hans F. Zacher (Munich) trataron los aspectos históricos, filosóficos y socio-jurídicos de la legítima. La intervención de Zimmermann («La sucesión contra el testamento en el derecho romano-La sucesión forzosa [“Noterbrecht”] formal y material en el conflicto entre la libertad de testar y la solidaridad familiar»), introdujo a los asistentes en las raíces históricas de la legítima como límite a la libertad de testar en beneficio de una mínima participación en la herencia de los parientes más próximos. Esta limitación se observa, por ejemplo, en el instituto de la «querella inofficiosi testamenti». Buchholz aportó un texto de Max Weber⁹ para comentar

⁸ Compárese, por ejemplo, Oechsler, *Archiv für die civilistische Praxis* [= AcP] 200 (2000) pp. 603 ss.

⁹ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen 1922, Kap. VII Rechtssoziologie, § 3 Formen und Begründung subjektiver Rechte, p. 428 y 429.

si la legítima debe reputarse un derecho natural. Según Buchholz, la respuesta debe ser claramente negativa. Zacher se ocupó de la «legítima y la solidaridad entre generaciones», desde una perspectiva de Derecho social. Su ponencia fue un alegato en favor de una familia fuerte, que puede conseguirse con el instrumento de la legítima.

IV. LA LEGÍTIMA EN EL EXTRANJERO

La tarde del primer día de Coloquio fue dedicada a la legítima en el extranjero. En ponencias seleccionadas, se expuso la situación en Holanda y Bélgica (Walter Pintens, Leuven), Francia (Edmond Gresser, Estrasburgo), España (Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona), Hungría (Zoltan Csehi, Budapest) y Noruega (Peter Lodrup, Oslo). De manera muy concisa, se puede decir que la reforma del sistema legitimario que desde el 1 de enero de 2003 está en vigor en Holanda, se inspira claramente en el Derecho alemán (por ejemplo, ahora la legítima confiere un derecho de crédito) aunque con algunas diferencias (por ejemplo, en Holanda sólo son legitimarios los descendientes). En relación con el Derecho francés, desde el 1 de enero de 2007, la reforma habida en el Derecho sucesorio excluye de la condición de legitimarios a los padres y ascendientes¹⁰. Desde el punto de vista alemán, llama la atención que en el Derecho español un tercio de los dos que componen la legítima sea de libre disposición por el testador (la «mejora», art. 808.2 CC). La legítima húngara se configura, por la mayoría de los juristas, como un derecho de crédito que corresponde a los descendientes, al cónyuge y a los padres. Tanto en España como en Hungría, en mayor o menor medida, la legítima resulta ser una institución cuestionada por la doctrina. En España, incluso, algunos autores han llegado a plantear su conformidad con la Constitución. Se discute también si no debería excluirse de la condición de legitimarios a los ascendientes. El Código Civil húngaro, que se encuentra en fase de anteproyecto, mantendrá la legítima y no modificará el núcleo de los favorecidos. Es notorio, en la legislación noruega, el límite a percibir, que no puede superar el millón de coronas por hijo.

La conferencia de clausura del Secretario de Estado, Lutz Diwell (Berlín), trató de las «Reformas del derecho sucesorio y la legítima: posibilidades desde el punto de vista del Ministerio Federal de Justicia». El ponente informó de los planes de reforma ministeriales, en especial en relación con la privación de la legítima (§§ 2333-2335 BGB) y la moratoria de pago (§ 2331.a BGB).

V. MARCO CONSTITUCIONAL

El segundo día del Coloquio se dedicó a las leyes fundamentales. En la ponencia «Legítima y libertades garantizadas en la Constitución Alemana», el Juez del Tribunal Constitucional Federal alemán Reinhard Gaier (Karlsruhe), comentó con detenimiento la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 19 de abril de 2005, que recurre al artículo 6.1 GG, en especial la protección de la familia, para defender la idea de solidaridad

¹⁰ El artículo 914 Code Civil francés (versión original) ha sido suprimido. Compárese Loi No. 2006/728 del 23.6.2006; Klima, ZEV 2006, p. 440 y, especialmente, p. 442.

generacional en que se basa la legítima. Demostró tanto las limitaciones, como el margen de maniobra de que dispone el legislador a la hora de regular el tema. Por ejemplo, no es posible establecer una participación legitimaria que sobrepase lo actualmente establecido en las normas vigentes, pero sí fijar una cuota inferior. En la discusión que siguió, Gaier recalcó que la discusión sobre si el cónyuge y los padres deben continuar considerándose legitimarios, queda abierta. Luego, Ulrich Karpen (Hamburgo) comentó la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán y su importancia a la hora de valorar cuál es el margen de que dispone el legislador a la hora de acometer reformas. Según su interpretación, más restrictiva que la del Tribunal Constitucional alemán, lo afirmado por éste en relación con los hijos (esto es, el derecho a una participación mínima en la herencia de sus padres, independiente de la situación de necesidad), es también aplicable cuando los legitimarios son los padres y el cónyuge.

Con el título «Legítima y bien comunitario: privilegio para una buena causa», Rainer Hüttemann (Bonn) y Peter Rawert (Hamburgo) propusieron una reforma ingeniosa, que privilegia a un «legitimario ficticio»: la utilidad pública. Es decir, que el testador debería poder destinar bienes en interés público o social (donaciones a fundaciones de utilidad pública o corporaciones de Derecho público), en detrimento de los legitimarios¹¹. La propuesta debería encontrar acomodo en una nueva formulación de los §§ 2311 (con un nuevo párrafo segundo y una nueva frase en el primero) y 2330 BGB.

VI. PARTICULARIDADES DE LAS REFORMAS PROPUESTAS

Antes de concluir, una especie de mesa redonda ofreció breves exposiciones de Michael Bürsch (Berlín), Judith Nikolay (Berlín), Rainer Hüttemann (Bonn), Knut-Werner Lange (Witten-Herdecke), Dieter Martiny (Frankfurt/Oder) y Gerhard Otte (Bielefeld). Bürsch, diputado del SPD («Sozialdemokratische Partei Deutschlands», Partido Socialdemócrata de Alemania) resaltó el aspecto de la utilidad pública en la discusión sobre la aceptación de legítima, respecto del cual observó la existencia de un amplio margen de actuación, aun después de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 2005. Bürsch acogió con simpatía la propuesta de Hüttemann/Rawert y prometió tomarlo en consideración en los debates parlamentarios. En el discurso de Nikolay, se puso el acento en la necesidad de una reforma del Derecho de sucesiones, largamente tomada en consideración por el FDP («Freie Demokratische Partei», Partido Liberal Demócrata). Como ejemplo, valgan las dos consultas ante el Parlamento formuladas por este partido¹², que en concreto se refieren al caso problemático de las donaciones vitalicias y su repercusión en los derechos sucesorios. Luego, Hüttemann se refirió a las desigualdades de trato en el pago de impuestos entre herederos y legitimarios. Abogó por una paridad y propuso al Ministerio de Justicia reconsiderar la propuesta presentada en 2002 por Jens-Peter Meincke (Colonia), durante el 64 DJT. Por su parte, Lange resaltó la carga que suponen para las empresas las pretensio-

¹¹ Véase la publicación de la propuesta en ZEV 2007, pp. 107-114.

¹² Véase la consulta menor «Planes de reforma del gobierno del derecho de sucesiones y de la legítima» del 19 de octubre de 2006, BT-Drs. 16/3056, y también la consulta «Examen sobre la necesidad de reforma de la legítima» del 22 de septiembre de 2004, BT-Drs. 15/3768.

nes a la legítima y subrayó que ésta todavía mantiene los valores de la solidaridad recíproca en las familias, aun dignas y necesitadas de protección. Con la mirada puesta en el § 2312 BGB, que protege el patrimonio rural, el ponente consideraba igualmente posibles los privilegios para los bienes empresariales. A continuación, Martiny resumió nuevamente las bases constitucionales y se ocupó del tema de la privación de la legítima y la atribución de donaciones vitalicias. Opinó que se debía tener muy en cuenta la relación entre la legítima y el derecho a la subsistencia. Martiny mostró un cierto desconcierto ante la posición del Tribunal Federal alemán, que denegó la posibilidad de una cláusula abierta en torno a los posibles casos de privación de la legítima. En cuanto a la propuesta presentada por Rawert/Hüttemann, Martiny albergó dudas sobre su constitucionalidad. En el último y a la vez breve discurso, Otte dirigió la atención a los sistemas de seguridad social, que deben ser igualmente considerados en la discusión que se mantiene sobre la legítima. El ponente propuso que la existencia al derecho a la legítima se debería relacionar con las prestaciones públicas que permitieran apreciar el estado de necesidad en el que se encuentra el legitimario.

VII. ANTEPROYECTO DEL MINISTERIO FEDERAL DE JUSTICIA ALEMÁN

Actualmente, existe un anteproyecto de reforma del Ministerio de Justicia, en Berlín¹³. Sus rasgos principales son los siguientes:

1. Es necesario reformar las normas sobre privación de la legítima. Esta debería ser una posibilidad generalizable a todos los legitimarios, de manera que desaparecieran las diferencias hasta ahora contenidas en los §§ 2333, 2234, 2335 BGB, referidos, respectivamente, al testador, los hijos y el cónyuge. Además, deberían resultar protegidos por las reglas de la privación, no sólo el propio testador, su cónyuge, pareja de hecho o descendientes, sino también el círculo de personas igualmente próximas al testador, cónyuge, pareja de hecho e hijos. La privación de la legítima sería posible en el futuro, si un descendiente con derecho a ella pone en peligro la vida de personas cercanas al testador o es culpable de un crimen o delito grave contra esas personas. Además, se suprimiría el hecho de poder privar de la legítima a personas «en caso de que lleven una vida deshonrosa o inmoral», por considerarse un anacronismo. Se proyecta incluir, también, como causa de privación de la legítima, las condenas a prisión de más de un año sin posibilidad de libertad vigilada, a causa de la comisión de un delito; y se presenta una restricción que es indispensable: que la exigencia de dejar algo en concepto de legítima fuese un inconveniente insoportable para el testador. La circunstancia de que un delito sea cometido en estado de irresponsabilidad patológica o de discapacidad psíquica carecería de toda relevancia, siguiendo en este punto el precedente establecido por el Tribunal Constitucional Federal alemán del año 2005¹⁴.

¹³ El texto alemán está disponible en el internet en: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2049/Gesetze%20Pflichtteilsrecht.pdf> (11.10.2007). Véase además la nota del prensa del Ministerio Federal de la Justicia alemán de 16 de marzo de 2007, publicada también en ZEV 2007, p. VIII y X.

¹⁴ Véase Tribunal Constitucional Federal alemán, ZEV 2005, pp. 301 ss.

2. La moratoria en el pago de la legítima, según el § 2331.a BGB, debería extenderse, en un futuro, a todos los herederos. Hasta la fecha, sólo se beneficiaban de esta norma los herederos que fueran al mismo tiempo legitimarios (§ 2303 BGB: descendientes, padres, cónyuges). Además la moratoria deberá depender de que el pago de la legítima suponga al heredero una carga muy dura y fuera contrario a la equidad. Se incluye la exigencia de que sean tenidos en cuenta adecuadamente los intereses de los legitimarios.

3. Entre otras modificaciones el anteproyecto se dedica también a la pretensión al complemento de la legítima. El actual § 2325 BGB, sufriría modificaciones en el sentido de que las donaciones a terceras personas realizadas hasta en los diez años anteriores a la obertura de la sucesión, se incluirían de forma gradual. Es decir, las efectuadas con la anterioridad de un año, lo serían en su totalidad, y se iría descontando proporcionalmente 1/10 según su antigüedad. Una donación efectuada dos años antes, se tomaría en consideración sólo en el 9/10 de su valor, en el tercer año en un 8/10 y así sucesivamente. El derecho vigente contiene una regla fija, según la cual no se tienen en cuenta las donaciones efectuadas con una antigüedad de más de diez años; por otra parte se computan completamente donaciones efectuadas con una antigüedad de menos de diez años (§ 2325.3 BGB). El valor de los bienes consumibles se calcula según su valor al tiempo de la donación; si no lo son, la valoración acaece al tiempo de morir el testador (§ 2325.2 BGB).

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES

El simposio¹⁵ de Salzau ha demostrado claramente cuál es el estado de la cuestión y hacia dónde llevan las discusiones de los anteproyectos de reforma de la legítima, así como su gran relevancia y repercusión social. La reciente e incipiente reforma de la legítima¹⁶ no agota completamente la discrecionalidad a la hora de acometer reformas, aun después de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, pero tampoco conseguirá poner fin al debate, supuesto que muchas propuestas doctrinales de reforma no quedan reflejadas en el anteproyecto ministerial. Un ejemplo se refiere a la cuota de la legítima que, según anuncia el Ministerio de Justicia alemán, resulta inalterada. El tema continúa siendo de gran interés, y la pregunta planteada en el título «¿hacia dónde llevará el camino iniciado?» parece que, de momento, es imposible de responder con todo detalle.

¹⁵ Las ponencias del simposio se han publicado en: Röthel, Anne (Hrsg.): *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, Schriften der Bucerius Law School, Carl Heymanns, Köln 2007, 300 pp.

¹⁶ Véase *supra* VII.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS y ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Bibliografía

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS *

1. ARBITRAJE

ROCA AYMAR, José Luis: *El arbitraje internacional*, Madrid, Instituto Español de Comercio Exterior, 2006, 371 pp., ISBN (13): 9788478115693.

2. CONDICIONES GENERALES

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato ¿incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Pamplona, Aranzadi, 2006, 205 pp., ISBN (13): 9788497678117.

3. DERECHO DE CONSUMO

AVILÉS GARCÍA, Javier: *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, Granada, Comares, 2006, 504 p. ISBN (13): 9788498361469.

CARRASCO PERERA, Ángel, y ARROYO JIMÉNEZ, Luis-CORDERO LOBATO, Encarna, MENDOZA LOSADA, Ana Isabel: *Estudio sobre telecomunicaciones y derecho de consumo*, Pamplona, Aranzadi, 2005, 615 p. ISBN (13): 9788497675161.

CORCHERO, Miquel, y GRANDE MURILLO, Ana: *Las oficinas municipales de información al consumidor*, Pamplona, Aranzadi, 2007, 159 pp., ISBN (13): 9788483551813.

FUENTESECA DEGENEFFE, Cristina: *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2007, 458 p. ISBN (13): 9788497257596.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, Pamplona, Aranzadi, 2007, ISBN (13): 9788483551882.

GARCÍA HEREDIA, Fernando: *Consumidores y usuarios. Claves para conocer nuestros derechos*, Málaga, Arguval, 2007, 149 p.

PUYALTO FRANCO, M.^a José: *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios de consumo*, Madrid, Dyckinson, 2006, 158 pp., ISBN (13): 9788497729314.

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759.

TOMILLO URBINA, Jorge: *Práctica arbitral de consumo selección de laudos comentados de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria*, Madrid, Cívitas, 2007, 872 pp., ISBN (13): 9788447027002.

4. DERECHO DE LA PERSONA Y BIOÉTICA

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva Derecho español y comparado*, Pamplona, Aranzadi, 2003, ISBN (13): 849767233X.

AA. VV.: *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2006, 163 pp., ISBN (13): 9788498360721.

5. DERECHOS HUMANOS, FUNDAMENTALES, CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EXTRANJERÍA

AA. VV.: *Sociedad multicultural y Derechos Fundamentales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (ed.), 2007, 347 pp., ISBN (13): 9788496809048.

ADAM MUÑOZ, M.^a Dolores y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene: *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2005, 228 p., ISBN (13): 9788478799640.

CAMPOY CERVERA, Ignacio: *Una discusión sobre la universalidad de los Derechos Humanos y la inmigración*, Madrid, Dyckinson, 2006, 339 pp., ISBN (13): 9788497728942.

ORTEGA MARTÍN, Eduardo: *Hacia un derecho unitario europeo en materia de extranjería*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, 215 pp., ISBN (13): 9788496518735.

RIPOL CARULLA, Santiago: *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos en el ordenamiento español*, Barcelona, Atelier, 2007, 212 pp., ISBN (13): 9788496758087.

6. DERECHO DE FAMILIA

ALONSO PÉREZ, José Ignacio: *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Barcelona, José Maria Bosch, 2007, 217 pp., ISBN (13): 9788476987667.

7. PROTECCIÓN DE DATOS

ALMUZARA ALMAIDA, Cristina (coord.): *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*, Valladolid, Lex Nova, 2007, 705 pp., ISBN (13): 9788484064367.

ARENAS RAMIRO, Mónica: *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 638 pp., ISBN (13): 9788484566489.

SOLANES CORELLA, Ángeles, y CARDONA RUBERT, M.^a Belén: *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 171 pp., ISBN (13): 9788484563211.

8. RESPONSABILIDAD

PAZ MARTÍN, Jesús de: *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional de Varsovia (1929) a Montreal (1999)*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, 441 pp., ISBN (13): 9788497683470.

9. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO

AA. VV.: *La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (ed.), 2007, 299 p., ISBN (13): 9788496809017.

— *La sociedad de la información en España*, Madrid, Planeta, 2007, 346 pp., ISBN (13): 9788408071549.

BARRIUSO, Carlos: *Administración electrónica*, Madrid, Dyckinson, 2007, 467 pp., ISBN (13): 9788497720151.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma: *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2007, 435 pp., ISBN (13): 849725760X.

10. VARIOS

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema jurídico de la Unión europea*, Madrid, Cívitas, 2007, 305 pp., ISBN (13): 9788447027118.

AA. VV.: *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales. Algunas zonas de fricción*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (ed.), 2007, 450 pp., ISBN (13): 9788496809024.

— *Estudios europeos*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 270 pp., ISBN (13): 9788484566502.

— *El Derecho de la competencia y los jueces*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, 350 pp., ISBN (13): 9788497684194.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana: *Parmalat y otros casos de Derecho internacional privado*, Madrid, Colex, 2007, 574 pp., ISBN (13): 9788483420546.

MARTÍNEZ FRAGA, Pedro J.: *Hacia la unificación del Derecho internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2006, 209 pp., ISBN (13): 9788497677264.

PIRIS, Jean Claude: *El Tratado constitucional para Europa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, 353 pp., ISBN (13): 9788497683937.

Legislación

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO *

Proyecto de ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores

El 8 de septiembre de 2006 se presentó en el Congreso de los Diputados el *Proyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores* (BOCG, Congreso, núm. 97-1). En el momento de redactar estas líneas el proyecto se encuentra en el Senado, habiéndose publicado ya las Enmiendas planteadas ante esta Cámara. Teniendo en cuenta que, en el Congreso de los Diputados, el Proyecto remitido por el Gobierno fue aprobado sin ninguna modificación, es previsible que el texto no experimente finalmente ningún cambio, o que las modificaciones que se puedan introducir sean mínimas.

La futura Ley incorpora al ordenamiento español la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, cuyo plazo de trasposición finalizó el 9 de octubre de 2004. Dicha Directiva había sido ya objeto de incorporación parcial a nuestro Derecho a través de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. El Proyecto pretende unificar el régimen de la contratación a distancia de servicios financieros, por lo que se derogan las modificaciones introducidas en la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro por la citada Ley 34/2003.

Por «contrato a distancia» se entiende en esta Directiva todo contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la propia celebración del contrato [art. 2.a)]. De acuerdo con el artículo 4.3 del Proyecto, se entiende que el contrato se celebra a distancia cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares. Aunque en la Directiva no se incluyó finalmente una «Lista Indicativa» de los servicios financieros que pretendían regularse para evitar que pudieran entenderse excluidos otros servicios no mencionados de manera explícita, el artículo 4.2 del Proyecto sí contiene una referencia expresa a determinados servicios financieros incluidos en su ámbito de aplicación. En cualquiera de los casos no pretende regularse el contenido de estos servicios sino el hecho de que su comercialización se realice a distancia. Cuando los servicios financieros comprendan varias operaciones, como puede suceder con los planes de pensiones, cuentas corrientes, préstamos hipotecarios, etc., las disposiciones de la futura Ley se aplicarán sólo al acuerdo inicial. Se pretende con ello evitar que en cada una de estas operaciones se deba cumplir con los requisitos de información al consumidor, considerándose que los intereses de éste quedan suficiente pro-

* Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valladolid.

tegidos cuando el proveedor cumple tales obligaciones en el momento del acuerdo inicial.

El concepto de consumidor que se utiliza en la Directiva, y que transcribe literalmente el Proyecto de Ley, viene referido a las «personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional». Así pues, dicho concepto no coincide con el de destinatario final de los bienes o servicios, a que hace referencia la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Tanto en la Directiva como el Proyecto se pone de relieve la importancia que tiene la información a suministrar al consumidor. En este sentido se establecen una serie de exigencias destinadas a conseguir un adecuado nivel de información de este último, tanto antes de la celebración del contrato como después de éste. A mayor abundamiento, el artículo 17 del Proyecto dispone expresamente que corresponde al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de esta Ley en materia de información al consumidor. Pero además, a través de la disposición adicional única se procede a modificar la Ley 26/1984, introduciendo un nuevo apartado 19 bis en su disposición adicional primera («Cláusulas abusivas») con la siguiente redacción: «La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la norma que los regula.» La Directiva se ocupa ampliamente de la puesta a disposición del consumidor de las condiciones contractuales y de la información previa, aludiendo a la necesidad de que se realice con la «debida antelación» o con la «suficiente antelación», y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato a distancia o de una oferta». Se deja, pues, libertad a los Estados miembros para concretar el mínimo de esta antelación, pero el Proyecto español se limita en este punto a reiterar el tenor de la Directiva, lo que me parece criticable.

Uno de los puntos fundamentales de los que debe informarse al consumidor es el relativo al derecho de desistimiento. Este derecho a desistir permite al consumidor desvincularse libremente del contrato ya celebrado, a través de una declaración de voluntad unilateral a la que queda sujeto el receptor de la misma. Se trata de un desistimiento *ad nutum*, que no tiene por qué fundarse en ninguna causa especial. No obstante, la Directiva se refiere en su artículo 6.2 a una serie de supuestos en que imperativamente no se va a aplicar el derecho de desistimiento, que se recogen casi literalmente en el artículo 10.2 del Proyecto de Ley. Además de ello, el artículo 6.3 de la Directiva recoge otros supuestos en que los Estados miembros pueden decidir libremente que el derecho de desistimiento no se aplique: a) Créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o a renovar o mejorar inmuebles. b) Créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble. c) Declaraciones de consumidores hechas con la intervención de un fedatario público, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor. En el Proyecto de Ley español se ha optado directamente por excluir el derecho de desistimiento en los tres casos. Es de destacar, además, que en el Proyecto se excluyen también del derecho de desistimiento los contratos relativos a «planes de pensiones» [art. 10.2.g)].

Esta exclusión no parece conforme a la Directiva, en cuyo artículo 6.1 se prevé expresamente la ampliación del plazo para desistir a treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida y en el de las «*jubilaciones personales*».

En cuanto a este punto (plazo para desistir), el texto del Proyecto no varía en relación con el propuesto por la Directiva: se fija con carácter general un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. El mencionado plazo es de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida. Que se computen los días *naturales* proporciona una mayor seguridad jurídica para ambas partes contratantes que el cómputo por días *hábiles*, que se recoge para el mismo derecho de desistimiento en el artículo 6.1 de la Directiva 1997/7/CE, de 20 mayo, de protección de consumidores en materia de contratos a distancia, así como en el artículo 44.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Aunque el ejercicio del desistimiento no puede suponer ningún tipo de penalización, ello no significa que el consumidor no pueda verse obligado a abonar algunas cantidades; pero no como consecuencia de haber desistido, sino referidas al servicio efectivamente prestado durante el tiempo en que el contrato estuvo vigente. Esta cuestión, tal y como se recoge en el artículo 7.1 de la Directiva, que se transcribe casi literalmente en el artículo 11.1 del Proyecto de Ley, implica que el importe total a pagar por el consumidor no puede rebasar el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio, comparada con la cobertura total del contrato, ni ser en ningún caso de tal magnitud que pueda ser entendida como una penalización.

Ésta es la solución que ya se había recogido en la trasposición parcial de la Directiva realizada por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre. Según la redacción dada por esta Ley al artículo 6 bis de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en los casos de ejercicio del derecho de desistimiento, a partir de la fecha en que se expida la comunicación cesa la cobertura del riesgo por parte del asegurador y el tomador del seguro tiene «derecho a la devolución de la prima que hubiera pagado, *salvo la parte correspondiente al período de tiempo en que el contrato hubiera tenido vigencia*». Lo mismo se reitera en el artículo 83.a).3 de la Ley 50/1980 para los seguros de vida.

En definitiva, la mayor parte del Proyecto de Ley es una transcripción prácticamente literal del texto de la Directiva. Es cierto que gran parte de las Directivas relativas a la protección de los consumidores, al incurrir en un casuismo cuasireglamentario, dejan un estrecho margen de maniobra a la hora de su trasposición al Derecho interno. Pero lo que no tiene sentido es que el Estado español arrastre un retraso de casi tres años para dar cumplimiento a lo establecido en esta Directiva, para finalmente reiterar de una manera precisa y fiel su contenido. Desde esta perspectiva resulta casi sarcástica la lectura del artículo 51.1 de la Constitución: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios...» Si tenemos en cuenta que la Directiva 2002/65/CE se publicó en el *DOCE* el 9 de octubre de 2002, el legislador español va a tardar nada menos que cinco años en transcribir literalmente su contenido. Cualquier amanuense medianamente diligente tardaría mucho menos. La cuestión, repito, mueve al sarcasmo, si no fuera porque están en liza los legítimos intereses de los consumidores y usuarios.

FRANCIA

ELISE POILLOT y CYRIL NOURISSAT

Bibliografía

ELISE POILLOT *

1. DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- BÉRAUDO, J.-P., y TIRARD, J.-M.: *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Academy & Finance 2006.
- FAUVARQUE-COSSON, B.: *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, 2007.
- GAUDEMET, H.: *Le pluralisme en droit international privé. Richesses et perspectives (le funambule et l'arc-en-ciel)*, Cours général à l'Académie de droit international privé de La Haye, 2006.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G. de y NIBOYET, M.-L.: *Droit international privé*, LGDJ, coll. manuels 2007.
- GUINCHARD, S. y FERRAND, F.: *Procédure civile, droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 28 éd., 2006.
- GUTMAN, D.: *Droit international privé*, Dalloz, coll. Cours, 5.ème éd., 2007.

2. INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

- FAVRET, J.-M.: *L'essentiel des Institutions de l'Union européenne et du droit communautaire*, Gualinno éd. coll. Les Carrés, 2006
- PICHERAL, C.: *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Ellipses, coll. Universités-Droit 2006.
- RIDEUA, J.: *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ coll. manuels, 5.ème éd. 2006.

3. DERECHO SUSTANTIVO DE LA UNIÓN EUROPEA

- CARLIER, J.-Y.: *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007.
- DUBOIS, L. y BLUMANN, C.: *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, coll. Domat, 4.ème éd., 2006.
- GAVALDA, Ch. y PARLEANI, G.: *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5ème édition, Litec, París, 2006.
- RICHEVAUX, M.: Dan Top, *Les grands principes de droit communautaire du travail*, L'Harmattan, coll. L'esprit économique, 2007.

* Maître de Conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon 3. Directora adjunta de l'Institut de Droit Comparé Edouard Lambert.

4. DERECHOS HUMANOS

- CHASSIN, C.-A.: *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2007
- SUDRE, F.: *Droit européen et international de droits de l'homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 8.^{ème} éd. 2006.
- MARTIN, D.: *Egalité et non-discrimination dans l jurisprudence communautaire*, Bruylant, coll. Centre des droit de l'Homme de l'université catholique de Louvain, 2006.
- COHEN-JONATHAN, G.; FLAUSS, J., y LAMBERT-ABDELGAWAD, E.: *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2006.

5. TESIS Y OBRAS COLECTIVAS

- BENLOLO CARABOT, M.: *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant coll. Droit de l'Union européenne, 2007.
- CHAINAIS, C.: *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses 2007.
- FAURE-GAUSSSEL, C.: *Droit pénal des affaires : étude comparative franco-espagnole de l'infraction*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2006.
- GONZÁLEZ, G. (sous la dir. de): *Laïcité, liberté religieuse et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006.
- MAGNIER, V. (sous la dir. de): *L'entreprise et le droit communautaire, quel bilan pour un cinquantenaire?*, PUF coll. Ceprisca, 2007.
- NABLI, B.: *L'exercice des fonctions d'Etat membre de la Communauté européenne. Etude de la participation des organes étatiques à la production et à 'exécution du droit communautaire: le cas français*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses 2007.
- PETITI, Ch., y FAVREAU, F. (sous la dir. de): *Handicap et protection du droit communautaire et européen*, Bruylant 2006.
- VAN COPERNOLLE, J. y TARZIA, G. (sous la dir. de), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*, Bruylant, 2006.
- VARIU AUCTORES: *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, coll. Précis, 2007.
- VIALLARD, V.: *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations. Etude comparée des droits communautaire et américain*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses 2007.
- ZOLYNSKI, C.: *Méthode de transposition des directives communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses 2007.

Legislación y jurisprudencia

CYRIL NOURISSAT *

Informe anual del *Conseil d'Etat* y de la *Cour de cassation*: Cuando las altas instancias judiciales francesas se europeizan...

El pasado mes de abril, con un intervalo de pocos días de diferencia, tanto el *Conseil d'Etat* como la *Cour de cassation* hicieron públicos sus informes, con importantes referencias a la construcción jurídica comunitaria. Del primero daremos cuenta rápidamente. El segundo, en cambio, merece mayor atención, aunque sólo sea por el presunto interés que se le supone al lector de esta crónica.

El informe del *Conseil d'Etat* lleva por título «*[L]’administration française et l’Union européenne: quelles influences? Quelles stratégies?*»¹. En lo que ahora interesa, el informe aborda diferentes aspectos sobre el desarrollo y elaboración de las normas comunitarias y su transposición en los Estados miembros y destaca la importancia del papel de las Administraciones nacionales, especialmente la francesa. Debe subrayarse que, a diferencia de lo que era habitual, el hilo conductor del informe se puede resumir con una fórmula, ya utilizada por Florence Chaltiel: la lógica de la influencia debe suceder a la lógica de la defensa. Es decir, que es deseable un enfoque «activo», por utilizar la jerga comunitaria. Aun habría que referirse al estudio pormenorizado que realiza Jean-Eric Schoettl, secretario general del *Conseil constitutionnel*, sobre la manera en que éste aborda la primacía del Derecho comunitario. En él, el autor recuerda la evolución reciente, tal y como, por otra parte, ya se explicó en la crónica anterior.

La *Cour de cassation* dedica su informe anual de 2006 al siguiente tema: «*[L]a Cour de cassation et la construction juridique communautaire*»². Es difícil resumir 150 páginas, muy densas, sobre las relaciones entre el más alto tribunal francés en el orden civil y el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación se dará cuenta de los aspectos más relevantes que son los que, en definitiva, muestran una evolución favorable de la jurisprudencia francesa.

El prólogo de Denys Simon al Informe del que ahora se da noticia, nos lleva a concluir que, efectivamente, la plena recepción del Derecho comunitario por parte de los jueces franceses se ha hecho de manera muy tímida. Con todo, la transformación ha sido total y, poco a poco, se aprecia la voluntad de crear un «espacio jurídico homogéneo» gracias a la toma en consideración del Derecho comunitario en la resolución de los casos. No deben ocultarse los diferentes obstáculos técnicos y psicológicos por los que se ha tenido que pasar, pero ello, finalmente, no ha impedido que tanto el juez civil como el penal puedan llegar a ser considerados realmente como «jueces comunitarios de Derecho común» que aseguran, de esta manera, «la plena aplicación del Derecho comunitario».

* Agrégé des Facultés de Droit. Professeur à l’Université Jean Moulin-Lyon 3.

¹ *EDCE* n.º 58: Doc. fr. 2007, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/ce/rapport/rapport2007/rap07.pdf>.

² *Rapp. Annuel* 2006: Doc. fr. 2007, disponible sur http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_cassation-rapport_2006.pdf.

A modo de conclusión, el informe apunta una cuestión muy interesante. ¿Cuál es la auténtica contribución de la *Cour de cassation* francesa a la construcción del ordenamiento jurídico comunitario? ¿Es la consecuencia de una estrategia premeditada? Es decir ¿de una voluntad de establecer una «doctrina judicial»? ¿O es, más modestamente, el resultado de la yuxtaposición de soluciones convergentes? Es algo a lo que no se da respuesta y, desde luego, ésta no es nada fácil. Pero basta una observación simple para tratar de averiguarlo.

La observación se refiere a la frecuencia con la que la *Cour de Cassation* hace uso de la cuestión prejudicial. No deja de ser sorprendente que, año tras año, éstas sean escasas (3 en 2000; 2 en 2001; 2 en 2002; 1 en 2003; 4 en 2004 y 2 en 2005). El artículo 234 TCE es explícito sobre la manera de proceder del tribunal de última instancia ante cualquier duda sobre la interpretación del Derecho nacional y su conformidad con el comunitario. La *Cour de cassation* hace, pues, un uso «razonable». Y ésta es, probablemente, una opción voluntaria, tal y como demuestran los debates con no importa quién sea el Presidente de la Sala: la cuestión prejudicial no se eleva más que cuando se trata de cuestiones esenciales y, por lo demás, basta con confirmar que uno es juez de Derecho común comunitario. Por si fuera necesario demostrarlo, veamos a continuación dos ejemplos ilustrativos.

El primero se refiere a la interpretación de una noción clave del Reglamento «Bruselas II» sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. El Reglamento «Bruselas II» –luego Reglamento «Bruselas II bis»³– sobre la competencia judicial en materia de divorcio, recurre a la residencia habitual para determinar la competencia en relación con determinadas materias. Quien ha elaborado la ley, sin embargo, no ha explicitado lo que debe entenderse por «residencia habitual». En una Sentencia de 14 de diciembre de 2005⁴ (referida al citado Reglamento «Bruselas II» y, precisamente, a la noción de «residencia habitual»), la *Première Chambre civile de la Cour de cassation* se muestra conforme con la *Cour d'appel d'Aix* y ratifica que tal noción debe interpretarse según el Derecho comunitario y no según el Derecho francés. Según la *Cour de Cassation*, la *Cour d'appel* no habría violado el artículo 2 del Reglamento de 29 de mayo 2000 al no partir de la definición de «residencia habitual» que proporciona ese texto y, por tanto, entiende que es correcto limitarse a:

«transposer, pour l'application de ce texte, la jurisprudence par laquelle la Cour de justice des Communautés européennes a défini cette notion dans d'autres domaines et notamment en droit social».

En consecuencia, la sentencia afirma que:

«la résidence habituelle, notion autonome de droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts».

³ Sobre el Reglamento, H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), *Le Droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale: le règlement CE n.º 2201/2003, dit règlement «Bruxelles II bis»*, Dalloz, 2005.

⁴ Civ. 1re, 14 déc. 2005, Bull. civ. I, n.º 506.

¿Es ése un razonamiento correcto? ¿No hubiera sido más razonable aplazar su decisión hasta saber cuál era la opinión del TJCE? Y, por tanto, ¿no hubiera sido preferible elevar una cuestión prejudicial para conocer qué significado daba a la noción de «residencia habitual» el TJCE? Desde luego que sí porque ¿*quid* si hubiera habido una interpretación divergente respecto de su propia jurisprudencia anterior?

El segundo ejemplo se refiere a la transposición de la directiva sobre agentes comerciales que, por lo demás, prevé un contrato sobre el cual el informe del que ahora se trata realiza amplias consideraciones. Acaso quizá excesivamente utópicas, basadas en una supuesta colaboración armónica entre los jueces, como demostrarían las cuestiones prejudiciales que la *Cour de cassation* ha tenido la ocasión de plantear al TJCE y, además, recientemente⁵. Ahora bien, en una Sentencia de 28 de noviembre de 2000⁶, la *chambre commerciale de la Cour de cassation* consideró —con razón— que las normas nacionales de transposición de la directiva no son normas de orden público internacional. Pero el caso es que, en una sentencia de fecha anterior⁷ ¡el TJCE había establecido justamente lo contrario! Ello indica un cierto desorden y, aunque para resolver el conflicto basta con apelar al principio de primacía, desde luego tal caos no redundaría en la seguridad jurídica. Para evitar que el fenómeno se repitiera, la sala de lo mercantil esperó a conocer lo que el TJCE diría en la sentencia *Eurofood*⁸ acerca de la interpretación de la expresión «centro de intereses principales» (que es la expresión de la que se sirve el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia), antes de hacer pública su sentencia *Daisytek*⁹, en un pleito que se refería exactamente a la misma cuestión.

En definitiva, una lectura atenta de las páginas que la *Cour de cassation* dedica a su propia actitud ante el Derecho comunitario, permite apreciar la particular atención que el juez nacional presta al proceso de construcción del ordenamiento jurídico comunitario. Desde luego, éste se permanece fiel al TJCE, como un leal servidor suyo, sin que en todo caso abdique de su propia *jurisdiction*. Aunque, ciertamente, a veces existen puntos de fricción, vistas las cosas globalmente, puede decirse que prevalece la armonía. Acaso sea necesario todavía prestar más atención a la influencia del Derecho comunitario sobre el nacional y, en definitiva, estar más atentos a cómo la técnica de interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho comunitario puede modificar la actitud y el método de razonamiento del juez francés. Por otra parte, justo es constatar que cada vez es más numerosa la jurisprudencia que no sólo trata de paliar la defectuosa o incluso total ausencia de transposición de las normas comunitarias, sino que además procura enriquecer el Derecho francés en ámbitos como el Derecho de contratos o el de la responsabilidad civil. Pero de ello no se va a tratar ahora sino, quizá, en las crónicas siguientes.

⁵ Cass. com., 19 déc. 2006, n.º 03-12.724.

⁶ Cass. com., 28 nov. 2000, Bull. civ. IV, n.º 183.

⁷ TJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, C-391/98, Rec. I-9305.

⁸ TJCE, 2 mai 2006, Eurofood, C-341/04, Rec. I-3813.

⁹ Cass. com., 27 juin 2006, Bull. civ. IV, n.º 149. Tal y como expresa el Tribunal de la Sala mercantil: «*le retard dans le jugement du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 septembre 2003 n'est dû qu'au souci de la Cour de cassation française d'attendre la décision de la Cour de Luxembourg*», en: B. Tricot, «Les enjeux de la réforme française des procédures collectives dans la mise en œuvre du règlement communautaire», RLDA 10/2006, p. 100s., spéc. p. 102.

GRAN BRETAÑA

ALEXANDRA BRAUN *

Bibliografía (2006-2007)

1. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

- ANTOKOLSKAIA, M. V.: *Harmonisation of Family Law in Europe - A Historical Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- ARMOUR, John y McCACHERY, Joseph A. (eds.): *After Enron. Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- BARENDRECHT, Maurits; JANSEN, Chris; LOOS, Marco; PINNA, Andrea; CASCAO, Rui, y VAN GULIK, Stephanie (eds.): *Principles of European Law, vol 2: Service Contracts*, Oxford University Press, 2007.
- BARNARD, Catherine (es.): *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- BELL, John, y KILPATRICK, Claire (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol 8, 2005-2006, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- BLOCKMANS, Steven, y LAZOWSKI, Adam (eds.): *The European Union and its Neighbours. A Legal Appraisal of the EU's Policies of Stabilisation, Partnership and Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- BURROWS, Noreen, y GREAVES, Rosa, *The Advocate General and EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- CASTIGLIONE, Dario, y LONGMAN, Chris (eds.): *The Language Question in Europe and Diverse Societies. Political, Legal and Social Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- CICHOWSKI, Rachel A.: *The European Court and Civil Society. Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- GKOUTZINIS, Apostolos Ath.: *Internet Banking and the Law in Europe. Regulation, Financial Integration and Electronic Commerce*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- GUELLEC, Dominique, y VAN POTTELSBERGHE DE LA POTTERIE, Bruno: *The Economics of the European Patent System. IP Policy for Innovation and Competition*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- KUNER, Christoph: *European Data Protection Law. Corporate Regulation and Compliance*, 2.^a ed, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MACMAOLÁIN, Caoimhín, *EU Food Law. Protecting Consumers and Health in a Common Market*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- NEBBIA, Paolisa: *Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- PIRIS, Jean-Claude, *The Constitution for Europe: A Legal Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- VON BOGDANDY, Armin y BAST, Jürgen (eds.): *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

* Junior Research Fellow in Law, St. John's College, Oxford.

- WAHL, Nils, y CRAMÉR, Per (eds.): *Swedish Studies in European Law*, vol 1, 2006, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- WEATHERILL, Stephen, y BERNITZ, Ulf: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- ZIEGLER, Katja S.; BARANGER, Denis, y BRADLEY, Anthony W. (eds.): *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

2. DERECHO COMPARADO

- ELHAUGE, Einer, y GERADIN, Damien: *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- GIGLIO, Francesco: *The Foundations of Restitution for Wrongs*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- GLENN, Patrick H.: *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 3.^a ed, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- HOYANO, Laura C. H. y KEENAN, Caroline: *Child Abuse. Law and Policy Across Boundaries*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MERINO-BLANCO, Elena: *Spanish Law and Legal System*, 2.^a ed, Sweet & Maxwell, London, 2006.
- MORISON, John; McEVOY, Kieran y ANTHONY, Gordon (eds.): *Judges, Transition, and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- POUDRET, Jean-Francois, y BESSON, Sebastien: *Comparative Law of International Arbitration* (traducción a cura di Birti, Stephen y Ponti, Annette) Sweet & Maxwell, London, 2007.
- RÖVER, Jan-Hendrik: *Secured Lending in Eastern Europe. Comparative Law of Secured Transactions and the EBRD Model Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- RUSH, Michael: *The Defence of Passing On*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- VAN DEN BERGH, Roger, y CAMESASCA, Peter D.: *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2006.

Legislación (2006)

Consumer Credit Act 2006

Con la promulgación del *Financial Ombudsman Service (FOS) scheme* para la resolución de controversias y del *Unfair Relationships Test*, el 6 de abril de 2007 supone una fecha importante en el camino hacia la realización de los beneficios que el *Consumer Credit Act 2006* prevé y que extiende tanto a las empresas como a los consumidores del Reino Unido. Efectivamente, el *Consumer Credit Act 2006* amplía el ámbito de aplicación del *Consumer Credit Act* de 1974, crea un *Ombudsman scheme*, e incrementa los poderes del *Office of Fair Trading* en lo tocante al crédito al consumo.

La completa entrada en vigor del *Consumer Credit Act 2006* tendrá lugar en octubre de 2008. A partir de abril de 2007, se aumentará la protección de los prestatarios gracias a la introducción de un nuevo «*unfair relationships test*» que les permitirá recurrir a los tribunales siempre que las relaciones entre prestamistas y prestatarios puedan considerarse desleales o abusivas («*unfair*»). A partir de la fecha indicada, los consumidores también tendrán acceso gratuito a un sistema de resolución de las controversias a cargo del *Financial Ombudsman Service*. Además, a partir de abril de 2008, los prestamistas tendrán la obligación de suministrar a sus clientes informaciones claras y regulares acerca del estado de sus cuentas; los *consumer credit businesses* se beneficiarán de un sistema de concesión de autorización de crédito y de un mecanismo de recursos mucho más eficiente y detallado.

Companies Act 2006

El pasado 8 de noviembre de 2006 se promulgó el *Companies Act 2006*. La norma sustituye a la mayoría de disposiciones en materia societaria previamente contenidas en diversas *Company Law Acts* de 1985, 1989 y 2004, introduce muchos cambios en diversas áreas del Derecho societario inglés como, por ejemplo, en relación con la constitución de sociedades, o los deberes y la responsabilidad de los administradores. El *Companies Act 2006* es el resultado de la transposición de la Directiva 2004/25/CE en materia de oferta pública de adquisiciones, así como de la Directiva 2004/109/EC sobre la armonización de los deberes de transparencia en la información de valores mobiliarios admitidos a cotización oficial, y que modifica la Directiva 2001/34/CE.

El *Companies Act 2006* entrará en vigor paulatinamente y sólo en el mes de octubre de 2008 se producirá la vigencia completa. Algunos apartados de la norma ya se aplican, como por ejemplo el relativo a las comunicaciones electrónicas, la publicidad de las participaciones accionariales o la responsabilidad por las declaraciones efectuadas. Entre las disposiciones que entrarán en vigor en octubre de 2007 cabe contar, además, con las de la Parte novena del *Companies Act* en lo que se refiere al derecho de los inversores indirectos y a los deberes de los directores generales. Las secciones dedicadas a la contabilidad, la revisión contable y los revisores, sólo serán aplicables a partir de abril de 2008. A partir de octubre de 2008, finalmente, la previsiones relativas a eventuales conflictos de intereses de los administradores.

ITALIA

MIRKO FACCIOLI, BARBARA PASA, MAURO TESCARO Y STEFANO TROIANO

Bibliografía

1. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Mirko Faccioli *, Mauro Tescaro **, Stefano Troiano ***)

DE CRISTOFARO, G. (a cura di): *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Torino, Giappichelli, 2007.

Se trata de una obra colectiva, cuyos autores (G. De Cristofaro, E. Barge-lli, A. Ciatti, L. Di Nella, R. Di Raimo) son jóvenes docentes y estudiosos del Derecho civil italiano que, desde hace tiempo, se ocupan de la dimensión armonizadora del Derecho contractual europeo y, en particular, del Derecho de consumo. La obra trata de ofrecer una primera lectura y un primer análisis de las muchas e importantes modificaciones introducidas por la Directiva 2005/29/CE en materia de prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores y trata de definir cual será su impacto sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente sobre el Derecho italiano de contratos de consumo, cuando la directiva sea adoptada. Se trata de un análisis exegético y de reconstrucción sistemática y, a la vez de *iure condendo*, que ofrece instrumentos útiles de debate y propuestas para la incorporación de la directiva. Los autores proponen la elaboración de una norma con las modificaciones necesarias al *Codice del consumo* y otra relativa a la publicidad engañosa y comparativa.

VETTORI, G. (a cura di): *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007.

Es un comentario completo y puesto al día del d. legisl. 6 settembre 2005, n. 206, por el que se aprueba el *Codice del consumo*, y del d. legisl. 9 aprile 2003, n. 70, en materia de comercio electrónico. La obra se caracteriza por el esfuerzo de poner de relieve, según la típica estructura del comentario por artículos, la capacidad del Derecho de los consumidores para transmitir aspectos novedosos en la disciplina general del contrato del Código Civil.

PATTI, S.: *Diritto privato e codificazioni europee*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 2007.

Es una colección de escritos, publicados ya entre los años 1999-2006, sobre los temas siguientes: sistemática y contenido de un futuro Código europeo de contratos; evolución de la disciplina de tutela del consumidor, con especial referencia a la experiencia jurídica alemana; la regulación de los llamados contratos de adhesión; la progresiva formación de un Derecho europeo de familia.

* Dottore di ricerca in Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali. Università di Verona.

** Dottore di ricerca in Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali. Università di Verona.

*** Prof. Ordinario di Diritto Civile. Università di Verona.

SOMMA, A.: *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffr , 2007.

Se trata de contribuciones diversas del mismo autor, que se inspiran en la necesidad de valorar críticamente el proceso de formación de un Derecho privado europeo de contratos, desde el punto de vista de las implicaciones de orden económico y político del proceso.

CARRIERO, G.: *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in: *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XXXI, 2.ª ed, Torino, Giappichelli, 2007.

El libro se estructura en cinco capítulos y acoge un estudio comparado de la disciplina del crédito al consumo en los principales países europeos. Se refiere a la tutela que ofrece el Derecho comunitario, define los límites subjetivos y objetivos del supuesto de hecho, analiza críticamente las categorías, instituciones y técnicas que sirven para la protección del consumidor; examina las perspectivas de futuro en relación con las nuevas técnicas de conclusión del contrato electrónico y la venta a distancia de servicios financieros.

2. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa*)

DAIMON: *Anuario di diritto comparato delle religioni* (ed. Il Mulino).

Aparece una nueva revista anual, *Daimon*, para profundizar en un tema fascinante y actual: la relación entre la religión y el derecho.

La comparat stica italiana se enfrenta a un desafío concreto. La transformación del mapa de las religiones ha puesto de manifiesto su conocimiento superficial, cuando no su total ignorancia. A parte de las nociones básicas y conocidas tradicionalmente sobre la religión católica, el resto continua siendo poco conocido. El primer y principal objetivo de *Daimon* es proporcionar un instrumento de conocimiento de las normas religiosas en los distintos de los ordenamientos jurídicos. Toda religión genera normas que guían la vía de sus fieles. El estudio de tales normas es fundamental para reconstruir y entender la nueva realidad que empieza a aparecer en Italia y, en general, en Europa. Desde esta perspectiva, el estudio pretende ir más allá del factor puramente religioso y pretende interactuar con la historia, la sociología, la teología y la psicología. Se trata, en fin, de comprender mejor la esencia de los institutos religiosos.

AJANI, G.; SERAFINO, M., y TIMOTEO, M.: *Diritto dell'Asia Orientale*, Utet, Torino 2007.

FRIGNANI, A., y PARDOLESI, R.: *Il diritto della concorrenza inquadrato nel pi  ampio contesto delle attuali teorie economiche*, in: AJANI, Gianmaria, y BENACCHIO, Gian Antonio (cur.): *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, VII, Giappichelli, Torino, 2007

SACCO, R.: *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007.

* Prof. Agregado de Derecho Comparado. Universit  di Torino.

Legislación

MIRKO FACCIOLI*, MAURO TESCARO**, STEFANO TROIANO***

A comienzos del año 2007 fue promulgada la L. 6 febbraio 2007, n. 13 (G. U. 17 febbraio 2007, n. 40 – Serie generale – S. O. n. 41), *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2006*. Tiene 28 artículos y tres anexos, que confieren al Gobierno la delegación para la transposición, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la norma, de 27 directivas relativas a las siguientes materias: medio ambiente y productividad; seguros; seguridad e higiene; instrucción y formación; trabajo; servicios financieros y crédito; seguridad e inmigración; sociedad; transporte; tratamiento de datos personales; tutela del consumidor. Entre las Directivas afectadas se encuentran, en particular, la 2005/68/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2002/83/CE; la Directiva 2005/56/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; la Directiva 2006/24/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. Además, la ley comunitaria 2006 ha modificado algunas normas internas de transposición de directivas, con el fin de adaptarlas al Derecho comunitario. Así y, en particular, en lo que se refiere a la tutela del consumidor, la ley comunitaria 2006 ha incorporado en el *Codice del consumo* (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) un artículo 144-bis, mediante el cual se atribuye al Ministerio de desarrollo económico la función de «autoridad pública nacional» a los fines del Reglamento CE n. 2006/2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores.

* Dottore di ricerca in Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali. Università di Verona.

** Dottore di ricerca in Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali. Università di Verona.

*** Professore Ordinario di Diritto Civile. Università di Verona.

Sección temática: Espacio Judicial Europeo,
Derecho Procesal, Derecho de Contratos, Derechos Reales,
Derecho de Familia, Derecho de Autor, Derecho de Daños y
Derecho de *Trust* en la Unión Europea

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

Legislación

Información sobre la fecha de entrada en vigor del 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* L 94/70, de 4 de abril 2007).

El 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* L 299/62, de 16 de noviembre 2005), firmado el 19 de octubre de 2005, entrará en vigor el 1 de julio de 2007, de conformidad con su artículo 12 apartado 2.

Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 94/70, de 4 de abril 2007).

El Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca, a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 299/62, de 16 de noviembre 2005), firmado el 19 de octubre de 2005, entrará en vigor el 1 de julio de 2007, de conformidad con su artículo 10 apartado 2.

Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (*DOCE* C 61/1 de 15 de marzo de 2007). Una visión internacionalprivatista (para la perspectiva civil, *vid. infra* III).

La Comisión Europea ha elaborado el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo con el objetivo global de instaurar un verdadero mercado interior para los consumidores, estableciendo un equilibrio adecuado entre el alto nivel de protección de éstos y la competitividad de las empresas. Como dice la propia Comisión, es necesario estimular la confian-

* Profesora de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESAD-Ramón Llull.

za de los consumidores en el mercado interior y al mismo tiempo es preciso que las empresas puedan beneficiarse de un entorno regulador más predecible y unas normas europeas simplificadas. El proceso de revisión afecta a ocho Directivas comunitarias de protección del consumidor. El diagnóstico de la revisión se ha llevado a cabo fundamentalmente a través de un análisis comparativo del modo en que se han aplicado las Directivas en los Estados Miembros y de la forma en que se han transpuesto en los distintos Estados miembros.

El Libro Verde señala expresamente que la «revisión no afectará a las normas comunitarias sobre el Derecho aplicable». Consecuentemente, ninguna de las cuestiones que se plantean en el Anexo I se refiere de manera expresa al Derecho aplicable. No obstante, una simple lectura del mismo muestra claramente varios conflictos potenciales con algunos instrumentos comunitarios, y lo que es más grave una falta total de coordinación en el tratamiento comunitario de las relaciones de consumo transfronterizas. Antes de analizar el impacto que el Libro verde tiene sobre las normas de Derecho internacional privado es necesaria una aclaración previa, puesta de manifiesto por el Grupo Europeo de Derecho Internacional privado en su respuesta al Libro Verde (<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-27.htm>). Es importante recordar que el término «normas sobre Derecho aplicable» comprende no sólo las denominadas «normas de conflicto» sino también las normas unilaterales cuyo objetivo es la determinación del ámbito de aplicación internacional de determinadas normas materiales. Este tipo de normas ha sido introducido en diversas directivas comunitarias de protección del consumidor con la intención de asegurar la imperatividad de lo dispuesto en la Directiva en determinadas situaciones internacionales.

En el Libro Verde la Comisión plantea dos grandes estrategias para la revisión del acervo. Una vertical, consistente en la revisión individual de las ocho directivas afectadas. La otra horizontal, basada en la adopción de un instrumento marco para regular características comunes del acervo, combinada con algunas acciones verticales. En el marco de esta segunda opción la Comisión señala varias alternativas, entre ellas, la de adoptar un instrumento marco aplicable tanto a las transacciones nacionales como a las transfronterizas, o bien la elaboración de un instrumento que se aplique exclusivamente a los contratos de consumo transfronterizos o finalmente, elaborar un instrumento horizontal limitado a las compras a distancia, independientemente de su carácter nacional o transfronterizo.

Otra de las cuestiones que se plantea la Comisión es el grado de armonización. Las posibilidades de nuevo son varias. O bien se establece la plena armonización o bien se parte de una armonización mínima completada con una cláusula de reconocimiento mutuo o con el enfoque del país de origen. En ambos casos, los Estados conservarían la posibilidad de introducir normas más estrictas sobre protección de los consumidores en sus ordenamientos jurídicos nacionales pero tendría limitada la posibilidad de oponer esas normas imperativas a las empresas establecidas en otros Estados miembros.

Tras lo expuesto anteriormente es fácil comprender que la manera como el proceso de revisión afecte al «Derecho aplicable» variará según la estrategia que finalmente se siga. La intención de esta breve nota es simplemente mostrar la necesidad de que el Libro Verde se analice desde el prisma del derecho internacional privado puesto que de lo contrario en lugar de simplificar y mejorar la legislación existente lo único que conseguiría sería agravar el caos normativo existente actualmente y denunciado insistentemente por la

doctrina. Bastarán unos ejemplos para entender la preocupación de los internacionalprivatistas.

La mayoría de las Directivas afectadas contienen en su articulado una norma de Derecho internacional que determina la aplicación imperativa de la Directiva en determinadas situaciones vinculadas con Estados no comunitarios. Estas normas ya presentan, de por sí, importantes conflictos con el actual artículo 5 del Convenio de Roma, así como con las normas de transposición de los distintos Estados miembros (ver STJCE C-70/03, 9 septiembre de 2004, Comisión c. Reino de España). En el supuesto de que se adoptara una Directiva marco es importante que la Comisión analice detenidamente el impacto de la introducción de una norma unilateral parecida a las existentes. Además, es asimismo fundamental que lleve a cabo ese análisis teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 del futuro Reglamento Roma I.

Si se opta por una armonización mínima combinada con el juego de una cláusula de reconocimiento mutuo o de aplicación de ley del país de origen, es importante que se estudie su relación con la solución conflictual dada por artículo 5 del futuro Reglamento Roma I. Habría que analizar detenidamente la potencial contradicción entre ambas normas. El artículo 5 del futuro Reglamento Roma I opta por la aplicación de la ley del país de residencia habitual del consumidor lo cual es difícilmente conciliable con la aplicación de la ley del país de origen (léase ley del país del vendedor).

Nada se decide en el Libro Verde sobre el caos normativo existente ocasionado por la multiplicidad de fuentes normativas que contienen normas de derecho internacional privado, ya sean normas de conflicto (Convenio de Roma, futuro Reglamento Roma I) o normas unilaterales (Directivas comunitarias de protección del consumidor, leyes de transposición de esas mismas Directivas). La solución debe pasar necesariamente por una coordinación de enfoques y no por un nuevo solapamiento. Por tanto, la revisión del acervo comunitario en materia de protección del consumidor debe hacerse teniendo en cuenta el futuro Reglamento Roma I y en particular sus artículos 5 y 3 (5).

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL *

En este período se han producido novedades de orden menor para esta crónica, como la ampliación del régimen lingüístico del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, lógica consecuencia de la adhesión de Bulgaria y Rumanía (*DOCE* 29.12.2006, L 386/44 y 45). Por otra parte, el Parlamento Europeo ha dado su aprobación a los acuerdos –ya comentados en crónicas anteriores– entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, así como sobre traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, ambas cuestiones en materia civil y mercantil (*DO* 1.12.2006, C 292 E/94 y 95).

Pero sin duda, la disposición más importante aparecida en este período ha sido la definitiva aprobación del reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo.

* Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759.

Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOCE 30.12.2006, L 399/1).

Por fin se ha aprobado un procedimiento rápido de reclamación de deudas dinerarias en litigios transfronterizos, introduciendo en el ámbito comunitario el procedimiento monitorio, que tanta eficacia ha tenido en países como Alemania, Francia o España, pero no así en otros países de la Unión, no hay que olvidarlo. Entrará plenamente en vigor el 12 de diciembre de 2008 (art. 33).

Sea como fuere, el procedimiento que se ha configurado permite que el demandante presente de una forma teóricamente fácil –el formulario de solicitud no es sencillo precisamente para un lego en Derecho–, sin participación ni de abogado ni de procurador (art. 24), una solicitud en la que reclame un crédito, sin más motivación. Si el deudor, en el plazo de treinta días (art. 16.2) no se opone, o simplemente no responde desde que el Juzgado le haga el requerimiento de pago, el órgano jurisdiccional emitirá un título ejecutivo (art. 18.1) que debería ser considerado firme pese a que no diga nada el reglamento al respecto, puesto que su posibilidad de revisión es excepcional. Dicho título ejecutivo se deberá ejecutar normalmente en el Estado miembro donde tenga su domicilio del deudor (art. 21). Pero si se opone, incluso sin razones (art. 16.3), se pasará a tramitar el procedimiento declarativo ordinario que corresponda según el Derecho procesal nacional de que se trate, supeditando siempre la celebración de este procedimiento a la voluntad del acreedor.

Con todo, y pese a que la regulación ha sido bastante perfeccionada desde que se elaboró el proyecto (en la línea que señalé en anteriores crónicas), han quedado algunas sombras que creo conveniente destacar muy brevemente, para facilitar futuras reformas y para garantizar en la mayor medida posible, el éxito de este útil procedimiento.

En primer lugar, la competencia territorial se determina según el Reglamento 44/2000 (art. 6), lo cual va a querer decir que, en la mayoría de las ocasiones, la solicitud monitoria deberá ser presentada en los tribunales del domicilio del demandado, lo que puede frenar muchas reclamaciones ante las dificultades lógicas de litigar en otro Estado miembro. Quizá en este caso, teniendo en cuenta las garantías de fiabilidad que mutuamente se reconocen los órganos jurisdiccionales de la Unión entre sí, hubiera sido conveniente que dichas solicitudes pudieran ser presentadas ante los tribunales del fuero del demandante, realizándose lógicamente la notificación en el Estado miembro del deudor. Soy consciente de que ello hubiera supuesto un radical cambio de perspectiva en esta materia, pero hubiera sido lo mejor para facilitar la eficacia del procedimiento monitorio europeo.

Por otra parte, el artículo 7.4 contiene una norma que habrá que tratar con mucha precaución. Dispone dicho precepto que *«En un apéndice de la petición, el demandante podrá indicar al órgano jurisdiccional que se opone al traslado al proceso civil ordinario que corresponda, tal como dispone el artículo 17, en caso de oposición del demandado. Ello no obstará a que el demandante informe ulteriormente de ello al órgano jurisdiccional, pero en todo caso antes de que se expida el requerimiento»*.

Pues bien, si se desea la eficacia del procedimiento, lo más inteligente que deberá hacer el acreedor es no decir absolutamente nada sobre este extremo. Es decir, no indicar expresamente que renuncia al seguimiento del procedimiento ordinario en caso de oposición. Lo indico de este modo porque si el demandante ya informa de antemano al demandado de que no va a seguir el

procedimiento ordinario en caso de oposición, el demandado se opondrá siempre, porque de ese modo obstaculizará de un modo muy sencillo –no haciendo absolutamente nada– el pago de la deuda. La ventaja principal del procedimiento monitorio es la presión psicológica que ejerce sobre el demandado el hecho de que la reclamación del deudor venga respaldada por un pronunciamiento judicial, para que el deudor tome plena consciencia de que la reclamación va en serio. Si el deudor ya sabe de entrada que el procedimiento no seguirá adelante, esa ventaja psicológica se desvanece casi por completo. Y si además, como dice el artículo 12.4.a), el Juzgado indica expresamente en el requerimiento que no ha comprobado la realidad de la deuda del demandante, aunque ello sea siempre cierto, el demandado carecerá de estímulo alguno para responder siquiera al requerimiento.

Otro de los puntos esenciales de la eficacia del procedimiento monitorio estriba en la efectiva notificación al demandado. Y sin embargo el artículo 14.c) establece como suficiente que la notificación se deje en el buzón del demandado. Ello es claramente insatisfactorio, porque el demandado lo tendrá demasiado fácil para alegar que nunca le llegó la notificación, lo que puede sobrevenir simplemente a consecuencia de un error material del personal del Juzgado al dejar la notificación en un buzón equivocado. En el procedimiento monitorio, como digo, es imprescindible que conste muy claramente la recepción de la notificación por parte del demandado. Con esa simple notificación en el buzón, el demandado lo tendrá facilísimo para alegar, *a posteriori*, su indefensión.

Ello será muy sencillo, presentando una «revisión» prevista por el artículo 20, que será un medio de impugnación excepcional del título ejecutivo, y que carece de procedimiento alguno en el reglamento, debiendo ser integrado el mismo por el derecho nacional (art. 26) a más tardar el 12 de junio de 2008 (art. 29). Creo que no hubiera costado nada regular ya en el reglamento este procedimiento, en aras de la unificación procedimental transnacional. Pero no ha sido así.

En suma, estamos ante un procedimiento que expresa la mejor voluntad del legislador comunitario para el cobro de las deudas transnacionales. Esperemos que los inconvenientes que he señalado en las líneas anteriores no acaben frustrando la eficacia que está llamada a tener dicho procedimiento.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS *

Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. Presentado por la Comisión europea. Bruselas, 8 de febrero de 2007 COM(2006) 744 final.

El libro verde es un nuevo paso en los trabajos de creación de un de Derecho contractual armonizado en la Unión Europea y nueva muestra del deseo de implicar a los ciudadanos en el proceso de elaboración. De los pasos ante-

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759.

rios se ha ido dando cuenta en las crónicas precedentes y, en ellas, también de las razones que impulsan la reforma. Se resumen brevemente en el punto 3 del libro verde (obsolescencia de alguna regulación ante el avance de los servicios electrónicos y, en particular, de las subastas; fallos derivados de la armonización mínima y, en consecuencia, falta de confianza del consumidor y, por tanto, no óptima realización del mercado interior). Con el presente Libro verde (que, por cierto, a pesar de su presentación formal en español, todavía presenta muchas de las explicaciones en inglés), se someten a la consideración del público una serie de cuestiones con cuya respuesta (inducida, a partir de un catálogo de entre dos o tres respuestas posibles) se pretende obtener las líneas directrices para completar/modificar y, en definitiva, mejorar el *acquis communautaire*, pero sólo en materia de consumo (Anexo I). Todo ello precedido de una introducción metodológica (pp. 2-14) sobre cuál debería ser la opción que permitiera abordar la reforma de la manera más eficaz, teniendo en cuenta que el objetivo (principal) de protección de los consumidores se debe combinar con el respeto al principio de subsidiariedad. La Comisión autolimita su actuación a (una parte) del Derecho de consumo, en concreto a la revisión de 8 directivas (señaladas en el Anexo II: contratos fuera de establecimientos comerciales, viajes combinados, cláusulas generales, *time sharing*, contratos a distancia, indicación de precios, acciones de cesación, garantías en las ventas de consumo).

Se propone la adopción de un enfoque vertical, que ofrece la posibilidad de una refacción sectorial de las directivas (ya en curso para algunas de ellas)¹, o bien combinarlo (enfoque mixto) con la creación de un instrumento horizontal que permita generalizar algunas de las soluciones hoy sólo previstas en algunas (instrumento horizontal). La propia Comisión no delimita exactamente cuál sería el ámbito de aplicación de tal instrumento: ¿sólo los contratos a distancia? ¿sólo los transnacionales? ¿todos los contratos en materia de consumo?, pero sí que señala las ventajas e inconvenientes de todas las opciones planteadas. En cuanto al grado de armonización, parece descartarse la estrategia de una armonización absoluta [vid. COM (2002) 208], puesto que, junto a ella, se establecen tres opciones más, a adoptar caso por caso: armonización plena y, en ciertas cuestiones, reconocimiento mutuo; armonización mínima y reconocimiento mutuo; y armonización mínima con el planteamiento del país de origen. La propia Comisión reconoce que estas dos últimas propuestas no impedirían la fragmentación legislativa y que el procedimiento no incrementaría la seguridad jurídica. Cabe añadir, además, que es contrario a los esfuerzos simplificadores de la legislación que se persiguen.

Desde luego, no se menosprecia la posibilidad de mantener el *status quo*, cuya generalización, si bien no es deseable, acaso sea la mejor si no se desea abrir una brecha excesiva en los Estados miembros entre el Derecho contractual general y el de consumo o, desde otro punto de vista, que la protección al consumidor sea tan elevada que acabe eliminándose la autonomía de la voluntad. Lo primero podría suceder si acabaran siendo uniformes las normas que regularan la entrega de los bienes de consumo, en detrimento de la solución general aplicable a otro tipo de contratos. Lo segundo, por ejemplo,

¹ La Comunicación de la Comisión: estrategia comunitaria en materia de política de protección a los consumidores (2007-2013). COM (2007), de 13 de marzo de 2007, anuncia ya que propondrá modificar la Directiva sobre tiempo compartido en 2007; que ya se está trabajando en la de crédito al consumo y que, en un futuro próximo, se informará sobre la de servicios financieros, seguridad en los productos y acciones de cesación.

si se aprecia la necesidad de considerar abusivas incluso las cláusulas negociadas individualmente.

Además, si no existe la debida coordinación, la tramitación paralela del Marco Común de referencia (en el que ya se está trabajando) permite augurar algunos solapamientos o, lo que es peor, nuevas lagunas. Desde luego, las instituciones tienen en mente el problema, al afirmar que el instrumento horizontal es sólo un primer paso en el camino hacia ese Derecho contractual general europeo que se espera conseguir con el citado Marco (*vid.* Resolución del Parlamento europeo de 4 de septiembre de 2006 [detalle en la anterior crónica] y la reseña congreso «¿Adiós al BGB? El futuro del Derecho contractual europeo», realizada por Jan Gudlick, en este mismo volumen). Quizás por eso, lo mejor hubiera sido que la propia Comisión no hubiese autolimitado su consulta al Derecho de consumo.

Por lo demás, la revisión del acervo comunitario de consumo que ahora se propone incluye propuestas con escasa base en el *acquis* (v. gr. la indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento del empresario, cuyo fundamento sólo viene establecido en la Directiva de viajes combinados, norma que, por lo demás, no se refiere al «consumidor» sino al «adquirente», aunque en sentido amplio quepa incluir a aquél). Por el contrario, entre los remedios generales del Derecho de contratos, que (como una opción posible), se sugiere sean ampliados al Derecho de consumo, no se contempla la ejecución forzosa, lo que abundaría en las diferencias entre las normas del Derecho de consumo y las del Derecho general de contratos en los Estados Miembros a que antes se apuntaba.

Las cuestiones de carácter sustantivo que pretenden ser resueltas con el instrumento horizontal (que podrían abordarse en el enfoque llamado mixto) son, resumidamente, las siguientes:

a) Definición de «consumidor» y «profesional», lo que incluye el planteamiento de si debe considerarse dentro de la definición del primero aquél que actúe a través de un intermediario.

b) ¿Inclusión de un deber de los profesionales de actuar de acuerdo con los principios de buena fe y lealtad profesional? Nótese bien que ese mismo deber (actuar de buena fe) no se cuestiona respecto del consumidor.

c) Ampliación de las reglas sobre cláusulas generales ¿también a las negociadas individualmente? ¿Debería ampliarse el listado? ¿Deberían referirse también al objeto y al precio?

d) ¿Qué remedios se deberían proponer ante el incumplimiento del deber de información del empresario?

e) ¿Deberían armonizarse los períodos de reflexión siempre que se otorgue al consumidor un derecho de desistimiento? ¿cómo debería ejercerse éste? ¿con qué consecuencias respecto de los costes de devolución?

f) ¿Los consumidores deben beneficiarse de los remedios contractuales generales, incluido el resarcimiento de daños? Si es que sí ¿qué daños?

Siguen luego una serie de cuestiones específicamente relacionadas con el contrato compraventa:

a) ¿Deberían ampliarse las normas sobre ventas de consumo a otro tipo de contratos cuyo objeto sean prestaciones digitales y/o bienes de segunda mano vendidos en subasta?

b) ¿Cómo debería definirse la entrega? ¿Cómo debería regularse la transmisión del riesgo en las ventas de consumo?

- c) ¿Cuáles deberían ser los plazos para denunciar la falta de conformidad?
- d) ¿Ampliación de la garantía legal tras la reparación?
- e) ¿Deberían existir normas específicas para los bienes de segunda mano?
- f) ¿Quién debería soportar la carga de la prueba de que los defectos ya existían en el momento de la entrega?
- g) ¿Qué remedios y en qué orden? ¿Deberían los consumidores estar obligados a notificar la falta de conformidad?
- h) ¿Es conveniente prever la responsabilidad directa de los fabricantes?
- i) ¿Cuál debería ser el alcance de la garantía comercial?

Finalmente, se deja abierta la posibilidad de apuntar cualquier otra cuestión que requiera un análisis más profundo en el contexto de la protección a los consumidores. Había tiempo para contestar hasta el 15 de mayo de 2007. Se espera la reacción posterior y las propuestas de la Comisión a lo largo del año 2008. En el año 2009, debería estar listo el Marco Común de Referencia.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR *

A la espera todavía del Libro Blanco sobre el Mercado Hipotecario, que la Comisión debería realizar tras la publicación de Libro Verde en mayo de 2005, y con un año ya de retraso, algunas comisiones de trabajo han ido entregando ya sus informes sobre el estudio concreto de cuestiones planteadas en el Libro Verde. Entre ellos destaca:

a) El informe del *Mortgage funding expert group* (MFEG) (MARKT/H3/CH, 20 de diciembre de 2006). El informe parte de una idea que me parece central: la gran interrelación entre las operaciones hipotecarias activas (concesión de préstamos hipotecarios) y las pasivas (refinanciación hipotecaria por valores hipotecarios) y señala que la eficiencia en ambos mercados (operaciones activas y pasivas) en gestión de capital y reducción de costes vendrá dada por su integración europea: creación de *pools* mayores y más diversificados de hipotecas en Europa, así como una mayor variedad de productos hipotecarios. La situación actual es que el 60 por 100 de los créditos hipotecarios residenciales en Europa aún se financia por depósitos (a pesar de su poco crecimiento en los últimos años), mientras que un 17,5 por 100 lo hace mediante cédulas hipotecarias y un 10 por 100 lo hace mediante bonos de titulización hipotecaria. Señala que un mercado europeo de refinanciación hipotecaria debe ser completo (libertad para las entidades de crédito de escoger cualquier sistema de refinanciación), competitivo (eliminación de barreras de negociación de créditos transnacionales), eficiente (mayor liquidez y diversificación de los productos; se descarta la figura de la GSE estadounidense), transparente (aumentar la comprensión de los productos para los inversores y agencias de *rating*) y estable (que garantice la dispersión del riesgo hipotecario). Analizan, además, algunos aspectos relacionados con las

* Profesor Agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.

operaciones activas (naturaleza del derecho de amortización anticipada¹, valoración de inmuebles, flexibilización en los requisitos de transmisión de hipotecas transnacional y registro de la propiedad, ejecución hipotecaria, protección de datos de consumidores). Respecto a las cédulas, recomiendan que los países que no tengan legislación aprobada, lo hagan y que se admitan en su cobertura créditos hipotecarios extranjeros y medidas parecidas para los bonos de titulación hipotecaria. Otros aspectos analizados son los relacionados con el *warehousing* de créditos hipotecarios y los *credit enhancements* concedidos por terceros para la mejora de los *ratings*, Basilea II y operaciones financieras diversas relacionadas con los valores hipotecarios (*swaps*, *repos*, etc.) y su tratamiento paneuropeo; en definitiva, la eliminación de restricciones y otras barreras al libre desarrollo del mercado de operaciones pasivas hipotecarias.

b) El informe del *Mortgage industry consumer dialogue group* (MICDG) (MARKT/H3/CH, 20 de diciembre de 2006), formado por banqueros y consumidores, ha versado sobre los cuatro aspectos que le encargaron en relación a la actividad de la concesión de créditos hipotecarios: información, asesoramiento, amortización anticipada y tasa anual equivalente (TAE).

aa) Sobre la información precontractual, regida hasta el momento por el Código de Conducta de 2001², se llega a la conclusión de que es difícil señalar el momento exacto en el que debe darse dicha información, debiéndose establecer sólo un plazo mínimo; que el prestatario facilitará primero su información personal y luego se le dará la del préstamo (pero antes de cerrarlo) y dándole tiempo para comparar ofertas; los consumidores proponen mejoras en la «hoja europea de información estandarizada» (ESIS), como que se haga constar el riesgo de contratar los créditos en moneda extranjera, aunque no se ha acordado completamente su contenido ni organización de la información. Tampoco hubo acuerdo sobre la eficacia que debe tener el Código de Conducta, en el sentido de que los consumidores desean que sea obligatorio dada su insuficiente aplicación a nivel europeo, mientras que los bancos entendieron que su regulación traería rigideces indeseables al mercado.

bb) Respecto al asesoramiento, primero tuvieron que acordar las diferencias entre información (descripción de un producto), asesoramiento (recomendación sobre el producto, según la situación específica del prestatario) y advertencia del riesgo (que es avisar del riesgo financiero que el prestatario –específico– o los prestatarios –general– van a correr si contratan un determinado producto). No se llegó a un acuerdo sobre si el asesoramiento debe ser o no obligatorio, pero sí sobre algunos principios básicos, como que la información debe ser completa y precisa, que haya advertencias de riesgo (tanto generales como específicas) y que el prestamista valore la capacidad crediticia del prestatario, siendo éste sincero a su vez, con la información que facilite.

cc) Sobre la enconada lucha sobre la posibilidad (legal o contractual) o prohibición (*pacta sunt servanda*) de la amortización anticipada, las diferencias entre la banca (entiende que debe ser una opción contractual renuncia-

¹ Vid. *infra*. el informe del MICDG, que difiere: no hay acuerdo sobre si debe ser legal o contractual o si se puede o no renunciar; el del MFEG tiende a la contractualidad y a su renunciabilidad.

² Por cierto, no firmado por España, al entender que nuestro sistema es más garantista que el Código de Conducta.

ble) y los consumidores (debe ser un derecho legalmente previsto) son patentes, aunque coinciden que cuando se ejerza, el prestamista debe ser compensado de manera justa y objetiva, pero no acordaron qué era «justo y objetivo», si sólo los costes reales o también los potenciales.

dd) Sobre la TAE, los debates se centraron sobre la necesidad de que se armonizasen los cálculos matemáticos en Europa y entre créditos hipotecarios al consumo, acordándose esto último, aunque no en el modo de hacerlo.

Sobre la Eurohipoteca, aún no existe pronunciamiento oficial de la Comisión Europea, pero la cuestión evoluciona en el siguiente sentido:

a) Tal y como era de esperar, dada su inactividad en relación a la armonización hipotecaria en Europa durante cuarenta años y falta de iniciativa sobre esta cuestión, la *European Mortgage Federation* (mediante su *Working group on real estate collateral law in Europe*) ha declinado seguir los trabajos relacionados con la Eurohipoteca y para los que fue encargada por la Comisión Europea.

b) Algunas legislaciones europeas que no preveían el grado de flexibilidad que ofrece el Modelo de Eurohipoteca presentado en las *Basic Guidelines* han ido modificando sus legislaciones hipotecarias para aumentar la eficiencia de su mercado hipotecario con mayor o menor éxito, aproximándose cada vez más al «modelo ideal» planteado en aquel texto. De esta forma lo hizo Francia con su *hypothèque rechargeable* (Ordenanza de 23 de marzo de 2006) y lo mismo está haciendo España con el nuevo Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 2/1981 y otras normas hipotecarias³. Éste, aparte de cuestiones de maquillaje, como la regulación de un «producto hipotecario» como la hipoteca inversa (disp. ad. 1.^a), por fin ha dado contexto legal a algo que ya venía funcionando desde hacía años como es la hipoteca de máximo en relación a la hipoteca en garantía de créditos en la cual sólo se hará constar «el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria», aunque críticamente señala que además se debe estar «identificando las obligaciones garantizadas», que creo debe entenderse como la «relación obligaciones básica» que ya instituyó la RDGRN 23 de diciembre de 1987⁴ y no como que deban especificarse todas las obligaciones que se irán incluyendo bajo la «nueva» hipoteca de máximo, dado que entonces perdería gravemente flexibilidad al no poder las partes ir incorporando bajo la hipoteca las obligaciones que considerasen oportunas sino sólo las pactadas (así parece entenderlo el nuevo art. 153 bis.2 LH al referirse a «actos jurídicos básicos»).

c) Interés académico cada vez mayor por la armonización de derechos reales en Europa. Así, destacadas personalidades del Derecho Civil paneuropeo como el Prof. Van Erp de la Universidad de Maastricht, organizan eventos relacionados con las reformas y la armonización de los derechos reales en Europa (*Common Frame of Reference and property law*, 8-6-07), además de los grupos paneuropeos preocupados por la armonización del derecho civil que tradicionalmente han estudiado dicha cuestión (como la reunión anual del *Common Core* de Trento, Turín, 6-7 julio 2007⁵). Al tiempo, alguna doctrina patria⁶, ha visto en la Eurohipoteca algo antagónico al modelo

³ BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-127-1 de 9 de marzo de 2007, p. 1.

⁴ Rj 1987/9722.

⁵ http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/meeting_13_on%20going%20research%20projects.pdf.

⁶ Ver VADILLO CASERO, Teresa, *La Eurohipoteca*, «El Notario», núm. 10, nov-dic. 2006; DÍAZ FRAILE, Juan María, *Modernización del mercado hipotecario español y euro-*

propuesto en el Proyecto de Ley de Reforma del Mercado Hipotecario de 9-3-07, cuando naturalmente no es así, sino que éste ha tendido a aquél, dado que las necesidades de flexibilización en algunos mercados hipotecarios ya se había puesto de relevancia con anterioridad a partir del modelo de las *Basic Guidelines*. Así, reiteran algunos tópicos afirmando que:

aa) el modelo propuesto en las *Basic Guidelines* corresponde al modelo de la «cédula hipotecaria suiza» cuando no es así por un doble motivo: el modelo de Eurohipoteca propuesto no es de naturaleza independiente (como lo es el suizo) sino que requiere crédito (§ 3.1.2 *Basic Guidelines*) y la relación entre crédito y garantía es «contractualmente accesoria» (§ 4.1. *Basic Guidelines*); además una «cédula hipotecaria» es otra cosa completamente distinta a la *Schuldbrief* suiza (art. 12 LMH);

bb) que el modelo de las *Basic Guidelines* no está autorizado por el derecho europeo, dado que permite la adhesión de la Eurohipoteca a un título: tampoco es cierto por un doble motivo: en Alemania ello es perfectamente posible (*Sicherungsgrundschuldbrief*) y no va en contra, porque nada dice, del derecho Europeo; y dos, ello se deja como un opción para que cada estado pueda o no preverlo (§ 5.3 *Basic Guidelines*);

cc) que el modelo de las *Basic Guidelines* carece de causa y es abstracto, lo que no es cierto, dado que su causa será la misma que la que tiene la hipoteca en nuestro país, es decir, la de garantía⁷;

dd) que el debate sobre la mayor flexibilización debe hacerse en clave española (la hipoteca española como modelo para Europa). Esta propuesta, no sólo desconoce que fueron introducidos en las *Basic Guidelines* hasta diez elementos propios de nuestra hipoteca (ej. la Subeurohipoteca), sino que también sesga lo que debe ser una Eurohipoteca: una hipoteca válida para toda Europa, prescindiendo de modelos preexistentes únicos puesto que éstos son fruto de cada contexto jurídico particular y ninguno de ellos es óptimo para ser exportado porque cada uno dirá que es el mejor para su propio contexto, pero no está probado a nivel paneuropeo ni mucho menos para operaciones transnacionales. El modelo de las *Basic Guidelines* es un «modelo ideal» al que, debidamente debatido, ampliado y mejorado, los Estados podrían tender para mejorar su derecho nacional hipotecario, como ha hecho, por cierto, Francia y ahora España. Pero lo que no puede hacerse, como se ha pretendido hacer, es rechazarlo *ab initio*.

ee) que la UE nunca se ha preocupado de la Eurohipoteca y que es algo quimérico. Sorprende esta afirmación cuando fue la CE la que encargó al Prof. Segré en 1966 su primer informe a este respecto, y cuando ha formado parte importante del Libro Verde de 2005 de la UE, con una gran mayoría de respuestas afirmativas, algunas de ellas fervorosas (y no procedentes de Alemania, por cierto).

Finalmente informar del encuentro entre los diversos sectores doctrinales que se celebrará en Aranjuez⁸, dirigido por el Dr. Gómez Galligo, el cual

hipoteca, «Registradores de España», núm. 37, enero-febrero 2007; GÓMEZ GALLIGO, Javier, *La reforma hipotecaria desde la perspectiva del ministerio de justicia*, www.notariosyregistradores.com, 04-XI, entre otros con similar contenido.

⁷ Lo que se había explicado ya desde NASARRE AZNAR, Sergio, y STÖCKER, Otmar, «Un pas més en la “mobilització” de la hipoteca: la naturalesa i configuració jurídica d’una hipoteca independent», *Revista catalana de dret privat*, vol. 1, dic. 2002, pp. 51-79.

⁸ http://www.urjc.es/fundacion/archivos/c_verano.htm

puede ser una excelente oportunidad para aproximar posturas y debatir sobre el modelo óptimo de hipoteca y de mercado hipotecario.

Por último reseñar que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife de 9 marzo 2006⁹ anula, entendemos que, desde una óptica europeísta, con buen criterio, la RDGRN de 2 de julio de 2005¹⁰, que tan flaco favor había hecho a las operaciones transnacionales inmobiliarias y, en fin, a la consecución en Europa de la libre circulación de personas y capitales, inadmitiendo la inscripción de una escritura de compraventa hecha por Notario alemán. Su argumento se basó en una interpretación extensiva del artículo 4 LH y sus correspondientes artículos 36 a 38 RH, en relación a la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad español documentos extranjeros «además, en el caso de documentos que provengan de otro estado de la Unión Europea», más cuando no existe en nuestro país una norma que prohíba expresamente la inscripción de tal documento. Añade que los argumentos esgrimidos por la DGRN en dicha resolución son contrarios a los principios comunitarios de libre circulación de servicios y de capitales, previstos en los Tratados Constitutivos. El juzgador aplica además el Convenio de Roma 1980 para dar eficacia a dicha escritura en nuestro país, dado que los aspectos personales (capacidad) se regirán por la ley de los otorgantes (la alemana) lo que queda incluido en la actuación del notario alemán; la forma también se regirá por derecho alemán según el Convenio y aunque los efectos obligacionales de tal escritura deben regirse por derecho español, en ningún caso el Registrador no autorizante discute el porqué la escritura no se ajusta a nuestro derecho. Sobre los efectos traditorios de la escritura, señala la sentencia que «sin que pueda interpretarse que el artículo 1216 CC se esté refiriendo al Notario español», de manera que dicha escritura también cumple el artículo 1462.2 CC, o incluso fuera de la *traditio* mediante escritura pública, a través del *constitutum possessorium* (la compraventa además reservaba el usufructo vitalicio al vendedor, de manera que éste retenía la posesión inmediata del bien, art. 1463 CC).

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

En esta crónica se publican los Principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental, precedidos de un breve comentario introductorio.

1. Principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental (breve presentación)

La Comisión para el Derecho europeo de familia es una organización científica que reúne a 28 especialistas que representan a 22 Estados europeos. Tiene como objetivo explorar las posibilidades de armonización del Derecho

⁹ AC 2006/244.

¹⁰ RJ 2005/2452.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

de familia. Con esa finalidad elabora a partir de un exhaustivo trabajo de Derecho comparado Principios que pueden servir como marco de referencia y fuente de inspiración para los legisladores que deseen modernizar sus Derechos de familia¹.

En 2004 se publicaron Principios en materia de divorcio y respecto a las pensiones de alimentos entre cónyuges divorciados². Dos años después han visto la luz los Principios en materia de responsabilidad parental a los que se refiere esta nota³. Cabe esperar que a finales de 2009 se publiquen Principios en materia de régimen económico matrimonial.

El idioma de trabajo de CEFL es el inglés. Los principios se formulan, sin embargo, simultáneamente también en francés y alemán, siendo igualmente auténticas las versiones en estas lenguas. Existen traducciones al holandés, al sueco y al español. Sin embargo, los comentarios que acompañan a los Principios solamente se publican en inglés.

Para elaborar los Principios en materia de responsabilidad parental se partió de informes nacionales elaborados a partir de un cuestionario de 62 preguntas⁴. Sobre la base de este material y teniendo también en cuenta todos los instrumentos internacionales y europeos existentes en la materia se han elaborado 39 Principios divididos en 8 Capítulos. Cada uno de ellos se acompaña de un estado de la cuestión en los instrumentos europeos e internacionales, una presentación de la regulación en Derecho comparado así como de un Comentario que explica las razones por las que se ha adoptado el Principio y su contenido. Los Principios van precedidos de un Preámbulo.

El capítulo I de los Principios contiene diversas definiciones. En el Principio 3.1 se define la noción de responsabilidad parental como un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Este concepto, que se ha utilizado en instrumentos internacionales y europeos, tiene un contenido más amplio que la patria potestad en el Derecho español e implica el abandono de nociones como la tutela y la custodia.

Es titular de la responsabilidad parental cualquier persona que detenta en todo o en parte la responsabilidad parental. La responsabilidad parental puede ser detentada por personas físicas que no estén unidas al niño a través de un vínculo de filiación (p. ej. la pareja del padre o la madre) así como por personas jurídicas. Puede haber más de dos titulares de la responsabilidad parental.

Se han dedicado cinco principios a los derechos del niño (capítulo II). El Principio 3:3 establece que el interés superior del niño debe ser la consideración preponderante en todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. Se hace un reconocimiento explícito de la autonomía creciente del niño conforme se incrementa su capacidad y necesidad de actuar independientemente. Ocupa un papel destacado el derecho del niño a ser

¹ Para más información ver <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>.

² Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González Beilfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny y Walter Pintens *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Amberes: Intersentia, 2004.

³ Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González Beilfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny y Walter Pintens *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Amberes: Intersentia, 2007.

⁴ Todo este material es de libre acceso a través de Internet. Se ha publicado asimismo una versión integrada de estos informes. K. Boele-Woelki, B. Braat y I. Curry-Sumner (eds.): *European Family Law in Action. Volume III: Parental Responsibilities*, Amberes: Intersentia, 2005.

oído no sólo cuando una autoridad competente toma una decisión sino también cuando el o los titulares de la responsabilidad parental toman decisiones o llegan a acuerdos. Se recoge también el derecho del niño a no ser discriminado y se establece el deber de protección de los intereses del niño en todos los casos de conflicto de intereses con los titulares de la responsabilidad parental.

El tercer capítulo se dedica a la atribución de la responsabilidad parental a los padres y terceras personas. Las personas vinculadas al niño a través de la filiación, cuestión ésta que queda fuera de los Principios, deben tener responsabilidad parental respecto al niño sin que la disolución o anulación del matrimonio o de otra relación formal o la separación jurídica o fáctica afecte a la responsabilidad parental. Eso implica que con carácter general hay dos titulares de la responsabilidad parental que son los padres del niño. Los Principios se posicionan por tanto claramente en contra de que el estado civil sea relevante en materia de atribución de la responsabilidad parental tal y como ocurre, p. ej., en Alemania donde la responsabilidad parental sobre un hijo extramatrimonial se atribuye *ex lege* sólo a la madre.

De acuerdo con los Principios cabe que se atribuya a una tercera persona que no es legalmente el padre o la madre del niño todo o parte de la responsabilidad parental. Esto cubre una diversidad de situaciones como por ejemplo las de las parejas del padre o la madre que conviven con el niño, los derechos de los abuelos u otros familiares cercanos así como situaciones en las que interviene la Administración.

El capítulo IV de los Principios se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental. La sección A de dicho capítulo se dedica al ejercicio de la responsabilidad parental cuando sus titulares son los padres del niño. En este caso las decisiones deben en principio tomarse conjuntamente. Por razones prácticas es, sin embargo, necesario otorgar a cada uno de los padres el derecho a actuar individualmente en cuestiones relativas a la vida cotidiana. Las decisiones importantes relativas a cuestiones como la educación, los tratamientos médicos, la residencia del niño así como la administración de la propiedad deben tomarse conjuntamente. En caso de urgencia existe, no obstante, la posibilidad de actuación individual acompañada de un deber de información.

Puesto que por lo general la titularidad de la responsabilidad parental será conjunta resultará necesario llegar a acuerdos respecto al ejercicio de la responsabilidad parental. Estos acuerdos serán en principio informales aunque existe la posibilidad de homologación de los mismos a través de la autoridad competente lo que implicará su control. En caso de desacuerdo se puede acudir a la autoridad competente que promoverá el acuerdo. En caso de que éste resulte imposible se podrá dividir el ejercicio de la responsabilidad parental entre sus titulares.

La sección B del capítulo IV se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental por terceras personas. Dicho ejercicio puede sustituir al ejercicio de la responsabilidad parental por los padres o ser adicional a los derechos y deberes que corresponden a éstos.

El capítulo V de los Principios se refiere al contenido de la responsabilidad parental. Consta de dos secciones, la primera relativa a la persona del niño y sus propiedades y la segunda sobre el mantenimiento de relaciones personales.

En la primera sección se ha prestado especial atención al establecimiento de la residencia. En caso de titularidad conjunta de la responsabi-

lidad parental debe haber acuerdo respecto a dicha cuestión. Habida cuenta que la residencia alternada del niño en los distintos domicilios de los padres que están separados («custodia compartida») es una cuestión controvertida se aborda de manera explícita dicha cuestión. Cabe establecer la residencia alternada en caso de acuerdo, sujeto a control de la autoridad competente, de los titulares de la responsabilidad parental o en virtud de una decisión de la autoridad competente. En todo caso la autoridad competente deberá tener en cuenta diversos factores tales como la edad y opinión del niño, la capacidad y disposición de los padres para cooperar así como la situación personal de los padres y las distancias entre los distintos domicilios de los padres y la escuela del niño antes de autorizar o decidir la residencia alternada.

Otra cuestión ampliamente debatida en la actualidad es el cambio del lugar de residencia (*relocation*) pues se trata de una cuestión de actualidad en el contexto de una creciente movilidad geográfica. En algunos sistemas nacionales el padre o la madre con el que el niño reside es libre de modificar su lugar de residencia, aunque son frecuentes las restricciones en caso de traslado al extranjero. En otros ordenamientos, en cambio, el cambio del lugar de residencia se sujeta siempre a acuerdo de los titulares de la responsabilidad parental. Esta última es la opción que siguen los Principios que establecen además una lista no exhaustiva de factores que la autoridad competente ha de tomar en consideración en caso de que, a falta de acuerdo, corresponda finalmente a la autoridad competente tomar la decisión.

La sección B del capítulo IV se dedica al mantenimiento de relaciones personales entre el niño y sus padres, el niño y otros familiares y el niño y terceras personas. El mantenimiento de relaciones personales se define de manera amplia incluyendo cualquier forma de comunicación oral o escrita además de las visitas.

El capítulo VI de los Principios hace referencia a la terminación de la responsabilidad parental. La responsabilidad parental termina cuando el niño llega a la mayoría de edad, fallece, contrae matrimonio o constituye una pareja registrada o es adoptado, si bien en este último caso si el niño es adoptado por la pareja de su padre o su madre la responsabilidad parental sólo se extingue en relación al otro progenitor.

Por lo que respecta a la privación y la restitución de la responsabilidad parental los Principios establecen en el capítulo VII que la autoridad competente debe privar total o parcialmente de la responsabilidad parental al titular de la misma que con su comportamiento o negligencia cause un grave riesgo a la persona o los bienes del niño. La privación puede ser solicitada por el padre o la madre titulares de la responsabilidad parental, por el propio niño o una institución de defensa de los intereses del niño o decretarse de oficio. Si desaparecen las circunstancias que motivaron la privación de la responsabilidad parental la autoridad competente podrá restituirla habida cuenta del interés superior del niño.

El último capítulo de los Principios se dedica a cuestiones de procedimiento. Se hace especial referencia a los métodos alternativos de resolución de controversias que han de ponerse a disposición en todas las disputas así como al derecho de audiencia del niño. El niño debe ser oído directa o indirectamente en todos los procedimientos de una forma adecuada a su edad y grado de madurez. En caso de que se decida no oír al niño ha de motivarse de manera específica.

2. Principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental (texto articulado)

PREÁMBULO

Reconociendo que, a pesar de las divergencias de los sistemas nacionales de Derecho de familia existe, no obstante, una creciente convergencia;

Reconociendo que las diferencias que subsisten obstaculizan la libre circulación de personas;

Deseando contribuir a los valores comunes europeos relativos a los derechos y el bienestar del niño;

Deseando contribuir a la armonización el Derecho de familia en Europa y facilitar aún más la libre circulación de personas en Europa;

La Comisión para el Derecho europeo de familia recomienda los siguientes Principios:

CAPÍTULO I. Definiciones

Principio 3.1 *Concepto de responsabilidad parental*

La responsabilidad parental es un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Comprende en particular:

- a) el cuidado, la protección y la educación;
- b) el mantenimiento de relaciones personales;
- c) la determinación de la residencia;
- d) la administración de los bienes, y
- e) la representación legal.

Principio 3.2 *Titulares de la responsabilidad parental*

1. Es titular de la responsabilidad parental cualquier persona que tenga, en su totalidad o en parte, los derechos y deberes mencionados en el Principio 3.1.

2. Salvo en lo dispuesto en los Principios siguientes los titulares de la responsabilidad parental son:

- a) los padres del niños, así como,
- b) otras personas distintas de los padres del niño que tengan la responsabilidad parental adicionalmente o en sustitución de los padres.

CAPÍTULO II. Derechos del niño

Principio 3.3 *Interés superior del niño*

En todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental el interés superior del niño debe ser la consideración preponderante.

Principio 3.4 *Autonomía del niño*

La autonomía del niño ha de respetarse teniendo en cuenta su creciente capacidad y necesidad de actuar independientemente.

Principio 3.5 *No discriminación del niño*

Los niños no deben ser discriminados por causa de sexo, raza, color, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional, étnico y social, orientación sexual, discapacidad, patrimonio, nacimiento u otro estado, tanto si esos motivos se refieren al niño o a los titulares de la responsabilidad parental.

Principio 3.6 *Derecho del niño a ser oído*

Teniendo en cuenta su edad y madurez el niño tiene derecho a ser informado, consultado y a expresar su opinión en todas las cuestiones que le afecten, debiéndose tener en cuenta la opinión expresada por el niño de manera adecuada.

Principio 3.7 *Conflicto de intereses*

Los intereses del niño deben protegerse en todos los casos de conflicto con los intereses de los titulares de la responsabilidad parental.

CAPÍTULO III. Responsabilidad parental de padres y terceros**Principio 3.8** *Padres*

Las personas respecto a las cuales se ha establecido la filiación legal del niño tienen la responsabilidad parental sobre el niño.

Principio 3.9 *Terceras personas*

La responsabilidad parental puede atribuirse en todo o en parte a una persona distinta que el padre o la madre.

Principio 3.10 *Incidencia de la disolución o la separación*

La responsabilidad parental no se ve afectada ni por la disolución o la anulación del matrimonio u otra unión formalizada ni por la separación legal o de hecho de los padres.

CAPÍTULO IV. Ejercicio de la responsabilidad parental**SECCIÓN A. LOS PADRES****Principio 3.11** *Ejercicio conjunto*

Los padres que detentan la responsabilidad parental tienen en el ejercicio de la misma iguales derechos y deberes. En la medida de lo posible la ejercen conjuntamente.

Principio 3.12 *Cuestiones de la vida cotidiana, decisiones importantes y urgentes*

1. Los padres titulares en común de la responsabilidad parental tienen derecho a actuar individualmente respecto a las cuestiones de la vida cotidiana.

2. Las decisiones importantes relativas a cuestiones como la educación, los tratamientos médicos, la residencia del niño, o la administración de sus bienes deben tomarse conjuntamente. En caso de urgencia el padre o la madre tienen derecho a actuar individualmente. El otro padre debe ser informado sin dilación.

Principio 3.13 *Acuerdos sobre el ejercicio de la responsabilidad parental*

1. Teniendo en cuenta el interés superior del niño, los padres que detentan conjuntamente la responsabilidad parental pueden llegar a acuerdos sobre el ejercicio de la misma.

2. La autoridad competente puede controlar el acuerdo.

Principio 3.14 *Desacuerdo sobre el ejercicio de la responsabilidad parental*

1. Si los padres que detentan conjuntamente la responsabilidad parental no llegan a un acuerdo respecto a una cuestión importante pueden acudir a la autoridad competente.

2. La autoridad competente ha de promover el acuerdo entre los padres.

3. Si no puede llegarse a ningún acuerdo, la autoridad competente puede dividir el ejercicio de la responsabilidad parental entre los padres o decidir la disputa.

Principio 3.15 *Ejercicio unilateral de la responsabilidad parental en virtud de un acuerdo o una decisión*

Teniendo en cuenta el interés superior del niño un padre puede ejercer individualmente la responsabilidad parental:

- en virtud de un acuerdo entre los padres conforme al Principio 3:13; o
- en virtud de una decisión de la autoridad competente.

Principio 3.16 *Ejercicio por un solo padre*

Si únicamente un padre detenta la responsabilidad parental, la ejerce sólo.

SECCIÓN B. TERCERAS PERSONAS

Principio 3.17 *Ejercicio adicional o en sustitución de los padres*

Una persona distinta que un padre puede ejercer en todo o en parte la responsabilidad parental adicionalmente o en sustitución de los padres.

Principio 3.18 *Decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana*

La pareja del padre o la madre que viva con el niño puede tomar parte en las decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana salvo en caso de objeción del otro padre que detente la responsabilidad parental.

CAPÍTULO V. Contenido de la responsabilidad parental**SECCIÓN A. PERSONA Y BIENES DEL NIÑO****Principio 3.19** *Cuidado, protección y educación*

1. Los titulares de la responsabilidad parental deben dispensar al niño cuidado, protección y educación conforme a la personalidad del niño y a sus necesidades evolutivas.

2. El niño no debe ser objeto de castigos corporales u otros tratamientos humillantes.

Principio 3.20 *Residencia*

1. Si la responsabilidad parental se ejerce de forma conjunta los titulares de la responsabilidad parental que vivan separados deben llegar a un acuerdo acerca de con quién de ellos ha de residir el niño.

2. El niño puede residir de forma alterna con los titulares de la responsabilidad parental, bien en virtud de un acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental aprobado por la autoridad competente, bien en virtud de una decisión de la autoridad competente. La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta:

- a) la edad y la opinión del niño;
- b) la capacidad y la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar en las cuestiones relativas al niño así como su situación personal;
- c) la distancia entre las residencias de los titulares de la responsabilidad parental así como la distancia con la escuela del niño.

Principio 3.21 *Cambio de residencia*

1. Cuando un titular de la responsabilidad parental desee cambiar la residencia del niño dentro o fuera del territorio nacional debe informar al otro titular de la responsabilidad parental con carácter previo.

2. Si el otro titular de la responsabilidad parental se opone al cambio de residencia del niño, cualquiera de los titulares puede acudir a la autoridad competente para que ésta tome una decisión.

3. La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta:

- a) la edad y la opinión del niño;
- b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental;
- c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar;
- d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental;
- e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso;
- f) la libre circulación de personas.

Principio 3.22 *Administración de los bienes del niño*

1. Los titulares de la responsabilidad parental deben administrar los bienes del niño con cuidado y diligencia a fin de preservar y en la medida de lo posible aumentar el valor de los bienes.

2. Al administrar los bienes del niño los titulares de la responsabilidad parental no pueden hacer donaciones salvo si obedecen a una obligación moral.

3. Las rentas derivadas de los bienes del niño que no sean necesarias ni para la adecuada administración de los bienes ni para los alimentos y la educación del niño pueden, en caso de necesidad, emplearse para las necesidades de la familia.

Principio 3.23 *Limitaciones*

1. Los titulares de la responsabilidad parental no deben administrar bienes adquiridos por el niño en virtud de una disposición testamentaria o una donación si el testador o el donante así lo disponen.

2. De la misma forma, las ganancias y salarios del niño no deben ser administrados por los titulares de la responsabilidad parental salvo que el niño no tenga la edad y madurez necesarias para decidir por sí mismo.

3. Cuando las transacciones puedan tener para el niño consecuencias financieras importantes será necesaria la autorización de la autoridad competente.

Principio 3.24 *Representación legal*

1. Los titulares de la responsabilidad parental representan legalmente al niño en todos los asuntos relativos a la persona o a los bienes del niño.

2. La representación legal se excluye en caso de un conflicto de intereses entre el niño y los titulares de la responsabilidad parental.

3. Teniendo en cuenta su edad y grado de madurez el niño debe tener derecho a representarse a sí mismo en los procedimientos que le conciernan.

SECCIÓN B. MANTENIMIENTO DE RELACIONES PERSONALES

Principio 3.25 *Relaciones personales con los padres y otras personas*

1. El niño y sus padres tienen derecho a obtener y mantener relaciones personales de forma regular.

2. Deben establecerse relaciones personales entre el niño y sus familiares cercanos.

3. Pueden establecerse relaciones personales entre el niño y personas con las que el niño tiene lazos personales estrechos.

Principio 3.26 *Contenido de las relaciones personales*

1. Las relaciones personales comprenden la estancia del niño durante un período de tiempo limitado o el encuentro con el padre o la madre u otra persona distinta del padre o la madre con la que el niño no reside habitualmente, así como toda otra forma de comunicación entre el niño y tal persona.

2. Dichas relaciones personales deben corresponder al interés superior del niño.

Principio 3.27 *Acuerdo*

1. Conforme al interés superior del niño el padre y la madre y las demás personas mencionadas en el Principio 3.25.2 y 3 pueden concluir un acuerdo sobre las relaciones personales.

2. La autoridad competente puede controlar el acuerdo.

Principio 3.28 *Restricciones*

Si el interés superior del niño lo exige, la autoridad competente puede limitar, terminar o someter a condiciones las relaciones personales.

Principio 3.29 *Información a los padres*

El padre y la madre tienen derecho a ser informados respecto a las cuestiones que afecten a la situación personal del niño.

CAPÍTULO VI. Terminación de la responsabilidad parental**Principio 3.30** *Terminación*

1. La responsabilidad parental termina cuando el niño:

- a) llega a la mayoría de edad;
- b) contrae matrimonio o constituye una pareja registrada;
- c) es adoptado;
- d) fallece.

2. En caso de que el niño sea adoptado por la pareja del padre o la madre, la responsabilidad parental termina únicamente en relación con su otro padre.

Principio 3.31 *Fallecimiento de los padres*

1. Si los padres detentan conjuntamente la responsabilidad parental y uno de ellos fallece la responsabilidad parental corresponde al padre superviviente.

2. Si un padre tiene individualmente la responsabilidad parental y fallece, la autoridad competente atribuirá la responsabilidad parental al padre superviviente o a una tercera persona.

3. En caso de fallecimiento de ambos padres, de los cuales al menos uno detentaba la responsabilidad parental, la autoridad competente tomará medidas de protección respecto a la persona y los bienes del niño.

CAPÍTULO VII. Privación y restitución de la responsabilidad parental**Principio 3.32** *Privación de la responsabilidad parental*

La autoridad competente debe privar total o parcialmente al titular de la responsabilidad parental de la misma, si su comportamiento o negligencia causa un grave riesgo a la persona o los bienes del niño.

Principio 3.33 *Solicitud de privación de la responsabilidad parental*

1. La privación de la responsabilidad parental puede ser solicitada por:

- a) el padre o la madre titulares de la responsabilidad parental;
- b) el niño; así como
- c) toda institución de defensa de los intereses del niño.

2. La autoridad competente puede ordenar de oficio la privación de la responsabilidad parental.

Principio 3.34 *Restitución de la responsabilidad parental*

Habida cuenta del interés superior del niño, la autoridad competente puede restituir la responsabilidad parental si han desaparecido las circunstancias que motivaron su privación.

CAPITULO VIII. Procedimiento

Principio 3.35 *Autoridad competente*

1. Todas las decisiones relativas a la responsabilidad parental deben ser tomadas por la autoridad competente, que puede ser un órgano judicial o administrativo.

2. En caso de necesidad la autoridad competente puede nombrar a una persona u órgano adecuado para investigar las circunstancias del niño.

Principio 3.36 *Resolución alternativa de controversias*

En todas las disputas relativas a la responsabilidad parental se pondrán a disposición medios alternativos de resolución de controversias.

Principio 3.37 *Audiencia del niño*

1. Conforme al Principio 3.6, la autoridad competente oír al niño en todos los procedimientos relativos a la responsabilidad parental; si decide no oír al niño deberá motivarlo de manera específica.

2. La audiencia del niño tendrá lugar bien directamente frente a la autoridad competente, bien indirectamente ante una persona u organismo designado por la autoridad competente.

3. El niño debe ser oído de una forma adecuada a su edad y grado de madurez.

Principio 3.38 *Designación de un representante ad hoc del niño*

En los procedimientos relativos a la responsabilidad parental en los que pudiera haber un serio conflicto de intereses entre el niño y los titulares de la responsabilidad parental o en los cuales pudiera estar de cualquier otra forma amenazado el bienestar del niño, la autoridad competente designará un representante *ad hoc* del niño.

Principio 3.39 *Ejecución*

1. En ausencia de ejecución voluntaria, la decisión de la autoridad competente y los acuerdos con fuerza ejecutiva relativos a la responsabilidad parental se ejecutarán sin dilación.

2. La ejecución no tendrá lugar cuando sea manifiestamente contraria al interés superior del niño.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO*

1. Legislación

Directiva 2006/115/CE del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (*DOUE*, núm. L 376/8, de 27 de diciembre de 2006).

Esta Directiva modifica la Directiva 92/100/CE del Consejo de 19 de noviembre de 1992 sobre los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual que, a su vez, ya ha sido objeto de modificación en diversas ocasiones. La nueva Directiva 2006/115/CE procede a la «codificación» de esta materia derogando la Directiva 92/100/CE mencionada (art. 14), si bien es una «norma de mínimos».

El artículo 2 Directiva 2006/115/CE da la definición de «alquiler» y de «préstamo». Así, por el primero debe entenderse «*su puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto*» de objetos; mientras que por «préstamo de objetos» debe entenderse «*su puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de entidades accesibles al público*». No existirá beneficio económico cuando la cantidad que se exija no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento de la entidad.

Se excluyen determinadas formas de puesta a disposición como puede ser la puesta a disposición de fonogramas o de películas para fines de representación pública o radiodifusión, la puesta a disposición con fines de exhibición o la puesta a disposición para consultas *in situ*. Queda también excluido el derecho de alquiler y de préstamo de edificios y de obras de arte aplicadas (art. 3.2). El préstamo no incluye la puesta a disposición entre entidades accesibles al público.

Además, en el artículo 2, se define el término «película» como «*la obra cinematográfica o audiovisual o imágenes en movimiento con o sin acompañamiento de sonido*» y el término «autor y coautor» como «*el director principal de una obra cinematográfica o audiovisual*».

El derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler o el préstamo corresponde, según el artículo 3.1, al *autor*, respecto del original y de las copias, al *artista intérprete* o *ejecutante* respecto de la fijación de sus actuaciones, al *productor de fonogramas*, respecto de los fonogramas y al *productor de la primera fijación de una película*, respecto del original y las copias. En relación con el artista intérprete o ejecutante se establece una presunción de cesión de los derechos de alquiler al productor (art. 3.4), pero deberá fijarse una contraprestación por parte de los estados miembros en este caso (art. 3.6).

El artículo 5 Directiva 2006/115/CE determina el derecho irrenunciable a una remuneración equitativa para el autor o el artista intérprete o ejecutante

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona. Esta crónica se enmarca en el Proyecto SEJ2004-05535 (Dirección General de Investigación-MEC) del cual es investigadora principal la Prof. María del Carmen Gete-Alonso y Calera. Además es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759 dirigido por el Prof. Ferran Badosa Coll.

en caso de ceder a un productor de fonogramas o de películas su derecho de alquiler respecto de ellas (original o copias).

En caso de préstamo público, el autor tendrá derecho a una remuneración (art. 6), aunque se deja libertad a los estados miembros para que eximan a determinados establecimientos del pago de la remuneración.

En cuanto a los *derechos afines* de los artistas intérpretes o ejecutantes se explicita el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación de sus actuaciones, el derecho de las entidades de radiodifusión de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones (art. 7), el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación pública de sus actuaciones, para los artistas intérpretes o ejecutantes y el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la radiodifusión inalámbrica, en relación con las entidades de radiodifusión (art. 8). Esta protección no afecta a la protección del derecho de autor (art. 12).

Los derechos de distribución y de poner a disposición del público mediante venta o de otra forma corresponden a artistas intérpretes o ejecutantes, a productores de fonogramas, a productores de la primera fijación de la película o a entidades de radiodifusión (art. 9). Estos derechos pueden ser objeto de cesión.

El artículo 10 Directiva 2006/115/CE establece *límites* a estos derechos cuando se trate de usos para fines privados, usos de fragmentos breves en la información sobre sucesos de actualidad, de fijación efímera por las entidades de radiodifusión y de uso para fines docentes o de investigación.

Propuesta modificada de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas al garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual [COM(2006) 168 final] presentada por la Comisión el 26 de abril de 2006.

Esta propuesta modifica la propuesta de Directiva (2005/0127 final) en aplicación de la comunicación de la comisión de 23 de noviembre de 2005 [COM (2005) 583 final] sobre las consecuencias de la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005 (C-176/03 Comisión v. Consejo). Esta STJCE advierte que las disposiciones de derecho penal necesarias para la aplicación efectiva del derecho comunitario dependen del Tratado CE.

Las razones que justifican este propuesta de Directiva son varias. En efecto, las disparidades en los regímenes sancionadores de los diferentes estados miembros perjudican el correcto funcionamiento del mercado interior, dificulta la eficacia de la lucha contra la usurpación de marca y la piratería y añade problemas a la protección del consumidor.

En esencia, la propuesta pretende sancionar toda infracción de los derechos de propiedad intelectual (art. 1), define la expresión «persona jurídica» (art. 2), advierte que la infracción debe ser intencional (art. 3) y establece toda una gama de sanciones penales: prisión, multas, confiscación de bienes, de instrumentos de fabricación, destrucción de mercancías, cierre total o parcial de establecimientos, entre otras. Asimismo se pretende que existan equipos conjuntos de investigación al respecto entre los distintos estados miembros (art. 7).

2. Informes

Existen dos informes a tener en cuenta y que tienen que ver con normas tratadas en crónicas anteriores y en la presente.

Informe sobre la Recomendación de la Comisión de 18 de octubre de 2005 relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea [2005/737/CE (2006/2008/INI)], de 5 de marzo de 2007, A6-0053/2007. Ponente: Katlin Lévai.

Informe sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual [COM (2006) 0168-C6-0233/2005-2005/0127(COD)], de 23 de marzo de 2007, A6-0073/2007, Ponente: Nicole Zingaretti.

3. **Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de septiembre de 2006 (C-479/04) en la que se refiere al artículo 4 de la Directiva 2001/29/CE de armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Laserdiskens ApS v. Kulturministeriet).

«El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que normas nacionales establezcan el agotamiento del derecho de distribución respecto del original o de copias de una obra comercializadas fuera de la Comunidad Europea por el titular o con su consentimiento.»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006 (C-35/05) entre la Comisión y España por incorrecta transposición de la Directiva 92/100/CEE.

«Declarar que el Reino de España 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 eximir de la obligación de remunerar a los autores por los préstamos públicos de obras amparadas por derechos de autor los préstamos concedidos por la práctica totalidad, si no la totalidad, de las categorías de establecimientos.»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006 (C-198/05) entre la Comisión e Italia por incorrecta transposición de la Directiva 92/100/CEE.

«Declarar que la República Italiana 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 del derecho de préstamo público a todas las categorías de establecimientos de préstamo público en el sentido de la mencionada Directiva.»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 2006 (C-306/05) entre SGAE y Rafael Hoteles, S. A., sobre

la Directiva 2001/29/CE de armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

«Si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido 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, la distribución de una señal por un establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, sea cual fuere la técnica empleada para la transmisión de la señal.

El carácter privado de los dormitorios de un establecimiento hotelero no impide que se considere que la comunicación de una obra en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 2007 (C-175/05) entre la Comisión e Irlanda por incorrecta transposición de la Directiva 92/100/CEE

«Declarar que Irlanda 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 eximir de la obligación de remunerar a los autores por los préstamos públicos de obras amparadas por derechos de autor los préstamos concedidos por la práctica totalidad, si no la totalidad, de las categorías de establecimientos.»

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA *

1. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN VIGOR

Responsabilidad civil en materia de servicios

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior* (DO L 376 de 27.12.2006 pp. 36 ss.).

* Profesora contratada doctor de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela. Este trabajo se enmarca en el Proyecto SEJ2004-02358 (MEC) del que es investigadora principal la Prof.^a María Paz García Rubio.

De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva, se entiende por servicio cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el artículo 2.2.º excluye de su ámbito de aplicación las actividades siguientes:

- a) los servicios no económicos de interés general;
- b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE;
- c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE;
- d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado;
- e) los servicios de las empresas de trabajo temporal;
- f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado;
- g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión;
- h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas;
- i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado;
- j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado;
- k) los servicios de seguridad privados;
- l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración.

A efectos de la responsabilidad civil, el artículo 23 *Seguros y garantías de responsabilidad profesional* dispone que los Estados miembros podrán hacer lo necesario para que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario, suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado en relación con la naturaleza y el alcance del riesgo u ofrezcan una garantía o acuerdo similar que sea equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad. Esta Directiva entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 45).

Responsabilidad por daños causados por accidente nuclear

Directiva 2006/117/Euratom del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, *relativa a la vigilancia y al control de los traslados de residuos radiactivos y combustible nuclear gastado* (DO L 337 de 5.12.2006, pp. 21 ss.).

La Directiva 2006/117, cuya entrada en vigor estaba prevista a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 25), señala en su artículo 10 *Autorización de los traslados*, que la autorización de traslado de residuos radiactivos y combustible nuclear no afectará en modo alguno a la responsabilidad del poseedor, de los transportistas, del propietario, del destinatario o de cualquier otra persona física o jurídica implicada en el traslado.

Responsabilidad por la información suministrada

Reglamento (CE) 1781/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, *relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos (Texto pertinente a efectos del EEE)* (DO L 345 de 8.12.2006, pp. 1 ss.).

De acuerdo con los artículos 4 *Información completa sobre el ordenante* y 5 *Información que acompaña a las transferencias de fondos y mantenimiento de registros* de este Reglamento, cuya entrada en vigor estaba prevista a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, pero no antes del 1 de enero de 2007 (art. 20), el prestador del servicio de pagos del ordenante deberá suministrar información completa sobre el ordenante, debiendo asegurar que las transferencias de fondos vayan acompañadas por información completa sobre el ordenante y verificando, antes de transferir los fondos, la información completa sobre el ordenante por medio de documentos, datos o información obtenidos de una fuente fiable e independiente. Al respecto, el cdo. (16) aclara que la exactitud y completitud de la información sobre el ordenante deben ser responsabilidad del prestador del servicio de pagos del ordenante.

B. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Responsabilidad por productos

Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. *Tercer informe sobre la aplicación de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999*, Bruselas, 14.9.2006 [COM(2006) 496 final; DO C núm. 303, 13.12.2006, p. 91, texto disponible en EUR-Lex: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/>].

En las conclusiones del informe, la Comisión no considera necesario, en esta etapa, presentar una propuesta de modificación de la Directiva 85/374. Más concretamente, por lo que se refiere a la Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002 relativa a una enmienda de la Directiva sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos, la Comisión Europea considera que si se aplicara efectivamente dicha Resolución, ello constituiría una desviación respecto del objetivo de la Directiva de armonizar la legislación sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos.

Sin embargo, no subestima el hecho de que podría alcanzarse también una mayor armonización estableciendo unas bases comunes tan amplias como sea posible con respecto a la interpretación de los conceptos jurídicos

de la Directiva, pues a medida que crece la experiencia en la utilización de la Directiva, las discrepancias existentes en cuanto a su funcionamiento entre los Estados miembros pueden adquirir mayor importancia práctica.

Responsabilidad directa del productor

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *relativa a la aplicación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor* [Bruselas, 24.4.2007 COM (2007) 210 final; texto disponible en EUR-Lex: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/>].

En las conclusiones de la Comunicación, la Comisión considera que la existencia de regímenes de responsabilidad directa del productor dispares plantea un problema potencial para el mercado interior. En el momento actual, sin embargo, no dispone de pruebas suficientes para determinar si la falta de reglas de la UE en materia de responsabilidad directa del productor tiene un efecto negativo en la confianza de los consumidores en el mercado interior. Por consiguiente, la Comisión ha decidido no presentar ninguna propuesta y profundizar en esta cuestión en el contexto del Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo.

Responsabilidad en el transporte marítimo

Documento de Trabajo de la Comisión *sobre el control de las organizaciones reconocidas por la Comisión y las repercusiones del régimen de responsabilidad civil previsto en la Directiva 94/57/CE del Consejo, de 22 de noviembre de 1994, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y peritaje de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas*, Bruselas, 11.10.2006 [COM (2006) 588 final; texto disponible en EUR-Lex: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/>].

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente* [COM (2005) 592] y *sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques* [COM (2005) 593 final] DO C N. 318 de 23.12.2006, pp. 195 ss.

C. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Protección contra la discriminación

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (BOE núm. 71, 23.3.2007, pp. 12611 ss.).

Esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato; la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE,

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, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. A efectos de responsabilidad, el artículo 10 *Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias* dispone que los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido (*vid.* art. 12 sobre tutela judicial efectiva y art. 13 sobre prueba). La definición de discriminación directa e indirecta y, específicamente de acoso sexual y acoso por razón de sexo, se encuentra en los artículos 6 y 7, respectivamente.

Responsabilidad civil por falta de información

Ley 6/2007, de 12 de abril, *de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores* (BOE núm. 89, 13.4.2007, pp. 16260 ss.)

Esta Ley tiene por objeto modificar la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar parcialmente al ordenamiento español dos Directivas comunitarias, la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición (Directiva de OPAS), y la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (Directiva de Transparencia).

Ambas Directivas forman parte del Plan de Acción de los Servicios Financieros aprobado por la Comisión Europea en 1999, con la finalidad de impulsar la construcción de un mercado único financiero para la Unión Europea. La primera persigue fomentar un mercado de control empresarial eficiente a la par que protege los derechos de los accionistas minoritarios de las sociedades cotizadas. La segunda trata de dotar de mayor transparencia a los mercados financieros a través del establecimiento de normas que mejoren la información que han de dar al mercado los emisores cuyos valores se negocian en mercados regulados.

En materia de responsabilidad, resulta de interés el artículo 4 por el que se introduce un nuevo artículo 35 ter *Responsabilidad de los emisores* en la Ley del Mercado de Valores, con el siguiente tenor literal: 1. *La responsabilidad por la elaboración y publicación de la información a la que se hace referencia en los apartados 1 y 2 del artículo 35 de esta Ley deberá recaer, al menos, sobre el emisor y sus administradores de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente.* 2. *De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, el emisor y sus administradores, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores como consecuencia de que la información no proporcione una imagen fiel del emisor. La acción para exigir la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido*

tener conocimiento de que la información no proporciona una imagen fiel del emisor.»

Como se puede apreciar en este precepto, la transposición de ambas Directivas se completará cuando se apruebe el desarrollo reglamentario de la modificación legislativa.

II. Jurisprudencia

A. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2006 en el asunto T-333/03, interpreta el artículo 88 CE, párrafo segundo, que establece la obligación de la Comunidad de reparar los daños causados por sus instituciones de conformidad con los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», sin limitar, en consecuencia, el alcance de dichos principios al régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad por comportamiento ilícito de dichas instituciones, en el sentido de que, dado que los Derechos nacionales relativos a la responsabilidad extracontractual permiten a los particulares, en diversos grados, en ámbitos específicos y con arreglo a distintas disposiciones, obtener ante los tribunales la indemnización de ciertos daños, incluso cuando no ha habido una actuación ilícita del autor del daño, la responsabilidad extracontractual de la Comunidad puede nacer en caso de un daño causado por un comportamiento de las instituciones de la Comunidad del que no se haya demostrado que es ilegal, cuando se cumplan acumulativamente los requisitos relativos a la realidad del perjuicio, la relación de causalidad entre éste y el comportamiento de las instituciones comunitarias, y el carácter anormal y especial del perjuicio de que se trate (*vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia Dorsch Consult/Consejo y Comisión, apartado 19). A estos efectos, se entiende que un perjuicio es, por una parte, anormal cuando supera los límites de los riesgos económicos inherentes a las actividades del sector de que se trate y, por otra, especial cuando afecta a una categoría particular de operadores económicos de forma desproporcionada respecto de los demás operadores (*vid.* Sentencias del Tribunal de Primera Instancia Förde-Reederei/Consejo y Comisión, apartado 56, y Afrikanische Frucht-Compagnie e Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Consejo y Comisión, apartado 151).

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad: principio de precaución y responsabilidad objetiva.—La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2006 en el asunto T-138/03 resuelve la demanda presentada por familiares de fallecidos como consecuencia de la contaminación por la nVEJ alegando comportamiento ilegal del Consejo y a la Comisión. El tribunal juzga su acción basándose en el estado de los conocimientos científicos y en el grado de prudencia y de precaución exigibles en el momento de los hechos, concluyendo que no se ha acreditado que, si la Comisión y el Consejo hubieran adoptado las medidas cuya falta de adopción critican los demandantes, o si las hubieran adoptado antes, no se habrían producido los perjuicios alegados por éstos, aunque reconoce que una decisión más temprana de prohibir por completo el consumo y la utilización de los MER en toda la Comunidad,

aplicada de manera estricta y eficaz en todos los Estados miembros, habría podido reducir el riesgo de que los consumidores europeos fueran contaminados por la nvECJ. A su vez, los demandantes alegan que el Derecho francés, junto al régimen jurídico de imputación de responsabilidad por culpa, reconoce a las víctimas un derecho fundamental a la reparación de su perjuicio por imputación de la carga a las autoridades públicas. Dicho régimen se basa en los valores constitucionales de igualdad y de solidaridad. Sobre esta base, el legislador francés estableció, en 1991, un Fondo especial de indemnización de las personas contaminadas por el virus de la inmunodeficiencia humana a causa de la inyección de productos sanguíneos y, en 1993, una Comisión independiente de indemnización de las víctimas de una forma iatrogénica de la ECJ causada por la inyección de hormonas de crecimiento. De acuerdo con la sentencia, cuando no se reconoce la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias –en el presente caso, no ha quedado acreditada la existencia de relación de causalidad–, el Tribunal de Primera Instancia no es competente para decidir otorgar indemnizaciones a las víctimas de una enfermedad al amparo de un supuesto principio de solidaridad. Por último, añade el tribunal que, en el presente asunto, el Gobierno francés concedió a los demandantes en junio de 2004 y en enero de 2005 unos «subsidiarios de solidaridad», en razón de los perjuicios sufridos por las víctimas y sus sucesores a causa de la patología de la nvECJ. Tales reparaciones comprenden unas cantidades correspondientes a los perjuicios sufridos por cada víctima y otras cantidades que corresponden a los perjuicios sufridos por cada uno de sus familiares

B. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad por productos.–La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 23 de noviembre de 2006, en el asunto C-315/05, tiene por objeto la petición de decisión prejudicial respecto de la interpretación de los artículos 2, 3 y 12 de la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios. En este contexto, el tribunal aclara que Directiva 85/374 no es aplicable a una situación como la aquí examinada. En efecto, la responsabilidad del distribuidor como consecuencia de infracciones de la normativa en materia de etiquetado de los productos alimenticios, que expone al referido distribuidor particularmente al pago de multas de carácter administrativo, es ajena al ámbito de aplicación específico del régimen de responsabilidad objetiva establecido por la Directiva 85/374. Por lo tanto, los posibles principios en materia de responsabilidad que contiene la Directiva 85/374 no son aplicables en el contexto de las obligaciones en materia de etiquetado que impone la Directiva 2000/13.

Responsabilidad de un Estado miembro.–La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de abril de 2007, en el asunto C-470/03, enjuicia la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 98/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre máquinas, y los requisitos para que se genere la responsabili-

dad de un Estado miembro y de sus funcionarios en caso de violación del Derecho comunitario. Al respecto, el tribunal declara que el Derecho comunitario no se opone a que el Derecho interno de un Estado miembro prevea requisitos específicos en relación con la indemnización de los daños distintos de los causados a las personas o a los bienes, siempre que tales requisitos se articulen de manera que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación del daño resultante de una violación del Derecho comunitario. A su vez, en caso de violación del Derecho comunitario, éste no se opone a que, además de la responsabilidad de un Estado miembro, pueda generarse la de un funcionario, pero tampoco lo impone.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de abril de 2007 en el asunto C-282/05 aclara que la responsabilidad extracontractual de la Comunidad está supeditada a que concurren una serie de requisitos, entre los que figura, cuando se trata de determinar la ilegalidad de un acto jurídico, la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica cuyo objeto sea conferir derechos a los particulares. En relación con este requisito, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación. Cuando dicha institución sólo dispone de un margen de apreciación considerablemente reducido o incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (sentencia Bergaderm y Goupil/Comisión, apartados 43 y 44). Por lo tanto, el carácter general o individual de un acto no es determinante para dilucidar si ha tenido lugar tal violación (sentencias Bergaderm y Goupil/Comisión, apartado 46, y Comisión/Fresh Marine, apartado 27).

C. TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. STS núm. 1193/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 24 noviembre.—El 21 de junio de 1994 se produce una explosión de gas butano que causa la muerte de una persona. Como consecuencia, se declara la responsabilidad civil extracontractual de la empresa suministradora. En recurso de casación, dicha empresa pretende la aplicación retroactiva de la Ley 22/1994, de 6 de julio, pues tiene por objeto la adaptación al Derecho español de la Directiva 85/374, de 25 de julio, sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos, Directiva vigente en la fecha de producción del siniestro. Al respecto recuerda el Tribunal Supremo que, de acuerdo con el artículo 2.3.º CC, el ordenamiento positivo español se inspira en el principio *tempus regit actum* o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo. Este principio de irretroactividad se recogería expresamente en la disposición final de la Ley 22/1994, según la cual «La presente Ley no será de aplicación a la responsabilidad civil de los daños causados por productos puestos en cir-

culación antes de su entrada en vigor. Ésta se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento». No se trata entonces, como pretende la recurrente con la cita de la STS de 9 de abril de 1992, de una Ley aclaratoria o interpretativa o que venga a suplir lagunas de otra Ley, en este caso de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, sino que se trata de una Ley que establece un régimen jurídico nuevo respecto a la materia que es objeto de regulación. Por otra parte, señala el tribunal, carece de todo fundamento pretender basar esa retroactividad en el hecho de ser la Ley 22/1994 adaptación de la Directiva Comunitaria 85/374.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. STS núm. 183/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 19 febrero.—La reclamación de responsabilidad civil extracontractual deriva, en este caso, de la pérdida por el actor de visión de su ojo izquierdo, como consecuencia del impacto recibido al explosionar el piloto de señalización central de una batería de condensadores. En el examen del recurso de casación interpuesto, el Tribunal Supremo se ocupa de precisar el concepto de producto defectuoso de la Ley 22/1994 en relación con la Directiva 85/374/CEE. Según el tribunal, el defecto contemplado en dicha normativa es un concepto jurídico indeterminado, que obliga al juzgador a valorarlo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, lo que permite que se tengan en cuenta en su valoración las expectativas de consumidor medio y de la colectividad. En todo caso, se distingue de la garantía por vicios ocultos en un doble plano. Primeramente, no puede recibir una definición contractual según el destino previsto en el contrato por las partes, porque la víctima puede ser un tercero; y no se trata de apreciar de manera general si el producto es apto para el uso para el cual había sido puesto en circulación, sino, de manera bastante más precisa, de pronunciarse sobre la seguridad que presenta. A esta distinción se refería la Memoria del Proyecto de Ley al decir que «el concepto de «defecto» viene centrado en la seguridad y no en la impropiedad para el uso o consumo, que es el núcleo del diferente concepto de «vicio oculto» y que, en cuanto tal, produce efectos en la relación contractual entre vendedor y comprador (art. 1485 CC). Por tanto, no se trata de un defecto de calidad o de vicios internos, sino de un defecto que genera un defecto de seguridad del producto.

VIII. DERECHO DE TRUSTS EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

Con la *Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, Francia ha integrado la *fiducie* en el Código civil francés. Después de varios proyectos de ley fallidos (el anteproyecto de 7 de julio de 1989, los proyectos de 20 de febrero de 1992 y 5 de diciembre de 1994 o el intento de introducir la *fiducie* a través de la reforma del derecho societario: *Rapport* Marini de julio de 1996), la proposición de Ley núm. 178 presentada al Senado por el sena-

* Prof. Contratada Doctor. Universidad de Cantabria.

dor Marini el 8 de febrero de 2005 ha culminado con éxito su tramitación parlamentaria. Con esta ley, el legislador francés dota a su ordenamiento de un instrumento que pretende competir con el *trust* anglosajón en los ámbitos comercial y financiero. No obstante, los temores, recelos e intereses encontrados que se venían manifestando –especialmente desde la praxis y desde el propio Gobierno– en torno a la regulación de la figura han llevado al legislador francés a hacer gala de una cautela excesiva, introduciendo ulteriores restricciones respecto de las ya previstas en la proposición inicial. Pasamos a señalar a continuación los aspectos más importantes de la nueva regulación, indicando las principales modificaciones de forma y contenido introducidas durante su tramitación parlamentaria. Por lo que se refiere al contenido, nos limitaremos aquí a tratar aspectos de derecho sustantivo.

Tras la reforma del derecho de garantías operada por *l'Ordonnance du 23 mars 2006*, quedó vacío de contenido el Libro III, Título XIV, del CC francés referente a la fianza, por lo que el primer capítulo dedicado a la *fiducie* ha ocupado su lugar. Bajo la rúbrica «Disposiciones generales», consta de 21 artículos dedicados al régimen sustantivo de la *fiducie*. El segundo capítulo de la ley lleva por título «Disposiciones relativas a la lucha contra el blanqueo de capitales» y contiene un solo artículo (art. 2) cuyo contenido se inserta en el artículo L. 562-2-1 del Código monetario y financiero. El tercer capítulo aborda las «Disposiciones fiscales» (arts. 6-11) que se insertan en los artículos ya existentes del Código general de impuestos referentes a dichas cuestiones y en una nueva sección 9, titulada *Fiducie*, que se incorpora a la primera parte del Libro I, Título I, capítulo II, de dicho código. El cuarto capítulo de la ley acoge las «Disposiciones contables» (art. 12) y el quinto, titulado «Disposiciones comunes», contiene seis disposiciones transversales o de coordinación con las normas anteriores (arts. 13-18), algunas de las cuales modifican preceptos del CC y del CCom.

El nuevo artículo 2011 CC define la *fiducie* como «*la operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan con una finalidad determinada en provecho de uno o varios beneficiarios*». Y el artículo 2012 añade que «*la fiducie se establece por ley o contrato*». De esta forma, Francia, de acuerdo con la tradición romano-germánica, confirma su propósito inicial de sólo reconocer fiducias de origen contractual, aunque no deja de admitir la posibilidad de futuros supuestos de *fiducie* legal. Siguiendo la misma postura ecléctica que la proposición de ley, el legislador ha considerado preferible no detenerse en la delicada cuestión de la naturaleza del derecho del fiduciario y se limita a mencionar que «*cuan-do el fiduciario actúa por cuenta de la fiducie, debe hacer expresa mención de ello*» (art. 2021.1) y que «*en sus relaciones con terceros, se presume que el fiduciario dispone de los poderes más amplios sobre el patrimonio fiduciario, a menos que se demuestre que los terceros tenían conocimiento de la limitación de sus poderes*» (art. 2023). No obstante, el artículo 2011 deja claro que se «*transfieren*» bienes, derechos o garantías del patrimonio del fiduciante al del fiduciario, y que éste ha de «*mantenerlos separados*» de su propio patrimonio.

A diferencia de la proposición de ley, que distinguía las dos finalidades atribuidas a la *fiducie*, gestión y garantía, atribuyendo a cada una de ellas reglas específicas, y con el fin de dotar a la regulación de la figura de mayor flexibilidad, se ha considerado preferible dotarla de un marco único, en el

seno del cual se puedan perseguir a la vez fines de gestión y de garantía. Con todo, inopinadamente esta última no se regula en absoluto. Asimismo, se ha limitado el uso de normas de derecho imperativo y el de aquellas que tuvieran por objeto cuestiones que ya estaban reguladas satisfactoriamente por las normas de derecho común (cesión de créditos, transmisión de riesgos o ejercicio de acciones de responsabilidad). Pero aquí acaba toda la flexibilidad de la nueva regulación.

La ley sigue manteniendo, en el artículo 2013, la nulidad de la *fiducie-libéralité*. La *Commission des Lois du Sénat*, el *Sénat* y la *Assemblée Nationale* han considerado que la exigencia de una contraprestación por parte del beneficiario actúa como salvaguarda del respeto a las normas imperativas en materia de sucesiones y liberalidades y que ello constituye la mejor forma de suprimir el riesgo de utilización de la *fiducie* para el blanqueo de capitales. Esta misma preocupación ha hecho que la *Commission des Lois* incluyera entre sus conclusiones la necesidad de restringir la condición de fiduciario a «los establecimientos de crédito mencionados en el artículo L. 544-1 del código monetario y financiero, las instituciones y servicios enumerados en el artículo L. 518-1 del mismo código, las compañías de inversión mencionadas en el artículo L. 531-4 del mismo código así como las compañías aseguradoras reguladas en el artículo L. 530-1 del código de seguros». Es decir, a aquellos profesionales que tienen una competencia específica en materia de gestión patrimonial y cuyo sometimiento a rígidas reglas de control y transparencia ofrece mayores garantías de solvencia. En un principio la Comisión se propuso restringir la condición de fiduciario a las profesiones jurídicas reglamentadas, pero la negativa del Colegio de abogados a renunciar a sus reglas deontológicas sobre el secreto profesional hizo que la Comisión volviese a la opción del anteproyecto del Gobierno. Eso sí, no se descartaron durante la tramitación parlamentaria posibles cambios sobre este punto en un futuro próximo.

Con todo, el Gobierno francés consideró que estas precauciones no eran suficientes ante un mecanismo que, a su entender, lleva inexorablemente asociada la presunción de fraude. Como condición necesaria a la aprobación de la ley y en contra de las conclusiones de la Comisión y de la opinión de casi todos los grupos parlamentarios, ambas Cámaras se vieron obligadas a aceptar la enmienda presentada por el Gobierno y que habría de modificar profundamente la naturaleza de la institución que la proposición de ley se había propuesto introducir. De acuerdo con el nuevo artículo 2014 CC «*sólo pueden ser constituyentes las personas jurídicas sometidas de pleno derecho o por opción al impuesto de sociedades. Los derechos del constituyente a título de la fiducie no son transmisibles a título gratuito ni pueden ser cedidos a título oneroso a personas distintas que las personas jurídicas sometidas al impuesto de sociedades*». En otros términos, se ofrece una versión puramente comercial de la *fiducie*, que sólo puede ser utilizada por personas jurídicas. Sólo así –de acuerdo con los motivos dados por el Gobierno– se impide el recurso a la *fiducie-libéralité* y, con ello, la vulneración de las normas de derecho sucesorio y el blanqueo de capitales. Y sólo así se evita comprometer la efectividad de la reforma en materia de derecho de garantías (que incluye medidas en favor de personas dependientes) o que puedan darse situaciones de fraude al régimen tuitivo de las personas discapacitadas. Además, el Gobierno entiende que así como en el ámbito comercial la necesidad de la *fiducie* es innegable, no ha quedado acreditada la necesidad de utilización de este instrumento por parte de las personas físicas, que ya disponen de los

institutos regulados en el CC en el ámbito de la gestión y la garantía. Tras tanta cautela no tenía ya sentido circunscribir a la *fiducie-sûreté* (como sí sucedía en la proposición de ley) la posibilidad de que el fiduciario fuera beneficiario. Ahora, el artículo 2016 admite expresamente que «*el constituyente o el fiduciario puede ser el beneficiario o uno de los beneficiarios del contrato de fiducie*».

Otra de las modificaciones significativas respecto al texto de la proposición de ley que, además, aleja la figura francesa del instituto anglosajón, de la regulación prevista por el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento» y de la de los «Principios Europeos sobre el Derecho de *Trusts*» de 1999, es la previsión introducida por la Comisión en el actual artículo 2025, párrafo 2.º, CC. A pesar de que este mismo artículo comienza diciendo que «*sin perjuicio de los derechos de los acreedores del constituyente, titulares de un droit de suite respecto de una garantía publicada anteriormente al contrato de fiducie y fuera de los casos de fraude a los derechos de los acreedores del constituyente, el patrimonio fiduciario no puede ser agredido sino por los titulares de créditos nacidos de la conservación o gestión de ese patrimonio*», consagrandolo con ello la separación de patrimonios bajo la titularidad del fiduciario –ya mencionada en el artículo 2011–, a continuación añade que «*en caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, el patrimonio del constituyente constituye la prenda común de sus acreedores, salvo estipulación contraria del contrato de fiducie que ponga todo o parte del pasivo a carga del fiduciario*». Y por si no fuera complicar suficientemente las cosas, el párrafo 3.º establece que «*El contrato de fiducie puede igualmente limitar la obligación al pasivo fiduciario al solo patrimonio fiduciario. Tal cláusula no es oponible a los acreedores que no la hayan aceptado expresamente*». Es decir que de la separación de patrimonios, a efectos de la limitación de la responsabilidad patrimonial, queda bien poco. A no ser que las partes, con el consentimiento expreso de los acreedores del patrimonio fiduciario, hubiesen limitado la responsabilidad por las deudas contraídas con ocasión de la conservación o gestión de dicho patrimonio a los bienes existentes en el mismo, el patrimonio del constituyente o el del fiduciario responderán subsidiariamente de tales deudas.

Ulteriores mecanismos de control y sanción frente a la posible utilización de la figura con fines ilícitos son los destinados a asegurar la publicidad de la *fiducie*. Ésta debe contener, bajo sanción de nulidad, las menciones obligatorias señaladas en el artículo 2018 (entre ellas su duración, que no puede exceder treinta y tres años, frente a los noventa y nueve que preveía la proposición de ley) e inscribirse, junto con aquellos actos que la modifiquen, los que conlleven transmisión de derechos resultantes del contrato de *fiducie* y el que pudiera tener por objeto la designación del beneficiario, «*en el plazo de un mes a contar desde su fecha en el service des impôts del domicilio del fiduciario o en el service des impôts de los no-residentes si el fiduciario no se encuentra domiciliado en Francia*». En el caso de que el contrato de *fiducie* tuviera por objeto bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios deberá, bajo la misma sanción de nulidad, cumplir con las formalidades previstas en los artículos 647 y 657 del código general de impuestos (art. 2019). El legislador prevé además la creación de un registro nacional de *fiducies* que se constituirá «*según las modalidades fijadas por Decreto*» (art. 2020).

Coherente con la naturaleza contractual de la *fiducie*, el artículo 2022 establece que «*el contrato de fiducie define las condiciones en que el fiduciario rinde cuentas de su misión al constituyente. El fiduciario rinde cuen-*

tas de su misión al beneficiario y al tercero designado en aplicación del artículo 2017, a su requerimiento, según la periodicidad fijada por el contrato». La posibilidad de que «el constituyente pueda en todo momento designar un tercero encargado de asegurar la preservación de sus intereses en el marco de la ejecución del contrato y que puede disponer de los poderes que la ley concede al constituyente» (art. 2017) fue juzgada oportuna por la Comisión, al admitirse la posibilidad de que el fiduciario fuera uno de los beneficiarios, inclusive el único beneficiario de la *fiducie*. Ante el incumplimiento del fiduciario o la puesta en peligro de los intereses que le fueron confiados, el artículo 2027 prevé la posibilidad de que «el constituyente, el beneficiario o el tercero designado en aplicación del artículo 2017 pueda solicitar el nombramiento judicial de un fiduciario provisional o la sustitución del fiduciario», sin perjuicio de la obligación del fiduciario de responder, con su propio patrimonio, «de las faltas cometidas con ocasión del ejercicio de su misión» (art. 2026).

En definitiva, bienvenida sea la ley, porque ello da muestra de una incipiente apertura del *trust* o fiducia en los países de *Civil Law*; sin embargo, la parca regulación y los límites impuestos a la autonomía de la voluntad, no aconsejan seguir en exceso el modelo francés, supuesto que el legislador español decidiera acometer algún día la regulación del instituto. La propia *Assemblée Nationale* era consciente de las carencias de la ley cuando afirmaba encontrarse ante «un dilema»: adoptar la versión del Gobierno o mejorarla, impidiendo, de optar por esta segunda alternativa, la aprobación de la ley. Consideró preferible asegurar su aprobación e introducir *a posteriori* los retoques que, a la luz de la práctica, se consideren necesarios.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (enero-mayo 2007)

HELENA TORROJA MATEU *
DAVID BONDÍA GARCÍA **

Asunto Tysiac c. Polonia (demanda 5410/03), de 20 de marzo de 2007. Artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

La demandante, Alicja Tysiac, sufría desde 1977 una fuerte miopía que se iba agravando de forma progresiva. Al quedar embarazada de su tercer hijo decidió consultar a los médicos sobre los efectos que su embarazo y posterior parto podían generar sobre los cambios patológicos que sufría en su retina y sobre los riesgos de perder la vista. Después de diversas consultas con oftalmólogos, ginecólogos y endocrinólogos, éstos emitieron diversos dictámenes, algunos de ellos contradictorios. En uno de estos informes se certificaba que el embarazo de la demandante constituía una amenaza para su salud. Apoyándose en este certificado, la demandante entendía que existía suficiente base legal para poder abortar conforme a la legislación polaca. Se dirigió a la clínica pública de ginecología y obstetricia de Varsovia para proceder a la interrupción de su embarazo. El examen que le realizaron en esta clínica, de forma precipitada, negligente y sin prestarle demasiada atención, estableció que los riesgos para su salud no eran lo suficientemente graves para proceder a realizar un aborto terapéutico. La demandante dio a luz, mediante cesárea, en noviembre de 2000. En marzo de 2001, sufrió hemorragias en la retina, deteriorándose de forma grave su visión, corriendo incluso el riesgo de quedarse ciega. En mayo de 2001, un colegio de médicos emitió un certificado en el que constataba una importante causa de invalidez y una imposibilidad de hacerse cargo por sí sola del cuidado de sus tres hijos debido a su escasa visión.

La demandante inició posteriormente un procedimiento disciplinario contra los médicos que la atendieron en la clínica por su negligencia al impedirle interrumpir su tercer embarazo.

Ante el TEDH, la demandante alegó que los hechos relatados comportaban una violación del artículo 8 del CEDH puesto que el respeto al derecho a su vida privada y familiar y a su integridad física y moral fueron conculcados tanto en el plano moral –al no beneficiarse de un aborto terapéutico legal–, como sobre el plano de las obligaciones positivas que incumben a los Estados –al no establecerse un cuadro legal competente para proteger sus derechos.

El TEDH aprecia que el derecho interno aplicable –una ley polaca de 1993– prohíbe el aborto, aunque introduce algunas excepciones. El artículo 4 a, 1.1 de esta ley dispone que el aborto es legal en cualquier momento del embarazo cuando éste pone en peligro la vida o la salud de la mujer, teniendo que ser certificado por dos médicos.

* Profesora Lector de Derecho Internacional Público. Universitat de Barcelona.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universitat de Barcelona.

Después de analizar todas las circunstancias del caso, el TEDH establece que no ha quedado demostrado que la legislación polaca contenga mecanismos eficaces que permitan determinar si las condiciones a cumplir para poder beneficiarse de un aborto legal se reunían en el caso de la demandante. No se puede afirmar que mediante la creación de recursos jurídicos que permitan establecer la responsabilidad civil de los médicos, el Estado polaco haya satisfecho la obligación positiva que le incumbe de tener que proteger el derecho de la demandante al respeto de su vida privada –en el marco de una falta de acuerdo sobre el punto de saber si tenía el derecho de beneficiarse de un aborto terapéutico o no–. En definitiva, el TEDH concluye que existe violación del artículo 8 del CEDH puesto que las autoridades polacas no han respetado su obligación positiva consistente en asegurar a la demandante el respeto efectivo de su vida privada.

Esta sentencia del TEDH está acompañada de una opinión disidente del juez español que difícilmente podemos compartir, mas cuando realiza afirmaciones tales como que «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Aujourd'hui, la Cour a décidé qu'un être humain était né à la suite d'une violation de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Selon ce raisonnement, il existe en enfant polonais, âgé actuellement de six ans, dont le droit de naître va à l'encontre de la Convention. Je n'aurais jamais pensé que la Convention aille si loin, et je trouve cela effrayant».

Asunto Apostolidi y otros c. Turquía (demanda 45628/99), de 27 de marzo de 2007.—Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho a la propiedad), artículo 6 del CEDH (plazos excesivos).

Los demandantes, cinco ciudadanos griegos, alegan contra la República de Turquía que la anulación por las jurisdicciones turcas de su declaración de herederos había violado el artículo 1 del Protocolo núm. 1 y el artículo 14 de la CEDH; a su vez, alegaban falta de equidad en el procedimiento y excesiva duración ante el tribunal de primera instancia (art. 6 de la CEDH). Los demandantes son nietos de Elenko Karasuluoğlu (Elenko), de origen griego que adquirió la nacionalidad turca al casarse con Vasil Karasuluoğlu (Vasil), muerto en 1946. A su muerte en 1984, Elenko, quien fallece sin descendencia, es propietario de un apartamento sito en Beyoğlu. Un segundo bien objeto de litigio es un terreno sito en Sisli inscrito inicialmente a nombre de Vasil y desde 1987, a nombre de una fundación turca, pues los tribunales consideraron que Vasil había muerto sin herederos. Los demandantes tras conseguir un reconocimiento como herederos por parte de los tribunales turcos, inscribieron el apartamento de Beyoğlu a su nombre; a su vez, solicitaron la transferencia del terreno sito en Sisli, lo que les fue denegado por no estar claro el parentesco entre Vasil y los demandantes. Paralelamente en 1991, Teodos Asimiadis (Teodos) solicitó la anulación de la declaración de herederos alegando el parentesco de su madre con Elenko y solicitando la inscripción a su nombre; Teodos murió ese mismo año dejando como herederos a su mujer y su hijo. Tras un largo proceso judicial (desde 1991 hasta 2001), los tribunales anularon el certificado de herederos de los demandantes, alegando que no se cumplía el principio de reciprocidad entre Turquía y Grecia con relación al derecho de propiedad de griegos y turcos respectivamente en cada uno de estos Estados. Paralelamente, tras otro proceso en 2006 el Tribunal de gran instancia anuló el título de propiedad del apartamento de los demandantes y ordenó la inscripción a nombre del hijo de Teodos.

Sobre el fondo del asunto, el TEDH con relación al terreno de Sisli, afirma que no hay pruebas que demuestren que la propiedad de este bien se había transferido a Elenko (lo que podría permitir a los demandantes solicitar legalmente la inscripción del bien a su nombre), por lo que no puede concluir que exista un bien en el sentido del artículo 1, Protocolo núm. 1.

Con relación al apartamento de Beyoglu, el TEDH estima que los demandantes eran titulares de un derecho de propiedad en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1, durante el período de validez de la declaración de herederos. El TEDH llega a la conclusión de que la anulación de esta declaración ha sido una injerencia en el derecho de los interesados al respeto de sus bienes; una injerencia no legal conforme al artículo 1 del Protocolo núm. 1. El TEDH destaca especialmente que el principio de reciprocidad alegado por la administración turca para anular la declaración de herederos no es conforme a las obligaciones objetivas que establece el CEDH. En síntesis, Turquía alegaba que dado que en Grecia no se permite adquirir propiedades a nacionales turcos, en Turquía no puede autorizarse la adquisición de propiedades a griegos. Para el TEDH, además de que tal alegación no es del todo conforme al derecho interno turco –como analiza con detalle–, debe tenerse presente que el CEDH protege el derecho a la propiedad de forma objetiva, con independencia de las relaciones sinalagmáticas bilaterales entre Estados; así, «en concluant la Convention, les États Contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit» (párr. 71). Por ello, el TEDH concluye que la injerencia litigiosa es incompatible con el principio de legalidad y que no es conforme al artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Sobre la violación del artículo 14, la Corte estima que no ha lugar examinar separadamente si hubo discriminación en razón de su nacionalidad. Sobre la violación del artículo 6.1. de la CEDH (equidad en el procedimiento), el TEDH estima que esta demanda está absorbida por la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1; el TEDH sí considera que hubo una duración del proceso excesiva (más de diez años) que no responde a la exigencia de un plazo razonable, por lo que hubo violación del artículo 6.1 de la CEDH. No se considera aplicable, de momento, el artículo 41 de la CEDH, en atención a un eventual acuerdo entre las partes.

Asunto Evans c. Reino Unido (demanda 6339/05), de 10 de abril de 2007.

Artículo 2 del CEDH (derecho a la vida), artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar), artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación).

En el presente caso, la Gran Sala confirma una sentencia pronunciada por una Sala del TEDH de fecha 7 de marzo de 2006. El origen del asunto se encuentra en una demanda presentada en 2005 por Natallie Evans contra el Reino Unido por los hechos que se relatan a continuación. En julio de 2000, la demandante y su compañero (J.) iniciaron un tratamiento en una clínica especializada en la procreación médica asistida. En octubre del mismo año, después de una inspección médica, la demandante y J. fueron informados que las pruebas preliminares revelaron que ella tenía graves tumores precancerígenos en los dos ovarios y que debería ser intervenida mediante una ovarioc-

tomía bilateral. Se les indicó que sería posible, dado que el tumor se estaba desarrollando lentamente, extraer algunos óvulos antes de la ablación para ser fecundados *in vitro* (FIV). Se les explicó a ambos que, antes de la intervención, deberían firmar cada uno un formulario para poner de manifiesto sus mutuos consentimientos para el tratamiento de FIV y que, de conformidad con las disposiciones de la ley de 1990 sobre la fecundación y embriología humanas (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*), cada uno de ellos tendría, en todo momento, la posibilidad de retirar este consentimiento antes de que los embriones no hubiesen sido ya implantados en el útero de la demandante.

El 12 noviembre de 2001, la pareja acudió a la clínica para extraer y fecundar once óvulos. Mediante dicho procedimiento, se fecundaron seis embriones y fueron conservados. El 26 de noviembre, a la demandante le fueron extirpados sus dos ovarios y se le informó que debería esperar dos años antes de intentar implantar un embrión en su útero.

En mayo de 2002, la relación entre J. y la demandante se terminó, quedando pendiente el futuro de los embriones. El 4 de julio de 2002, J. escribió a la clínica para informar sobre la separación de la pareja y sobre su deseo de que los embriones fueran destruidos. La clínica comunicó a la demandante la retirada del consentimiento de J. para la posterior utilización de los embriones e informó de la obligación legal de tener que destruirlos.

La demandante acudió ante las diversas instancias internas disponibles para evitar la destrucción de los embriones y éstas, en todo momento, consideraron que el objetivo de la ley británica de 1990 consistía en autorizar solamente la implantación de un embrión si las dos partes consentían y que no podían reconocer o establecer un principio de dispensa contrario a lo acordado por el legislador.

Agotados los recursos internos, la demandante acudió ante el TEDH alegando la violación de los artículos 2, 8 y 14 del CEDH. Sobre la violación del artículo 2 (derecho a la vida) el TEDH constató que en ausencia de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida forma parte del margen de apreciación que generalmente debe ser reconocido a los Estados en este ámbito. Así, constató que no podía pronunciarse sobre una violación de este derecho puesto que en la legislación del Reino Unido no se reconocía al embrión la cualidad autónoma de sujeto de derecho y, por tanto, no estaba autorizado a prevalecerse de este derecho.

Por lo que respecta al artículo 8 del CEDH, el TEDH estimó que el carácter absoluto en lo referente al tema del consentimiento que se establece en la ley de 1990 no era incompatible con las disposiciones del CEDH. La decisión del legislador de adoptar disposiciones que no permitieran ninguna excepción, con la finalidad que toda persona donante de gametos para un tratamiento de FIV pudiera tener la certeza de que no podrían ser utilizados sin su consentimiento, procedían de la necesidad de hacer compatibles el respeto de la dignidad humana y de la libre voluntad, así como del deseo de establecer un justo equilibrio entre las partes en el tratamiento de FIV. En ausencia de un consenso europeo sobre la materia, la Gran Sala estimó que no podía otorgar un derecho preferente a la demandante en lo concerniente a su elección de convertirse en madre en el sentido genético de la palabra sobre el derecho de J. al respeto de su voluntad de no querer tener un hijo biológico con ella.

Así, en definitiva, teniendo en cuenta que las disposiciones del derecho interno no tenían ningún tipo de ambigüedad, que eran conocidas por la

demandante y que establecían un justo equilibrio entre los intereses en conflicto, la Gran Sala estimó que no existía violación del artículo 8 del CEDH. Estos mismo argumentos le sirvieron al TEDH para constatar también la ausencia de violación del artículo 14.

Asunto Dimitri Popescu c. Rumanía (núm. 2) (demanda 71525/01), de 26 de abril de 2007.—Artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

El 23 de abril de 1998, el demandante fue detenido en la comisaría de Baia Mare por ser sospechoso de haber participado en los acontecimientos ocurridos, la noche del 16 al 17 de abril en el aeropuerto militar de Otopeni, cuando se descargó una gran cantidad de tabaco de un avión de nacionalidad ucraniana y se introdujo de forma ilegal en el territorio rumano. El 28 de julio de 1998 fue puesto en libertad. Posteriormente, por estos mismos hechos, fue juzgado, junto con otras personas, por un tribunal militar territorial de Bucarest. Las pruebas para inculparlo fueron obtenidas mediante escuchas telefónicas que se realizaron desde las redes de telefonía móvil utilizadas por los sospechosos. Finalmente, fue condenado a catorce años de prisión y a la privación de sus derechos civiles.

El demandante alegó ante el TEDH una violación del artículo 8 del CEDH puesto que consideró que la interceptación de sus comunicaciones telefónicas por parte de las autoridades rumanas podía constituir una injerencia injustificada al respeto de su vida privada y familiar.

Para el TEDH, en el contexto de la vigilancia secreta ejercida por las autoridades públicas, el derecho interno debe ofrecer una protección contra la injerencia arbitraria en el ejercicio del derecho de un individuo. La ley debe utilizar una terminología clara para indicar a los individuos de forma suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a las autoridades públicas para adoptar medidas secretas. Si bien es verdad que jamás se puede descartar completamente la eventualidad de una acción irregular de un funcionario deshonesto o negligente, son las probabilidades que tal acción se lleve a cabo y las garantías establecidas para protegerse frente a ella las que importan para el control que debe realizar el TEDH.

En este caso concreto, el TEDH constata la existencia de unos cambios legislativos en el ordenamiento jurídico rumano en lo referente a las escuchas telefónicas. Sin embargo, estos cambios son insuficientes y posteriores a los hechos denunciados por el demandante. De esta forma, el TEDH estima que el demandante no ha gozado del grado mínimo de protección contra la arbitrariedad que establece el artículo 8 puesto que, en la legislación rumana y en su aplicación, existe una falta de independencia de las autoridades competentes para autorizar una injerencia, una ausencia de todo control *a priori* de las autorizaciones, una ausencia también de control *a posteriori* sobre el fundamento de la injerencia autorizada por una autoridad independiente e imparcial, una falta de garantías a propósito de la salvaguarda del carácter intacto y completo de las escuchas y de su destrucción y una falta de independencia de la autoridad que debería certificar la realidad y la fiabilidad de las escuchas. Es por todo ello que el TEDH considera que Rumanía ha violado el artículo 8 del CEDH.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS *

STJCE de 26 de octubre de 2006, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium.—Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Madrid. Apreciación de la nulidad de un convenio arbitral que contiene una cláusula abusiva por el órgano jurisdiccional nacional que conoce del recurso de impugnación contra el laudo. Interpretación de la Directiva 93/13/CE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El asunto trae causa de un contrato de abono a una línea de telefonía móvil. Contenía una cláusula compromisoria que sometía cualquier litigio derivado de la interpretación o cumplimiento del contrato al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad. Iniciado el procedimiento arbitral, el consumidor se limitó a presentar alegaciones en cuanto al fondo mas sin impugnar ni el procedimiento arbitral ni el laudo. La nulidad de la cláusula compromisoria se alega, sin embargo, en el recurso judicial interpuesto contra la resolución arbitral. Entiende el TJCE que a fin de garantizar al consumidor una protección efectiva de sus derechos, a veces ignorados por el propio consumidor, es preciso reconocer al Juez la facultad de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula. La protección debe alcanzar incluso al consumidor que no llega a invocar el carácter abusivo. Siendo ello así, con más razón debe reconocerse al órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral estimar la nulidad de la cláusula arbitral por abusiva cuando esta pretensión la deduce el consumidor en el procedimiento judicial pese no haberla invocado en el arbitral. En este mismo sentido, el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral por infracción de normas nacionales de orden público, se extiende también a la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo. Y ello rige independientemente de que dicha infracción haya o no sido alegada en el procedimiento arbitral.

STJCE de 26 de octubre de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana.—Oponibilidad a terceros de las cláusulas de reserva de dominio. Interpretación del artículo 4.1 de la Directiva 2000/35, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. A tenor del precepto, los Estados miembros dispondrán, conforme la normativa nacional aplicable de conformidad con el Derecho Internacional Privado, que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula

* Profesora Lector de Derecho civil. Universidad de Barcelona. El trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes. La República Italiana supedita la oponibilidad de la cláusula de reserva de dominio a los acreedores del comprador a su confirmación en cada una de las facturas de entrega sucesiva que tengan fecha cierta anterior al procedimiento de embargo y figuren regularmente registradas en los libros de contabilidad. Se plantea si la necesidad de dicha confirmación equivale a imponer al vendedor un requisito suplementario, que excedería del simple pacto entre vendedor y comprador previsto en la Directiva. El TJCE entiende que el artículo 4.1 Dir. 2000/CE no pretende afectar a normas distintas de las que prevén, por una parte, la posibilidad de que vendedor y comprador pacten expresamente una cláusula de reserva de dominio antes de la entrega de los bienes y, por otra, la posibilidad de que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio. Cualquier otra cuestión, como la de la oponibilidad de las cláusulas de reserva de dominio a terceros no afectados por la Dir. 2000/35, queda al margen de dicha normativa y continúa rigiéndose por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. En consecuencia, la República Italiana no ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4.1 de la Dir. 2000/35.

STJCE de 14 de diciembre de 2006. ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS).—Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del artículo 34.2 del Reglamento (CE), núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A tenor de dicha disposición las resoluciones dictadas en un Estado miembro no se reconocerán en otro cuando se dictaren en rebeldía del demandado. Ello será así en tanto no se le hubiere entregado cédula de emplazamiento o documento equivalente de tal forma y con tiempo suficiente para poder defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución *cuando hubiera podido hacerlo*. Se plantea si a efectos de entender que ha existido esta posibilidad de recurso, debe haberse notificado previamente al demandado la sentencia dictada en rebeldía o si, por el contrario, es suficiente con que haya tenido conocimiento de su existencia en el procedimiento de ejecución en el Estado requerido. El TJCE destaca: primero, que el artículo 34.2 del Reglamento alude a la cédula de emplazamiento o documento equivalente, pero nada dice acerca de la resolución dictada en rebeldía; segundo, que a diferencia de otros textos (así, el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) el Reglamento pone el acento, no en la regular entrega de la cédula de emplazamiento, sino en el respeto efectivo del derecho de defensa; tercero, que este derecho de defensa del demandado en rebeldía se garantiza por una doble vía: en primer lugar, el juez que conoce del asunto principal está obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir la cédula de emplazamiento o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse. En segundo lugar, y ya en el marco del procedimiento de reconocimiento y ejecución en el Estado requerido, si el demandado interpone un recurso contra la resolución por la que se despache ejecución, el juez del Estado requerido puede apreciar si concurre un motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución como el previsto en el artículo 34.2. La posibilidad de defensa efectiva que este precepto contempla como excepción a la denegación del reconocimiento y ejecución de resolu-

ciones dictadas en rebeldía, exige que el demandado haya podido conocer el contenido de la resolución dictada en rebeldía. No es suficiente, pues, con haber tenido conocimiento de ella; es preciso haber tenido acceso a su motivación, lo cual exige la previa notificación de la Sentencia o haberse garantizado de otro modo su conocimiento por el demandado con tiempo suficiente para defenderse y recurrir en el Estado de origen (se aplicaría así, por analogía, lo previsto en el art. 34.2 en materia de cédula de emplazamiento o documento equivalente). En consecuencia, no existió posibilidad de defensa si el demandado sólo tuvo acceso al contenido de la resolución dictada en rebeldía en el marco del procedimiento de ejecución iniciado en el Estado requerido.

STJCE de 15 de febrero de 2007. Eirini Lechouritou, Vasileios Kar-Koulías, Georgios Pavlopoulos, Panagiotis Brátsikas, Dimitrios Sotiropoulos, Georgios Dimopoulos c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias.—Petición de decisión prejudicial. Efeteio Patron (Tribunal de Apelación de Patras, Grecia). Interpretación del artículo 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. Se plantea si se incluyen en el ámbito de aplicación material del Convenio las acciones de indemnización ejercitadas por personas físicas contra un Estado contratante, como responsable civil de actos u omisiones de sus fuerzas armadas. El TJCE constata que el Convenio no define ni el contenido ni el alcance de la expresión «materia civil y mercantil», sobre la que pivota la delimitación de su ámbito de aplicación. Su interpretación, como concepto autónomo, debe realizarse al amparo de los objetivos y sistema del Convenio y de los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales. A su amparo, el TJCE entiende que deben excluirse de su ámbito de aplicación los litigios surgidos entre una persona de derecho privado y una autoridad pública en tanto actúa en ejercicio del poder público. Se estima que son una manifestación de esta soberanía estatal las operaciones de las fuerzas armadas. Por ello, una acción judicial entablada a fin de obtener una indemnización por los daños derivados de una ocupación militar escapa de los límites del Convenio, a pesar de la naturaleza exclusivamente resarcitoria de la pretensión.

STJCE de 13 de marzo de 2007. Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern.—Petición de decisión prejudicial. Högsta domstolen (Suecia). Interpretación del principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario. Se plantea si el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario debe interpretarse en el sentido que exige que en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el artículo 49 CE. El TJCE entiende que ello no es preciso en tanto exista alguna vía jurisdiccional nacional que permita, siquiera de modo incidental, garantizar la tutela judicial efectiva de aquellos derechos. En este sentido, es preciso que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar aquellos derechos no sea menos favorable que la referencia a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos en el derecho comunitario (principio de efectividad). El principio de tutela

judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario exige además que, con arreglo al derecho nacional, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales con el derecho comunitario, cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos. Entre dichas medidas debe figurar la suspensión de las disposiciones nacionales.

STJCE de 19 de abril de 2007. Elaine Farrell c. Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General, Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI).—Petición de decisión prejudicial. High Court (Irlanda). Interpretación del artículo 1 de la Directiva 90/232/CEE, del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. Dispone aquel precepto que el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles cubrirá la responsabilidad por daños corporales de todos los ocupantes, con excepción del conductor, derivados de la circulación de un vehículo. Se plantea si, a su amparo, los Estados miembros deben establecer la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil por los daños causados a las personas que viajan en una parte del vehículo automóvil no diseñada ni fabricada con asientos para pasajeros. A juicio del TJCE debe abogarse por una interpretación amplia del concepto «ocupantes», toda vez que la Directiva no excluye a ningún viajero. Por ello, el seguro de responsabilidad civil debe cubrir los daños ocasionados a todos los ocupantes, aun cuando se trate de un vehículo no destinado al transporte de personas ni esté equipado para ello. Siendo ello así, se plantea en segundo lugar si el artículo 1 de la Tercera Directiva confiere derechos que los particulares pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales. El TJCE recuerda que, según jurisprudencia reiterada, las disposiciones contenidas en una Directiva tienen efecto directo si, desde el punto de vista de su contenido, no están sujetas a condición alguna y son lo suficientemente precisas. A su juicio, el artículo 1 reúne estos requisitos: queda plenamente identificada tanto la obligación del Estado miembro como los beneficiarios y su contenido es incondicional y preciso. En consecuencia, el artículo 1 puede invocarse frente al Estado a fin de dejar inaplicadas las disposiciones de Derecho nacional que excluyan de la garantía del seguro obligatorio a las personas que viajan en cualquier parte de un vehículo que no esté diseñada ni fabricada con asientos para pasajeros. Esta alegación no procederá frente a particulares pero sí frente a un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a estos efectos, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

STCE de 3 de mayo de 2007. Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH.—Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del artículo 5, número 1, letra *b*), primer guión, del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Contempla aquel precepto la

posibilidad de demandar en el territorio de un Estado Miembro distinto al del domicilio del demandado. Así, en materia contractual, es competente el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, identificándose dicho lugar, tratándose de una compraventa de mercaderías y salvo pacto en contrario, con el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías. Si plantea si en los supuestos de compraventa con pluralidad de lugares de entrega, la elección del Tribunal competente corresponde al comprador. Recuerda el TJCE que la regla del artículo 5.1, que expresamente no contempla el supuesto de pluralidad de entregas, responde a un objetivo de proximidad y viene motivada por la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo. Siendo ello así, estima el Tribunal que a efectos de determinar el tribunal competente deberá optarse por el del lugar que presente un vínculo de conexión más estrecho con el contrato. Corresponderá, en la mayoría de casos, con el lugar de la entrega principal, que deberá determinarse en función de criterios económicos. Sólo en caso de no poderse determinar aquel lugar, podrá el demandante elegir, de entre los tribunales correspondientes a los distintos lugares de entrega, ante cuál interpone la demanda.

Jurisprudencia Nacional (octubre 2006 a abril 2007)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Cláusulas abusivas

– STS (Sala Civil) de 21 de marzo de 2007 (TOL1.050.547). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Propiedad horizontal: constitución unilateral del régimen una vez vendidos elementos privativos en documento privado. Se confirma la sentencia de apelación que entendió que ciertas reservas a favor de la constructora que estableció un régimen de propiedad horizontal no pueden ser consideradas abusivas, en la medida en que de la prueba practicada, que no compete revisar en casación, se deduce que los adquirentes conocían o podían conocer esas reservas en el momento de elevar a público el documento privado de compra.

Principios del Derecho europeo de los contratos

– STS (Sala Civil) de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/321). Ponente: Encarnación Roca Trías. Se citan los PECL, en materia de compensación, para destacar que esta operación no puede perjudicar a ninguna de las partes. FJ 3.º: «[...] como afirma la sentencia ahora recurrida, se cumplen las finalidades buscadas con la compensación, a saber, «la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento» de la obligación, y por ello, cuando una sentencia debe contener diferentes condenas dada la reclamación de obligaciones diferentes por las partes en litigio, resulta una necesidad técnica la emisión de una única condena que tenga por objeto el saldo. Ello será posible, evidentemente, siempre que no se perjudiquen los intereses de ambas partes (art. 13:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos), cosa que no ha sucedido en el presente litigio [...]».

– STS (Sala Civil) de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/307). Ponente: Juan A. Xiol Ríos. A la hora de valorar si la falta de idoneidad del local arrendado para el ejercicio de una determinada actividad constituye incumplimiento resolutorio, el Tribunal se hace eco de su reiterada jurisprudencia en el sentido de exigir que el incumplimiento sea esencial y afirma que este criterio se ajusta a las previsiones de los artículos 25 y 49 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, y se menciona que el artículo 8:103 de los PECL se pronuncia en el mismo sentido (FJ 3.º).

* Profesora Lectora Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759.

– STS (Sala Civil) de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006/8405). Ponente: Juan A. Xiol Ríos. En su FJ 5.º, al valorar la concurrencia de incumplimiento resolutorio del contrato de compraventa de una finca sobre la que pesaba una anotación preventiva de demanda, la Sala se refiere a la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 y al artículo 8:103 de los PECL, en idéntico sentido al que recoge la STS de 22 de diciembre de 2006, que se acaba de reseñar, añadiendo que: «El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria* [Ley comercial] comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretenden ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica.» Junto con la ya reseñada de 22 de diciembre, pueden verse también en el mismo sentido las STS (Sala Civil) de 20 de julio de 2006 (RJ 2006/7305), FJ 8.º y STS (Sala Civil) de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921), FJ 3.º

– STS (Sala Civil) de 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8631). Ponente: Encarnación Roca Trías. FJ 3.º: «El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 1258 CC y 57 del Código de comercio porque de acuerdo con el criterio de la buena fe, podía la recurrente producir todo el material previendo futuros pedidos de M. y no sólo la media aritmética a cuyo pago ha condenado la sentencia recurrida. Ciertamente el criterio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es un principio que integra los contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1258 CC, que ha sido excluido de la casación por su carácter genérico (Sentencia de 24 octubre 2005, RJ 2005\8280). Este criterio, sin embargo, no impone a la parte acreedora la obligación de pagar todo lo que ha fabricado la deudora en previsión de futuros pedidos que aun no se han realizado; en este sentido las reglas generales permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado, como claramente se deduce del artículo 7.103 (1) de los Principios del Derecho europeo de contratos.» Nótese que se prefiere acudir a este precepto antes que al artículo 1127 CC.

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil

– STS (Sala Civil) de 6 de marzo de 2007 (TOL1.049.892). Ponente: Encarnación Roca Trías. Pese a que se acaba decidiendo que no hay responsabilidad por acto ajeno (art. 1903 CC), el Tribunal entiende que: «En todos los casos resueltos por esta Sala, se han llevado a cabo actividades por parte de empleados del Banco actuando en función de tales, cuya conducta ocasionó daños a los clientes del propio Banco, porque éste no ha cumplido lo que el artículo 6:102 de los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil, denomina «el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión» ([t]o the required standard of conduct in supervisión [sic]) o lo que es lo mismo, se había negligido el deber de vigilancia.»(FJ 3.º). La referencia a un «estándar de conducta que le era exigible en su supervisión» (required standard of conduct in supervision) se encuentra, con esta misma expresión, en el artículo 6:101 («Liability for minors or mentally disabled persons»),

mientras que el artículo 6:102 («Liability for auxiliaries») alude al «estándar de conducta exigible» (the required standard of conduct).

Responsabilidad de la Administración por el correcto funcionamiento de la sanidad pública: jurisdicción competente

– STS (Sala Civil) de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/300). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones contra particulares y contra la Administración por causación de daños. Aplicabilidad al caso de la doctrina jurisprudencial generada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa y de la reforma del artículo 9.4 LOPJ por la Ley Orgánica 6/1998. FJ 2.º: «[...] La doctrina de esta Sala, después de unas iniciales vacilaciones, se ha decantado de manera resuelta por declarar la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de los juicios que tienen por objeto las pretensiones resarcitorias fundadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración concurrentemente –y de forma solidaria– con la de los particulares, en el marco de las acciones de responsabilidad extracontractual derivadas de los artículos 1902 y siguientes CC, y ejercitadas tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de desarrollo de la anterior en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero con anterioridad a la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que añadió al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial un segundo párrafo con un inciso según el cual «si a la producción el daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional (Contencioso-Administrativo)». La entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la reforma operada por la citada Ley Orgánica 6/1998 en materia de competencia de los tribunales de este orden, junto con la modificación de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, constituyen el punto de inflexión en el mantenimiento de la señalada doctrina jurisprudencial, en la medida que configuran un marco competencial, material y jurisdiccional, que sitúa de manera decidida en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las Administraciones Públicas y los particulares, poniendo fin de este modo a la divergencia de las respuestas judiciales de los tribunales de los distintos órdenes al examinar estas cuestiones con anterioridad a ese nuevo marco normativo, y ajustándose, por ende, a los designios del legislador comunitario de concentrar las reclamaciones contra la administración en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa –art. 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.»

Responsabilidad por productos defectuosos

– STS (Sala Civil) de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8136). Ponente: Pedro González Poveda. Responsabilidad objetiva de la empresa suministradora por muerte causada por una explosión de gas butano. La empresa suministradora pretendía que se aplicase al caso la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos,

planteamiento que el Tribunal rechaza por carecer esta norma de efectos retroactivos (disposición transitoria única de la Ley 22/1994), sin que a ello se oponga el hecho de estar ya en vigor la Directiva 85/374 al tiempo de producirse el siniestro. Por tanto, resulta de aplicación al caso la norma de responsabilidad «cuasi objetiva» contenida en el artículo 28 LGDCU (no rige, en consecuencia, la previsión contenida en la disposición final primera de la Ley 22/1994, conforme a la cual no son de aplicación los arts. 25 a 28 LGDCU a los productos recogidos en su art. 2, entre los cuales figura el gas).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Cláusulas abusivas: apreciación de oficio

– SAP Madrid (Sección 21.^a) de 28 de noviembre de 2006 (JUR 2007/84097). Ponente: Ramón Belo González. Se declara abusiva la cláusula contenida en un contrato de reserva de curso de enseñanza de pilotos conforme a la cual el alumno se obliga a pagar el precio del curso aunque finalmente no lo tome, cuando lo único que debería perder es el precio de la reserva. El carácter abusivo se aprecia de oficio. FJ 3.º: «Pero es que además, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se sostiene, en las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo, del Pleno de 27 de junio de 2000 en los asuntos C-240/1998, C-241/1998, C-242/1998, C-243/1998 y C-244/1998 acumulados, de la Sala Quinta de 21 de noviembre de 2002 en el asunto C-473/2000 y de la Sala Primera de 26 de octubre de 2006 en el asunto C-168/2005 que, el juez nacional, debe apreciar «de oficio» el carácter abusivo de una cláusula contractual (aunque no fuera ni invocado el carácter abusivo por el demandado) para, de ese modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (con desestimación de la demanda basada en esa cláusula abusiva).»

Cláusulas abusivas: repercusión de impuestos

– AAP Asturias (Sección 4) de 12 de febrero de 2007 (JUR 2007/80797). Ponente: Francisco Tuero Aller. Pese a no ser de aplicación al supuesto la nueva redacción que la Ley de 26 de diciembre de 2006 ha dado a los artículos 10.bis y 13, se considera argumento valioso a tener en cuenta a la hora de estimar abusiva la cláusula incorporada a un contrato de compraventa de vivienda conforme a la cual se repercutía al comprador un impuesto, como el que grava la plusvalía, cuyo sujeto pasivo es el profesional-transmisor. Se trata de un criterio que ya regía con anterioridad y que la nueva redacción viene a confirmar. Véase en cambio la SAP Asturias (Sección 6.^a) de 21 de noviembre de 2006 (JUR 2007/67915). Ponente: José Manuel Barral Díaz.

Cláusulas abusivas: sumisión a arbitraje, apreciación en ejecución del laudo

– AAP Barcelona (Sección 15.^a) de 6 de octubre de 2006 (JUR 2007/114057). Ponente: Luis Garrido Espá. Se reproduce la doctrina defendida por la propia AP de Barcelona (Sección 14.^a), en auto de 25 de febrero

de 2004 (JUR 2004\122355), en el sentido de declarar nula, por abusiva, la cláusula de sumisión a arbitraje distinto del de consumo o de juntas arbitrales previstas institucionalmente para sectores específicos, contenida en un contrato de alta de un servicio de telefonía móvil. Todo ello, en concordancia también con la jurisprudencia del TJCE. En consecuencia, se deniega la pretensión de ejecución del laudo de condena al consumidor. En idéntico sentido, AAP Barcelona (Sección 15.^a) de 6 de octubre de 2006 (JUR 2007/114064), Ponente: Jordi Lluís Fogars Folch, Y, de la misma Audiencia, sección y fecha JUR 2007/114065, ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

Concepto de consumidor

– SAP Cuenca (Sección 1.^a) de 15 de noviembre de 2006 (JUR 2007/14649). Ponente: Leopoldo Puente Segura. No ostenta la condición de consumidor el adquirente de un taladro para utilizarlo en su taller de carpintería. FJ 2.º: «[...] A nuestro juicio, sin embargo, si se considera acreditado en la resolución recurrida que el taladro fue adquirido para emplearlo como instrumento de trabajo o medio de producción en el taller de carpintería del demandado, ha de entenderse que el bien adquirido quedaba integrado en el proceso de producción de éste o, por decirlo con las mismas palabras empleadas por la Directiva comunitaria aludida, no se adquiere para un uso que pueda considerarse ajeno a la actividad profesional del comprador, lo que, necesariamente, obliga a entender que éste no ostenta la condición de consumidor a los efectos de protección de la norma, quedando la operación comercial extramuros de la normativa que se contiene en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre. [...]».

– SAP Cantabria (Sección 2.^a) de 10 de noviembre de 2006 (JUR 2007/14755). Ponente: Miguel Carlos Gernández Díez. No ostenta la condición de consumidor quien compra «a través» de una sociedad mercantil. FJ 2.º: «[...] El argumento esgrimido es que aunque el comprador formal es una sociedad mercantil, la compra se efectuó para satisfacer las necesidades privadas y lúdicas del vehículo adquirido. Ha de decirse que la argumentación del recurso raya la temeridad pues a la postre pretende de un órgano jurisdiccional la consagración de un fraude tributario. Se razona en el propio recurso que la compra se efectuó por la mercantil para ahorrarse el IVA, imputar en la contabilidad de la sociedad la amortización del bien etc. Cuando la compra del vehículo Jaguar tenía como finalidad principal el uso con fines privados y lúdicos. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea las personas jurídicas, condición que ostenta la recurrente, no tienen la consideración de consumidores o usuarios tal y como establece la STJCE de 22 de noviembre de 2001, y que si bien en la legislación interna española el artículo 1.2 de la LGDCU no excluye del concepto de consumidor a las personas jurídicas por su condición de tal, el artículo 1.3 del indicado texto sí excluye a quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieren el bien con el fin de entregarlo en procesos de comercialización o prestación a terceros. Bien se adquiera el vehículo Jaguar para atender a las necesidades comerciales de imagen de la compradora, bien para el uso de sus administradores o directivos, resulta evidente que tal adquisición se encuadra en el apartado 3 del artículo 1 de la LGDCU careciendo en consecuencia la recurrente de la condición de consumidor o usuario, lo que lógicamente excluye la aplicación de dicha normativa.»

– SAP Burgos (Sección 2.^a) de 11 de octubre de 2006 (JUR 2006/293883). Ponente: Mauricio Muñoz Fernández. Adquisición de ordenadores para una sociedad limitada distribuidora de papelería: no es aplicable la LGVBC. FJ 2.º: «En el presente caso la mercantil adquirente es una Sociedad Limitada, el producto adquirido han sido unos ordenadores, que se remitieron y ubicaron en la sede de la sociedad y el uso de aquéllos es compatible con su integración en el proceso de producción o comercialización de la empresa distribuidora de papelería. La sola manifestación del Letrado en el acto de la vista asegurando que aunque situado en la empresa y adquirido por ésta, su destino era personal y privado del representante legal de la parte demandada, es insuficiente para justificar su condición de consumidor [...]» y además venía contradicha por el hecho de ser usados los ordenadores por distintas personas.

– AAP Barcelona (Sección 15.^a) de 6 de octubre de 2006 (JUR 2007/114058). Ponente: Ignacio Sancho Gargallo. No cabe analizar el carácter abusivo o no de la cláusula de sumisión al arbitraje que dio lugar al laudo que se ejecuta por no tratarse de un contrato con consumidores. FJ 2.º: «GRANJA JM, SCP, es una sociedad civil de carácter privado que, conforme a los artículos 1665 y siguientes CC, en relación con el artículo 35 del mismo, tiene una personalidad jurídica perfectamente delimitada. Sin embargo, lo importante a los efectos que este recurso plantea no es tanto su condición como tal, pues el artículo 1.2 de la LGDCYU admite en efecto que puede ostentar la condición de consumidor una persona jurídica, sino si puede ser considerada como consumidora porque adquiere, utiliza y disfruta los bienes y servicios en cuestión como destinataria final de los mismos. Y en este sentido, en coherencia con cuanto establece la doctrina, la normativa comunitaria (Directiva 93/13, de 5 de abril) y la autonómica (Ley 3/1993, de 5 de marzo de la Generalitat de Catalunya) y viene señalando la jurisprudencia (por ejemplo, STS 13 de marzo de 1999, 21 de septiembre de 2004 ó 15 de diciembre de 2005), la contratación por la sociedad ejecutada de ocho líneas de teléfono móvil para la realización de su actividad social y profesional no puede considerarse compatible con su pretendida condición de consumidora, esto es, destinataria final del servicio prestado [...]».

De la misma Audiencia, sección y fecha pueden verse otros tantos autos en el mismo sentido [JUR 2007/114059-114063 (ponente: Luis Garrido Espá)-114060-114-061-114062 (ponente: Blas Alberto Gonzáles Navarro) –118356 (ponente: Ignacio Sancho Gargallo)], con la diferencia de que, al ser la demandada una sociedad mercantil, se presume que la contratación de servicios de telefonía móvil se integra en la actividad de prestación de servicios que desarrolla, a los efectos del artículo 1.2 LGDCU.

Contratos atípicos

– SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) de 4 de octubre de 2006 (JUR 2007/8349). Ponente: Emilio Fernández Suárez Díaz. Adquisición de semanas vacacionales en un Club de Vacaciones. La Sala reafirma la doctrina mantenida por esta AP desde 2002 en el sentido de entender que estas compras son perfectamente válidas y suelen producirse a raíz de la visita de turistas a las instalaciones del Club y tras recibir información adecuada. Se entiende que estos contratos no contravienen la LGDCU e incluso cumplen las previsiones de la Ley 7/1995, de Ordenación del Turismo de Canarias. FJ 2.º: «[...] se ha de señalar que los mismos [los contratos] están redactados en el

idioma de los demandantes, en un lenguaje perfectamente claro y de comprensión directa, sin que sea apreciable oscuridad alguna, ajustándose a los principios de buena fe y justo equilibrio de prestaciones, indicándose el objeto, clase de alojamiento vacacional (incluso visitaron el establecimiento hotelero recibiendo una información completa y veraz, al menos no consta lo contrario), precio, forma de pago, duración y forma de ejercicio del derecho que se trata. En segundo lugar, también se ha razonado que se trata de dos actos jurídicos distintos y perfectamente diferenciados, los actos previos de captación de la clientela y el contrato firmado en los locales de las demandadas, siendo éste el acto cuya nulidad se solicita. En tercer lugar, se plantea la cuestión de que no se determine en el contrato la fecha en que se utilizarán las semanas vacacionales, de lo que la parte actora deduce que dicha indeterminación supone que se deja la elección a la exclusiva voluntad de las demandadas; pues bien, con independencia de que ello no es exactamente así, sino que lo pactado es que el momento de utilización se basa en el acuerdo de las partes, ya se ha dicho también que en este tipo de contratos la indeterminación puede favorecer al cliente, que no quiera comprometerse de antemano para semanas ya prefijadas, eligiendo cada vez la que mejor le convenga; es cierto que esa libertad puede implicar un riesgo, que no logre la seleccionada si no reserva con la suficiente antelación, pero ése es el mismo sistema que el seguido con los bonos de hotel que se adquieren por anticipado y, en todo caso, no se ha intentado siquiera por los demandantes exigir el cumplimiento de las obligaciones de la demandada, presumiendo de antemano que no será posible. [...]»

Deber de información

– AAP Cuenca (Sección 1.^a) de 14 de febrero de 2007 (JUR 2007/80758). Ponente: Fernando de la Fuente Honrubia. En ejecución de sentencia se declara la nulidad del contrato de aprovechamiento por turno celebrado por el ejecutado, y en el que no se cumplieron los requisitos de información previa, incluida la relativa al desistimiento; igualmente, se declara la ineficacia del préstamo vinculado, que estaba siendo objeto de ejecución, a la cual se pone fin.

– SAP Toledo (Sección 2.^a) de 29 de diciembre de 2006 (JUR 2007/599995). Ponente: Juan Manuel de la Cruz Mora. Compraventa sobre plano. Falta de instalación de un tejadillo proyectado. FJ 1.^o: «[...] En las ventas sobre plano de viviendas en construcción, las viviendas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación: en ellas, al consentimiento contractual se otorga en contemplación a las características –orientación, configuración, distribución, superficie, etc.– resultantes del plano incorporado al contrato, que en estos casos no sólo tiene una función descriptiva del objeto contractual, sino que ejerce también su papel objetivamente normativo para el promotor-vendedor, en cuanto le obliga a construir o hacer construir las viviendas vendidas de forma que reúnan aquellas condiciones. A la obligación de entregar la posesión, inherente a la compraventa (art. 1461 CC) se halla en tales casos indisolublemente unida, como premisa o presupuesto de un exacto cumplimiento, la de ejecutar u ordenar ejecutar la obra de modo que la vivienda construida se ajuste a las previsiones del plano incorporado al contrato. Cualquier desviación, no consentida, sobre ella debe pues ser enjuiciada en el contexto del

incumplimiento del contrato y no en el de errónea representación del objeto al tiempo de su perfección (SAP Madrid 10.^a, 12-5-2004). La Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios consagró como un derecho básico de éstos la «información correcta sobre diferentes productos o servicios» y la educación o divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (art. 2.1.2) señalando expresamente que éste, junto con los demás derechos de los consumidores y usuarios, serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado (art. 2.2). La vivienda –dice la exposición de motivos del citado RD 515/1989– constituye en la actualidad uno de estos productos de uso ordinario y generalizado. En utilización mediante compra constituye una actividad no sólo cotidiana, sino de gran trascendencia en la vida del consumidor. La propia Ley 26/1984 así lo entendió como se desprende del hecho significativo de la expresa mención a la vivienda en tres de sus artículos que son los 5.2 j), 10.1 C) y 13.2 en los que se tratan aspectos como los materiales de construcción, gastos que pueden repercutir en el comprador y documentación a entregar en la adquisición de una vivienda. Por ello el Real Decreto de referencia surgió ante la necesidad de regular de forma sistemática un aspecto de especial trascendencia para el consumidor como es la información que ha de serle suministrada en la adquisición de una vivienda. [...]». Incorpora abundante cita de jurisprudencia del TS, tanto anterior como posterior a la LGDCU.

– SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 12 de diciembre de 2006 (JUR 2007/89752). Ponente: Ramón Belo González. El contenido de la publicidad para la venta de una vivienda, celebrada entre un profesional y un consumidor, pasa a integrar el contenido de la compraventa y, en consecuencia, el comprador podrá exigir su cumplimiento específico e incluso resolver el contrato si concurren los requisitos precisos para ello (FJ 3.^o). En sentido parecido, SAP Pontevedra (Sección 3.^a) de 29 de noviembre de 2006 (JUR 2007/38317), ponente: Francisco Javier Romero Costas, donde, para el caso de las diferencias de cabida, entiende desplazada la regulación civil prevista en los artículos 1469 y siguientes CCE por las previsiones de la LGDCU y del Real Decreto 515/1989, de modo que competen al comprador los remedios ante el incumplimiento contractual. En el caso, al tratarse de mayor cabida que la proyectada y al haber optado los adquirentes por aceptarla, se les impone un incremento en el precio, sin perjuicio de que puedan reclamar los daños y perjuicios pertinentes, cosa que no hicieron en este pleito (FJ 7.^o y 8.^o). Véase en cambio SAP Madrid (Sección 9.^a) de 4 de octubre de 2006 (JUR 2007/46777), ponente: Carlos Ceballos Norte, donde se razona que el incumplimiento de ciertos deberes de información (entrega de documentación exigida por la LGDCU y RD 515/1989) no es suficiente para reclamar la devolución de las arras dobladas. Se relaciona esta doctrina con la que ha desarrollado el recurso a la resolución ex artículo 1124 CCE como remedio para supuestos de incumplimiento sustancial.

Defensa de la competencia: aplicación de la normativa comunitaria

SAP Madrid (Sección 28.^a) de 27 de octubre de 2006 (AC 2007/84). Ponente: Enrique García García. Contrato de agencia no genuino para la comercialización de carburantes, que ha de sujetarse al régimen previsto en el artículo 81.1 TCE y a la restante normativa europea sobre competencia,

dada la cuota de mercado que ostenta la empresa comitente (FJ 5.º). En los FJ 5.º a 9.º se desgana el análisis del cumplimiento o no de los requisitos que establece la referida normativa para este tipo de acuerdos verticales de distribución, inclinándose por estimarlos cumplidos.

Propiedad industrial: utilización de términos en lengua extranjera

– AAP Madrid (Sección 28.ª) de 11 de octubre de 2006 (AC 2007/96). Ponente: Gregorio Plaza González. No se conceden las medidas cautelares solicitadas. La Sala discurre sobre el valor descriptivo o no de vocablos en lengua extranjera. FJ 3.º: «[...] En relación a las denominaciones en lengua extranjera la jurisprudencia sentó como regla general su consideración como denominaciones de fantasía, sin perjuicio de admitir diversas excepciones. No obstante hay que advertir que esa idea se inspiraba en el desconocimiento de las lenguas extranjeras, de forma que sólo determinados vocablos que adquieren significado por su frecuencia o intensidad de uso podrían equipararse al significado que tienen en español y apreciar así su carácter genérico o descriptivo. Al margen de que esa justificación inicial sea cada vez menos sostenible, por la extensión que adquiere especialmente la lengua inglesa, que se manifiesta en algunas resoluciones que inciden en el nivel cultural de la sociedad española (STS, Sala Tercera, de 25 de febrero de 1997 [RJ 1997/1520]) dicho planteamiento no resulta acorde con las exigencias del mercado único europeo caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías (art. 3.1.c TCE). Precisamente dichas exigencias se relacionan con los fundamentos de la prohibición antes expuestos, dada la necesidad de salvaguardar la competencia. Una interpretación de este tipo resulta conforme a las normas del Tratado y evita que se creen barreras a la importación de productos. No hay razón en este caso para ofrecer una solución distinta de la prevista para la marca comunitaria, considerando los requisitos para el registro en relación a las distintas lenguas oficiales (art. 7 RMC y STPI, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2002, asunto T-219/00 que confirmó la R. OAMI de 15 de junio de 2000, as. R 385/1999-1). Igualmente absurdo resultaría no admitir como propias las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas, ya que si el término es genérico o descriptivo en alguna el registro debe denegarse, sea o no ampliamente conocido dicho término.– Como puede comprobarse, sin perjuicio de que la inclusión de algún vocablo genérico o descriptivo no sea determinante de la nulidad de una marca, no es posible crear un monopolio sobre el vocablo en sí, careciendo la marca de eficacia ofensiva frente a su uso por terceros competidores. Al afectar la controversia a un término de la lengua inglesa, la apreciación del mismo como mera denominación caprichosa o de fantasía no aparece tan clara como pretende el solicitante de las medidas cautelares y ello basta para rechazar la solicitud, de manera que debe ser en la sentencia definitiva donde se valoren diversas circunstancias, como la extensión de dicha lengua, la utilización del término en el mercado o el alcance de la prohibición en lo relativo a otras lenguas distintas del español.»

Viajes combinados

– SAP Soria (Sección 1.ª) de 23 de enero de 2007 (JUR 2007/88772). Ponente: José Miguel García Moreno. La cancelación de un vuelo por el hecho de estar afectada la zona de despegue por un huracán constituye un

supuesto de fuerza mayor; en cambio, la avería de uno de los motores constituye caso fortuito, «[...] en la medida en que se trata de un acontecimiento que se produce en la esfera o círculo de la actividad empresarial de la compañía aérea codemandada, la cual, en consecuencia y por aplicación del ya citado artículo artículo 5.3 del Reglamento núm. 261/2004, viene obligada a responder de los daños y perjuicios provocados al actor como consecuencia de la cancelación de ese vuelo y del retraso del retorno a España en un día. En el mismo sentido, las previsiones del artículo 11.1 y 2.c) «a contrario» de la Ley 21/1995, reguladora de los Viajes Combinados, imponen la responsabilidad contractual de la compañía organizadora codemandada [...], solidariamente con la compañía aérea [...], por los perjuicios derivados de la cancelación del vuelo del día 29 de agosto de 2005 y del retraso del retorno del actor-apelante a España en un día [...]» (FJ 2.º).

– SAP Madrid (Sección 9.º) de 15 de diciembre de 2006 (AC 2007/389). Ponente: Juan José Sánchez Sánchez. Se estima que se produjo incumplimiento total del viaje combinado contratado al haber contraído los actores una gastroenteritis a los pocos días de haber llegado a su destino. Se considera probado que la afección fue producida por la comida ofrecida por el hotel. Corresponde la devolución total del precio, porque «[...] lo contratado por los hoy actores Bartolomé y Teresa fue un viaje combinado, o sea, un «paquete turístico», no aisladamente un viaje en avión de ida y vuelta, o aisladamente un alojamiento en un hotel o unas determinadas prácticas deportivas; no, lo contratado era un todo indivisible, que tenía que desenvolverse en varias prestaciones obligacionales. Consiguientemente, no puede decirse que existió cumplimiento del contrato porque se hubiera realizado el viaje en avión o se hubieran alojado unos pocos días en un hotel, porque, por definición un «viaje combinado» es aquel que tiene por objeto la realización de un viaje turístico o vacacional, mediante la prestación de un conjunto de múltiples servicios (transporte, alojamiento, práctica de determinadas actividades, etc.) que integran un «paquete turístico» retribuido mediante un precio global [...]» (FJ 2.º). Pero con ello siguen sin cubrirse los daños y perjuicios causados, entre los que se incluye el daño moral, para cuyo cálculo se tiene en cuenta, entre otras circunstancias, que se trataba de su viaje de novios (FJ 4.º).

Libros sobre Derecho Privado Europeo.
Recensiones y noticias breves

AZPARREN LUCAS, Agustín (dir.): *Hacia un Código del consumidor, Manuales de Formación continuada, T. 34, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial (coord.), Madrid, 2005. ISBN 84-96518-56-6; ISSN 1575-8735. 860 pp.*

Un nuevo volumen de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial se ocupa, esta vez, de la europeización del Derecho privado en España y, en concreto, del Derecho de los consumidores. El título de la obra adelanta lo que debería ser objeto de una iniciativa legislativa, largamente demorada. Sin embargo, no se ocupa de todos los aspectos del Derecho de consumo. En concreto, se estudian, por este orden: el concepto de consumidor (Alberto Bercovitz-Rodríguez Cano), la tutela procesal de los consumidores y usuarios (José Luis Seoane Spielberg), las condiciones generales puras o simples en la contratación (Ramón Durán Rivacoba), las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Nuria Antón Medrano), la evolución del Derecho comunitario y, especialmente, de los consumidores, incluyendo un análisis concreto de la Dir. 85/577/CEE, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (Bernardo Hernández Bataller), los derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de vivienda (Julio Picatoste Bobillo), la responsabilidad del productor y el prestador de servicios (Rafael Martínez del Peso) y, finalmente, las garantías en la venta de bienes de consumo (Pablo José Moscoso Torres). Se trata de una recopilación extensa y meritoria en la que se analizan y ponen al día algunos de los temas más importantes del Derecho de consumo. Sin embargo, a la vista de la numerosa participación de magistrados entre los autores, se echa en falta un análisis transversal de la jurisprudencia española en el que se explicara cómo perciben nuestros jueces el Derecho comunitario, qué dificultades encuentran en su interpretación y aplicación y con qué frecuencia se recurre a la doctrina del acto claro para evitar una cuestión prejudicial. Todo ello ayudaría a entender mejor el Derecho de consumo y, por tanto, permitiría una elaboración más cuidada del código al que se aspira.

Esther ARROYO I AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

BRAUN, Alexandra: *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, Il Mulino, 2006. 560 pp. ISBN 88-15-11348-7.

Alexandra Braun escribe un libro magnífico en el que aborda la relación entre jueces y doctrina en Inglaterra. Es una novedad –y grata sorpresa– para el lector español, poco acostumbrado a este tipo de lecturas en su país. Gra-

cias a su formación jurídica y desde su posición privilegiada de becaria postdoctoral del prestigioso St. John's Collage (Oxford), Alexandra Braun se hace eco de esa «otra tradición literaria» y escribe un libro en el que la historia del Derecho y el Derecho civil se combinan perfectamente para proporcionar una importante y decisiva aproximación (también sociológica) al estudio de la formación del jurista en Inglaterra que, en no menor medida, contribuye igualmente a la descripción de la evolución de las fuentes del Derecho (entendiendo éstas en sentido amplio y asumiendo que la teoría es distinta en el *Common Law* y en el *Civil Law*). En su investigación, Braun cuenta con una ingente literatura que ya antes que ella ha analizado ese mismo proceso –lo que de ningún modo excluye el análisis de fuentes originales, aunque éste sea proporcionalmente menor– pero su lectura crítica le lleva a rebatir ciertas afirmaciones que, hasta la fecha, se tenían por verdades inconcusas. El libro, a pesar de estar escrito por una comparatista, no ofrece elementos de Derecho comparado (salvo referencias puntuales a Italia y Alemania, de carácter histórico, a propósito de la prohibición de citar autores en las sentencias, pp. 288-291). Sin embargo, quien lo lea no puede dejar de comparar lo que Alexandra Braun explica con la evolución de las cosas en su propio país.

De forma sucinta, el libro de A. Braun se podría dar a conocer al lector explicando que, en nueve capítulos, divididos en tres partes, y un total de 560 páginas, incluido el listado bibliográfico y los índices de sentencias, conceptos y nombres (del que, por cierto, ella se excluye), la autora se ocupa, con una magnífica prosa y un aparato de citas exhaustivo, de las etapas más sobresalientes de la evolución del cuerpo académico en Inglaterra y, esencialmente, de la evolución de la educación universitaria y de la literatura jurídica, e individualiza con detalle los cambios que en ellos han tenido lugar. Se analiza igualmente el proceso de creación de un cuerpo de profesores en Inglaterra a la vuelta del s. XIX y se concluye demostrando con numerosos ejemplos el impacto que la «doctrina» (en terminología civilista) ha tenido en la labor de los jueces. Para ello, como botón de muestra, Braun examina la evolución del Derecho sobre el enriquecimiento injusto y, en el ámbito del Derecho penal, cuyo desarrollo también narra, la explicación se centra en la figura de la tentativa de delito. Para una exposición más detallada del contenido, remito a Antoni Vaquer, que también efectúa una reseña de la obra en: 9 (2007) *Revista Catalana de Dret Privat* (en prensa).

La conclusión de la autora es que directa (formulando principios) e indirectamente (sistematizando ideas, sugiriendo conceptos), la academia o *legal writings* ha hecho evolucionar el *Common Law* gracias a la recepción voluntaria por parte de los jueces de críticas, comentarios y reflexiones de los profesores. Aquéllos, aun no siempre compartiendo la idea del autor de referencia, normalmente tienden a hacer gala de haber leído la literatura científica relevante para caso que se juzga. Éste es un primer elemento de reflexión para el lector no inglés porque, normalmente, en la tradición de *Civil Law*, eso no es así. En los países civilistas, la doctrina no es fuente *formal* (conviene subrayar el adjetivo) del Derecho (no, al menos, en los países europeos que a continuación se relacionan) y de ahí que, a diferencia de lo que sucede con la ley, los jueces no tengan por qué hacer mención de ella en sus sentencias. Así es generalmente en Italia, aunque en este ordenamiento la razón se encuentra en que el artículo 118.3 de las Disposiciones de actuación del Código procesal civil (1942) prohíbe la cita de autores. En realidad, ello no prohíbe a los jueces que tengan en cuenta la doctrina; el

precepto tan sólo prohíbe dejar constancia de los nombres y las obras de los juristas consultados. Por tanto, que no aparezcan las citas no significa que «la academia» no haya sido tenida en cuenta. Por lo demás, que aparezcan no quiere decir que la sentencia pueda anularse [Alexandra Braun, «Professors and Judges in Italy: it takes two to tango» 26 (2006) *Oxford Journal of Legal Studies*, 665, 658-670]. Tampoco en Francia están los tribunales autorizados a citar en sus sentencias ni doctrina, ni otras referencias jurisprudenciales, ya sean de Derecho nacional o extranjero. Las sentencias de las jurisdicciones superiores son extremadamente breves, fruto de un razonamiento deductivo y de un culto a la ley que impide explicar tanto los hechos como el razonamiento mediante el cual se llega a la solución del litigio, aunque se aprecian indicios de cambio, en el sentido de que actualmente ya es público el informe presentado por el ponente o juez encargado de representar la opinión del tribunal, que explica tanto los hechos como las diversas soluciones, que luego se discute y, en su caso, se aprueba colectivamente [Guy Canivet, «La pratique du droit comparé par les Cours suprêmes: brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne: en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke "Le juge en tant que comparatiste"» 80 (2005) *Tulane Law Review* 221, 235]. Por el contrario, ni España (*vid.* arts. 218.2 LEC) ni Alemania conocen restricciones a la admisibilidad de citas de autores en las sentencias, pero mientras que en nuestro país aquéllas no son frecuentes (existen, pero son excepciones que confirman la regla general contraria y, aun así, sería necesario un estudio que permitiera saber cuál es el peso real de tales citas), sí lo son en Alemania, donde, por lo demás, existen estudios que demuestran la secular interacción entre jueces, legisladores y juristas [Stefan Vogenauer, «An Empire of Light. II, Learning and Lawmaking in Germany Today» 27 (2007) *Oxford Journal of Legal Studies* 627-663].

Según se puede leer en el libro de Alexandra Braun, el diálogo entre jueces y doctrina es intenso en Gran Bretaña en los últimos treinta años. En este sentido, su libro rompe con un tópico: el de creer que los jueces ingleses todavía juzgan exclusivamente con base en el precedente como, sin duda, tal y como la autora demuestra en los primeros capítulos de su obra, sí fue así históricamente, no sólo por el peso del *stare decisis*, sino también como consecuencia de la escasa producción literaria universitaria de entonces. Que hoy no sea ya así depende, sin duda, tal y como destaca Braun, de un cambio de mentalidad de los jueces y, a su vez, de su cada vez mayor preparación académica [*vid.* en este sentido los gráficos que explican la evolución de las cifras de *Law Lords* con y sin *Law Degree* (pp. 134-137) y el Apéndice (pp. 483-486)]. Pero ¿acaso no será también consecuencia de que la doctrina es cada vez mejor, más selectiva y más crítica? Sin duda, el lector español encontrará aquí otro elemento de reflexión si desea comparar con la situación en España.

Para concluir, quien tenga interés en la historia y el desarrollo de la enseñanza del Derecho y le preocupe el problema de cómo abordar la preparación de nuestros futuros juristas, encontrará en el libro de Alexandra Braun información adecuada, detallada y enormemente sugerente. Tras leerlo, seguro que más de uno se planteará el interrogante de por qué este tipo de investigaciones no se desarrollan también en la Universidad española.

Esther ARROYO I AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

DROBNIG, Ulrich; SNIJDERS, Henk J.; ZIPPRO, Erik-Jan (eds.): *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Sellier, European Law Publishers, 2006, ISBN-10 3-935808-96-8, 240 pp.

Este volumen recoge las ponencias presentadas en las Jornadas que tuvieron lugar en la Universidad de Leiden los días 1 y 2 de septiembre de 2005. El referido encuentro, así como esta recopilación de materiales, se presentan como continuadores de las reflexiones plasmadas por C. von Bar y U. Drobing en su conocido estudio *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe* (Sellier, ELP, 2004).

Como se explica en la introducción, a cargo del propio Drobing y de los otros dos editores de la obra, H. J. Snijders y E.-J. Zippro, el trasfondo que sirve de contexto a ambos trabajos es el mismo: a raíz de la iniciativa de las instituciones de la Unión Europea de elaborar –veremos finalmente con qué alcance– el llamado Marco Común de Referencia, de base netamente contractual, como lo han sido hasta la fecha la inmensa mayoría de las disposiciones comunitarias en materia de derecho privado, surgió la necesidad de averiguar si se producían interacciones entre la armonización y eventual unificación en este ámbito, y las divergencias entre los distintos sistemas nacionales en cuanto a la regulación de la responsabilidad extracontractual y de los diversos sistemas de derechos reales, en particular por lo que se refiere a los mecanismos de constitución y transmisión.

En esta ocasión, no obstante, el objeto de análisis es mucho más restringido, puesto que se dejan de lado las cuestiones relativas al derecho de daños y, en cuanto a la problemática de los derechos reales, los trabajos recopilados se centran en las garantías mobiliarias de origen contractual y, en especial, en las que comportan la transmisión de la propiedad. En consecuencia, las posibles interacciones entre el derecho contractual europeo y los sistemas de adquisición y transmisión de los derechos reales no son abordados sino en el contexto de la problemática que generan las garantías mobiliarias.

El título, por tanto, es algo equívoco. Pero tiene la virtud de anunciar, en su segunda proposición, cuáles van a ser las dos preguntas sobre las que giró la discusión, a saber: si las divergencias entre las legislaciones nacionales relativas a las garantías mobiliarias conllevan el mantenimiento de barreras al mercado interior y, si la primera cuestión se responde de modo afirmativo, cuáles son las posibles soluciones a estos problemas.

Como era de esperar, las respuestas de los participantes a estas dos grandes cuestiones estuvieron lejos de converger. Respecto de la primera cuestión, hubo quien hizo un paso atrás y se preguntó en primer lugar si efectivamente los operadores percibían la existencia de problemas prácticos de entidad. Así, por ejemplo, desde la óptica del análisis económico del derecho (B. Bouckaert), la respuesta era en líneas generales afirmativa, al menos en el sentido de que la supresión de diferencias mejoraría el funcionamiento del mercado interno (G. Affaki). Pero desde otras perspectivas se sugiere que las divergencias en el marco del sistema de derechos reales obedecen a distintos procesos nacionales de decantación a favor de un determinado equilibrio de intereses, y que los costes para el operador de otro Estado miembro, habida cuenta que será tratado legalmente del mismo modo que un nacional, no son distintos a los que le supondrá, pongamos por caso, tener que aprender el idioma o tener que cumplir la normativa fiscal de un Estado distinto al suyo: el conocimiento del derecho será un factor más a tener en cuenta a la hora de decidir si se lleva a cabo o no la inversión, pero hay otros datos (como el tipo

de interés, el coste de la mano de obra o la referida normativa fiscal) que tendrán mayor peso en esta fase (Verstijen).

Pasando ya a determinar si las divergencias en este ámbito implican el mantenimiento de barreras al mercado interior, las respuestas son también variopintas, desde los que entienden que suponen una mera «influencia», hasta los que entienden que la falta de armonización en este ámbito contraviene esta libertad de mercado. Sin que sea posible olvidar, no obstante, la voz discordante de Weatherill (U. Oxford) quien, haciendo honor al manido tópico del euroescepticismo británico, analiza qué es una barrera al mercado interior y cuándo una norma de este tipo puede estar justificada, para concluir que no se sabe con certeza por qué debería legislar la Unión Europea en este ámbito y remarcar que, con demasiada frecuencia, las instituciones europeas extienden sus potestades normativas sin razonar la necesidad de legislar ni la legitimación para hacerlo. Usa como argumento a favor de su postura la doctrina del TJCE, que en casos como *Keck y Tobacco Advertising*, dejaría traslucir que es preciso dejar espacio a la diversidad en este punto.

En respuesta a la segunda gran cuestión que centró el coloquio –cuál es la mejor solución ante la constatación de que las divergencias suponen un obstáculo al correcto funcionamiento del mercado interior– las propuestas son también variadas. Diversos participantes (Verstijen, Snijders) apuntan como mejor solución a corto plazo la regulación de un derecho de garantía europeo [ESR(M), *European Security Right (over Movables)*], que se añade a los sistemas nacionales vigentes, quizá con un sistema de registro on-line de bajo coste. Esta garantía europea, no obstante, se suele ver como un paso previo a la unificación o, al menos, la armonización, que se intuye lenta y trabajosa (Snijders). Esta solución, sin embargo, tampoco está exenta de problemas, entre los cuales destacan los de adecuación o ajuste a las distintas normativas estatales en distintos ámbitos, señaladamente en materia de insolvencia (Kieninger). Otros abogan por dejar que se vaya produciendo una gradual evolución tendente a la armonización de sistemas, cosa que ya tendría un reflejo embrionario en las D. 2000/35 y D. 2002/47 (Dirix). Algunos de los participantes, por el contrario, entendieron que el mejor sistema era el de la armonización a través de Directivas, señalándose en algunas intervenciones que la regulación europea debería ser de mínimos y en ningún caso detallada (Vriensdorp, Rank).

De todos modos, cada intervención tiene su propio planteamiento, de ahí que convenga advertir al lector de que no se deje guiar por la introducción, que contiene un breve resumen de las principales intervenciones. Cuando la leí pensé que prácticamente holgaba esta reseña, pero la verdad es que en ocasiones el contenido de las intervenciones presenta tintes muy distintos a los que se le atribuyen en la introducción –y, dicho sea de paso, también en las conclusiones (a cargo de K. Cox) de manera que casi parece como si sus respectivos relatores hubiesen asistido a congresos distintos.

De lo dicho, incluyendo la propia presentación del volumen, a la que me acabo de referir, se desprende una vez más que siempre habrá división entre partidarios acérrimos de la uniformización y detractores de la misma, y que cada norma de los Tratados Constitutivos podrá ser interpretada de un modo u otro –como lo son las intervenciones en estas Jornadas– dependiendo del punto de partida –¿o tal vez prejuicio? Sólo así se explica que en un mismo ámbito, el de las garantías reales mobiliarias, podamos encontrar autores que entienden que no es precisa –ni legítima– la armonización, otros que la estiman conveniente aunque no ven qué problemas prácticos pueden plan-

tearse y otros que parten de su necesidad y se lanzan a averiguar cuál es la mejor vía para alcanzarla, propugnando en algunos casos incluso la plena uniformización.

En cualquier caso, la materia es lo suficientemente sugerente como para dedicar un tiempo a la lectura de estos materiales. Y quizá conviniese que nos empezásemos a plantear la cuestión inversa, es decir, hasta qué punto el derecho (eminentemente contractual) europeo está haciendo mella en los sistemas nacionales de derechos reales.

Miriam ANDERSON
Universitat Barcelona

FENOY PICÓN, Nieves: *El sistema de protección del comprador*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral (ed.), 2006, ISBN 84-96347-80-X, 335 pp.

Nieves Fenoy nos ofrece una nueva aportación destinada a convertirse en obra fundamental en el ámbito contractual, de lectura muy recomendable y formativa, conscientes de que leer una de sus obras es invertir sobre seguro. Es evidente que la autora posee las connotaciones de los estudiosos cimeros: equilibrada, constructiva, pensadora de oficio, y exhaustiva en los análisis. Sigue la estela, pues, de su maestro, Antonio Morales Moreno, referente imprescindible de todo civilista.

Si se me permite la expresión, aprovechando y distorsionando figuras que se estudian en el libro, me atrevería a decir que la obra es un *alius plus alio*, aporta más de lo que exige la temática de la obra y en ningún caso se aporta información superflua o desproporcionada con el tema de análisis, al contrario: las notas son de una generosidad jurídica abrumadora.

Si tuviera que expresar en pocas palabras lo que resulta más impactante de la obra sería lo siguiente:

a) La tesis defendida por la autora: la defensa de la incompatibilidad de la falta de conformidad con otros sistemas de protección del consumidor. Defensa que realiza con una fundamentación, claridad y elegancia jurídica envidiable. No hay vacíos argumentales, ni dudas. El orden y la sistemática seguida son ejemplares.

b) La defensa de la modernización del Derecho de obligaciones: El libro es un grito a una necesaria revisión de nuestro Derecho de obligaciones, necesidad que ya anunciaba la autora en su obra *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996. Las últimas corrientes legales (por ejemplo, la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de Objetos Muebles Corporales –LUCI–, los principios de UNIDROIT, la Convención de Viena, Código civil Holandés, los Principios de Derecho Europeo de Contratos elaborados por la Comisión sobre Derecho europeo de Contratos –PECL–, o la revisión del Código alemán) han instaurado un régimen de las obligaciones y de los contratos adecuado a los nuevos tiempos, una «modernización del Derecho de las Obligaciones contractuales», que sería preciso seguir. Así existe una nueva construcción del contrato según la cual el deudor garantiza un determinado resultado lo que hace que el incumplimiento tenga un amplio campo de aplicación. El incumplimiento, por tanto, se expande y ello conlleva problemas de sola-

pamiento con otros remedios que es preciso solventar. Lo importante es determinar el régimen que hoy en día es adecuado para la entrega de una cosa con anomalías cualitativas. Y la orientación actual es hacia la falta de conformidad y a la unidad de régimen de las distintas relaciones contractuales (entre profesionales y consumidores, entre dos profesionales, entre dos particulares). En España, el problema es que se ha comenzado por construir lo especial sin tocar lo general (p. 306). Y «el actual derecho de las obligaciones contractuales requiere una reforma de mayor calado; una reforma de carácter general».

c) El fácil manejo, correcto uso y excelente interpretación que muestra la autora de los textos nacionales e internacionales, al igual que las ricas aportaciones de los trabajos que se están realizando en nuestro país orientados hacia la modernización del Derecho de Obligaciones, como es la exposición de la Propuesta de Anteproyecto del Modificación de Código civil en materia de contrato de compraventa.

La falta de conformidad es definida por la autora como aquel desajuste entre el objeto real entregado y el ideal, diseñado en el contrato, es decir, lo pactado no se corresponde con lo entregado.

El libro analiza cómo se inserta, relaciona y coordina la falta de conformidad con otras figuras, especiales o generales, con las que, total o parcialmente, coincide en el supuesto de hecho. Lo cierto es que la falta de conformidad crea «cortocircuitos jurídicos» con otros sistemas de protección de nuestro ordenamiento, en particular, con el saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 ss. CC), la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU; el incumplimiento (arts. 1096, 1124 CC), el error, y el dolo vicios del consentimiento (arts. 1266, 1269, 1270 CC). Como muy bien se expone en el prólogo del libro por parte del profesor Morales Moreno, la Ley 23/2003 delimita una manifestación del incumplimiento del vendedor y determina los remedios correspondientes al mismo en este tipo de ventas, pero «este sistema de protección del comprador, consumidor, aunque sea equilibrado y suficiente (si se completa con la indemnización), no ha dejado de plantear problemas de concurrencia con otros sistema de protección que, por supuesto, pueden concurrir en caso de falta de conformidad». Nieves Fenoy estudia en este libro cada una de estas manifestaciones de concurrencia de remedios, gravitando sobre su investigación la idea de que es menester delimitar sus espacios. Todo ello lo hace con una sistemática que nos recuerda a los comentaristas del siglo XIV y su técnica de los *pros, contras, solutio*, etc.

El libro, con la exquisita claridad y sistematización que caracteriza las obras de la autora, tras anunciarnos el objetivo que se pretende, se estructura en cinco grandes bloques donde se analiza la concurrencia de remedios a la que aludíamos anteriormente: la falta de conformidad y el saneamiento por vicios ocultos; la falta de conformidad y la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU; la falta de conformidad y el incumplimiento; la falta de conformidad y el error; y, finalmente, la falta de conformidad y el dolo del vendedor. Y termina el estudio con unas consideraciones finales.

La obra parte de la Ley 23/2003, pero como se anuncia en el prólogo, su propósito y perspectiva desbordan los límites concretos de esta ley.

La falta de conformidad y el saneamiento por vicios ocultos: La autora presenta ambas figuras como dos regímenes distintos de tratamiento de un mismo problema: la entrega de una cosa con anomalías cualitativas. Y la diferencia radica en que se trata de figuras surgidas en momentos históricos diversos (en el siglo XIX el saneamiento y en el siglo XX la falta de conformi-

dad resultado de la aproximación entre el sistema anglosajón y los continentales) y excluyentes. Es un claro ejemplo de la evolución del Derecho adaptándose a los nuevos tiempos.

La Ley 23/2003, respecto a la concurrencia de acciones, sólo se manifiesta respecto al saneamiento por vicios ocultos, olvidando todos los demás sistemas que pueden concurrir con la falta de conformidad. En este sentido, la DA I de la LGVBC establece que «el ejercicio de las acciones que contempla esta ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos». Aunque en un inicio pueda parecer que la DA I es clara, la autora nos hace ver la complejidad que puede esconder la palabra «incompatible».

La tesis de la autora es la siguiente: «el saneamiento por vicios ocultos no es aplicable a las compraventas regidas por la LGVBC; ello porque las ventas de consumo cuentan con un régimen específico para el problema de la entrega de una cosa con anomalías cualitativas, el de la falta de conformidad» (p. 32). Para fundamentar dicha postura se apoya, por una parte, en la Exposición de motivos de la ley, donde se habla de «sustitución» de las acciones edilicias por las acciones de reparación y sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato. Por otra parte, se apoya en el significado y función de la falta de conformidad, dado que la falta de conformidad ha venido a sustituir al saneamiento. Así pues, el régimen de saneamiento no es aplicable a las ventas de consumo porque ha sido desplazado por el de la falta de conformidad de la LGVBC.

Sin embargo, no es esta una opinión unánime. La autora recoge, en particular y con exquisito respeto, las tesis discrepantes de dos autores. Por una parte la opinión de Bercovitz Rodríguez-Cano, quien interpreta la incompatibilidad de la DA I LGVBC como la imposibilidad del ejercicio simultáneo de ambos remedios, lo que supone que el consumidor puede optar por acudir al saneamiento o a la falta de conformidad. Esta interpretación permite a la autora hacer un análisis del significado de la incompatibilidad concluyendo que puede distinguirse una incompatibilidad procesal (es decir, no cabe el ejercicio simultáneo de remedios) y otra incompatibilidad de regímenes (como imposibilidad de que el comprador acuda al saneamiento por quedar desplazado por la falta de conformidad), decantándose por esta última por las antecedentes discusiones doctrinales sobre la naturaleza de las acciones edilicias.

Por otra parte recoge la tesis de Navas Navaro quien considera que la DA I LGVBC señala la imposibilidad de ejercicio simultáneo del régimen de saneamiento y de la falta de conformidad, pero defiende una compatibilidad cronológica sucesiva de los mismos. Es decir, primero, durante los dos años siguientes a la entrega (plazo de garantía establecido en la LGVBC) el consumidor ha de acudir a la falta de conformidad y transcurrido ese plazo, si en la cosa no se manifestó ninguna falta de conformidad pero después se descubre un defecto, el comprador podrá acudir al saneamiento. Para profundizar en esta tesis Nieves Fenoy incide en la superación de la distinción entre la compraventa genérica y específica en el supuesto de falta de conformidad. Concluyendo que la falta de conformidad presupone un concepto unitario, amplio y aglutinador del incumplimiento y al separar los requisitos exigibles y límites para cada uno de los remedios, permite al legislador dar una solución más adecuada a las peculiaridades del caso concreto.

Pero la autora no cierra aquí el capítulo, sino que pone en evidencia la crónica enfermedad de Derecho de consumo: el engarce de los conceptos y

reglas que utiliza este Derecho con el resto de ordenamientos. Hay tal proliferación de leyes protectoras del consumidor que no siempre existe coordinación entre ellas. Y esta descoordinación se pone en evidencia también en la materia que se trata en el libro, en concreto entre la DA I LGVBC y el artículo 61.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista. Este último precepto, al contrario de la DA I LGVBC que señala la incompatibilidad del saneamiento con la falta de conformidad, presenta ambas figuras en plano de igualdad (por motivos de economía procedimental). El motivo de la discordancia normativa era que se acercaba el límite para transponer la ley de garantías y hubo una pequeña avanzadilla en un tiempo en que aun se estaba discutiendo la transposición de la ley y no estaba perfilada todavía la falta de conformidad y el saneamiento. El legislador se arriesgó con la Ley 7/1996 y se equivocó en la predicción, sin que posteriormente se haya reformado.

La falta de conformidad y la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Nada advierte la LGVBC en torno al tema. La autora, desde un principio se pronuncia sobre ello con la contundencia, la claridad y reflexión que le caracteriza. Defiende que la falta de conformidad de la LGVBC deroga tácita y parcialmente del artículo 11 LGDCU, regulador de la garantía comercial pero que en España ha sido simultáneamente y en lo que al mínimo legal se refiere, una garantía legal (pp. 103 y 131). Defiende esta idea y expone la opinión al respecto de otros autores como Carrasco Perea/Cordero Lobato/Martínez Espín; Vérguez, Verda y Beamonte, y Pita Ponte.

La verdad es que el artículo 11 LGDCU no ha destacado precisamente por la claridad. Ha generado cierta polvareda doctrinal puesto que a la vez que regula (regulaba) la garantía legal, regula también la garantía comercial (surgida por voluntad del garante y que debe ser superior a lo que por ley se otorga al consumidor).

La falta de conformidad y la garantía mínima del artículo 11.2 y 3 LGDCU son dos regímenes legales de protección del consumidor no conciliables, en remedios y plazos puesto que, comparados entre sí, no son totalmente coincidentes y se articulan de manera distinta. Por una parte, el artículo 11.2 y 3 LGDCU, ante una anomalía cualitativa manifestada durante los seis meses siguientes a la entrega, contempla en primer lugar la reparación del bien (pudiéndose acumular sólo en este caso la indemnización por daños y perjuicios) y, en su defecto, la opción entre su sustitución o la resolución del contrato. Respecto al plazo de ejercicio de la acción siempre hubo polémica (los mismos seis meses; otro plazo de seis meses; quince años). Por otra parte, la falta de conformidad de la LGVBC debe manifestarse durante los dos años desde la entrega, en cuyo caso el consumidor, en primer lugar, podrá optar entre la reparación o sustitución del bien, y en su defecto, podrá optar entre la reducción del precio o la resolución contractual. En cuanto al plazo de ejercicio de los remedios es de tres años. Hay otra diferencia destacable en ambos sistemas y es la necesidad de denunciar la falta de conformidad que establece la LGVBC a diferencia de la LGDCU que no alude a tal circunstancia.

Estas diferencias permiten a la autora concluir que «se está ante dos sistemas legales que regulan, en lo fundamental, el mismo problema jurídico (las anomalías cualitativas del objeto). Ambos tienen un diseño distinto e incompatible». La derogación tácita del artículo 11.2 y 3 LGDCU la fundamentará en estos dos argumentos: en primer lugar, en la aplicación de la regla según la cual la ley posterior deroga la anterior, con lo que el régimen de la falta de conformidad sustituye al de la garantía legal (comercial) del artículo

lo 11.2 y 3 LGDCU, en relación con el vendedor. En segundo lugar, en el modo en que la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, reforma el artículo 12.2 LOCM., dado que de la DF 1.^a de dicha ley puede inducirse que el legislador entendía y preveía que la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU iba a tener una vigencia limitada y breve en el tiempo, porque la transposición de la Directiva 1999/44/CE implicaría su derogación.

Ahora bien, tratándose de una derogación tácita la del artículo 11.2 y 3 LGDCU, la derogación opera sólo en el ámbito en que la antigua regulación y la nueva resulten incompatibles. En el ámbito residual en el que la nueva regulación no ha incidido, ha de admitirse la subsistencia de la regulación anterior. Por ejemplo, sería el caso de la aplicación del artículo 11.2 y 3 LGDCU a los arrendamientos de bienes muebles (alquiler de coches), puesto que no es aplicable ahí la LGVBC; y a propósito de la naturaleza de los bienes, el artículo 11.2 y 3 LGDCU también incluiría la vivienda.

La falta de conformidad y el incumplimiento. Si la falta de conformidad implica incumplimiento, habrá que ver el tipo de relación que media entre el sistema de remedios previstos *especialmente* para ella y el sistema general de los remedios fundados en el incumplimiento. En este capítulo la autora considera que entre estos dos sistemas de protección «el consumidor debe utilizar el sistema de remedios previstos para la falta de conformidad, salvo que el vendedor hubiere actuado con dolo» (pp. 157 y 172) puesto que la falta de conformidad es un régimen jurídico específicamente diseñado para el problema de las anomalías cualitativas y la concreta relación entre un profesional y un consumidor. Esta postura es, además, la tendencia favorable (con más o menos matices) de los autores que han tratado el tema (Morales Moreno, Manuel J. Marin López, Reyes López, Navas Navarro).

Las diferencias entre ambos sistemas son las siguientes:

a) Los remedios regulados en la LGVBC se jerarquizan (reparación o sustitución y en su defecto, rebaja del precio o resolución contractual), en cambio, en el sistema general de incumplimiento los remedios (la pretensión de cumplimiento y la resolución) actúan en plano de igualdad sin jerarquizarse.

b) Otra diferencia entre el régimen de la falta de conformidad y el general del incumplimiento es el plazo de ejercicio: tres años en el primer o quince en el segundo.

Compatibilizar ambos sistemas sería ir en contra del espíritu de la LGVBC, ya que podría sabotarse el escalonamiento de remedios y los plazos en ella regulados, cuando la LGVBC defiende el *favor contractus*, a partir de la idea de que, siendo posible la reparación o la sustitución, el interés típico del comprador ya puede quedar satisfecho (admitiendo a su vez la indemnización del retraso).

El capítulo finaliza con la alusión al *aliud pro alio*, en el sentido de que éste tiene encaje en la LGVBC, excepto si el vendedor es doloso. La entrega de una cosa distinta de la pactada es una de esas cualesquiera faltas de conformidad del bien de las que responde el vendedor, por lo que los remedios aplicables son los de la LGVBC no los generales del incumplimiento. El artículo 1474 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa, así se manifiesta. El régimen del *aliud pro alio*, pues, es el de la falta de conformidad según la autora, consciente de la no expresa inclusión del mismo en la LGVBC y los riesgos que ello conlleva.

La falta de conformidad y el error. Dado que el supuesto de la falta de conformidad puede coincidir con el error vicio de la voluntad contractual (art. 1266 CC), el problema en este nuevo capítulo es analizar si la falta de conformidad excluye o no el régimen del error, cuestión tampoco solucionada en la LGVBC. Según Nieves Fenoy «la situación debería regirse por la regla de la incompatibilidad, o dicho de otro modo, el consumidor debería acudir a la falta de conformidad». Para su estudio parte de un muy apropiado análisis de la Convención de Viena (de donde se deduce que lo aplicable es la falta de conformidad no la regulación interna del error), los principios de UNIDROIT (donde también se excluye el error en beneficio de incumplimiento) y los PECL (aquí es distinto, puesto que se permite que el contratante utilice cualquiera de los remedios: el error o el incumplimiento. Esta postura considera la autora que es fruto de una actitud de prudencia en el diseño de unos principios que deben ser aceptados por todos los Estados miembros). Tras ello concluye que «la solución más razonable es la incompatibilidad [entre el error y la falta de conformidad], pero reconozco también lo complicado de la cuestión y la dificultad de aplicar tal solución para el Derecho interno español. La creciente expansión del error a partir del yusnaturalismo seguramente sirvió para suplir las limitaciones de concepto de incumplimiento» (p. 215).

La verdad es que hay argumentos a favor y en contra de la compatibilidad e incompatibilidad del error y la falta de conformidad. A favor de la compatibilidad –postura que Nieves Fenoy augura como triunfadora (recogiendo los autores favorables a ellos)– la autora menciona la circunstancia de que la formación del contrato y el cumplimiento operan en distintos planos; o el hecho favorable para el consumidor de poder elegir él entre todos los remedios que operaran en plano de igualdad; o el hecho de ser la postura de los PECL Morales Moreno, el mayor especialista en la materia, admite la compatibilidad, aunque reconoce que es más adecuada la incompatibilidad.

La incompatibilidad, sin embargo, también puede defenderse. Por ejemplo, por la circunstancia de que la falta de conformidad de la LGVBC es un régimen específicamente diseñado para la entrega de una cosa con anomalías cualitativas en las ventas de consumo, o por el hecho de que la LGVBC se ha inspirado en la Convención de Viena, donde se hacen incompatibles.

Como apuntaba al inicio de esta recensión, el libro que se presenta es un grito a la reforma del régimen del incumplimiento de nuestro Código civil y en este capítulo, al analizar la Convención de Viena, los principios de UNIDROIT y los PECL, incide en ello. Ya se han levantado voces al respecto (Morales Moreno, Pantaleón Prieto, o la propia autora, entre otros) y en este capítulo se analiza la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación de Código civil en materia de contrato de compraventa, de la Comisión General de Codificación, que se ha publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, de 1 de mayo de 2005.

En esta propuesta de Anteproyecto se justifica la necesidad de reformar las normas del Código civil sobre el contrato de compraventa en el hecho de que el sistema de responsabilidad civil del vendedor es distinto al que han ido diseñando la evolución jurisprudencial y las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario. El nuevo Derecho de obligaciones contractuales se caracteriza por utilizar un concepto unitario de incumplimiento, entendido como la no ejecución de cualquier obligación, con independencia de que aquél sea o no imputable al deudor. Además, el incumplimiento desencadena la aplicación articulada de una serie de remedios (la pretensión de cumplimiento, la reduc-

ción de precio, la resolución y la indemnización de daños). Los saneamientos desaparecen sustituyéndose por una regulación acorde con las reglas generales del Derecho de obligaciones: la idea de unificar el sistema de responsabilidad contractual.

Los aspectos más destacables de esta propuesta son expuestos con suma delicadeza:

a) Se suprime el artículo 1460 CC que regula la imposibilidad inicial decretando la nulidad la compraventa celebrada si se pierde la cosa en su totalidad, y lo desplaza hacia el incumplimiento. Ello es así porque la pérdida total del objeto no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes.

b) El artículo 1468.1 CC que impone al vendedor la obligación de entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse la venta, en la propuesta afirma que el vendedor tiene el deber de entregar la cosa conforme al contrato.

c) La existencia de falta de conformidad constituye incumplimiento del contrato de compraventa, y como tal, faculta al comprador para ejercitar los remedios propios del incumplimiento. El nuevo artículo 1482 los enumera: facultad de exigir el cumplimiento, reducir el precio, resolver el contrato y pedir indemnización.

d) Se define el contrato de compraventa sin el requisito de que la cosa sea determinada, para no pensar que la regulación de la compraventa solo se refiere a la específica y no a las genéricas.

e) En cuanto a la incidencia de la falta de conformidad en el riesgo, en el actual Código Civil el comprador asume los riesgos de la pérdida o deterioro de la cosa desde la perfección del contrato. En la propuesta toda pérdida o deterioro casual de la cosa que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregar y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato. El problema del riesgo ha de ser tratado hoy como un problema de incumplimiento. El momento de traslación del riesgo al comprador se sitúa en el de la entrega de la cosa vendida, pero la entrega puede producirse bajo diferentes modalidades. Lo que importa para la transmisión del riesgo es que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato (puesta a disposición del comprador –en este caso se exige además que el comprador retire el bien o haya incidido en retraso en su recepción–, la remisión, ponerla en poder del primer transportista, o la traslación hasta el lugar previsto en el contrato).

La falta de conformidad y el dolo del vendedor. La LGVBC no se ocupa del caso en el que el vendedor conoció la falta de conformidad y no informó de ella al comprador (dolo del vendedor). A la autora no le parece correcto que se aplique la LGVBC en estos casos y le sorprende que la LGVBC no trate este supuesto como se hace en la Convención de Viena o en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa. La autora apunta aplicar a estos supuestos el régimen general del incumplimiento del Código Civil, consciente de los problemas que puede acarrear dicha solución (p. 279). Pero también advierte que el caso del vendedor doloso puede encajar en el dolo vicio de consentimiento. Ante

la concurrencia del dolo vicio y el régimen general del incumplimiento defiendo su compatibilidad, a elección del comprador.

Así, Nieves Fenoy expone tres aspectos de la LGBVC que considera no aplicables a los vendedores dolosos.

a) Considera que la jerarquía de remedios establecida en la Ley debe desaparecer y que éstos deben operar con carácter alternativo a elección del consumidor

b) El plazo de garantía y el de ejercicio de la acción no deberían ser los de dos y tres años respectivamente. Respecto el plazo de ejercicio de los remedios debería empezar a prescribir desde que el comprador conociera o no pudiera ignorar la falta de conformidad. En cuanto al plazo de garantía defiende uno más amplio que la bianualidad pero consciente de la dificultad de establecer dicho plazo.

c) Si hay dolo la autora es partidaria de suprimir la exigencia de denuncia de falta de conformidad al vendedor. La autora aprovecha la ocasión para manifestarse en torno a las consecuencias de la no denuncia por parte del consumidor de la falta de conformidad cuando ello es obligado.

Tras el análisis de la concurrencia de sistemas protectores del consumidor, el libro finaliza con tres consideraciones finales.

En primer lugar, alude a la circunstancia de la posibilidad de trasladar a las relaciones de consumo, la regulación de la falta de conformidad aplicable a las relaciones entre profesionales.

En segundo lugar, destaca el peligro que para la armonización del Derecho ha supuesto la posibilidad que otorga la Directiva 1999/44/CE de que los Estados miembros opten por establecer la compatibilidad o incompatibilidad con otras figuras protectoras del Derecho interno. Como ejemplo de ello expone la transposición de la Directiva en diversos países europeos.

En tercer lugar, considera que su interpretación de la LGVBC (la incompatibilidad de la falta de conformidad) se ajusta al principio de protección de los consumidores y lo fundamenta.

Esta obra pone en evidencia la indudable probidad científica de la autora y su elegante y personal estilo. A ello se añaden unas magníficas dotes para la argumentación jurídica lo que la convierten en un referente imprescindible de la doctrina civilística actual al estilo de su maestro Morales Moreno. No sólo les recomiendo leer esta obra, sino cualquiera que lleve su nombre, puesto que les advierto –como anuncia Morales Moreno en el prólogo respecto al libro comentado– que les hará reflexionar y aprender.

Esther TORRELLAS TORREA
Universidad de Salamanca

GHIDINI, Gustavo: *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, Inc., 2006, ISBN-13: 978 1 84542 135 9, pp. 164.

El libro que tiene el lector ante sí parte de una tesis nítida: la existencia de un vínculo inevitable entre el derecho de la competencia y los derechos tanto de propiedad industrial (patentes, marcas, diseño industrial) como intelectual (autor), todos ellos recogidos bajo la terminología «*intellectual property*».

Estos derechos tienen –deben tener– una función no sólo *innovadora* sino también *procompetitiva* y para que ambas funciones se cumplan realmente debe disminuir el nivel de protección que se otorga a los derechos referidos. Sin embargo, esta no ha sido la política seguida ni por la Unión Europea ni, caso que estudia también el Prof. Ghidini, por Italia. Nosotros nos atreveríamos a afirmar ni por los estados miembros de la Unión Europea que han incorporado las Directivas que al respecto se han ido dictando por las instancias comunitarias. En efecto, la línea que se ha trazado ha sido la de extender cada vez más el ámbito de protección rebajando el nivel de exigencia para hacerse merecedor de dicha protección, ampliación de los plazos de protección y disminución de los requisitos para que una obra, una marca o un diseño, por ejemplo, sean merecedores de protección. Con ello, se ha concedido el monopolio de un derecho a un sujeto (persona física o jurídica) concreto que ha visto como podía obtener beneficios de una única creación durante un largo período de tiempo, lo que lo ha desincentivado para invertir en innovación, ha frenado la competencia en el mercado y ha impedido el intercambio de informaciones e ideas («*free flow of information or of ideas*»). A partir de esta constatación, Gustavo Ghidini propone, de forma elocuente, replantear los términos de la política legislativa seguida por la Unión Europea, para lo cual, tiene en cuenta el modelo norteamericano, en orden a que no todos los objetos se protejan y cuando sean protegidos, lo sean por un período de tiempo no demasiado extenso.

La primera esfera que el autor aborda es la del *derecho de patentes*, donde parte de la diferencia entre *basic research* y *applied research* (p. 19). Sólo la segunda es la protegida por el derecho de patentes, no la primera. Tradicionalmente, se ha exigido para obtener la protección dos requisitos (pp. 32 ss): la *novedad* (elemento extrínseco) y la *originalidad* (elemento intrínseco). Sin embargo, la evolución interpretativa que se ha seguido tanto del *Convenio Europeo de Patentes de 5 de octubre de 1973* como de los *Acuerdos TRIPs* (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, sobre aspectos de derechos de propiedad intelectual relativos al comercio, suscritos en Marrakech el 15 de abril de 1994 y contenido en el anexo C del Acuerdo constitutivo de la OMC a su vez aprobado por la Comunidad europea en virtud de la Decisión 94/800/CE, del Consejo de 22 de diciembre de 1994) ha sido la de rebajar el nivel de exigencia del requisito de la originalidad, con lo cual se ha rebajado significativamente el nivel de invención. Esta parece ser la línea seguida por la *Directiva 98/71/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre protección jurídica de los dibujos y modelos* (DOUE L núm. 8, de 28 de octubre de 1998). Frente a esta situación, Gustavo Ghidini hace varias propuestas, de entre las cuales, destacan las siguientes (pp. 41 ss.): establecimiento de más normas que impongan licencias obligatorias (*non-voluntary licences*), reducción de los plazos de protección, exigencia de un mayor nivel de innovación y promoción de *low-cost* arbitrajes para resolver los conflictos que se presenten.

El segundo campo jurídico objeto de atención son los *derechos de autor*, de los que, además de destacar la disminución significativa que ha sufrido el requisito de la originalidad para que una obra merezca protección, pone de relieve cómo han ido paulatinamente, pero de modo importante, acercándose a ámbitos tecnológicos de los que antes estaban ausentes. En este sentido, pone como ejemplo a los programas de ordenador (pp. 65 ss.); también otros ámbitos de la sociedad de la información, en los que, a tenor 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 (DOCE L núm. 167/10, de 22 de junio de 2001) el principio que se impone es el del pago por la utilización de cualquier trabajo que sea distribuido *on-line*.

El tercer ámbito objeto de estudio es el *derecho de marcas* (pp. 79 ss.). En él destaca el autor que hasta la incorporación de la *Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros en materia de marcas* (DOCE L núm. 40, de 11 de febrero de 1989) y el *Reglamento (EC) núm. 40/94, del Consejo de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria* (DOCE L núm. 11, de 14 de enero de 1994), el paradigma clásico del derecho de marcas se centraba exclusivamente en la protección de la función *distintiva* de ese signo. Posteriormente, esta protección se extendió a otros signos distintivos, entre los que destacan los *nombres de dominio*. Con el advenimiento de nuevas técnicas de marketing y de una incesante actividad publicitaria el esquema tradicional del derecho de marcas se puso en cuestión. Las *marcas notorias y renombradas* con su fundamental *selling power* contribuyeron a ello ya que, entonces, era posible considerar a la marca como un autónomo objeto de derecho sin conexión con la persona física o jurídica que la había creado (p. 83). Esto determina que la protección jurídica se extienda más allá del ámbito para el que nació. De este modo, lo resume el propio autor en la p. 86: «*The pillars of the reform, described above, indicate a clear emphasis on a multi-faceted exploitation of the selling power of trademarks in order to turn them into a tool for obtaining greater economic benefits (for owners, assignees and licensees) than would have been possible within the previous system*». Sin embargo, no se le oculta al Prof. Ghidini que esta situación puede comportar un alto riesgo de confusión frente a los consumidores (pp. 90 ss.). En esta dirección, aboga no por volver a la función clásica de la marca, sino por reformar el derecho de marcas en el sentido de proteger realmente el interés del público en general y de los consumidores en particular (p. 94).

Obligado es reconocer –y así lo hace el autor– que entre estos tres ámbitos destacados y el derecho de defensa de la competencia junto al derecho de competencia desleal debe existir un diálogo ya que, a pesar de que los objetivos de cada una de las disciplinas son diferentes, muchas veces, existen fines sinérgicos, lo que genera una interacción que puede contribuir a eliminar las situaciones en las que se obstruyan las dos finalidades esenciales: *innovación* y *competencia*. Esta idea es la que debería estar presente, sino primar, en la política legislativa de la Unión Europea y en la aplicación jurisprudencial de la misma por parte del Tribunal de Justicia, a partir de las propuestas que va haciendo el autor a lo largo de su obra, y que nosotros hemos sintetizado al inicio de esta recensión.

Susana NAVAS NAVARRO
Universitat Autònoma de Barcelona

IORIATTI FERRARI, Elena: *Codice civile europeo – Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, Cedam, 2006, ISBN 88-13-26189-6, 340 pp.

Monografía dedicada al análisis del actual debate sobre el concepto de «código», ya desde el punto de vista supra nacional, ya nacional. La codifica-

ción civil europea es el tema elegido por la autora para delinear las diferentes aproximaciones de la doctrina europea: desde el *bottom up* de la ciencia jurídica italiana, al histórico de la doctrina alemana, pasando por la perspectiva *rule oriented* de la que se sirven los grupos Lando, Von Bar, Gandolfi, por citar sólo algunos de los que hoy trabajan en la construcción de un Derecho privado europeo. La autora relata también una breve historia de la cultura jurídica europea, deteniéndose en la época de la codificación.

Además, como no podía ser de otra manera, se aborda la posición de las instituciones comunitarias y, en particular, la competencia de la Unión Europea para codificar el derecho privado europeo. Se analizan los artículos 65, 94, 95, 293, 308 TCE, base de la armonización del Derecho privado europeo.

Finalmente, se aborda la fase más reciente, sobre la oportunidad de llevar a cabo la armonización o unificación en las áreas que repercuten sobre el mercado interno, especialmente, el Derecho privado contractual europeo. Se propone el recurso al «contrato» como instrumento para la intergración del mercado y social en Europa.

Barbara PASA
Università di Torino

NOGUEROLES PEIRÓ, Nicolás (Dir.): *Secure transactions in South East Europe? Land Registration Systems, The Global Law Collection, 2006, Pamplona, Aranzadi. ISBN: 84-9767-727-7. 217 pp.*

Nos encontramos ante una interesante y peculiar obra, escrita íntegramente en inglés, dada su atípica temática en nuestro país¹: el estudio de los sistemas de transmisión del dominio, del Registro de la Propiedad, de la hipoteca y del sistema de ejecución en diversos países de la Europa central y del este, en concreto, Albania, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Kosovo, Macedonia y Serbia. Naturalmente, es mucho el interés, tanto teórico como práctico (inversiones), que despierta la evolución del sistema de organización inmobiliaria e hipotecaria en estos antiguos territorios comunistas, es decir, el comprender el derecho sustantivo de las hipotecas, titularidades inmobiliarias y modos de transmisión y el derecho registral para dar certeza al dominio

¹ Como referentes de esta temática en derecho comparado pueden verse las siguientes: a) El estudio llevado a cabo por el Prof. Christoph Schmid en el European University Institute de Florencia sobre sistemas hipotecarios comparados (<http://www.iue.it/LAW//ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/ProjectRealPropertyLaw.shtml>); sobre la zona objeto del libro ahora recensionado está Eslovenia); b) VON BAR, Christian: *Sachenrecht in Europa: systematische Einführung und Gesetzestexte*, Osnabrück 2000; c) HORN, Norbert y PLEYER, Klemens: «Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa», *Schriften des Rechtszentrums für Europäische und Internationale Zusammenarbeit*, vol. 5, Berlín y Nueva York, 1997, Ed. Walter de Gruyter; d) El reciente STÖCKER, Otmar (Red.): *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa. Band I*, Band 23, Berlín, 2006, Verband Deutscher Pfandbriefbanken (se estudian Bosnia, Eslovenia y Croacia, entre otros). En concreto, sobre los modelos de hipoteca flexible en la Europa del Este, ver NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar: «Models d'hipoteca independent en dret comparat. La regulació d'un dret real de garantia independent a Catalunya», *Revista catalana de dret privat*, Dic. 2003, vol. 2, pp. 155 a 188.

y publicidad de las cargas. Sin todo ello, cualquier negocio inmobiliario deviene imposible (todo ello es parte del sistema de crédito territorial)².

El libro tiene su origen en unos trabajos realizados por Registra Slu (sociedad limitada unipersonal titularidad del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España) para el Banco Mundial. La estructura se compone de una introducción general, un capítulo para cada país estudiado, un penúltimo capítulo de recomendaciones y, finalmente, cuatro propuestas de acción para mejorar el entorno jurídico en las áreas analizadas. A diferencia de obras similares, los subíndices de cada capítulo no están armonizados (en algunos se estudia el condominio, en otros el modo de transmisión de inmuebles, notarios, catastro, etc.), aunque el Registro y las hipotecas son comunes a todos ellos.

El estudio revela las incertidumbres legales en las que se mueven aquellos sistemas y la necesidad de reformas legislativas. Aunque los sistemas entre sí tengan raíces comunes, existen entre ellos diferencias. Así, respecto a la organización registral, en algunos de ellos se realiza a través de jueces y en otros a través de funcionarios, pero en ninguno existe un cuerpo de registradores especializado y la mayoría distan de funcionar correctamente (ej. la responsabilidad de una deficiente llevanza sería del Estado, pero los mecanismos para saciar al damnificado son ineficientes). La reciente normativa de la segunda mitad de los años 90 y principios del siglo XXI en relación al derecho registral en aquellos países ha optado por el sistema de inscripción del título (sistema alemán) más que el sistema de inscripción de documentos (sistema francés), siguiendo el sistema de folio real y de inscripción constitutiva. A menudo, Catastro y Registro se encuentran unidos.

A parte de la normativa propiamente registral, los diferentes sistemas se enfrentan a cuestiones relacionadas con la falta de un adecuado derecho civil sustantivo: carencia de Código Civil, ausencia de regulación de la propiedad horizontal, reconocimiento judicial de derechos no inscritos en contextos de inscripción constitutiva, etc. Por lo que se refiere a los documentos que acceden al Registro, los ordenamientos estudiados siguen o bien el sistema notarial de redacción y/o autenticación de documentos o bien la validación judicial, siendo las potestades calificadoras de los Registradores muy limitadas, excepto en Croacia, donde sigue el sistema austríaco. Los problemas siguen con los mercados hipotecarios de la zona, que se encuentran en diferentes estados de desarrollo, con problemas en la ejecución hipotecaria e incertidumbre del dominio, al igual que la implementación de medios telemáticos para la llevanza del Registro.

Albania, por ejemplo, carece de un sistema adecuado para reconciliar la legislación con la situación real del país, analizándose cada uno pormenorizadamente, como la privatización de inmuebles, el registro de construcciones ilegales, la coexistencia de sistemas registrales, etc. Se establece, además, una jerarquía entre los estados más desarrollados en materia registral e hipotecaria (Eslovenia y Croacia) y las menos desarrolladas (como Macedonia y Kosovo), situándose entre ambos grupos Bosnia-Herzegovina, con problemas derivados de la falta de registros efectivos y de la resolución de la situación inmobiliaria tras la época comunista y la guerra civil. En Serbia, por su parte, coexisten tres tipos diferentes de sistemas registrales pro-

² Término acuñado en NASARRE AZNAR, Sergio: *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid y Barcelona, 2003, Marcial Pons, pp. 29-33.

venientes de diferentes tradiciones jurídicas (austríaca, turca y unificación con el Catastro).

Las recomendaciones generales que los autores del libro realizan se basan, esencialmente, en el sistema registral español, como la inscripción sólo constitutiva para hipotecas y para el resto de derechos efectos meramente declarativos frente a terceros proponiéndolo como un incentivo para animar a la inmatriculación de fincas y a la inscripción de los derechos, coordinación Registro-catastro, mayor organización de las oficinas registrales, profesionalización de los registradores, auto-financiación de los Registros, etc., además de algunos consejos relacionados con el derecho sustantivo, financiero y procesal. Posteriormente realizan una serie de recomendaciones para cada país, intentando solventar los problemas antes discutidos.

Las últimas veinticuatro páginas están dedicadas a cuatro propuestas de actuación en el contexto geográfico estudiado: la necesidad de regular la propiedad horizontal (a la que se refieren como *condominium*, aunque mejor se podrían haber referido a ella como *commonhold*, al estilo del nuevo estate creado en 2002 en Inglaterra y Gales), la regulación de tipos de hipotecas especiales adecuadas para los promotores (como la española hipoteca de máximo en garantía de créditos), de un eficiente sistema de ejecución hipotecaria y la implementación de un programa de formación de los registradores locales.

En definitiva, un libro dirigido tanto para estudiosos del derecho hipotecario, registral e inmobiliario comparados, como para prácticos que deban asesorar sobre inversiones inmobiliarias en la zona, realizado desde una óptica registral española aunque, dada su adecuadamente realizada síntesis, requiere de lecturas complementarias más profundas. No obstante, cumple perfectamente con la finalidad de poner al día al lector interesado sobre la constante evolución del derecho inmobiliario e hipotecario en el sudeste europeo.

Sergio NASSARRE AZNAR
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel (ed.): *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Granada, Universidad de Granada, 2005. ISBN 84-338-3339-1, 238 pp.

El libro publica en castellano e italiano los resultados de una acción integrada entre la Universidad de Roma Tre y la Universidad de Granada, aunque incluye ponencias de otros profesores de la Università Parthenope (Nápoles) y de la Università Luiss (Roma). Fundamentalmente, tiene por objeto un recorrido por algunas de las materias que integran el Derecho privado y, en especial, el Derecho de consumo. En concreto, se estudian las siguientes:

a) Derecho de contratos. A él van dedicado el mayor número de contribuciones, 10 en total, que se ocupan de los siguientes temas: la noción de contrato en el Derecho contractual europeo (Francisco Javier Sánchez Calero); el principio de buena fe (Juan Miguel Ossorio Serrano); la causa (María del Mar Méndez Serrano); alteración sobrevenida de las circunstancias (Esperanza Alcaín Martínez); el principio de conformidad en las ventas de consumo (Concepción Rodríguez Marín); incumplimiento y remedios (María

Luisa Palazón Garrido); viajes combinados (Laura Gázquez Serrano); contratos celebrados con un *falsus procurator* (Blanca Sánchez-Calero Arribas) [cuya contribución, por error, no aparece señalada en el índice de materias]; el estatuto del consumidor en Italia (Liliana Rossi Carleo) y el derecho de desistimiento (Rosaria Giampetraglia).

b) Las sociedades de capital y la persona jurídica. Son tres contribuciones referidas al Derecho italiano, que se reparten de la siguiente manera: la reforma de la sociedad de capital (Michele Sandulli), análisis de la reforma de la disciplina de la persona jurídica en el Código Civil (Mario Nuzzo), y perspectiva sobre la evolución de las fundaciones (Lourdes Fernández del Moral Domínguez)

c) Responsabilidad extracontractual por defectos de calidad (Francesco Macioce) o falta de seguridad (Elena Bellisario);

d) La tutela procesal colectiva del consumidor (Enrico Minervini).

Se analizan tanto los diferentes anteproyectos y principios doctrinales que actualmente pueden servir de base para una hipotética codificación del Derecho de obligaciones en Europa, como algunas directivas y sus respectivas leyes de transposición en los ordenamientos jurídicos español e italiano. Se trata de estudios breves, algunos incluso sin notas al pie, con bibliografía sucinta, que en la mayoría de casos son descripción concisa del estado de la cuestión. El enormemente sugerente título, sin embargo, daba a entender un mayor contenido de Derecho comparado y la superación de la estricta óptica nacional en el análisis para, de esta manera, comprender mejor qué Derecho europeo rige el destino de los ciudadanos en Europa. Sea bienvenida, en todo caso, lo que en palabras de la Prof. Rossi Carleo sólo pretende ser un *aggiornamento* de los Derechos español e italiano en una recopilación que ella misma define como meramente *introdutiva* y que, modestamente, sólo aspira a ser una primera muestra de una discusión que debe ser continuada en el futuro.

Esther ARROYO I AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW (ed): *Review of the Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG), 2003-2004*, Sellier, European Law Publishers, München, 2005, ISBN-10 3-935808-29-1, 317 pp.

Se trata de una nueva entrega, la correspondiente al período 2003-2004, de la *Review of the Convention on Contracts for International Sale of Goods*, publicación editada por la Pace International Law Review, de periodicidad anual y escrita íntegramente en inglés.

El volumen consta de tres apartados:

Dos trabajos integran la primera parte (*Articles*). El primero, de Patrick C. Leyens (University of London), versa acerca del régimen jurídico del error en la CISG (*CISG and Mistake: Uniform Law vs. Domestic Law. The Interpretative Challenge of Mistake and the Validity Loophole*). El punto de partida es el artículo 4 (a) CISG que, como norma general y salvo disposición en contra prevista en la propia Convención, excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la validez del contrato o a la de alguna de sus cláusulas. Sien-

do ello así, se suscita si dicha exclusión permite aplicar, en materia de error, el régimen jurídico previsto en el derecho nacional. La cuestión se suscita especialmente en los supuestos de error en las cualidades de las mercancías. El autor alude a las distintas posturas doctrinales mantenidas sobre el particular; así, a la de quienes admiten el recurso al derecho nacional y, en consecuencia, permiten que el debate se plantee en términos de validez y posible impugnación del contrato. Hay quien, por el contrario, descarta esta vía y opta por identificar el supuesto con uno de falta de conformidad, al que sí resultaría aplicable la CISG (art. 35 y concordantes). Esta aplicación impediría la alegación del derecho interno (*displacement theory*). La cuestión, y las consecuencias que resultan de una y otra lectura, se abordan con profundidad tras traer a colación, de la mano del artículo 7. 2 CISG, la regulación que en materia de error proporcionan los Principios UNIDROIT (arts. 3.4, 3.5, 3.6 y 3.7).

El segundo estudio es de Florian Mohs (University of Basel). Se da inicio al estudio con una referencia al artículo 82 (2) (c) CISG. El precepto recoge una de las excepciones a la regla general prevista en el artículo 82.1, que prevé la pérdida de la facultad de solicitar la resolución del contrato o la sustitución de las mercaderías recibidas en aquellos casos en que resulte imposible al comprador devolver las que le fueron entregadas en el mismo estado en que las recibió. Esta norma no rige si el comprador, antes de que descubriera la falta de conformidad o debiera haberla descubierto, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiera consumido o transformado conforme a su uso normal. Esta inicial referencia al artículo 82.2 es equívoca: el estudio no pretende centrarse en él, o sólo en él. Se traen a colación también los artículos 46 (2) y (3) (pretensión de sustitución y de reparación) y el artículo 50 (pretensión de reducción del precio) a fin de plantearse si la falta de conformidad (*lack of conformity*) que desencadena todas estas medidas o remedios cubre todos los supuestos de cumplimiento defectuoso o sólo los consistentes en defectos de calidad. Se estudia, en particular, si con aquella expresión se engloban también los llamados *defects of title* o supuestos de reclamación de un tercero y, en especial, las reclamaciones de tercero basadas en derechos de propiedad intelectual o industrial (arts. 41, 42 y 43 CISG).

En la segunda parte del volumen se reproducen algunas de las ponencias que se impartieron en el seminario organizado por el *Institute of International Commercial Law of the Pace University School of Law* y celebrado en Nueva York, el 26 de septiembre de 2003. Se transcriben tres intervenciones. La primera, *Of Words and Issues. Finding a common language for common issues*, es la de Peter Schlechtriem. Plantea la necesidad de encontrar, al servicio de un derecho uniforme o un derecho al menos armonizado, un lenguaje jurídico común. La segunda, de John P. McMahon, se intitula *Primary Differences between the UCC and the CISG*. La intervención pretende sintetizar las más importantes diferencias entre la CISG y el *Uniform Commercial Code* (art. 2). Entre ellas destaca, por ejemplo, las normas que regulan el proceso de negociación. Se ponen frente a frente el artículo 2-207 UCC y el artículo 19 CISG. A tenor del primero una comunicación puede considerarse aceptación de la oferta aun cuando introduzca cláusulas adicionales o diversas de las ofrecidas; en el segundo se interpreta el supuesto como rechazo de la oferta y a su vez como contraoferta. En materia de revocabilidad de la oferta, el artículo 2-205 UCC prevé un plazo máximo de irrevocabilidad, que alcanza los tres meses; no existe plazo similar en el artículo 16 CISG. Otro ejemplo resulta de la comparación del artículo 2-508 UCC, que contempla la

posible sustitución de las mercaderías entregadas cuando se hubieren puesto a disposición del comprador antes de expirar el plazo de cumplimiento, y el artículo 37 CISG que, en este mismo caso, permite no sólo la sustitución sino también la reparación. Es más: el artículo 48 CISG permite incluso que aquella reparación o sustitución sea asumidas por el vendedor a su costa tras la fecha de entrega... El autor de la última intervención, *Electronic Communications under the CISG*, es Jan Ramberg. Entre otras cuestiones, se aborda especialmente la relativa a la perfección de las declaraciones o comunicaciones realizadas por vía telemática, esto es, cuándo y cómo debe entenderse que una oferta llega («reaches») a su destinatario, cuándo y cómo se despacha la aceptación («dispatch») (arts. 15 y 16 CISG) o cuándo y cómo debe entenderse que esta llega al oferente (art. 18 CISG).

La tercera parte del volumen se dedica al comentario jurisprudencial. Destaca el trabajo de Francesco G. Mazzotta, *CISG Article 78: the endless disagreement among the commentators. Much less among the courts*. El estudio, relativo a la obligación de intereses ex artículo 78 CISG, se acompaña de un anexo indicativo de resoluciones judiciales dictadas en distintos Estados que ilustran acerca de los distintos métodos de cálculo del interés que resultan de aplicar las normas de derecho internacional privado a las que se remite el artículo 7.2 CISG.

Lidia ARNAU RAVENTÓS
Universitat de Barcelona

ROSSI, Piercarlo: Il Diritto privato europeo nella comparazione tra sistemi giuridici nazionali. Analisi linguistica e contesti interpretativi, Torino, Giappichelli, 2005, ISBN 88-348-5726-7, pp. 124.

La breve monografía se ocupa de un tema muy querido de la «escuela torinesa» de Derecho comparado del profesor Rodolfo Sacco: Derecho y lengua. El libro se ocupa de algunos aspectos lingüísticos del Derecho privado europeo. Discute la coherencia de este último, asumiendo como punto de partida el *Acquis communautaire*. En particular, el autor se refiere al papel de los traductores y a la definición de los términos jurídicos. Concluye con algunas reflexiones sobre lengua, derecho y taxonomía jurídica.

Barbara PASA
Università di Torino

TIETZE, Andrea; MCGUIRE, Mary-Rose; BENDEL, Christian; KÄHLER, Lorenz; NICKEL, Nicole; REICH, Barbara; SACHSE, Kathrin; WEHLING, Eileen (Hrgs.): Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004: Europäisches Privatrecht, Stuttgart, Richard. Boorberg, 2005, ISBN 3-415-03573-5, 436 pp.*

Veinticuatro autores, especializados en diferentes áreas del Derecho privado, se dan cita en este volumen que contiene las intervenciones del 15.º

* Una versión reducida de esta recensión se ha publicado en 1 (2007) GPR 22.

Congreso de la Asociación de «jóvenes» civilistas (todavía no profesores, según el sistema alemán de acceso a la Universidad) íntegramente dedicado al Derecho privado europeo, celebrado entre el 8 y el 11 de septiembre de 2004, en la *Georg-August Universität Göttingen*. Se ofrecen reflexiones especialmente críticas con el *status quo* –esto es: con la calidad y la cantidad de los actos comunitarios y con la enorme actividad doctrinal proyectada en el desarrollo de *soft law*– y extraordinariamente sugerentes. Son comentarios que en ocasiones cuestionan los planteamientos de civilistas ya no tan jóvenes (frente a los planteamientos de Zimmermann, *vid.* I. Kroppenber, «Amnesia und Autorität-Potenzial und Grenzen des rechtshistorischen Beitrags zu einem europäischen Privatrecht in Europa der Kodifikation», a partir de p. 63) y, por eso, con su lectura no sólo se disfruta sino que, sobre todo, aprendemos los juristas que procedemos de países en los que el Derecho privado europeo no está todavía a la altura que merece. No, al menos, en lo que a planteamientos metodológicos se refiere, lo que, en este libro, ocupa casi la mitad de las contribuciones. Son de destacar las que critican el propósito codificador que se esconde tras el Marco Común de Referencia (Plan de Acción de la Comisión, 2003) y la labor de la doctrina en ese proceso. Predomina en ellas el escepticismo (v. gr. K. Reidl, «Vom Unsinn wissenschaftliche Kodifikationsprojekte», 31 ss.; M. Kenny, «Der Igel und der Fuchs: Die engen Parameter des *Ius Commune-Ansatzes*», 99 ss.; A. Colombi, «Der Aktionsplan der Europäischen Comisión für ein kohärenteres Vertragsrecht: Wo bleibt die Rückbindung an die Europäische Verfassung?», 151 ss.).

La otra mitad de los trabajos está específicamente dedicada al análisis de concretos instrumentos comunitarios o a la jurisprudencia del TJCE, tanto en el ámbito del Derecho civil (Derecho de contratos o garantías personales) como del Derecho mercantil (Derecho de sociedades), o el Derecho procesal (competencia internacional); esto es, en materias que afectan al Derecho patrimonial. No se aborda ni el Derecho de Familia ni el de Sucesiones. Los temas se analizan casi siempre desde la perspectiva del Derecho alemán. Son pocas y muy meritorias las contribuciones que utilizan el Derecho comparado o recurren a bibliografía extranjera en el análisis de las instituciones (*vgr.* J. F. Stagl, «Der Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen-Gedanken über die Methode der Rechtsvereinheitlichung am Beispiel der Study Group on a European Civil Code», 369 ss.; S. J. Geibel, «Auf dem Weg zu einem europäischen Recht der Kreditsicherheiten», 335 ss.), lo que permite discutir con mayor amplitud propuestas *de lege ferenda*; otros lo hacen en relación con la jurisprudencia (M. Stürner, «Common Law, Civil Law und Europäisches Privatrecht- zur Angleichung methodischer Ansätze in den Gemeinschaftsordnungen», 79 ss.; I. Klöckner, «Möglichkeit und Grenzen einer grenzüberschreitenden europäischen Präjudizbindung zur Absicherung einer einheitlichen Auslegung des angeglichenen Privatrechts», 231 ss.). Ningún autor opta por hacerlo en el contexto de la transposición de las Directivas, lo que seguramente hubiera puesto aun más de manifiesto el caos que hoy existe en Europa, por lo menos en ciertos sectores. Tampoco contribución alguna se ocupa con detalle del análisis sistemático de las incoherencias del Derecho privado comunitario, ni de la labor del Grupo *Acquis Communautaire* que, como es sabido, trabaja con una metodología claramente distinta de la del resto de grupos (entre los citados, SGECC, CETIL, Secola, Trento, Gandolfi, CEFL). Sin embargo, no por ello merece mejores críticas (Reidl, 53; Kenny, 101). Se prescinde igualmente del valor de proyectos como el *Syllabus Project* que se está llevando a cabo en la U. de

Turín (s. Rossi-Vogel, 2, 2004, ERPL, 293 ff), que acaso hubiera ayudado a dulcificar algunas críticas sobre la utilidad de la doctrina en el proceso de armonización. Un índice de conceptos hubiera incrementado el valor del libro.

Una erudita conferencia del Prof. Dr. Uwe Diederischen («Mein Europa», 9 ss.) precede al resto. Su tesis es que, para saber qué Derecho conviene a Europa, primero habría que reflexionar sobre lo que es Europa. Sin embargo, en el libro hay más de lo primero que de lo segundo y, además, como ya se ha indicado, predomina un tono más bien combativo o poco resignado. Cuestionar el papel de la doctrina en la creación de un Código civil europeo (Reidl) –pero tampoco debería obviarse que su protagonismo asegura independencia frente a grupos de presión con intereses en una regulación concreta–, o replantear el papel de los historiadores del Derecho dentro de la estructura cambiante del Derecho privado (Kroppenberg), profundizando en el, por lo demás eterno, debate sobre si los códigos (o las constituciones) marcan una ruptura en la historia, e incluso evidenciar la deriva del programa legislativo del Plan de Acción de 2003 de la Comisión europea, son críticas que deben ser bienvenidas en la medida en que sirven para remover conciencias y, en el mejor de los casos, acaso también ayuden a corregir errores. Esto último es lo que persiguen quienes defienden la inclusión de aspectos no sólo jurídicos, sino también sociales, culturales o económicos en el proyecto de unidad europea (Kenny, Colombi) o buscan la participación de los destinatarios de la norma en su elaboración (G.-P. Calleis, «Europäisches Vertragsrechts: Falsche Fronten und neue Perspektiven», 173 ss.). Pero la crítica que denuncia carencia de democracia en el proceso doctrinal de europeización del Derecho privado tampoco debería olvidar que el Marco Común de Referencia no es de obligatoria imposición en ningún Estado.

Desde esta perspectiva descentralizada, pero todavía jurídica, se enfocan con optimismo propuestas metodológicas que ponen el énfasis en el papel que podría desempeñar un sistema transnacional de comunicación de resoluciones judiciales, al menos en relación con el Derecho privado que ya ha resultado armonizado (Klöckner), supuesto, además, que los métodos interpretativos en el *Common Law* no se perciben ya como un obstáculo (Stürner).

Desde el análisis que proporciona el Derecho primario y secundario, se aportan datos sobre la naturaleza imperativa de determinadas reglas del Derecho de contratos y se discute en torno a la novedad (la afirma M. Hassemer, «Positiv Zwingendes europäisches Privatrecht: Zivilrecht ohne Vertragsfreiheit?», 121 ss.; la niega, M. Weller, «Zwingendes babylonisches Privatrecht ein Kommentar», 145 ss.) que representa la regla del «*Positiv zwingendes Recht*» en el Derecho privado europeo, esto es, que, ante la falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones por parte de uno de los contratantes, se de al otro la posibilidad de exigir un determinado contenido contractual legalmente impuesto.

También se aborda la compatibilidad de instrumentos comunitarios sobre Derecho del consumo y de la competencia y su repercusión en el Derecho civil (M. Leitstner, «Verbraucherschutz oder Recht des unlauteren Wettbewerbs? Die aktuellen Initiativen der Europäischen Kommission auf dem Feld der unlauteren Geschäftspraktiken», 185 ss.). Dos contribuciones están dedicadas al Derecho de sociedades: en una, se discute sobre la necesidad de una forma supranacional de sociedad europea (K. Röpke y K. Heine, «Zur Rolle Supranationaler Gesellschaftsformen im Regulierungswettbewerb eine juristische und ökonomische Betrachtung», 265 ss.) y, en la otra, se ana-

liza la jurisprudencia del TJCE dictada en relación con la libertad de establecimiento de las sociedades en Europa y su influencia sobre los acreedores (G. Bitter, «Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa: Gläubiger in Gefahr?», 299 ss.). La armonización de las garantías personales (Geibel) y la transmisión de la propiedad en Europa (Stagl), así como los conflictos positivos de competencia en la jurisdicción europea (R. Freitag, «Vertrauen is gut, Kontrolle ist besser: Positive Kompetenzkonflikte im Europäischen Zuständigkeits- und Anerkennungsrecht *de lege data* und *de lege ferenda*», 399 ss.) son las tres últimas contribuciones con las que, por este orden, cabe contar.

Rasgo común a todos los artículos es el señalamiento de los límites, pero también de las posibilidades reales de una armonización del Derecho en Europa. Que este libro colectivo dedicado al Derecho privado europeo no sea el primer volumen de los jóvenes civilistas, dice mucho de por dónde va hoy el futuro de nuestro Derecho Privado y añade todavía más a la distancia que separa a los civilistas españoles de sus colegas alemanes, en el estudio de un Derecho que a todos nos es común.

Esther ARROYO I AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

WHITTAKER, Simon: *Liability for Products. English Law, French Law, and European Harmonization*, Oxford, Oxford University Press, 2005, ISBN-19-825613-2, 687 pp.

En un reciente seminario en la materia (*L'harmonisation de la responsabilité du fait des produits défectueux en Europe*, Santiago de Compostela, 21 de abril de 2006), el profesor S. Whittaker afirmaba que la normativa sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos constituía un excelente «laboratorio» para la discusión de cuestiones técnicas que afectan a la responsabilidad civil. Esta idea parece presidir la monografía aquí comentada, que ya fue objeto de una breve reseña en esta revista (pp. 253-254, enero-marzo 2006). A su vez, las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la materia, o la publicación del Tercer Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 85/374/CEE, de 14 de septiembre de 2006, y de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 1999/44/CE, de 24 de abril de 2007, atestiguan el interés y constante actualidad del tema.

En este contexto, la obra lleva a cabo un exhaustivo análisis de la responsabilidad por productos combinando planos diversos. De una parte, aúna la perspectiva de Derecho comparado, concretamente, el Derecho francés y el Derecho inglés, con la preocupación sobre el resultado de la pretendida armonización normativa en el contexto comunitario. De otra, la investigación se ocupa tanto del campo de la responsabilidad extracontractual como del de la responsabilidad contractual. Asimismo, más allá del ámbito del Derecho civil, se plantea cuestiones de responsabilidad penal, de régimen administrativo y de proceso civil.

Esta es, precisamente, la primera característica a destacar: la amplitud y complejidad en el enfoque. En efecto, no sólo se consideran Derecho nacional y Derecho comunitario; Derecho público y Derecho privado. Además, al

tratar la responsabilidad por productos examina tanto la responsabilidad derivada de las deficiencias de seguridad (productos defectuosos), como la derivada de las deficiencias de calidad (garantía de los bienes de consumo).

En otras palabras, no se parte de una regulación determinada de la responsabilidad –régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos–, sino que la cuestión que se plantea como punto de partida el autor es la siguiente: producido un daño causado por un producto, contra quiénes puede dirigirse la víctima y por qué vías. De ahí la elección del título de la monografía *Liability for Products*, para aludir a esta perspectiva amplia, en lugar de *Product Liability*, que suele remitir a un concreto régimen de responsabilidad: la responsabilidad del productor o fabricante.

Tras una introducción general este recorrido se estructura en cuatro partes. La primera se ocupa de la responsabilidad civil respecto de la producción, suministro o uso de productos al margen de la normativa de transposición de las Directivas comunitarias; examinando tanto la responsabilidad de los sujetos particulares como de las Administraciones públicas. La segunda parte aborda específicamente la responsabilidad de las Administraciones públicas por fallos en la regulación o el control de la seguridad de los productos. A continuación, la tercera parte examina la responsabilidad penal derivada de productos no seguros y su relación con el deber de indemnizar. Finalmente, en la cuarta parte se encuentra un tratamiento detallado de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y su transposición en el Derecho francés y en el Derecho inglés, que se acompaña del estudio de la Directiva de garantías en la compraventa de bienes de consumo y su respectiva implementación en los ordenamientos nacionales antes mencionados. Cierra la monografía la conclusión general (Parte V).

No obstante la amplitud de la obra, antes subrayada, quedan fuera algunos aspectos procesales, el sector de la edificación (pese a la inclusión de algún apunte respecto de esta materia, v. gr. pp. 104-108 y 274-276 relativas al Derecho francés e inglés, respectivamente), y algunos temas de responsabilidad civil, como los fundamentos de dicha responsabilidad o la cuantía de los daños. En relación a éstos, tampoco se entra en el examen de las prestaciones de Seguridad Social.

Por lo que se refiere propiamente al contenido de la obra, la Parte I, en materia de Derecho privado francés, examina el régimen de responsabilidad civil extracontractual del *Code civil*, con una breve referencia a la regulación de los accidentes causados por vehículos de motor y de los accidentes laborales, la regulación de la compraventa, y de la responsabilidad por prestación de servicios que implican suministro de productos. Respecto del derecho inglés, reproduce el mismo esquema (*Tort of Negligente, Sale of Goods, Privat Services and Liability for Products*). En mi opinión, resulta especialmente interesante el estudio del sector médico en este ordenamiento y en contraste con el Derecho francés. Se observa así que, de una parte, al margen de la implementación de la Directiva de responsabilidad por productos, el tratamiento de la responsabilidad médica en el Derecho inglés resulta notablemente estable. De otra, llama la atención que el Derecho inglés aparentemente no distinga según el servicio médico sea suministrado por hospitales públicos o privados; sin embargo, la aplicación del régimen de responsabilidad por productos en el contexto médico es diferente en estos dos sectores, imponiendo la responsabilidad objetiva en el sector privado, pero no en el público.

En la Parte II, a propósito de la responsabilidad de la Administración pública derivada de la vigilancia de la seguridad de los productos puestos en el mercado, se destaca la escasa jurisprudencia recaída en la materia en el Derecho francés. La explicación se encontraría en que resulta más atractivo para los perjudicados dirigirse contra personas privadas que contra la Administración, que prácticamente, deviene irresponsable. Una de las pocas excepciones a esta escasez de decisiones judiciales en la materia la constituiría el caso de la sangre contaminada por el VIH (el autor vuelve a ocuparse del proceso penal relativo al *Affaire du Sang Contaminé* en las páginas 394-401).

En el Derecho inglés, por su parte, predomina la casuística, resultando difícil establecer un criterio claro de responsabilidad de la Administración en estos supuestos. Como en Francia, uno de los casos más relevantes en la materia fue la reclamación de responsabilidad por la sangre contaminada por el VIH, que dio lugar a un acuerdo extrajudicial por el que se creó un fondo especial de compensación a las víctimas.

Como se aprecia, el tratamiento es exclusivamente de Derecho nacional, obviando la existencia de normativa comunitaria en materia de obligación de seguridad de los productos, si bien es cierto que la regulación comunitaria no se pronuncia sobre las consecuencias en materia de responsabilidad civil (Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre, de seguridad general de los productos, cdo. 36). En todo caso, en el cotejo entre los dos ordenamientos –francés e inglés– es interesante destacar la importancia que tienen en ambos, pese a las diferencias, las consideraciones no estrictamente jurídicas; lo que el autor denomina de manera muy descriptiva, «la sensibilidad respecto del contexto».

La responsabilidad penal, examinada en la Parte III, ofrece la oportunidad de contrastar las diferencias entre el ordenamiento francés e inglés a propósito del papel de la víctima en el proceso y de la reparación de los daños.

En Francia, un buen número de casos de muerte y lesiones corporales se ven en la jurisdicción penal. A ello coadyuvan razones procesales, como la rapidez del proceso y la posibilidad de la víctima de participar en el desarrollo del proceso penal como *partie civile*. Igualmente, el perjudicado puede, en el proceso penal, obtener indemnización de los daños. En este sentido, la caracterización del tipo de ilícito –civil o penal– no tiene una influencia directa en el reconocimiento de la responsabilidad civil, aunque sí a otros efectos, como la percepción de la gravedad de los hechos. Por lo que se refiere propiamente a la reparación, en el proceso penal sólo se admite la indemnización de los daños directamente derivados del ilícito penal, si bien desde 1989 cabe también la indemnización de los daños morales.

En el Derecho inglés, por su parte, cabe el examen de la responsabilidad penal por producir o suministrar un producto inseguro aun cuando no se haya ocasionado la muerte o lesiones personales. Ahora bien, es generalizada la opinión de que no es éste el ámbito adecuado para decidir sobre la responsabilidad civil, de ahí que el proceso penal juegue un papel marginal en la compensación de daños por muerte o lesiones, incluyendo los supuestos de productos inseguros.

De una parte, la comisión de un ilícito penal no tiene incidencia en la responsabilidad civil; para que se aprecie ésta han de cumplirse los requisitos del *tort*. Asimismo, se observan en la práctica una serie de desincentivos al ejercicio de la acusación particular, relacionados con los aspectos procesales del pleito. Lo que explica que, en general, las víctimas no desempeñen normalmente un papel activo.

Por otra parte, desde 1972 los tribunales penales pueden ordenar pagar indemnizaciones por daños, incluso cuando el supuesto no daría lugar a responsabilidad civil. Ahora bien, no se trata de un derecho de la víctima, sino de una facultad del tribunal, por lo demás, poco utilizada.

Ya en la Parte IV, respecto de la Directiva de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y la Directiva de garantías en la compraventa de bienes de consumo, particularmente importantes para el Derecho privado y para el proceso de armonización comunitaria, el autor opta por un examen conjunto de ambas. Con ello pretende suministrar puntos de contacto, pues entiende que, aunque formalmente se trate de materias distintas, la transposición de ambas directivas al Derecho interno se encuentra interrelacionada.

A propósito del régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, de la que se ocupa el inicio de la Parte IV, merece la pena destacar, como hace el autor, que la regulación penal inglesa (*Consumer Protection Act*, 1987) no concuerda exactamente con la regulación contenida en la Directiva de productos. Y qué decir del tortuoso proceso de transposición de esta directiva en el Derecho francés.

Para centrarnos en los resultados de su implementación en el derecho interno, las consideraciones críticas se orientan tanto a la perspectiva de protección de la víctima como a la de fomento de la competencia en el mercado interno.

De una parte, en relación con los problemas de internormatividad que suscita el artículo 13 de la Directiva de 1985, la víctima de un producto defectuoso puede preferir fundamentar su reclamación sobre la base de otros regímenes de responsabilidad existentes en el ordenamiento nacional (caso de Francia) o bien dirigirse contra el productor conforme a la norma de transposición (caso del Derecho inglés). Por tanto, desde el punto de vista de las víctimas, no se ha armonizado la protección legal.

De otra parte, la Directiva tampoco ha armonizado la posición de los fabricantes al no tener en cuenta la relación con otros regímenes de responsabilidad y cómo esta interrelación afecta al impacto que supone en la práctica la regulación de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos respecto de los fabricantes de productos.

Las consideraciones relativas a la Directiva sobre garantías son igualmente críticas. Cabe apuntar –es cierto– deficiencias en la tarea de los legisladores nacionales a la hora de transponer la Directiva en sus respectivos ordenamientos internos; no obstante, el autor señala como origen de los problemas a la propia naturaleza de la norma comunitaria y su relación con la legislación nacional.

Como anticipé en las primeras líneas, resulta indudable el atractivo e interés de la aproximación al tema y del tratamiento que lleva a cabo el autor, al combinar la perspectiva de derecho comparado –derecho inglés y derecho francés– con el análisis transversal dentro del amplio sector de la fabricación y suministro de productos. Ahora bien, entre las conclusiones que integran la Parte V, me gustaría destacar la frase que cierra la monografía: *There is very much work to be done.*

Belén TRIGO GARCÍA
Universidad Santiago de Compostela

Miscelánea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

I. LIBROS VERDES

Libro verde sobre la revisión del *acquis communautaire* en materia de protección a los consumidores [COM(2007) 754], de 8 de febrero de 2007. Vid. Sección temática: Derecho contractual.

Libro verde: hacia una Europa sin humo de tabaco: opciones políticas a escala de la UE [COM(2007) 27 final], de 30 de enero de 2007. Examina los gastos asociados a los fumadores pasivos, el apoyo público existente en la UE en pro de una prohibición total del tabaco y las medidas adoptadas ya por los Estados miembros. Las cinco opciones presentadas para debate en el Libro verde son: mantener el *status quo*, medidas voluntarias, método abierto de coordinación (convergencia de las legislaciones nacionales, cuya eficacia dependería del control mutuo), una Recomendación de la Comisión o del Consejo o legislación vinculante. Frente a la dificultad de conseguir esto último, se observa la relativa ineficacia –al menos a corto plazo– de las otras medidas señaladas (IP/07/109 Bruselas, 30 de enero de 2007).

II. OTROS DOCUMENTOS

Consejo

Resolución de 22 de marzo de 2007, sobre una estrategia para una sociedad de la información segura en Europa (DOUE C 68, de 24 de marzo de 2007, 1). Se congratula de las iniciativas de la Comisión llevadas a cabo en este ámbito, recuerda los logros alcanzados y la necesidad de continuar incrementando la seguridad de los ciudadanos ante el desarrollo imparable de las tecnologías en el ámbito de las comunicaciones electrónicas e invita a los Estados miembros a fomentar e incrementar las campañas que supongan mejorar la seguridad de las redes de la información, a fomentar la investigación en este ámbito, a promover la cooperación con la Agencia europea de seguridad de las Redes y de la Información y luchar contra el SPAM y el espionaje. Se anima al sector oficial y las administraciones públicas a ser un ejemplo de buenas prácticas en la promoción de servicios seguros para todos los ciudadanos.

Comisión europea

Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de evaluación de la Directiva sobre acuerdos de garantía financiera (2002/47/CE).

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR00759.

COM (2006) 833 final, de 20 de diciembre de 2006. Se valora correctamente la transposición de la Directiva en los Estados miembros y se congratula de que la misma haya facilitado la aplicación y el uso de tales garantías. Se plantea la posibilidad de hacer extensiva la protección que brinda la directiva a los derechos de crédito (es decir, a derechos que pueden servir de garantía con arreglo a la Directiva). Otras posibles reformas afectan a la compensación y al régimen de conflicto de normas, así como a la supresión del artículo 4.3 relativo a la cláusula de exclusión facultativa relativa a la apropiación.

Comunicación de la Comisión: estrategia comunitaria en materia de política de protección a los consumidores (2007-2013). COM(2007), de 13 de marzo de 2007, en: http://ec.europa.eu.consumers/overview/cons_policy/index.en.htm. Se trata de capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz, a la vez que procurar la unificación del mercado interior. Entre las prioridades, la reforma del grado de armonización. Se afirma la conveniencia de no instigar una carrera de mínimos, esto es, que la finalidad es lograr el mayor nivel de protección posible. *Vid.* todavía la sección temática: Derecho contractual.

Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2006, por la que se aplica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, por lo que respecta a la asistencia mutua (DOUE L 32, de 6 de febrero de 2007, 192).

Comunicación de la Comisión de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2006/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación de las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas (DOUE C 40, de 23 de febrero de 2007,1).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) núm. 261/2004, sobre el funcionamiento y los resultados de la aplicación del presente Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos [COM(2007) 0168 final], de 4 de abril de 2007]. La Comisión da seis meses a las compañías aéreas y a los Estados miembros para aplicar el Reglamento sobre los derechos de los pasajeros aéreos. Se registran algunos progresos en los dos últimos años, pero deben tomarse otras medidas importantes para velar por que las compañías aéreas apliquen las normas de forma más consecvente y para que los Estados miembros las hagan cumplir mejor. Se considera necesario, pues, mejorar de la aplicación, favorecer una interpretación más clara de determinados aspectos del Reglamento; distinguir más precisamente entre los retrasos y las cancelaciones; y reforzar la función de los organismos supervisores nacionales (IP/07/471, Bruselas, 4 abril de 2007).

Parlamento Europeo

Propuesta de resolución, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea [2006/2013(INI)]. Comisión

de Asuntos Jurídicos. Ponente Klaus-Heine Lehne. FINAL A6-0434/2006. Fecha 29 de noviembre de 2006.

El Parlamento Europeo ha elaborado un informe en el que pide a la Comisión que le presente, basándose en el artículo 308 del Tratado CE, y antes de finales de 2007, una propuesta legislativa sobre el estatuto de la Sociedad Privada Europea, de acuerdo con una recomendaciones realizadas en el marco de consultas interinstitucionales, que respetan el principio de subsidiariedad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Considera que la propuesta solicitada carece de repercusiones financieras.

Informe sobre el respeto de la Carta de los derechos fundamentales en las propuestas legislativas de la comisión: metodología para un control sistemático y riguroso [2005/2169(INI)]. Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior. Ponente: Johannes Voggenhuber. FINAL A6-0034/2007. Fecha 12 de febrero de 2007.

El Parlamento subraya la necesidad de superar la crisis relativa a la Constitución y de conservar sus logros principales, así como la de establecer el jurídicamente vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales y pide a la Comisión que verifique que las propuestas legislativas de la UE son compatibles con la Carta y con los otros instrumentos jurídicos europeos e internacionales relativos a los derechos humanos, así como los derechos derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario y que lo señale en un informe específico de todos y cada uno de los derechos que se vean implicados. También solicita a la Comisión que al analizar tal impacto, diferencie entre los económicos, sociales y medioambientales y que establezca una categoría específica «Impacto en materia de derechos fundamentales», como única garantía de que se tienen en cuenta todos los aspectos de los derechos fundamentales. Propone, además, reforzar su papel en el control de las propuestas legislativas. Sugiere establecer claramente el papel de la Agencia de Derechos Fundamentales y reforzar sus funciones y utilidad. Además, insta a los Parlamentos de los Estados miembros a comprobar la compatibilidad de todas las decisiones y medidas con la Carta de los Derechos Fundamentales, en particular en los ámbitos de la cooperación policial y judicial y de la Política Exterior y de Seguridad Común, con el fin de garantizar la indivisibilidad de los derechos fundamentales y la verificación sistemática y detallada de los derechos fundamentales en todas las políticas de la Unión.

En su informe, el Parlamento incorpora algunas de las sugerencias de la Comisión de Asuntos Constitucionales, que pueden leerse al final de la propuesta de resolución.

Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente [COM(2005)0592-C6-0057/2006-2005/0241(COD)]. Comisión de Transportes y Turismo. Ponente: Paolo Costa. FINAL A6-0063/2007. Fecha 8 de marzo de 2007.

La propuesta tiene por objeto incorporar el Convenio de Atenas a la legislación comunitaria y añadir algunas adaptaciones, en concreto en relación con su ámbito de aplicación, que se ve ampliado al tráfico nacional (cabotaje) y el transporte por vías navegables. Además, se elimina la posibilidad de establecer límites de responsabilidad superiores a los fijados en el citado Convenio. Entre otras disposiciones, se establece la obligación de informa-

ción previa al viaje sobre los límites de las indemnizaciones por muerte, lesiones o daños y pérdida de equipaje, la acción directa contra el asegurador y el cobro de anticipos. Se estudia todavía la cuestión de la inclusión, exclusión o trato especial del riesgo vinculado a los actos terroristas en el régimen de responsabilidad del Convenio de Atenas. La resolución incorpora las propuestas de la Comisión de Asuntos Jurídicos, que se pueden leer al final del informe.

Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM(2004)0718-C6-0154/2004-2004/0251(COD)]. Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Arlene McCarthy. Final A6-0074/2007. Fecha 23 de marzo de 2007.

Se aprueba la propuesta y se introducen algunas enmiendas, que la aclaran y mejoran. La ponente de la resolución destaca que el objetivo era conseguir una directiva viable, de regulación mínima, que refleje las orientaciones y mejores prácticas existentes para poder fomentar un uso más amplio de la mediación en toda la UE. La pretensión de la ponente es que el procedimiento se aplique tanto en el interior de los Estados miembros como en los litigios transfronterizos.

III. PREGUNTAS EN EL PARLAMENTO (para el texto de las preguntas y las respuestas, consultar: <http://www.europarl.europa.eu/members/public/yourMep.do?language=ES>)

– Pregunta oral H-0079/07 de Marc Tarabella a la Comisión: No aplicación del Reglamento (CE) núm. 261/2004 sobre los derechos de los pasajeros aéreos en caso de sobreventa, retrasos o anulaciones de vuelos. Referencia H-2007-0079: 09/03/2007.

– Pregunta oral H-0206/07 de Hélène Goudin al Consejo: Manual de historia común para Europa. Referencia H-2007-0206: 13/03/2007.

– Pregunta oral H-0223/07 de Esko Seppönen al Consejo: Manual de historia común. Referencia H-2007-0223: 19/03/2007.

– Pregunta oral H-0208/07 de Marian Harkin a la Comisión: Obligación de servicio universal - Telecomunicaciones. Referencia H-2007-0208: 15/03/2007.

– Pregunta oral H-0217/07 de Georgios Karatzaferis al Consejo: Derecho de propiedad en la UE. Referencia H-2007-0217: 19/03/2007.

– Pregunta oral H-0314/07 de Brian Crowley al Consejo: Adquisición de propiedades en Europa. Referencia H-2007-0314: 27/04/2007.

– Pregunta oral con debate O-0031/07 de Marcin Libicki y Michael Cashman, en nombre de la Comisión de Peticiones a la Comisión: Misión de investigación en las comunidades autónomas de Andalucía, Comunidad Valenciana y Comunidad de Madrid. Referencia O-2007-0031: 24/05/2007.

IV. SENADO FRANCÉS: ESTUDIOS DE LEGISLACIÓN COMPARADA (<http://www.senat.fr/legcmp/tr14.html>)

LC 170: *Les structures de protection de l'enfance* (febrero 2007).

LC 165: *Les peines minimales obligatoires* (septiembre 2006).

LC 164: *Le recrutement et la formation initiale des magistrats du siège* (junio 2006).

LC 163: *Le maintien des liens familiaux en prison* (mayo 2006).

LC 157: *L'utilisation des empreintes génétiques dans la procédure pénale* (enero 2006).

LC 155: *L'acquisition de la nationalité par le mariage* (enero 2006).

Vida Jurídica. Reseña de congresos en materia de Derecho Privado Europeo

L'adquisició i la transmissió dels drets reals en el Codi Civil de Catalunya: El dret català a Europa. Colegio de Notarios de Barcelona, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006.

El Congreso dirigido por el Dr. Ferran Badosa Coll y la Dra. Carmen Gete-Alonso Calera y coordinado por las Dras. M. Esperanza Ginebra Molins y Susana Navas Navarro, ha sido organizado por el *Grup d'Estudi del Dret Civil Català* y ha contado con la colaboración de la Universitat de Barcelona, la Universitat Autònoma de Barcelona y el *Col·legi de Notaris de Catalunya*.

La realización de este Congreso responde al gran interés que suscita la nueva regulación que de esta materia ha realizado el legislador catalán en la nueva Ley 5/2006, de 10 de mayo, que aprueba el Libro V CC de Cataluña, relativo a derechos reales. En concreto, el congreso centró su estudio en una de las cuestiones más innovadoras, la regulación *ex novo* de la adquisición y transmisión de los derechos reales en derecho civil catalán, lo que merece una valoración muy positiva al estar dicha materia, de momento, huérfana de comentario y análisis; de ahí la importancia del encuentro.

La primera ponencia, a cargo del Dr. Badosa, expuso de forma magistral el nuevo sistema por el que el legislador catalán ha optado a la hora de regular la constitución y adquisición de los derechos reales en el Libro V. Tras unas pinceladas terminológicas, explicó la conexión existente entre la constitución y la transmisión de los derechos reales limitados, que se configuran como meros derechos limitativos de un derecho más extenso, el derecho de propiedad del que, a su vez, son componentes. Por último, destacó que la nueva regulación ha previsto la posibilidad de constituir un derecho real limitado sin necesidad de transmisión ya que, en su opinión, cabe una consolidación no extintiva.

El análisis de la nueva regulación catalana se completó con las ponencias impartidas por el profesor Rams Albensa, quien realizó un estudio de la *iusta causa traditionis*, del artículo 531-3 del Libro V del código civil catalán, comparándolo con la regulación contenida en el artículo 1901 del código civil español; y por el profesor Espiau Espiau, quien centró su explicación en el análisis del artículo 522-8 del Libro V del código civil catalán que configura la adquisición de buena fe de bienes muebles como mecanismo transmisor del derecho sobre el bien poseído, siguiendo la denominada interpretación germanista, ya recogida en el artículo 464 del código civil español, si bien el ponente consideró «desafortunada» la forma en que se ha incorporado al ordenamiento jurídico catalán. Finalmente, el notario Fernández Piera presentó una ponencia en la que se evaluaba, de forma específica, la transmisión del derecho de propiedad en los derechos de adquisición preferente.

Una vez presentado el sistema catalán, se procedió a analizar otros sistemas adquisitivos y traslativos de derechos reales, lo que, además de brindar la oportunidad de conocer el derecho comparado, permitió enmarcar la regu-

lación catalana en Europa, objetivo del Congreso. En esta temática, se encuadrarán las ponencias de la profesora Lecocq, quien expuso el sistema belga de adquisición y transmisión de derechos reales, recogido en el código de Laurent, como ejemplo de sistema consensual; la del profesor Alonso Pérez quien presentó la teoría del título y el modo del código civil español como exponente de un sistema de tradición causal, así como del profesor Ebers quien explicó, por un lado, el sistema alemán de transmisión de la propiedad de los bienes muebles presidido por el principio de abstracción y, por otro, los intentos de unificación europea de esta materia, que se centran en pequeños esfuerzos armonizadores *praeter legem*. Por último, el profesor Forner Dela-ygua abordó cuestiones del derecho internacional privado, en concreto, la constitución de derechos reales sobre derechos de crédito.

Además, el congreso tenía prevista la exposición de una serie de comunicaciones encargadas que versaban sobre algunos aspectos concretos de los derechos reales regulados en el Libro V. Debido a la falta de tiempo, sólo algunas de ellas fueron presentadas oralmente, así la que distinguía las diferentes consecuencias que se derivan de la constitución de un derecho de opción con naturaleza personal o real del Dr. Bosch, la referida a la accesión inmobiliaria del Dr. Marsal y, por último, la que trataba la constitución de derechos reales limitados sobre cosa propia de la Dra. Navas. Quedamos a la espera de la publicación de los materiales del congreso para leer las interesantes comunicaciones que quedaron sin exponer de las Dras. Camacho, Ginebra y Zahíno.

El congreso finalizó con una mesa redonda en la que se avaluó el alcance y los límites de la posible relación entre el principio de autonomía de la voluntad y la tradición. Dicho análisis se realizó de forma transversal y con una óptica varida, ya que en la mesa participaron dos representantes del mundo académico, los profesores Domínguez Luelmo y Casanovas i Mussons y tres prácticos del derecho, el registrador de la propiedad Cumella i Gaminde, el notario Gómez Clavería y el magistrado Pérez Gámez, lo que generó un enriquecedor debate.

Por último, la Dra Lauroba expuso, de forma concisa y clara, las principales conclusiones a las que las diversas y valiosas ponencias y comunicaciones nos habían conducido.

En resumen, la actualidad e importancia de la temática, la calidad de los ponentes, su carácter internacional así como el número de asistentes, propiciaron que el éxito del Congreso no quedara reducido a las sesiones previstas y el debate e intercambio de ideas entre ponentes y asistentes fue continuo.

Ana GIMÉNEZ COSTA
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

I Congreso sobre Derecho contractual europeo y Principios Unidroit (Universitat de las Illes Balears, 26-27 de abril de 2007).

Los días 26 y 27 de abril de 2007 se celebró en la ciudad Palma de Mallorca el *I Congreso sobre Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit*. El evento, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares y dirigido por los doctores María Pilar Ferrer Vanrell y Ansel-

mo Martínez Cañellas reunió a iusprivatistas de diferentes países directamente implicados en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo. Miembros del *Acquis Group*, prestigiosos árbitros internacionales y expertos en Derecho comparado discutieron sobre los problemas que plantea la construcción de un Derecho Contractual Europeo e Internacional.

La primera jornada comenzó con la exposición del Dr. Miguel Coca Payeras (Universidad de les Illes Balears) que hizo un resumen de los pasos que se han ido dando desde las instituciones europeas en este terreno. El Dr. Alessio Zaccaria (Università di Verona), que le sucedió en el uso de la palabra, se refirió a algunos de los obstáculos en este proceso de construcción: las dudas e incertidumbres demostradas por la Comisión Europea, la diversidad lingüística y las dificultades que ocasionaría optar por un determinado idioma como instrumento de trabajo, en detrimento de otros, o el carácter fragmentario de la labor unificadora. Los Drs. Francesco Galgano (Università di Bologna) y Evelio Verdura y Tuells (Universidad Complutense de Madrid) se refirieron a la aportación del arbitraje a la creación de un nuevo derecho contractual que encuentra sus orígenes más remotos en la «lex mercatoria». Ambos recalcaron la importancia que han adquirido los Principios Unidroit en el arbitraje internacional y señalaron algunas de las razones de tal éxito. La segunda mesa redonda de la mañana reunió a dos miembros del *Acquis Group* que explicaron los objetivos y metodología de dicho grupo internacional integrado en la red de excelencia *Common Principles of European Contract Law*. El Dr. Reiner Schulze (Universität Münster) se refirió al cambio operado en el significado tradicional de la expresión «Derecho contractual europeo», para cuya comprensión hoy debe ponerse el acento en el Derecho comunitario. Asimismo expuso las diferencias metodológicas entre el *Study Group* y el *Acquis Group* y analizó el papel que ambos habrán de jugar en la construcción del Marco Común de Referencia. La Dr. Silvia Ferreri (Università di Torino) explicó el modo en que el *Acquis Group* lidia con los problemas terminológicos y como el inglés ha terminado imponiéndose como instrumento de trabajo, más por necesidad que por elección. El Dr. Daniel Espina Pérez se detuvo, en cambio, en la regulación de aspectos concretos, como el de la autonomía privada o la causa, en los Principios Unidroit y los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL).

Por la tarde el Dr. Sergio Cámara Lapuente (Universidad de La Rioja) se refirió al escaso, por no decir nulo, papel que el TJCE y los tribunales españoles están desempeñando en el proceso de construcción del Derecho contractual europeo. Nuestra jurisprudencia es poco dada a nociones comparatistas y el TJCE prefiere remitirse al legislador nacional antes que emprender la tarea de concretar la terminología empleada por las directivas. El Dr. Cámara Lapuente compartió mesa con los Drs. Pilar Perales Viscasillas (Universidad Carlos III de Madrid) y Jan Kleinheisterkamp (HEC École de Gestión de Paris) que se centraron en la influencia de los PECL y los Principios Unidroit en el arbitraje internacional y la jurisprudencia nacional. Ambos hicieron un minucioso análisis del carácter con que estos textos legales han sido invocados por tribunales nacionales y cortes arbitrales internacionales. Las siguientes intervenciones se centraron en la prohibición de discriminación en el Derecho comunitario. Los Drs. Stefan Leible y Matthias Lehmann (ambos de la Universidad de Bayreuth) y la Dra Susana Navas Navarro (Universitat Autònoma de Barcelona) trataron el tema de la protección jurídico-privada ante discriminaciones no deseadas. El Dr. Leible se detuvo en los fundamentos a este principio comunitario e insistió en la idea de que de tal principio

general no se pueden derivar consecuencias inmediatas para las relaciones jurídico-privadas. Es tarea del legislador comunitario determinar cuáles son las conductas discriminatorias prohibidas y concretar sus incidencias en el ámbito contractual. El Dr. Lehmann constató que existe una propensión, por parte de los derechos nacionales, a ampliar el ámbito de aplicación del «derecho antidiscriminación» y a multiplicar los motivos de discriminación. A su entender este desarrollo requeriría aumentar los motivos que lo justificaran. La Dra. Navas Navarro se centró en la negativa a contratar con alguien por razón de su sexo y sus consecuencias jurídicas. Analizó, en particular, cuándo imponer la obligación de contratar a la parte infractora puede considerarse una reparación adecuada, necesaria y, sobre todo, proporcional al daño ocasionado a la parte discriminada.

La Dra. Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona) inició la segunda jornada del Congreso abordando el fenómeno del neoformalismo contractual comunitario, especialmente relevante en el Derecho del consumo. Tras distinguir las dos acepciones del término «forma» en el Derecho comunitario (la referida al contrato y a la información que se debe proporcionar), la Dra. Arroyo i Amayuelas abordó la disparidad de sanciones previstas por los derechos nacionales en aquellos casos en que el empresario infringe el deber de formalizar cierta información. Por su parte, el Dr. Pietro Sirena (Universidad de Siena) distinguió entre el papel de la buena fe en los PECL, donde actúa como instrumento de autointegración del contrato potenciando la reglamentación de intereses pactada entre los contratantes, y la función correctora de la autonomía de la voluntad que la buena fe desempeña, en cambio, en el Derecho comunitario, que, de esta manera, actúa como límite a la libertad del profesional. Las ponencias de los Drs. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Juana Marco Molina (Universitat de Barcelona) giraron en torno a los remedios frente al incumplimiento. El Dr. Morales Moreno trató del problema de la concurrencia de los remedios contractuales (fundados en el incumplimiento) con los que él denominó «remedios precontractuales» (fundados en los vicios de voluntad, etc). Señaló el distinto tratamiento que dan al mismo los Principios Unidroit y los PECL y se preguntó sobre cuál de los dos sistemas es más conveniente. En cambio la Dra. Marco se centró en las dos principales aportaciones de la Directiva 1999/44/CE al esfuerzo armonizador: la ampliación del supuesto de hecho del vicio oculto a costa del incumplimiento contractual y la modificación de los criterios de determinación de la conformidad de la cosa vendida con el contrato. El Sr. Pedro José Garrido Chamarro (Notario de Madrid) clausuró la mesa exponiendo cuáles son los principales obstáculos a la eficacia de los contratos transnacionales. Entre otras posibles soluciones el Sr. Garrido Chamarro se decantó por el otorgamiento de un documento público electrónico con eficacia transnacional.

Las últimas intervenciones tuvieron por objeto el análisis de algunas de las novedades introducidas en las últimas versiones de los PECL y de los Principios Unidroit. El Dr. Fernando Pantaleón (Universidad Autónoma de Madrid) trató de la regulación de la cesión de créditos en los PECL donde, entre otros aspectos que difieren del Derecho español, se prevé la ineficacia del pacto de *non cedendo* frente al cesionario cuando el crédito tiene por objeto futuras deudas pecuniarias, o se impone la obligación de notificar la cesión al deudor cedido para que ésta produzca efectos frente a él. Los Dr. Ferran Badosa Coll (Universitat de Barcelona) y Anselmo Martínez Cañellas (Universitat de les Illes Balears) abordaron, respectivamente, la regulación

de la prescripción en los PECL y en los Principios Unidroit. El Dr. Badosa Coll se refirió al objeto de la prescripción, su supuesto de hecho, la importancia de la introducción de la autonomía de la voluntad y la diferencia entre cómputo jurídico y cómputo real del tiempo. El Dr. Martínez insistió en la necesidad de una reforma de la figura en el Derecho español y, concretamente, en el Derecho mercantil. La última intervención corrió a cargo del Dr. Jean Paul Béraudo, profesor (Université de la Sorbonne), vice-presidente de la corte de arbitraje de la ICC de París, antiguo magistrado de la *Cour de Cassation* y representante del estado francés en diversos organismos dedicados a la armonización del Derecho Privado Internacional. El Dr. Béraudo se refirió a los problemas generados por los conflictos de leyes y a la influencia de los Principios Unidroit en el Derecho internacional. Influencia que hasta la fecha se ha hecho sentir, fundamentalmente, en la justicia arbitral. El Dr. Martínez clausuró el congreso retomando la idea de que los Principios Unidroit son derecho vivo y que los PECL están sin duda cambiando la configuración del Derecho contractual europeo.

El mérito del Congreso, fue, entre otros, que por primera vez se encontraban en un foro internacional juristas pertenecientes a distintas disciplinas jurídicas, especialmente, Derecho mercantil y Derecho civil. Algo que puede considerarse relativamente inédito en nuestro entorno jurídico. Se prevé la publicación de las actas de las Jornadas en un futuro muy próximo.

Sonia MARTÍN SANTISTEBAN
Universidad de Cantabria

BGB ade? Zur Zukunft des Europäischen Vertragsrechts. Historisches Rathaus, Münster 18 de abril de 2007.

El pasado 18 de abril de 2007 tuvo lugar, en el antiguo Ayuntamiento de Münster, la Jornada, «¿Adiós al BGB? El futuro del Derecho contractual europeo», organizada por la Ministra de Justicia del *Land de Nordrhein-Westfalen*, Roswitha Müller-Piepenkötter, con el fin de reflexionar sobre la elaboración de un Marco Común de Referencia (MCR)¹.

En su discurso de inauguración y ante más de 250 asistentes procedentes del mundo de la justicia, la Universidad, la Industria y la abogacía, la Ministra Müller-Piepenkötter subrayó la importancia de la futura armonización de partes esenciales del Derecho de contratos y lanzó una serie de interrogantes, que fueron los que luego guiarían las intervenciones posteriores. Así: ¿cuál debe ser la función del MCR? ¿Debe ser sólo una «caja de herramientas» que contenga definiciones, principios, y reglas modelo y de la que sólo se pueda servir la Comisión europea para mejorar la legislación? ¿O más bien debe servir también al legislador nacional? ¿Se trata sólo de crear cláusulas tipo? ¿O pueden ser utilizadas por las empresas como Derecho aplicable en los contratos transnacionales? ¿Es el MCR un primer paso hacia un Código civil europeo y, por tanto, habrá que empezar a ir diciendo adiós al BGB?

Para responder a estas preguntas abiertas, la Ministra invitó a miembros de la Comisión y el Parlamento Europeo y otros pertenecientes al mundo

¹ Vid. ZEuP 2007, 109 ss.

universitario y de la práctica. Actuó de moderadora Barbara Dauner-Lieb (Universidad de Colonia). El primero en hablar fue Reiner Schulze (Universidad de Münster), quien puso de manifiesto que son los contratos transnacionales, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, así como los consumidores, los primeros que sufren los riesgos de la falta de armonización. Las diferencias entre ordenamientos jurídicos, en materia contractual, son una barrera para la construcción de un mercado interior. Lo más favorable sería la creación de un instrumento opcional, sobre la base del MCR, al que las partes pudieran recurrir como alternativa a sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Ello, naturalmente, no quiere decir que éstos deban desaparecer.

Klaus-Heiner Lehne (miembro del Parlamento Europeo y de su Comisión Jurídica) se mostró de acuerdo con tal planteamiento. Consideró prioritario incrementar la confianza de los ciudadanos de la Unión europea, a base de reforzar la seguridad jurídica, lo que desde luego no es un reto nada fácil teniendo en cuenta la coexistencia de 28 ordenamientos jurídicos. Por ello, Lehne propuso lo siguiente. Por un lado, debe mejorarse el *acquis communautaire* en materia de Derecho contractual del consumo, lo cual implica no sólo un trabajo sectorial de refacción de las directivas ya promulgadas (por ejemplo, la de crédito al consumo), sino también la creación de un instrumento horizontal (tal y como propuso la Comisión en su libro verde de 2007). Por otro lado, se trata de impulsar los trabajos que deben llevar a la creación del MCR que, comenzando por el Derecho de consumo, pueda acabar dando paso a un nuevo Derecho contractual europeo que coexista con los ordenamientos jurídicos nacionales.

Hartwig Sprau (Vicepresidente del Tribunal de Apelación de Baviera y miembro de la red implicada en la creación del MCR) se centró en el contenido del MCR y propuso ampliar sus contenidos, especialmente nuevas reglas para tipos contractuales específicos, ya previstos en el Derecho comunitario, aunque aquéllas no existan aún en el *Acquis*.

Con cierta vehemencia, Meglena Kuneva (Comisaria europea para la protección del consumidor) se manifestó favorable a la construcción de un Derecho contractual europeo unificado. En su opinión, éste debe ser consistente y, ante todo, coherente. La Comisaria dejó claro que la armonización del Derecho del consumo debe realizarse sobre la base del Derecho contractual. Se trata, además, de eliminar los obstáculos con que se encuentran las empresas ante la diversidad de ordenamientos jurídicos. En su opinión, la propuesta se revela especialmente interesante para los jóvenes Estados miembros, porque ello les facilita una integración más rápida.

Diana Wallis (miembro del Parlamento Europeo y su vicepresidenta) se adhirió a estas manifestaciones. Añadió que el Parlamento Europeo es un socio competente y con el que se puede contar. Con todo, precisó que para el éxito de tal empresa no es suficiente con el entusiasmo de políticos y científicos sino que, además, es necesario implicar a los ciudadanos en los procesos de decisión.

El turno final de palabras fue protagonizado por Anne Danco (Representante de la *Sparkasse* y *Giroverband*, Berlin) y Andreas Dietzel (Representante de Siemens AG y de la *Bundesdeutsche Industrie* en el MCR). Como representantes de la industria, expusieron que la armonización del Derecho contractual europeo no estaba exenta de críticas. Se teme el peso que puede acabar adquiriendo la protección al consumidor, con la consiguiente limitación a la autonomía de la voluntad. Se expuso también la preocupación de

que un Derecho contractual europeo llegara a ser de peor calidad que el BGB. Por tanto, su postura se puede resumir en la idea siguiente: «sí a un Derecho contractual europeo, pero no a cualquier precio». Reiner Schulze y Klaus-Heiner Lehne aliviaron tales temores. Un Derecho contractual común europeo se configura como una opción más, una alternativa en el comercio entre los Estados miembros. La posibilidad de escoger entre un Derecho contractual europeo y el BGB proporciona a las empresas la oportunidad de aprovechar todas las ventajas del Mercado interior.

El público tuvo una participación activa en la Jornada, lo que se tradujo en numerosas peticiones de palabra, con adhesiones a los discursos de los ponentes y sugerencias varias.

Jan GUDLICK
Centrum für Europäisches Privatrecht.
Universität Münster.

Las reglas sobre transmisión de bienes muebles. ¿Un candidato para la armonización europea o reformas de los Derechos nacionales? Salzburg 15-16 de febrero de 2007.

Los días 15 y 16 de febrero de 2007 se celebró en Salzburg un encuentro en el que se dieron cita los participantes en el proyecto del grupo de trabajo «Transfer of movables».

Dicho grupo de trabajo es parte del «Study Group on a European Civil Code» (SGECC), que a su vez participa en el EC Network of Excellence Project «Common Principles of European Contract Law» (CoPECL), financiado por la EC bajo el 6.º Programa Marco de Investigación y Tecnología (2005-2009). El grupo de trabajo «Transfer of Movables» (TOM) recibe el patrocinio de la FWF, la Fundación Austríaca de Investigación («Fonds zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung») (2005-2008). El «TOM» inició su labor en 2001 por iniciativa del Prof. W. Posch (Graz) y P. M. Rainer (Salzburg) Actualmente trabaja bajo la dirección de la Prof. Brigitta Lurger (Graz) y el Dr. Wolfgang Faber (Salzburg). Los correspondientes informes nacionales se encuentran en su gran mayoría terminados y en fase de publicación. El informe de España se ha realizado por los Profesores Carlos M. Díez Soto (Universidad Politécnica de Cartagena) e Isabel González Pacanowska (Universidad de Murcia)

De entre las muchas cuestiones planteadas, respecto de las cuales se había pedido información concreta y precisa a los representantes nacionales en la redacción de sus respectivos informes, el encuentro de Salzburg se centró en algunos de los temas en los que la diferencia entre los distintos sistemas y sus respectivas construcciones sobre la transmisión del dominio en el ámbito de los bienes muebles se muestra de forma más candente. En unas apretadas jornadas hubo ocasión de disertar y debatir sobre los pilares y conceptos básicos que sustentan en cada caso la transmisión del dominio, las incoherencias de unos y otros, y su proyección sobre un buen número de problemas, con especial atención, en cada caso, a su trascendencia en caso de concurso.

Tras una introducción al Proyecto TOM por la Prof. Brigitta Lurger, tuvo lugar la primera ponencia a cargo del Prof. Dr. Vincent Sagaert (Universida-

des de Leuven y Antwerp, Bélgica) dedicada a confrontar los sistemas de transmisión consensual y los sistemas de tradición. En su opinión, la línea divisoria es menos trascendente de lo que a primera vista pudiera parecer: los sistemas consensuales ofrecen matizaciones y excepciones cuando se trata de oponer la transmisión a terceros, en particular acreedores de las partes, mientras que el requisito de la tradición se entiende cumplido a través de diversos expedientes en los que la entrega material se sustituye por cauces ficticios, de modo que las diferencias entre uno y otro sistema se diluyen. Es más, la regulación de la reserva de dominio o los efectos reconocidos a las transmisiones fiduciarias en los distintos países muestran una cierta relajación de la función legitimadora de la posesión. Un modo de superar una «guerra santa entre dogmas clásicos» –concluye– sería un análisis funcional, al modo escandinavo. La segunda ponencia (Kai Kullperkupp, LL. M., Universidad de Tartu, Estonia) trató sobre el ámbito en que la voluntad de las partes puede modular, atendiendo a sus propias necesidades, las reglas sobre adquisición de la propiedad. Se destacó que en los sistemas consensuales la autonomía privada goza de un margen más amplio, mientras que la exigencia de un requisito adicional –el traspaso posesorio– resultará más o menos maleable en función de la equivalencia que se reconozca, a estos efectos, entre posesión inmediata y posesión mediata. A lo que se añaden los problemas derivados de una concepción unitaria del dominio y lo que en cada caso se considere su contenido esencial, a efectos de transmisión. El Prof. Dr. Steven Bartels (Universidad de Utrecht, Holanda) analizó en la tercera ponencia las ventajas e inconvenientes del sistema abstracto frente al sistema causal de transmisión del dominio, teniendo en cuenta, en particular, los problemas que derivan de la invalidez del título transmisivo y la eventual protección de terceros adquirentes. En sus conclusiones destacó la inutilidad de una regla europea uniforme, que, en su opinión, no habría de dar lugar a una «uniformidad de normas»; pero, al mismo tiempo, recalcó que, si bien los puntos de partida difieren notablemente, en los resultados se encuentran numerosas coincidencias, por lo que el proyecto europeo debe basarse en los resultados, teniendo en cuenta que la mayoría de los sistemas europeos son causales.

Las intervenciones de la tarde del día 15 se abrieron con una pedagógica y «problemática» disertación sobre el «Scandinavian Functional Approach» a cargo del Dr. Claes Martinson (Universidad de Gothenburg, Suecia), seguida de una «crítica escéptica» del Dr. Wolfgang Faber (Universidad de Salzburg, Austria). El Dr. Martinson incidió en «To own or not to own- That is not the Question!», para a continuación plantear un repertorio de diversos problemas en los que la pregunta sobre quién es el propietario o en qué momento tuvo lugar la transmisión de la propiedad no resulta decisiva o incluso puede entorpecer el análisis de las pretensiones y sus respectivos fundamentos. La tradición legal nórdica ofrece –en su conclusión– una visión relativamente nueva y moderna a los conceptos de dominio y transmisión del dominio. El Dr. Wolfgang Faber, por su parte, explicó el significado de un concepto unitario y tradicional de la propiedad como conjunto de facultades y el significado básico de su transmisión –en un momento dado– a otro sujeto. Destacó que esta perspectiva no impide que un buen número de problemas (p. ej., el relativo a la transmisión de los riesgos, el conflicto en caso de doble venta, o la responsabilidad civil por daños de las cosas) no se resuelven, sin más, acudiendo a una regla de «propiedad», y que las normas contractuales o la regulación del concurso desembocan –en parte– en una perspectiva «funcional». En sus conclusiones destacó las ideas de seguridad legal, así como la

coherencia entre distintas pretensiones y sus respectivos fundamentos, como ventajas –entre otras– de un punto de partida «unitario».

La Dra. Caroline Caufmann (Universidad de Leuven, Bélgica) confrontó diversos sistemas al analizar las relaciones entre las normas sobre transmisión del dominio y las reglas sobre protección de los acreedores, teniendo en cuenta la multiplicidad de remedios y sus consecuencias en relación con terceros adquirentes en diversas situaciones: acción pauliana, reserva de dominio, simulación, etc.

El último bloque de ponencias se centró en las reglas «tradicionales» sobre adquisición *a non domino* de buena fe, con base en la posesión. Tales reglas se «actualizan» en el mundo del comercio electrónico en la ponencia del Prof. Dr. Arthur Salomons (Universidad de Ámsterdam, Holanda), mientras que el Prof. Dr. José Caramelo Gomes (Universidade de Luisiada, Portugal) realiza un análisis comparativo de soluciones al enfrentamiento entre los derechos del propietario desposeído y la seguridad del tráfico.

La mañana del día 16 dio lugar a un animado debate en el que hubo ocasión de contraponer puntos de vista divergentes entre sistemas, cuyos postulados básicos y su propio desarrollo jurídico ofrecen pocos puntos de contacto. La Dra. Eleanor Cashin Ritaine (Directora del Instituto Suizo de Derecho Comparado, Lausanne, Suiza) expuso la tradicional distinción entre derechos reales y derechos de crédito, como punto de partida sometido a críticas, mas al mismo tiempo a modo de defensa de un sistema provisto de criterios de referencia que, acaso, tampoco resultan desconocidos por un análisis puramente funcional.

La Dra. Mary-Rose McGuire (Universidad de Osnabrück, Alemania) se centró en los derechos de propiedad intelectual y la aplicación de las normas de transmisión a los bienes inmateriales. Partiendo de la discusión en torno a la propia «naturaleza» de dicha propiedad y las diferentes perspectivas sobre la misma, incidió sobre su importancia para el mercado interno, las carencias de las normas comunitarias al respecto, así como la necesidad de ofrecer un conjunto de reglas adecuadas y uniformes en orden a su transmisión.

El encuentro se cerró con varias ponencias dedicadas a los problemas que plantea en general la unificación del Derecho europeo en el ámbito del Derecho de propiedad (Prof. Dr. José Caramelo Gomes), así como el modo en el que países recientemente incorporados a la Unión Europea están afrontando la reforma de sus Derechos nacionales en lo que a la transmisión del dominio se refiere (Kai Kullerkupp, Estonia, y Prof. Dr. Lubos Tichy, Universidad de Praga, República Checa, con especial atención a la noción de posesión y la protección posesoria).

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Universidad de Murcia

XIX Colloquio Biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC). Patrimonio, Persona e nuove tecniche di «governo del diritto»-incentivi, premi e sanzioni, Ferrara, 10-12 de mayo de 2007.

El Congreso bianual de la AIDC ha tratado esta vez de los llamados «nuevos mecanismos de gobierno del Derecho», es decir, de los incentivos,

premios y sanciones en el ámbito del Derecho de contratos (I Sesión, coordinada por A. Gambaro, «*Incentivi e disincentivi nel diritto dei contratti*»), en el del Derecho Penal (II Sesión, coordinada por A. Cadoppi, «*Le sanzioni nel diritto penale comparato: profili attuali*»), en el Derecho Público (III Sesión, coordinada por G. F. Ferrari, «*Profili pubblicistici della sanzione*»), en el Derecho mercantil (IV e VII Sesión coordinada por A. Frignani, subsesión «*Incentivi premi e sanzioni nel diritto societario*», a cargo de D. Corapi, y subsesión «*Incentivi premi e sanzioni nel diritto della concorrenza*», de A. Frignani), en el Derecho de familia (V Sesión, coordinada por M. D. Panforti, «*Un nuovo diritto di famiglia fra tutele e rimedi*»), en el Derecho Procesal (VI Sesión, coordinada por M. Taruffo, «*Problemi di complessità delle controversie*»), y, finalmente, en el Derecho de la responsabilidad civil (VIII Sesión, coordinada por G. Ponzanelli, «*Il territorio della responsabilità civile*»).

Como se puede apreciar, las intervenciones cubrían todos los sectores del Derecho, público y privado, en torno a un mismo tema. La propuesta era imaginativa y se adopta una perspectiva amplia, que exige abandonar el «clasicismo» de la tradición jurídica occidental de los ordenamientos europeos (A. Gambaro) y adoptar técnicas diversas, mucho más funcionales y de acuerdo con las exigencias del siglo XXI. Técnicas que son capaces de tener en cuenta el coste de la pérdida de oportunidades, los costes de reputación, de estimar el valor que tiene la elección del contratante, que, en fin, pueden estimular un cierto comportamiento que socialmente se considere digno de tutela. Una perspectiva, no basada en mecanismos sancionatorios correctivos (remedios), sino que utiliza las sanciones *ex ante*, sobre la base de consideraciones prácticas. El análisis de los hechos es fundamental, dado que se trata de investigar el comportamiento de los sujetos (perspectiva psicológica), según una visión ya experimentada en los Estados Unidos.

La asistencia en masa de los asociados al congreso permite afirmar que el congreso fue un éxito, a pesar de la inicial ininteligibilidad del tema.

Barbara PASA
Università di Torino

Anne Penneau (dir.), *De certaines transpositions de la directive «contrat électronique», Mosaïque ou traits d'Union? Centre de recherche René Demogue de l'Université de Lille 2, 15 mai 2007.*

El coloquio fue una de las actividades más del Centro *René Demogue*, creado hace más de dos años por el Profesor Christophe Jamin, hoy dirigido por el Profesor Pierre-Yves Veerkindt y en torno al cual trabajan quince profesores y *maîtres de conférences*, así como otros jóvenes investigadores, recién doctorados o próximos a serlo.

Bajo la dirección de Anne Penneau, el coloquio de 15 de mayo de 2007 tuvo por objeto un análisis de Derecho comparado cuyo principal objetivo era el estudio de la transposición de la Directiva 2000/31, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. En ella, la calificación de contrato electrónico agrupa, en realidad, una variedad notable de

contratos. En efecto, poco importa que la ejecución sea *on line* o *off line*, que se refiera directamente o no a productos informáticos, que se transmita o no la propiedad o que, más bien, el objeto del contrato sea una obligación de hacer. El calificativo de «electrónico» sólo se refiere a la manera de celebrar el contrato. Esto es, mediante páginas *web* que contengan una oferta contractual.

La Directiva sólo dedica a este tema los artículos 9-11. Su finalidad es remover cualquier obstáculo jurídico que se oponga a la celebración de contratos electrónicos en todos los Estados miembros y además tratan de sentar las bases de la protección que merece un destinatario de una oferta electrónica. El régimen jurídico que se establece no es exclusivo de los contratos de consumo pero, si es así, se trata de un contrato igualmente formal (en el sentido de que obliga al empresario a cumplir con ciertos deberes).

El encaje de tales normas dentro del Derecho general de contratos permite plantear cuál es la eficacia armonizadora de la Directiva. Así, el resultado de las transposiciones ¿ofrece un mosaico en el que cada Estado adopta una regulación compatible con los del resto? O ¿más bien se da un resultado homogéneo en todos ellos? En fin, ¿son las respectivas transposiciones son un indicio de la armonización de Derechos en el seno de la Unión europea?

Para tratar de dar respuesta a todas estas cuestiones, el coloquio contó con la presencia de diferentes universitarios, que representaban diferentes tradiciones jurídicas en el seno de la Unión europea. El Profesor Philip Britton, director del Centro de la Construcción del *King's College* de Londres, explicó la transposición de la Directiva 2000/31 en el *Common Law*. Agata Koziol, Ayudante en la Universidad de Silesia-Katowice, explicó la regulación en Polonia, que es un Estado miembro que acaba de ingresar recientemente en la Unión europea y que, además, ha protagonizado una ruptura con el régimen comunista. Alemania estuvo representada por el Profesor Maximilian Heberger, Director del *Institut für Rechtsinformatik* de la Universidad de *Saarbrücken*. Por cuanto se refiere a los países de tradición romanista, la Profesora Esther Arroyo i Amayuelas, de la *Universitat de Barcelona* y actualmente investigadora Humboldt en la Universidad de Münster, explicó la situación en España y, en relación con Francia, hizo lo propio la Profesora Christine Hugon, Profesora de la Universidad de *Perpignan*. Finalmente, el Profesor Jos Dumortier, de la Facultad de Derecho de la Universidad K. U. en Leuven, miembro del ICRI, proporcionó la visión belga. Todas las conferencias fueron precedidas por la conferencia del Profesor Eric Kerckhove, de la Universidad de Lille 2, que inauguró el coloquio con una explicación sobre las reglas de Derecho internacional privado aplicables en caso de litigio.

El debate se sucedió tras cada ponencia bajo la dirección de Isabelle De Lamberterie, Directora de investigación del CNRS y Directora científica adjunta del Departamento SHS del CNRS, y del Maestro Brunet, Presidente del Centro de formación de abogados del Nord-Oeste, abogado en el Colegio de Béthune. Las intervenciones pusieron de manifiesto que, más allá del aspecto puramente técnico, hay otras cuestiones de Derecho sustantivo que son esenciales en el marco de la teoría general del Derecho de contratos: su proceso de formación o la naturaleza de la sanción aplicable al empresario que no cumple con los deberes que impone la directiva. Especialmente destacada fue la necesidad de profundizar en el papel y futuro desarrollo de los códigos de conducta, a los que apelan las Directivas comunitarias —y no sólo

la del comercio electrónico. La riqueza del intercambio científico y la importancia de las cuestiones tratadas permitieron concluir la necesidad de continuar investigando en esta materia y permiten augurar que este debate no sería el último.

Las ponencias serán objeto de publicación en la Revista mensual francesa «*Lamy Droit de l'Immateriel*», en el mes de julio de 2007.

Anne PENNEAU
Pierre-Yves VERKINDT
Centre René Demogue
Université Lille-2

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Editorial Comares, Granada 2006, 296 pp.

A todos los que, como a mí, les haya gustado la ya célebre sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, que acaba cerrando un larguísimo ciclo de dudas, incoherencias, medias explicaciones y errores confundidos con la búsqueda de la solución equitativa en el conflicto entre la titularidad registral y la titularidad jurídico-real, les aconsejaría que leyeran ahora con atención el *Derecho inmobiliario registral* de José Antonio Álvarez Caperochipi, para someter a contraste las certezas que parece consolidar esta importante sentencia.

I

El *Derecho inmobiliario registral* de Caperochipi es una reflexión sobre la propiedad y la publicidad registral hecha por un civilista clásico plagado de fundamentos y reacio a los tópicos más fáciles de la doctrina hipotecarista, pero más –me parece– por una suerte de lúcido iusnaturalismo que por un auto-complaciente positivismo. Fíjense, si no, en la frase que aparece en el último párrafo de este libro: «*La propiedad es en sí misma indefinible. Intentar sistematizarla de modo dogmático es condenarla; limitarla es traicionarla. La propiedad solo se define aquí y ahora, y para un sujeto particular; y además en virtud de elementos de prueba limitados (prescripción, tenencia, título, publicidad, inscripción, etc.) (...) Si la propiedad se define de modo absoluto es condenada porque se hacen evidentes las injusticias de sus principios*».

Lo que hace recomendable la lectura atenta de este contrapunto civilista al conformismo hipotecarista en la interpretación de nuestros artículos 32 y 34 LH es que de manera coherente y clara (y por tanto, expuesta a contradicción y a crítica) inserta el hecho de la inscripción en el sistema de la propiedad y la posesión, sin que éstas acaben engullidas por la fascinación mecánica de las adquisiciones *a non domino*. Para Álvarez Caperochipi el Registro de la Propiedad protege al adquirente de los actos de enajenación y gravamen de los anteriores titulares registrales, así como de las cargas no aparentes que no hayan sido inscritas, pero no *sustituye* a las condiciones y a los requisitos de adquisición de la propiedad: ni siquiera la publicidad registral neutraliza a la publicidad posesoria, sino que, más bien, sólo juega en defecto de ésta. En el centro está la *traditio*, pero la *traditio* real, la entrega de la posesión de la cosa, y el Registro está más bien en la superficie.

El *Derecho inmobiliario registral* de Álvarez Caperochipi puede ser visto como un magnífico *canto de cisne* de cierta civilística abrumada por la facilidad y comodidad de los mecanismos de la publicidad registral. Pero también puede ser percibido como un *freno*, una llamada de atención para que el lector ya seducido por la interpretación más extensiva de los artículos 32 y 34 LH se pare a pensar y procure encontrar fundamentos a la tesis hoy día dominante. Digamos que pone precio, y menudo precio, al triunfo de la publicidad registral como forma generalizada –de hecho– de tradición. Al menos obliga a dar una respuesta a una serie de preguntas inquietantes: ¿qué razones hay para preferir al adquirente que ha consultado el registro frente al dueño arraigado, a través de la posesión, al inmueble en cuestión? Puede haberlas, pero ¿cuáles son? ¿Por qué va a valer más la «fría» publicidad tabular, con frecuencia movida por operaciones especulativas y de ingeniería jurídica, que la consistente y natural publicidad de la posesión? ¿Por qué ese triunfo del «libro (la voluntad política) sobre la realidad»? (p. 6). «¿Se puede crear una realidad registral desconociendo la realidad misma?» (p. 257). De paso, obliga también a preguntarse cómo es posible que se concedan efectos tan agresivos (incluso expropiatorios) a una estructura «montada sobre el aire» (es decir, sin posesión), por no existir un sistema de control registral de la descripción de las fincas ni del primer acceso de las mismas al Registro a través de la inmatriculación.

II

El *Derecho inmobiliario registral* de Álvarez Caperochipi comienza de golpe, con una brillante introducción sobre el significado de la publicidad, en la que ya se pone énfasis en la necesaria distinción entre la propiedad como realidad y el registro como técnica instrumental. Pero, tras ese primer golpe, el texto avanza poco a poco, desde un plano más bien ordenado y descriptivo, (de la evolución legislativa en España, de la organización del Registro de la Propiedad, del procedimiento registral, del concepto de finca y los asientos registrales) hasta llegar a los tres últimos capítulos en los que, con todos los materiales ya expuestos, reflexiona sobre los efectos de la inscripción (y de la no inscripción). En estos tres capítulos el libro deja de ser un manual para convertirse en una pieza doctrinal. Ya no pretende explicar, sino dialogar críticamente con la doctrina y la jurisprudencia sobre el aspecto que al autor le parece decisivo: el del conflicto entre las dos publicidades, el que enfrenta al titular inscrito sin propiedad, y el poseedor a título de dueño sin inscripción. Aquí el autor se emplea a fondo. Aquí el civilista sale a flote, y enarbola el estandarte de la posesión, entendida como realidad y como arraigo. El Registro es subalterno de la posesión en la protección de la propiedad. La acción real registral es una acción posesoria. La usucapción *secundum tabulas* no es una usucapción tabular, sino posesoria. El Registro no garantiza adquisiciones, sino que garantiza al adquirente la inoponibilidad de lo que carece de publicidad posesoria y registral, y de las deficiencias del título de quien le transmite. Se aplaude la distinción clásica de no pocas sentencias del Tribunal Supremo entre la doble venta (en la que la inscripción de buena fe supone tradición) y la venta de cosa ajena (si ya existió tradición posesoria, el segundo comprador no adquiere nada aunque inscriba). Y la consecuencia es muy clara: no es que el artículo 32 LH sea complemento del artículo 34 LH, sino justo al contrario: en el centro está la inoponibilidad, y el artículo 34 sólo rodea y completa esa

protección para un caso concreto. La publicidad registral no justifica adquisiciones *a non domino* más que en el caso de desarraigo posesorio del *verus dominus*, es decir, sólo en el caso de inexistencia de publicidad *posesoria* contraria a la publicidad registral. Y, por último, el artículo 33 LH, largamente entendido, acaba rematando la prevalencia de lo civil sobre lo hipotecario: la inscripción no subsana ninguna ineficacia: ni la derivada del defecto de validez intrínseca del título, ni tampoco la derivada de la falta de poder de disposición («*la venta de una cosa vendida anteriormente cuando es evidente que el anterior adquirente ha consolidado de forma notoria su titularidad ha de asimilarse a los actos radicalmente nulos que no se convalidan por la inscripción registral*», p. 249). Y naturalmente, la adquisición por subasta judicial derivada de embargo de finca inscrita a nombre del deudor pero perteneciente a un tercero, es una adquisición nula y no convalidable a favor del tercero hipotecario. Justamente lo contrario de lo que por fin acaba de decir, unificando doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 5 de marzo de 2007 cuyo comentario a cargo de Álvarez Caperochipi es urgente.

III

No soy especialista en Derecho hipotecario, aunque llevo años enredado superficialmente en los artículos 32, 33 y 34 LH. Saludé con aplausos la STS de 5 de marzo de 2007 antes de leer detenidamente a Álvarez Caperochipi, porque formo parte de legión de civilistas que ha decidido creer que, sea cual fuere el sentido originario de los artículos 32 y 34 LH, en la actualidad vienen a suponer que en materia inmobiliaria la publicidad registral sustituye a la publicidad posesoria, y que esto es así precisamente porque la publicidad posesoria como factor de seguridad en el tráfico jurídico es (justa, pero) deficiente y costosa; ello sin perjuicio de la prueba de la mala fe, es decir, sin perjuicio de la prueba a cargo del titular de un derecho extrarregistral de su posibilidad cierta de conocimiento por el adquirente con la diligencia exigible. Desde este armazón de conceptos, la lectura de la obra de Álvarez Caperochipi me ha suscitado algunas consideraciones, que me atrevo a formular en tres aspectos:

a) En primer lugar, el ámbito de los artículos 32 y 34 LH es lindante de un problema apenas tratado en el libro, que es la interpretación exacta de la tradición instrumental prevista en el artículo 1462.2.º CC. Es muy de suponer que para Álvarez Caperochipi el otorgamiento de escritura pública no «equivale» ontológicamente a la entrega, sino que sólo es un medio de prueba de la misma. Es de suponer que, en su opinión, si no hay entrega efectiva de la posesión, no hay tradición, ni mucha ni poca, porque de lo contrario la fuerza de resistencia que el autor atribuye a la publicidad *posesoria* frente a la publicidad registral, menguaría extraordinariamente: en efecto, si se admite –como a mi juicio por lo menos «permite» el art. 1462.2.º CC– la tradición por el solo hecho del otorgamiento de escritura pública, habría una propiedad sin posesión, y por lo tanto sin publicidad, perfectamente vulnerable a la aparición de terceros adquirentes de buena fe. En el ámbito de la propiedad rústica el fenómeno puede ser menos frecuente, pero en el ámbito de la construcción el problema es cotidiano. ¿No serviría, entonces, el juego de los artículos 32 y 34 LH para consolidar adquisiciones *a non domino* en todos los casos en que el verdadero dueño lo sea por adquisición mediante escritura pública pero sin posesión? ¿No justifica el artículo 1462.2 CC (que existir, existe, y

al menos procesalmente está permitiendo prescindir de la prueba de la posesión para dar por dueño a una persona) una lectura más amplia de los artículos 32 y 34 LH acordes con un mayor protagonismo de la publicidad registral?

b) En segundo lugar, el artículo 33 LH. He defendido hace tiempo que es un error la confusión (o la equiparación) de la nulidad a que se refiere este precepto, con la ineficacia transmisiva derivada de la falta de poder de disposición. Con Gordillo entiendo que la nulidad del artículo 33 LH es la misma que la que, conforme al artículo 1953 CC, inhabilita a un título para servir de base a la usucapión corta u ordinaria. Del mismo modo que el adquirente *a non domino* de buena fe puede hacerse propietario gracias a la usucapión en el Código civil, también puede hacerse propietario gracias a la inscripción (con todos los requisitos del art. 34 LH). La confianza en el Registro y el carácter oneroso de la adquisición suple la necesidad de posesión ininterrumpida durante diez años, y ello, es cierto, supone el riesgo de una cierta *volatilización* de la propiedad, al servicio de intereses especulativos que desnaturalizan la misma propiedad, pero ello puede llamar hacia una mejora de los mecanismos de acceso al Registro (descripción de las fincas y exigencias de inmatriculación), más que a una limitación interpretativa de los efectos de la inscripción.

c) En tercer lugar, y sobre todo, la buena fe. Después de leer el *Derecho inmobiliario registral* de Álvarez Caperochipi, aún desde los postulados conceptuales que él combate, hay una conclusión que se impone: la buena fe a que se refiere el artículo 34 LH no es la que se define en el artículo 1950 CC («creencia»), sino aquella que subyace en el apartado a) del artículo 36 LH. La buena fe del adquirente se presume, pero puede probarse su inexistencia si se acredita que una tercera persona distinta del titular posee la cosa al tiempo de la adquisición y que el adquirente, según sus circunstancias, «tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer» esa posesión. A mi juicio está claro que la fuerza de los acertados argumentos de Álvarez Caperochipi sobre la necesidad de una contención institucional en la atribución de efectos a la publicidad registral no debe circular por una expansión del artículo 33 LH, considerando nulos los títulos de transmisión otorgados por quien carece de disposición sobre el inmueble, sino por una más exigente concepción de la noción de buena fe. A tal efecto, las consideraciones que aparecen en las páginas 271 a 275 del libro adquieren el máximo interés. La clave está en cuál es la buena fe que ha querido protegerse, como expresión de la seguridad del tráfico, con los artículos 32 y 34 LH. Es una buena fe más exigente que la del artículo 1950 CC, porque el tercero hipotecario adquiere instantáneamente, y no por efecto de una posesión pacífica e ininterrumpida durante diez años. Pero está ahí, en la buena fe, y no en el artículo 33 LH, el instrumento para evitar que al amparo de la publicidad registral resulten protegidos intereses especulativos. En el conflicto entre la propiedad y la apariencia registral, los artículos 32 y 34 LH ponen el acento en el valor de la publicidad formal; en el conflicto, en cambio, entre apariencia registral y «posesión contraria», el conflicto ha de librarse en el terreno procesal de la prueba de la mala fe. Pero para ello, es cierto, debe reconsiderarse la ligereza con la que muy frecuentemente la jurisprudencia se conforma con la presunción de buena fe.

Miguel PASQUAU LIAÑO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, 1230 pp.

En el caso chileno, la expresión «tratado» debe ser considerada con cautela. Un número significativo de obras tituladas de esa manera pareciera dar noticia que un tratado es un manual de consulta que se limita a sistematizar la disciplina jurídica de una o más instituciones, cuyo diálogo con el conocimiento acumulado –particularmente con el derecho y doctrina extranjeros– es bien modesto, su preocupación por las decisiones de los tribunales nacionales accidental, y su edición más bien amateur, carente, a veces, de índice bibliográfico y casi inevitablemente privados de índice analítico.

Enrique Barros ha escrito un tratado, y en el caso de la responsabilidad extracontractual es, en mi opinión, lo mejor que se ha escrito en la historia de Chile y, sin discusión de ninguna especie, lo mejor que se ha escrito desde Alessandri *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, publicado en 1943. Sobra, desde luego, detenerse sobre la pulcritud editorial del libro, algo que debe agradecerse al autor y a la Editorial Jurídica de Chile.

Los tratados, en su mejor versión, suelen ser libros útiles; sus pretensiones de exhaustividad –aunque, en definitiva, condenadas al fracaso– permiten abarcar el tema con una generosidad que desborda las posibilidades de un manual. Y el texto del profesor Barros es un tratado en esta mejor versión. Algo que en el caso chileno se agradece, especialmente teniendo en cuenta el tratamiento inexistente o extremadamente fragmentario y, a veces, descontextualizado de algunos temas. Así, por ejemplo, un estudiante de derecho de daños logra vincular las reglas sobre daños –específicamente las presunciones por el hecho del dependiente– a los casos de responsabilidad en grupos de sociedades, o conectar el problema del daño moral con la lesión a derechos de la personalidad, o compaginar la titularidad de la pretensión con la representación corporativa de intereses y acciones colectivas, o dispone de noticias acerca del daño puramente patrimonial o, en fin, de noticias sobre los ilícitos contra el orden de la competencia.

Hay otros temas que, en el caso chileno, han sido tratados con seriedad desde otras disciplinas, así por ejemplo, la responsabilidad del Estado y el contrato de seguros. Es útil, sin embargo, considerarlos esta vez desde el prisma de la responsabilidad civil. Particularmente si se hace con la prolijidad que le ha dedicado Barros a estas páginas.

En tercer lugar existen temas a los cuales la dogmática civil chilena había dedicado valiosos esfuerzos, pero que se encuentran disgregados en múltiples trabajos –frecuentemente artículos– que no siempre resultan de fácil acceso. Así, por ejemplo la responsabilidad precontractual o los regímenes especiales de responsabilidad. Un libro que los presente debidamente articulados y con indicación de sus fuentes (una práctica leve, pero, escurridiza en la memoria de algunos) es algo que se agradece.

La utilidad de la obra no queda determinada únicamente por la amplitud de los temas que congrega, sino además por el enfoque que les prodiga. Y sobre esto tres cosas. La primera es la organización interna de cada tema, tributaria, probablemente, del método cartesiano de los tratados franceses. La segunda es el diálogo con el conocimiento acumulado y aquí Barros no escatima, dando una cuenta, las más de las veces, exhaustiva de la doctrina chilena y, en general, ponderadamente ilustrativa del panorama comparado, salpicado con breves pero útiles excursos en filosofía y análisis económico del

derecho. La tercera es su preocupación por la actividad de los tribunales y sobre esto no hay, que yo sepa, otra obra en Chile que haya llevado adelante una recopilación y sistematización tan ambiciosa sobre derecho de daños como ésta.

El tratado del profesor Barros entonces es un libro útil. Pero no sólo eso. Como advierte el autor, el derecho de daños es una de las materias que exhibe mayores grados de reflexividad en el pensamiento jurídico. La dogmática civil chilena no ha permanecido totalmente ajena a esto, sin embargo, suele pecar de parcialidad, otorgando un lugar prioritario en sus esfuerzos más inspirados al caso francés. Y eso no es poco, pero tampoco es suficiente. Por lo mismo hay buenas razones para agradecer al autor sus esfuerzos en allegar a la discusión otros enfoques, particularmente el del *common law* en autores que van desde Patrick Atiyah y William Prosser hasta Jules Coleman, Ernst Weinrib y Randy Barnett. Igualmente resultan apreciables las contribuciones de autores alemanes, tan escasamente citados en trabajos chilenos, y una preocupación por exponer, equilibradamente –*sine ira et studio*– los aportes del análisis económico del derecho en la materia.

El libro de Barros resulta, además, estimulante en su discusión acerca de los fines y valores del derecho de daños. La correcta comprensión de una institución jurídica, que es la que finalmente permite una adecuada adjudicación en sistemas con grados significativos de intersticialidad, requiere el esfuerzo de desentrañar la finalidad que las reglas persiguen, y en el cumplimiento de esta tarea se encuentran algunas de las páginas más sugerentes –y necesarias– del libro. La comprensión de la tensión que existe entre la perspectiva instrumental y otras de justicia correctiva y distributiva como elementos vertebradores de la comprensión de las reglas del derecho de daños es, en mi opinión, uno de los aportes más valiosos de este libro.

Tratado de responsabilidad civil es un libro grande, en todo sentido de la palabra, pero especialmente en el que más importa. Ya he dicho que, en mi opinión es el mejor libro que se ha escrito sobre responsabilidad extracontractual en Chile. Ahora agregó que, hasta donde llegan mis noticias, no existe otro tratado de daños en español que preste una atención tan útil a los desarrollos dogmáticos propios del *common law* y sus decisiones judiciales sobre la materia. Para un lector chileno interesado en el fenómeno jurídico, en calidad de estudiante, profesional, académico o juez es una obra imprescindible y en esto no hay ninguna exageración. Otros lectores, latinoamericanos, europeos o de cualquier otra parte, pueden simplemente prescindir del tratamiento que el texto prodiga a las reglas chilenas y aún así dispondrán de un magnífico texto, riguroso e inteligente, cercano en sus mejores momentos al ensayo.

Alguna vez escuché que al profesor Barros le había tomado largos años escribir el texto y no es raro, no tanto por el número de páginas –según algún alumno el texto es más extenso que la Biblia– sino por lo que está en ellas. La espera –una larga espera en el caso chileno– ha valido la pena.

Íñigo DE LA MAZA GAZMURI
Profesor de Derecho Civil
Universidad Diego Portales (Chile)

FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: *La representación indirecta*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, 387 pp.

Si tuviera que convencer a algún potencial lector que topase con este libro sin la imperiosa necesidad de consultarlo para resolver un concreto litigio sobre representación indirecta –pues en ese caso, el libro habla y seduce por sí mismo–, insistiría en tres rasgos ejemplares: la *claridad* para exponer materias tan complejas como enmarañadas por la doctrina, la praxis y la jurisprudencia de muchas décadas; la capacidad de *estructurar* de forma renovada esquemas y conceptos añejos; y la *integración natural pero crítica* del Derecho comparado y del *Derecho uniforme* como guía de diversas soluciones que propone la autora para el ordenamiento español. Todo un programa y un modelo de investigación universitaria en su mejor sentido.

1. El libro en contexto

Para ponderar justamente las aportaciones de este volumen es aconsejable ubicarlo en su *contexto personal*, doctrinal, temático y metodológico. Estas páginas constituyen la tesis doctoral de la Dra. Fernández Gregoraci, profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, enjuiciada con la máxima calificación por los profs. Díez-Picazo, Pantaleón, Vattier, Cabanillas Sánchez y García Rubio; después recibiría el Premio Extraordinario de Doctorado de dicha Universidad. Sin duda, varias de las conocidas virtudes de su director y maestro, el prof. Antonio Manuel Morales Moreno, han calado hondo en su discípula: rigor, humildad científica, diafinidad, espíritu europeo. Valores que ya se apreciaban también en dos artículos anteriores de la autora en este mismo *Anuario* (2002 y 2004) sobre la relación entre la *undisclosed agency*, la representación indirecta y la cesión de créditos en el entorno de los textos normativos armonizadores y del Derecho uniforme. Ese bagaje comparatista, empleado eficazmente en este libro, encontró buenos pertrechos en una estancia de investigación en el Reino Unido (Sheffield) de la mano de conocidos expertos como H. Beale y R. Bradgate.

El *contexto doctrinal* de esta materia es fácilmente identificable para cualquier civilista: frente a la concepción clásica, que estima que la representación indirecta no es representación al faltar actuación en nombre ajeno y efectos directos entre el *dominus negotii*, la mayor parte de la doctrina moderna en España y la jurisprudencia vienen aceptando la categoría de la «representación indirecta». La dificultad, en las últimas décadas y superados ya escollos antiguos como la distinción entre mandato y poder o la inflexibilidad del principio de relatividad de los contratos, estriba en delimitar los supuestos que pueden considerarse como representación directa y los que caen en la órbita de la representación indirecta, para delinear con más precisión los efectos de ésta. La vigencia del debate respecto al contorno exacto de la «representación» como instrumento jurídico y sus tipos se demuestra en las recientes propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo, pues mientras el denominado «Anteproyecto de un Código Europeo de Contratos» de la Academia de Pavía sólo acoge como representación la directa o estricta (arts. 60-69, aunque regula y admite a continuación el «contrato para persona a designar», arts. 70-71), en cambio los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) de la Comisión Lando expresamente distinguen (art. 3:102) entre *direct representation* (3:201-209) e *indirect representation* (3:301-304); y, con categorías próximas, pero no plenamente identificables,

también parten de la dicotomía los Principios de Unidroit en su reciente versión de 2004 (*disclosed and undisclosed agency*, art. 2.2.3-4) y el Convenio sobre agencia en la venta internacional de mercaderías (arts. 12 y 13). Se comprenderá, por tanto, que el diálogo que la Dra. Fernández Gregoraci inicia entre estos textos y la normativa española resulta de lo más oportuno y necesario. Transcurrido más de un cuarto de siglo desde la publicación de una de las obras de referencia en esta materia (Luis Díez-Picazo, *La representación en Derecho privado*, Madrid, 1979, reed. 1992), era tiempo de revisar la salud de esta construcción dogmática, de depurar las soluciones jurisprudenciales, no siempre correctas, que la han invocado y de poner algo de orden en una institución oscurecida por las opiniones y dificultada por las contorsiones a que los operadores prácticos la vienen sometiendo en el juego con figuras próximas (fiducias, interposiciones ficticias, negocios de autorización/legitimación, etc.). No en vano, otra autora, igualmente atenta al fenómeno, ha publicado otra valiosa monografía/tesis al mismo tiempo (Rocío Diéguez Oliva, *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, Valencia, 2006), que supone, respecto a la que ahora se examina, un interesante contrapunto y complemento, al prestar especial atención al ordenamiento alemán y a la transmisión y adquisición de la propiedad a través de un intermediario en nombre propio (eficacia real).

En este sentido, el *contexto temático* de la obra de la prof. Fernández Gregoraci es precisamente el menos estudiado por nuestra doctrina hasta la fecha, esto es, la perspectiva jurídico-obligacional de la representación indirecta: quiénes pueden reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio representativo y a quién deben ser reclamadas, teniendo en cuenta que el *dominus* no puede ser considerado un sujeto totalmente ajeno al contrato celebrado por el representante, no en nombre de aquél, pero sí por su cuenta. Deja la autora al margen, por tanto, las cuestiones jurídico-reales de esta figura, relativas al *iter* de la transmisión dominical entre el tercero y el *dominus* y el papel adquisitivo/transmisivo del representante. Desde aquella perspectiva, aborda con toda profundidad cuestiones hasta la fecha (sorprendentemente) apenas tratadas en nuestra doctrina, como los efectos del negocio concluido por el representante indirecto cuando existe voluntad del *dominus* de ocultar su existencia y su identidad (representación «oculta», p. 138 ss.) o de ocultar sólo su identidad, pero no su existencia (p. 202 ss., donde la autora realiza un interesante *tour de force* de la categoría del contrato para persona a designar desde la clave de la representación indirecta). Es en estos ámbitos de riesgo donde el libro alcanza sus cotas más elevadas y algunas de sus aportaciones más originales. Todo ello sin rehuir los puntos de encuentro habituales en esta materia, como la interpretación de las palabras «cosas propias del mandante» del artículo 1717.2, así como la llamada a escena de diversas normas del ordenamiento, no sólo civiles sino también mercantiles. Por lo demás, la Dra. Fernández Gregoraci centra sus esfuerzos comparatistas primordialmente en el *Common Law* y, en particular, en el Derecho inglés, para desmentir con argumentos de primera mano la, hasta la fecha, tan extendida asimilación en nuestro país entre la representación indirecta y la *undisclosed agency*; todo ello sin ahorrar referencias a otros ordenamientos (como el francés, el italiano o el alemán) ni desdeñar un completo examen crítico de la jurisprudencia española recaída sobre la materia. Con todo ello, queda ya reflejado el *contexto metodológico* en que esta monografía se mueve.

2. Tesis, hallazgos y replanteamientos

La tesis de este libro es clara de principio a fin y en construirla y refrendarla la autora no pierde pulso en ninguna página ni se pierde en disquisiciones innecesarias: *la ausencia de un acuerdo de heteroeficacia entre el representante y el tercero limita los efectos del contrato celebrado entre ellos a ellos mismos, sin producir ninguna vinculación entre el principal y el tercero*. Esta idea se inserta coherentemente en la regla dimanada del principio de relatividad de los contratos (arts. 1257 y 1259 CC), conforme a la cual el *dominus* y el tercero carecen de acción entre sí; los pocos supuestos legales en que esta regla quiebra (las «cosas propias del mandante» del art. 1717.2 CC, los actos fraudulentos y los actos del factor en nombre propio, según el art. 287 CCO.) son excepciones a la citada regla y, por tanto, deben ser interpretados con la máxima restricción, como la autora insiste una y otra vez. En ese entendimiento, por ejemplo, la prof. Fernández Gregoraci se declara partidaria de la tesis estricta en la interpretación del siempre conflictivo inciso «cosas propias del mandante» del artículo 1717.2, que ha de entenderse como «cosas de titularidad del mandante» y aun más en concreto, como «actos de disposición sobre bienes específicos del mandante», no sobre bienes genéricos que podrían ser adquiridos por el representante de cualquier otra persona para cumplir el contrato concluido con el tercero. Se descarta así la interpretación más amplia que sostiene que dicho inciso se refiere a cualesquiera «asuntos, negocios o empresas del mandante», que acaban convirtiendo en regla lo que es una excepción (pp. 35-36 y 298-305).

Mantener y argumentar la citada tesis le lleva a trenzar una serie de ideas (en algunos casos subtesis, en otros corolarios) a través de una *estructura* ejemplar y coherente, que comienza con unos objetivos declarados (pp. 25-44) y sigue a través de dos partes: la primera, sobre la regla general (la vinculación exclusiva entre el representante indirecto y el tercero), que comprende dos capítulos, uno sobre los antecedentes históricos de la regla (donde destaca su esclarecedor tratamiento en la codificación española) y otro sobre la voluntad como factor determinante de la representación (donde diferencia entre la voluntad propia de la representación directa y la de la representación indirecta, o, dicho en otros términos, qué significa actuar «en nombre ajeno» y qué «en nombre propio»). La segunda parte se dedica a las excepciones a la regla general y ahí el análisis se divide en tres capítulos que aportan frescura al punto de reflexión en que se encontraba la doctrina española: el primero identifica qué excepciones son en realidad sólo aparentes, pues suponen vías indirectas para conseguir el efecto directo en los casos de actuación *proprio nomine* por el representante; el segundo examina las auténticas excepciones; el tercer capítulo examina críticamente el funcionamiento excepcional del efecto directo en la representación indirecta, tratando de dibujar sus límites propios y sus perfiles diferenciales con el efecto propio de la representación directa. En definitiva, esas ideas (subtesis y corolarios) acaso puedan ser sintetizadas de la siguiente manera:

a) La única base para negar el efecto directo o vinculación entre principal o tercero ante el contrato celebrado por el representante indirecto por cuenta de aquél pero en nombre propio es la *ausencia de acuerdo de heteroeficacia* con el tercero. Por lo tanto, lo importante no es la ocultación de la existencia o la identidad del principal, sino la voluntad de las partes. En contra de lo que sostiene buena parte de la doctrina española y de lo que a primera vista parecería deducirse de los textos de Derecho uniforme, la autora sos-

tiene convincentemente que *el conocimiento del tercero de la existencia del principal es irrelevante* y no ha de conducir necesariamente a otorgar efectos directos al contrato representativo, si éstos no quedaron reflejados en el negocio como voluntad de las partes. El momento relevante para determinar los efectos del contrato es el de la celebración. Cuando, en la representación oculta los efectos se fijan de forma que la única contraparte es el representante, un hecho aleatorio (una pura cuestión fáctica) como es que el tercero descubra con posterioridad la existencia de un principal no debe poder cambiar la configuración inicial de la relación jurídica (p. 198). De hecho, dos premisas generalmente admitidas, avalan también ese aserto: por un lado, aunque el tercero sepa que el autor del acto gestiona un interés ajeno, esto no significa que el autor material del acto no quede vinculado (pues entre él y el interesado final puede no existir relación jurídica alguna, ni es posible vincular a éste sin su consentimiento); y, por otro lado, aunque el tercero conozca la condición del intermediario, se puede acordar que la vinculación contractual se establezca sólo con éste. Es precisa la concorde voluntad del representante y el tercero para que se produzca la heteroeficacia del acto (p. 91).

b) Los casos limitados y dudosos sobre esa voluntad en el ámbito de la *representación directa* se sitúan en la definición de la *contemplatio domini* como acuerdo de heteroeficacia entre el representante y el tercero. La voluntad del principal al respecto, en ese entorno, queda clara con el acto de apoderamiento, por el que pretende quedar afectado directa e inmediatamente por los negocios representativos. Para la autora, la *contemplatio domini* no estriba en la pura exhibición del poder por el representante, sino en el acuerdo con el tercero de que los efectos del negocio se produzcan directamente entre este tercero y el principal. En la misma línea, la prof. Fernández Gregoraci discrepa de una extendida corriente doctrinal con refrendo jurisprudencial, según la cual también la *contemplatio domini* tácita (bien por el carácter manifiestamente ajeno del bien o del asunto gestionado o bien porque el comportamiento del representante pueda ser objetivamente interpretado por los terceros como representativo o por la interpretación de los términos del contrato o por la participación del *dominus* en la ejecución del contrato) conduce a una representación indirecta sobre la base del conocimiento de la existencia del principal. De nuevo, la autora sostiene que ese conocimiento no determina que haya actuación en nombre ajeno y califica los casos de *contemplatio domini* tácita como casos de representación directa, no indirecta (cfr. pp. 95-105). «Desde el momento en que hay actuación en nombre ajeno, sea tácita o expresa, nos encontramos ante una actuación del representante en nombre ajeno y, por tanto, fuera del concepto de representación indirecta, que presupone la ausencia de *contemplatio domini*» (p. 123).

c) La determinación de la voluntad propia de la representación indirecta estriba, por tanto, en definir en qué consiste «*obrar en nombre propio*». A ello responde la autora con la idea rectora de la falta de *contemplatio domini* en el sentido de falta de acuerdo (entre representante y tercero) de heteroeficacia. De ahí se infieren varios corolarios: *primero*, que obrar en nombre propio puede, pero no siempre debe consistir en ocultar al tercero la condición de agente porque el principal así lo quisiese; *segundo*, que la representación oculta es claramente un caso de representación indirecta, porque el tercero ignora incluso la existencia del principal; *tercero*, que también estaremos en esta categoría cuando el tercero, pese a conocer la existencia de «un» principal o «del» principal, se vincula sólo con el representante indirecto (lo cual puede acontecer porque dicho tercero contratante —o incluso los tres intervi-

nientes— tenga interés en excluir la heteroeficacia, por ejemplo, cuando el representante reúne una cualidad importante para el contrato en cuestión, o inspira mayor confianza al tercero o tiene una posición más ventajosa en el mercado que la del principal); *cuarto*, que el principal puede desear ocultar bien su misma existencia o tan sólo su identidad. En el primer caso, se tratará de una «representación oculta», la cual, a juicio de la autora no debe gozar de un régimen distinto del propio de la representación indirecta en general. En este sentido, rechaza que cuando el tercero descubra que el representante obró por cuenta ajena exista acción entre el principal y el tercero; a su juicio, también en este caso el obligado sigue siendo exclusivamente el representante. La prof. Fernández Gregoraci, tras un estudio muy minucioso de la *undisclosed agency* del *Common Law*, donde esa acción directa es posible entre el principal oculto y el tercero, siempre que hubiese existido autorización de aquél al representante para vincularle, llega a la conclusión de que esa doctrina no es extrapolable a nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, demuestra que los textos de Derecho uniforme se alejan de la regla anglosajona, pese a lo que *prima facie* pudiera parecer. En el caso de que el *dominus* quiera ocultar tan sólo su identidad, pero no su existencia, la autora reconduce el caso a la figura del contrato por persona a designar y distingue tres supuestos: si el contrato se concluye «para persona a designar» el supuesto es de representación directa, pues el estipulante en ningún momento se plantea ni acuerda asumir los efectos del contrato; el tercero aceptó que no contrataba propiamente con el representante y la aparición del *dominus* no le resulta sorprendente. Si en el contrato se insertó la cláusula «por sí o por persona a designar», los efectos de la representación quedarán diferidos a un momento posterior a la celebración del contrato, de forma que si resulta designado el principal, habrá representación indirecta «matizada», mientras que si existe autodesignación del representante sí se tratará de un caso de pura representación indirecta, quedando al margen del contrato el principal. En cambio, cuando el contrato se concluye «por sí y por persona a designar» el supuesto seguirá las reglas de la representación directa, pues el representante obra en nombre ajeno, pero además afecta su propio patrimonio en virtud del artículo 1725 CC. Para reforzar sus conclusiones y matizar el régimen español, la autora analiza también el Derecho uniforme y el Derecho comparado y pone de relieve cómo en el *Common Law*, en puridad, este caso se corresponde con la institución de la *indirect representation* (en la que el principal no dio su autorización previa a los efectos directos y quiso, en todo caso, permanecer oculto) y no con la *undisclosed agency* (en la que también el principal quería permanecer oculto, pero previamente otorgó al agente *authority* para vincularle con el tercero).

d) En las *excepciones a la regla general* de que la vinculación contractual se produce sólo entre las partes contratantes (por lo tanto, entre el representante indirecto y el tercero que con él contrató), la Dra. Fernández Gregoraci distingue entre excepciones puramente aparentes y las auténticas excepciones. Entre las primeras identifica vías indirectas, que no rompen la regla, por las que el principal o el tercero pueden conseguir reclamarse recíprocamente el cumplimiento del contrato, y otros supuestos que, en realidad no son casos de representación indirecta, sino directa, y, por tanto, no son excepciones (el art. 1717.2 CC en los casos de notoriedad del carácter ajeno del asunto gestionado y los supuestos de apariencia de poder). En cuanto a las vías indirectas, distingue, con diáfana estructura, las vías comunes al tercero y al *dominus* y al tercero, donde el papel central lo ocupa el representan-

te (la cesión de créditos y la acción subrogatoria, a las que considera insatisfactorias como solución para nuestro ordenamiento); las vías reservadas al principal para hacer su reclamación (la cesión del contrato y la ratificación; sobre la cual estima que sólo podrá servir para los efectos directos si además de la voluntad del mandante existe voluntad contractual del tercero de vincularse con el *dominus*, pues, fiel a su tesis, en caso contrario, los efectos de la «aprobación o aceptación» de éste serán meramente internos); y las vías del tercero, entre las que explora el enriquecimiento sin causa del principal, la delegación de deuda y ciertos mecanismos procesales (como la intervención provocada del art. 14 LEC –que, a la luz del Derecho sustantivo y, en particular, del art. 1727, considera difícilmente viable– y la excepción de la falta de legitimación pasiva). Finalmente, se deslindan las auténticas excepciones a la regla, que son el fraude (de ley o al tercero), la responsabilidad solidaria del principal por actuación del factor mercantil en nombre propio (art. 287 CCO, fundado parcialmente en la *actio institoria* romana) y la gestión del representante sobre «cosas propias del mandante» (art. 1717.2 CC) en el sentido estricto antes aludido. A ellas agrega la posible excepción del concurso del representante, construida a partir del principio general de separación de bienes del nuevo artículo 80 de la Ley Concursal de 2003 interpretado de acuerdo con las reglas del Derecho civil sustantivo (en particular, desde el original entendimiento de la posibilidad de la acción directa cuando al representante pretende retener un bien que no le corresponde, a lo cual se aludirá en seguida).

e) Cuando el efecto directo haya de operar en estas contadas excepciones a la regla general en el entorno de la representación indirecta, la autora rotula *tres reglas genuinas sobre el funcionamiento de dicho efecto directo*; es decir, que el reconocimiento de efectos directos no implica la aplicación del régimen propio de la representación directa: en primer lugar, el representante indirecto no desaparece de la escena jurídica, sino que responderá solidariamente con el principal. En segundo lugar, esta acción directa debe revestirse de ciertos requisitos: debe existir un crédito (del *dominus* o del tercero) frente al representante –de la misma forma que en las acciones directas reconocidas por el ordenamiento, su titular, el arrendador, el ejecutor de obra o la víctima, según se trate de un subarriendo, un contrato de obra o un seguro, debe ostentar un crédito frente a su deudor inmediato (arrendatario, etc.) para poder ejercitar la acción directa frente al deudor de su deudor (subarrendatario, etc.)– y además debe producirse la identificación del principal o del tercero, según los casos, mediante la necesaria colaboración del representante. En tercer lugar, el principio es que el ejercicio de la acción no debe perjudicar al demandado, de forma que, en interés del demandante, desde que se produce el ejercicio de la acción (que, para la autora, puede ser extrajudicial), se producirá la «inmovilización del crédito» y el pago posterior hecho al representante por el demandado será inoponible al demandante. Similarmente, en interés del demandado, quien reclame no puede exigir una cuantía superior a la que deba al representante, es posible oponer las mismas excepciones que podría haber opuesto contra dicho representante y las cualidades de la persona del principal o del tercero sólo serán relevantes en casos excepcionales en que el otro contratante sólo quisiera contratar con el representante o con cualquiera menos con quien finalmente asumirá la condición de parte a resultas del efecto directo.

Ésta es, por lo tanto, la tesis del libro y sus ideas-fuerza que, sin duda, resultan más atractivas en la lectura del original, que va llevando al lector de

una a otra con trabada argumentación y no a través del abrupto resumen que se acaba de trazar. Pero además de esa tesis, subtesis y corolarios, quisiera destacar de modo esquemático al menos tres piezas en este engranaje conceptual que merecen la calificación de «hallazgos» (si en una materia como ésta puede emplearse este término) o, cuando menos, de «replanteamientos» originales de lo hasta ahora asentado en nuestra doctrina:

a) Frente a la extendida idea de que la *undisclosed agency* del *Common Law* es el parangón y punto de comparación con la figura (española y continental) de la representación indirecta, que la doctrina emplea para sostener el efecto directo si el tercero descubre la existencia del principal, la prof. Fernández Gregoraci desvela, con un inusual tratamiento detenido de las fuentes inglesas, la falacia del planteamiento. En sus términos más simples, la doctrina del *undisclosed principal* o principal oculto supone que éste sí podrá accionar directamente contra el tercero (por lo tanto, igual que en la *disclosed agency*) y éste contra aquél cuando lo descubre. Pero este principio no es tan esquemático, sino que para tal efecto es preciso además que el representante, pese a obrar en nombre propio, contara con autorización del principal para vincularle con el tercero. Por lo tanto, para el efecto directo en la representación oculta lo determinante en el Reino Unido es la voluntad de heteroeficacia concertada por el principal y el representante y no la voluntad del tercero en este sentido (que es lo que distingue el supuesto de hecho de la *disclosed agency*). En conclusión, la autora revela que en el *Common Law* no es un ordenamiento tan abierto a los efectos directos en caso de representación oculta como pudiera parecer, tanto por la exigencia de que el principal hubiese autorizado al agente para la heteroeficacia, como porque los tribunales limitan el ámbito objetivo de su aplicación y sus efectos; y concluye que, en cualquier caso, no es posible trasplantar a nuestro ordenamiento esa eficacia directa del contrato entre el principal oculto y el tercero contratante, por falta de una norma que lo permita en España.

b) A la hora de efectuar una posible ampliación de las excepciones verdaderas a la regla, la Dra. Fernández Gregoraci realiza una audaz traducción de las excepciones establecidas por el Derecho uniforme (Principios Unidroit, Convenio sobre agencia y PECL) al Derecho español con el fundamento de la «acción directa» reconocida sólo de forma dispersa para otras figuras contractuales (subarrendamiento, contrato de obra y seguro). A partir de la presente revisión del principio de relatividad y del moderno entendimiento de la base de la acción directa en una dependencia estructural de dos contratos en un propósito global común, que hace que exista una sola situación jurídica, con tres sujetos y dos relaciones jurídicas conectadas causalmente, la autora sostiene que el mismo presupuesto se da ante el riesgo de que el representante pueda retener el precio o el bien que no le corresponden. De esta forma se daría entrada a la acción directa en los casos en que también el Derecho uniforme admite, como los supuestos de «incumplimiento esencial» del representante como eslabón entre las dos relaciones jurídicas. Se trataría, así, de conseguir una suerte de «interpretación conforme» con el Derecho uniforme o armonizador a través de los recursos de nuestro propio ordenamiento (acción directa) o, como con mayor precisión dice el prof. Morales Moreno en el prólogo a esta obra, «consciente de que los PECL no constituyen derecho interno, la construye [la admisión del efecto directo ante incumplimiento esencial] utilizando los medios que le ofrece nuestro ordenamiento, aplicando las reglas de la acción directa, que rigurosamente revisa y reformula».

c) Quizá no pueda hablarse de «replanteamiento» pero sí de clarificación, el esfuerzo dogmático que la autora emplea en *definir y clasificar con nitidez algunos conceptos* ciertamente embrollados en nuestra doctrina. Así sucede con las nociones de «interposición real» e «interposición ficticia de persona» (en la primera el intermediario es parte contratante, en la segunda no y existe acuerdo simulatorio entre los tres intervinientes, cosa que no acontece en la real, donde el tercero no entra en dicho acuerdo); de «persona intermedia» y «persona interpuesta»; de «representación directa» e «indirecta» (con su subtipo de «representación oculta»); de «disclosed agency», «undisclosed agency», «unnamed agency» (un tipo de «undisclosed agency» en la que sólo la identidad del principal, pero no su existencia, permanece oculta al tercero) e «indirect representation». Y todo ello con dicción clara y respaldo doctrinal, jurisprudencial y legal (nacional, comparatista y uniforme).

3. Modelo y muestra de una nueva metodología europeísta. Balance crítico

Hacía referencia al inicio de convencer o persuadir de la lectura de esta obra. Pero dado que una reseña no constituye ni un reclamo publicitario ni un puro resumen, avance o atajo, sino que debe aspirar al debate crítico con la aportación que se analiza, en la mejor línea universitaria, realizaré a continuación un breve balance crítico de algunas pautas metodológicas, con exposición en primer lugar del *debe*, para concluir con el *haber* de la obra. Vaya por delante que el punto de partida es no sólo que todas las tesis recogidas están bien argumentadas, sino que además son convincentes y coherentes, por lo que las lagunas metodológicas que a continuación indicaré no desmienten esas tesis, sino que, antes al contrario, colmarlas reforzaría palmarmente su solidez.

Existen tres fuentes normativas que se echan de menos en la construcción de esta obra y que, por razones que enseguida se expondrán, hubiera resultado pertinente analizar: el Fuero Nuevo de Navarra, el *restatement on agency* estadounidense y la ley española sobre el contrato de agencia. Aparte, en una escala de importancia menor, también hubiera resultado oportuno tener en cuenta el régimen jurídico del «contrato para persona a designar» rotulado por el «Anteproyecto de Código Europeo de Contratos» de la Academia de Pavía (Gandolfi) en los artículos 70 y 71 (la obra sólo aborda el régimen de ese contrato o cláusula en los PECL y en el Derecho comparado, pp. 215 ss., y recoge como única mención al Anteproyecto de Pavía, para descartar su análisis por no contemplar la representación indirecta, la referencia de la p. 114). En el plano doctrinal, pese a la completa nómina de autores examinada, quizás hubiera sido abonado recordar también algunas de las ideas de Jordano Barea sobre el mandato para enajenar y para adquirir, en sendos artículos publicados en este *Anuario* (1954 y 1983, con su conocida «conversión» desde la teoría del doble efecto del negocio fiduciario); aunque esta referencia probablemente sea más prescindible en una obra que se ocupa de los efectos obligacionales, pero no reales de la representación indirecta. En cuanto al Derecho histórico, aunque la investigación es más que suficiente al respecto, acaso una mayor referencia al Derecho intermedio hubiera sido esclarecedora (cfr. p. 47, n. 1 y pp. 49 y 69), máxime cuando, como la autora explica, es en la Edad Media cuando nace la comisión mercantil como paradigma de la representación indirecta.

Según la ley 557 del *Fuero Nuevo de Navarra*, «de la actuación del mandatario tan sólo se deriva adquisición de derechos y obligaciones para el mandante cuando se pruebe el consentimiento previo o subsiguiente de éste». En un ordenamiento como el navarro, donde, a diferencia del Código civil y a semejanza del BGB alemán, las normas sobre el mandato (leyes 555-559) y sobre el poder o representación (leyes 51-52) están claramente separadas y donde, en palabras de la STSJ Navarra de 8 de octubre de 1997, lo que añade o aporta el poder al mandato es la heteroeficacia inmediata de los actos concluidos por el mandatario-apoderado, la afirmación de que «el mandato es esencialmente representativo» en nuestro sistema jurídico (p. 107), de manera que «salvo que el mandante lo prohíba, el mandatario puede obrar en nombre ajeno» y la presunción *iuris tantum* de que ante el silencio del mandatario el tercero «puede presumir que está obrando en nombre ajeno» (*ibidem*) debería ser objeto de más matizaciones. De igual modo que la comparación jurídica internacional resulta provechosa para las conclusiones de este libro, la comparación «interregional» aportaría nueva luz y además en el sentido de las tesis de la autora. En efecto, la ley navarra invierte la forma de expresar la regla (no la regla en sí, aunque quede matizada) respecto al Código civil, de forma que no se presupone en todo caso que existe representación directa (*vid.* art. 1725 CC), sino que se traslada el punto de gravedad desde los efectos para el mandatario y su posición (CC), hacia los efectos para el mandante, que es el *dominus negotii*, en coherencia con la atención que las reglas navarras dedican al interés preponderante en el contrato (*vid.* «Comentarios EDERSA», 2003, tomo XXXVIII, 2.º, pp. 236 ss.). De hecho, entiendo que la dicción de la Compilación navarra se engasta a la perfección en la tesis central de la prof. Fernández Gregoraci, que basa el eventual efecto directo del contrato celebrado por el representante en la voluntad de las partes (no en el descubrimiento del principal), y, en este entendimiento, la ley 557, con su referencia al «consentimiento previo o subsiguiente» del mandante, abre una línea digna de explorar, también en relación con la doctrina de la *undisclosed agency*.

En cuanto al *restatement on agency* estadounidense, la ausencia de su cita resulta algo sorprendente, no sólo por las constantes referencias en la obra al «*Common Law*» en su conjunto (no reducido a Inglaterra, ni siquiera al Reino Unido, sino incluso citando en alguna ocasión sentencias del entorno más amplio de la *Common Wealth*, pp. 226-227) y a convenios internacionales, sino especialmente porque la mención de las reglas norteamericanas reforzaría de nuevo sus tesis y le hubiera permitido además confirmar en otro ordenamiento, de forma sencilla, la evolución de la compleja doctrina de la *undisclosed agency*. Ciertamente, dada la fecha de publicación de esta monografía, la autora no hubiera podido consultar la última edición de este *restatement* (*Agency Restatement Third*, 2006, que ha derogado y reemplazado al *Agency Restatement Second*, 1958; una enésima demostración de la vitalidad e importancia del instituto de la representación indirecta desde el punto de vista comparado). Pero de nuevo, estas reglas pueden aportar refuerzos y nuevas perspectivas a las tesis defendidas en este libro, como demuestra la cita de algunas reglas del *restatement*: desde la definición de *agency* (§ 1.01) como «la relación fiduciaria que surge cuando una persona (un “principal”) manifiesta su aprobación (“assent”) a otra persona (un “agente”) acerca de que el agente actuará por cuenta del principal y se sujetará al control del principal y el agente manifiesta su aprobación o bien consiente en actuar así»; las definiciones terminológicas de lo que sean «*disclosed, undisclosed and uni-*

identified principals» (§ 1.04[2]); el desglose de la responsabilidad del *undisclosed principal* hacia el tercero sólo bajo determinadas circunstancias restrictivas (§ 2.06); el reflejo de la doctrina del enriquecimiento injusto del principal como causa de restitución (§ 2.07; contrástese con las pp. 163 y 259 ss. de la obra); el expediente de la ratificación y su ajuste o desajuste con la representación indirecta (§ 4.03 y concordantes, en relación con las reflexiones de la autora en las pp. 252-258); las reglas de vinculación en caso de actuación del agente para un *unidentified principal* (§ 6.02) o para un *undisclosed principal* (§ 6.03); las excepciones oponibles en caso de compensación, etc. (§ 6.06 y siguientes), etc.

Finalmente, en un texto tan rico en referencias a normas mercantiles (CCO sobre factor y comisión, leyes especiales sobre la comisión de transporte en las pp. 125-131, etc.) y al deslinde entre representación directa e indirecta, alguna alusión mínima a la Ley 12/1992, de 27 de mayo de 1992 sobre el contrato de agencia (que transpone la Directiva 86/653/CEE) acaso pudiera resultar de interés (cfr. art. 6). Es posible que las omisiones mencionadas sean conscientes, pero en ese caso una sencilla justificación o remisión no sería desdeñable. En caso contrario, estos materiales adicionales podrían servir para ulteriores reflexiones ante una eventual reedición de la obra.

Llegado el momento de recontar el nutrido *haber* que atesora esta monografía, lejos de reiterar las tesis y los renovadores replanteamientos ya examinados, quisiera subrayar algunos de los rasgos que hacen de este libro una valiosa muestra del elevado nivel de nuestra civilística, hasta el punto de constituir probablemente un buen modelo de cierta nueva metodología europeísta. Como se ha dicho, estas páginas contienen una auténtica tesis, en cuya intelección el lector no se perderá por las ramas de lo consabido, sino que se elevará en un tronco que hunde sus raíces en la tradición, para ganar altura con la nueva sabia que le procura quien, desde el respeto y la honradez científica, no duda en discutir y rebatir valientemente y con argumentos con los autores más asentados. La limpieza intelectual de este trabajo se aprecia desde su misma estructura (que huye de lo más clásico para ahormarse a sus objetivos), hasta numerosos aspectos formales que facilitan la metabolización de lo presentado: epígrafes con títulos muy elocuentes, resaltados de ideas en negritas y cursivas, diez magras y revitalizadoras conclusiones, etc. Pero sobre todo, merece la pena resaltar el trabajo de Derecho comparado que se realiza entre el Derecho español y los textos de Derecho uniforme, así como la inusitada profundidad del examen del Derecho inglés, de nuevo con la honradez de quien, tras dominar una materia, no pretende hacerla encajar forzosamente en el propio ordenamiento, sino todo lo contrario: poniendo de relieve las distancias entre los principios foráneos y los propios, lejos de aproximaciones más superficiales, es decir, depurando el panorama doctrinal existente. Y todo ello dentro de la acertada delimitación de un tema secularmente complejo. Por todo ello, además de agradecer a la Dra. Fernández Gregoraci su contribución a nuestra doctrina, creo que desde estas páginas cabe lanzarle el envite de confeccionar un breve ensayo en inglés (*velis nolis*, la *lingua franca* del moderno Derecho comparado) para proyectar sus esclarecedoras conclusiones ante el público más amplio de la arena europea.

Sergio CÁMARA LAPUENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. 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

ALISTE SANTOS, Tomás J.: «La falacia dogmática en la interpretación de la disposición final derogatoria del Código Civil. Un problema de justificación de puntos de vista interpretativos», en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2007, pp. 725 ss.

— «La falacia dogmática en la interpretación de la disposición final derogatoria del Código Civil. Un problema de justificación de puntos de vista interpretativos», Fe de erratas, en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2007, pp. 1259 ss.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Una nueva patología en materia de publicación de la ley: la corrección de falsas erratas», en *DPC*, núm. 20, enero-diciembre 2006, pp. 63 ss.

CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl: «La heterogeneidad doctrinal en el Tribunal Supremo: jurisdicción universal como alternativa constitucionalmente viable», en *RGLJ*, núm. 2006-4.º, pp. 559 ss.

- GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo: «Los archiveros de distrito notarial están legitimados y obligados a subsanar los errores materiales de los protocolos a su cargo», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 153 ss.
- HERNANDO SANTIAGO, Francisco José: «Naturaleza jurídica del recurso gubernativo», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 491 ss.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Secuestro del lenguaje jurídico y de la legalidad. La seguridad jurídica», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2381 ss.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis: «La jurisdicción civil española y las resoluciones extranjeras», en *La Ley*, 2007-1, D-37.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado y otras incidencias en la Legislación Notarial de la Ley 24/2001», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 23 ss.
- SACRISTÁN ROMERO, Francisco: «El efecto de la publicidad en la norma», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2281 ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «Consideraciones sobre el problema de la inaplicación de los reglamentos», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 11 ss.
- SENDIN GARCÍA, Miguel Ángel: «Concepto jurídico de documento», en *La Ley*, 2006-5, D-239.
- VEGA VEGA, José Antonio: «El método semiótico como interpretación y análisis del lenguaje jurídico. Especial referencia al Derecho mercantil», en *RGLJ*, núm. 2007-1.º, pp. 77 ss.
- XIOL RÍOS, Joan Antonio: «Valor de la jurisprudencia en la societat contemporània», en *RJC*, núm. 2007-1, pp. 9 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- AGUILERA, Marien: «El *ne bis in idem*, un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 20, 2006, pp. 479 ss.
- ALBA MARTÍN, M.ª Oliva: «La reversión de la dotación fundacional, a propósito de la STC 341/2005, de 21 de diciembre», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2007, pp. 1125 ss.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: «Derecho de asociación y organización democrática», en *La Ley*, 2006-4, D-203.
- BERCOVITZ, Rodrigo: «Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 11.1 y 2, 17.2, 24.3, 27.2 y 28.1 de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones (Comentario a la STC de 21 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1607 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «La autotutela y la situación de ausencia no declarada en la Ley 2/2006, de 14 de junio», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2007, pp. 994 ss.

- COROMINAS MALET, Andreu: «El papel de las fundaciones tutelares», en *EDJ*, núm. 92, 2007, pp. 189 ss.
- ESTIVAL ALONSO, Luis: «El derecho de rectificación como garantía de la veracidad informativa. Aspectos procesales», en *La Ley*, 2007-1, D-5.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos», en *RPJ*, núm. 81, 2006, pp. 181 ss.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: «Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas», en *La Ley*, 2006-4, D-166.
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio: «El medio ambiente como derecho fundamental», en *RDU*, núm. 231, 2007, pp. 141 ss.
- LAMA AYMA, Alejandra de: «El contracte sobre la imatge del menor», en *RJC*, núm. 2006-4.º, pp. 983 ss.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A.: «Algunos apuntes en torno al tratamiento del derecho constitucional a la vida en la nueva ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de 26 de mayo de 2006», en *La Ley*, 2006-4, D-180.
- LÓPEZ BURNIOL, Juan José: «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 431 ss.
- MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: «Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado», en *RJNot.*, núm. 60, 2006, pp. 105 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «Videovigilancia y protección de datos personales. La Instrucción 1/2006, de 12 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos», en *RDNT*, núm. 13, 2007, pp. 73 ss.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: «La autotutela en el Derecho Civil común», en *RJNot.*, núm. 60, 2006, pp. 161 ss.
- MORÁN BLANCO, Sagrario: «Cuestiones en torno a la cooperación para el desarrollo de la Unión Europea y los derechos humanos», en *RDCE*, núm. 25, 2006, pp. 889 ss.
- MORILLO GONZÁLEZ, Fernando: «La ausencia de ánimo de lucro y la reversión de los bienes fundacionales a la extinción de la fundación», en *DPC*, núm. 20, enero-diciembre 2006, pp. 255 ss.
- ORTEGA GÓMEZ, Marta: «Legitimación de las asociaciones constituidas para promover los intereses colectivos de una categoría de justiciables ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia», en *RDCE*, núm. 25, 2006, pp. 757 ss.
- PEREÑA VICENTE, Monserrat: «La autotutela ¿desjudicialización de la tutela?», en *La Ley*, 2007-1, D-56.
- PUIGGALÍ TORRENTÓ, Miquel: «Problemas procesales que plantea el procedimiento de incapacidad», en *EDJ*, núm. 92, 2007, pp. 163 ss.
- RIBAS ALEJANDRO, Javier: «Comunicaciones comerciales», en *CDJ*, núm. 2006-V, pp. 133 ss.

- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a Belén: «Consentimiento informado e investigación con preembriones en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida», en *RGLJ*, 2006-4.º, pp. 631 ss.
- SANTOS URBANEJA, Fernando: «Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica», en *CDJ*, núm. 2005-XX, pp. 15 ss.
- SEDA HERMOSÍN, Manuel Antonio: «Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos», en *CDJ*, núm. 2005-XX, pp. 125 ss.
- SEGURA ZURBANO, José María: «La auto-incapacitación, la autotutela y los poderes preventivos de la incapacidad», en *CDJ*, núm. 2005-XX, pp. 61 ss.
- TAJADURA TEJADA, Javier: «Concepto y valor de los preámbulos de las leyes», en *La Ley*, 2006-3, D-155.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «El derecho a elegir el sexo de los hijos», en *La Ley*, 2007-1, D-34.
- VENTURA MAS, Silvia: «Derechos fundamentales y cuestiones éticas en las unidades de psiquiatría. Instrucciones previas», en *EDJ*, núm. 92, 2007, pp. 105 ss.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2007, pp. 1109 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ACEBES CORNEJO, Raúl: «Las deudas del causante y la sucesión de los arrendamientos urbanos», en *RCDI*, núm. 699, 2007, pp. 11 ss.
- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «La problemática del concepto de parte en el proceso de ejecución», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2185 ss.
- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel: «Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico (Primera parte)», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 207 ss.
- AMORES CONRADI, Miguel, y MOLINA A. DE CIENFUEGOS, Ignacio: «La responsabilidad civil de los jueces constitucionales. Un diálogo, con epílogo, sobre la última palabra en democracia», en *RJUAM*, núm. 13, 2006, pp. 165 ss.
- ARIAS POU, María: «El consentimiento en la contratación electrónica a través de internet», en *La Ley*, 2006-4, D-187.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: «La responsabilidad por accidentes de esquí», en *RGLJ*, núm. 2006-4.º, pp. 527 ss.
- ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática», en *La Ley*, 2007-1, D-25.

- BECH SERRAT, Joseph María: «Responsabilidad civil por atentado terrorista producido en el transcurso de un viaje combinado. Relación de causalidad. Inexistencia de caso fortuito (Comentario a la STS de 2 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1773 ss.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «La nulidad y la infracción de las limitaciones y prohibiciones de disponer en la transmisión de viviendas de protección oficial según la Ley aragonesa de 26 de diciembre de 2003», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 11 ss.
- BONARDELL LOZANO, Rafael: «La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 133 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «El carácter excepcional de la responsabilidad civil por daños causados por la supuesta conducta procesal abusiva de un litigante (Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1587 ss.
- CABALLERO LOZANO, José María: «La mediación como forma de solución de conflictos en los contratos agroindustriales», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 35 ss.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra: «El derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista)», en *La Ley*, 2006-2, D-103.
- CASADO CASADO, Belén: «Defectos constructivos: sobre la plena vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto de todo tipo de obras, sea cual sea la fecha de solicitud de licencia de obra», en *La Ley*, 2006-4, D-179.
- «La falta de licencia urbanística en la compra de vivienda. Aspectos civiles de la cuestión», en *La Ley*, 2007-1, D-9.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Doble venta en subasta judicial. Efectos que producen la vigencia y la caducidad de una anotación preventiva de embargo sobre la fecha de inscripción del correspondiente auto de adjudicación que posteriormente recaiga en el juicio ejecutivo. Eficacia de la anotación preventiva de embargo (Comentario a la STS de 4 de noviembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1393 ss.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica», en *La Ley*, 2006-4, D-214.
- CASTILLO RODRÍGUEZ, Luz: «Novedades procesales sobre la legitimación y arbitraje en materia de consumo (Ley 44/2006, de 29 de diciembre)», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2007, pp. 981 ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «La motivación judicial de la indemnización por daño moral», en *DPC*, núm. 20, enero-diciembre 2006, pp. 153 ss.
- CERDÁ GIMENO, José: «En torno a la garantía patrimonial (releyendo un texto del profesor Dr. D. Manuel Amorós Guardiola)», en *RDPat.*, núm. 18, 2007, pp. 81 ss.

- CLEMENTE MEORO, Mario: «La contratación electrónica», en *EDJ*, núm. 71, 2006, pp. 129 ss.
- CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo María: «El convenio arbitral», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 279 ss.
- CUARTERO RUBIO, María Victoria: «La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales», en *La Ley*, 2006-5, D-234.
- CUENCA ANAYA, Francisco: «De nuevo sobre accidentes provocados por las piezas de caza en las carreteras», en *La Ley*, 2006-5, D-273.
- CUÑAT EDO, Vicente: «Las limitaciones a la libertad en el ámbito contractual bancario», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 11 ss.
- DE PRADA GUAITA, Vicente María: «La autonomía de la voluntad y las cláusulas no inscribibles», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 371 ss.
- DELGADO RODRÍGUEZ, Fernando: «Repercusión en el ámbito de la jurisdicción civil de las reclamaciones en materia de telefonía móvil y de internet», en *RPJ*, núm. 80, 2005, pp. 251 ss.
- DÍAZ DEL HOYO, Miguel Ángel: «La lucha contra la morosidad comercial: un nuevo proceso monitorio empresarial para una nueva coyuntura», en *La Ley*, 2006-4, D-206.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: «El régimen especial de la responsabilidad civil en el proceso penal de menores», en *La Ley*, 2006-3, D-159.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «El suicidio no es un acto voluntario, sino un accidente laboral (A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social número 11 de Madrid, de 14 de noviembre de 2005)», en *RDPat.*, núm. 18, 2007, pp. 117 ss.
- ESPIGARES HUETE, José Carlos: «La efectividad de la garantía “a primer requerimiento”: ¿fianza o garantía equivalente a un depósito caucional?», en *La Ley*, 2007-1, D-22.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Contrato de obra celebrado entre la Administración Pública y contratista privado. Subcontrato celebrado entre el contratista principal y un subcontratista privado. Resolución del subcontrato por paralización de las obras. Acción directa ex artículo 1597 del Código Civil contra el comitente y contratista principal. Ejercicio de la acción por el subcontratista. Exigencia por el subcontratista del pago del precio de la obra según el verdadero valor de la misma y de una indemnización por paralización de equipos. Demanda dirigida en la vía civil tanto contra el contratista principal como contra la Administración Pública comitente o dueña de la obra. Competencia de la jurisdicción civil. Inversión de la carga de la prueba. Condena solidaria de los demandados (Comentario a la STS de 24 de enero de 2006)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1717 ss.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel: «Accidente en festejo taurino. Responsabilidad civil extracontractual. Relación de causalidad. Culpa y riesgo. Moderación de la responsabilidad (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1399 ss.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-RUEGUER, María Ángeles: «La perfección del contrato electrónico», en *CDJ*, núm. 2006-V, pp. 180 ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 65 ss.
- FONT I SEGURA, Albert: «La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales», en *RJC*, núm. 2006-2, pp. 391 ss.
- FONTÁN SILVA, Eduardo José: «El exequátur de laudos extranjeros. Algunos aspectos teóricos y prácticos», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 245 ss.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: «Responsabilidad médica. Medicina voluntaria. Doctrina de la imputación objetiva. Consentimiento informado en cirugía estética. Incumplimiento del deber de información: daño y nexo causal (Comentario a la STS de 21 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1435 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Relectura del Art. 1902 CC. Visto desde el siglo XXI», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2007, pp. 357 ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el Derecho de contratos. Análisis del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE», en *La Ley*, 2006-5, D-256.
- GARCÍA VARELA, Román: «El incumplimiento contractual y el daño moral», en *La Ley*, 2006-2, D-69.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia: «Incidencia jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación», en *RGLJ*, núm. 2006-4.º, pp. 587 ss.
- GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael: «La publicidad en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información», en *CDJ*, núm. 2006-V, pp. 265 ss.
- GÓMEZ TABOADA, Jesús: «Los contratos atípicos o innominados», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 161 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «Las nociones de consumidor medio y miembro medio de un grupo particular de consumidores en el Reglamento núm. 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)», en *GJ*, núm. 247, 2007, pp. 9 ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2007, pp. 597 ss.
- GUIJARRO COLOMA, Luis: «Fundamentos técnicos y operativos de la firma electrónica», en *EDJ*, núm. 71, 2006, pp. 229 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «Delimitación temporal del riesgo en el seguro de R. C. de auditores y “cláusulas *claim made*”. El nuevo artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas», en *La Ley*, 2006-2, D-85.
- GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «Responsabilidad civil por defectuosa dirección de obra. Responsabilidad del Arquitecto técnico coexistente con la del Arquitecto director. Doctrina del artículo 1591 del Código civil.

- Actuación procesal temeraria que justifica la condena en costas (Comentario a la STS de 15 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1573 ss.
- HERRERA, Edorta J. E.: «La acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 355 ss.
- HIDALGO ROMERO, Rafael: «Clasificación de créditos afianzados por personas especialmente relacionadas con el deudor. (Comentario a la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2006)», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 293 ss.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: «La nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 297 ss.
- IRAKULIS ARREGI, Nerea: «Aspectos publicitarios de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de consumo», en *La Ley*, 2006-5, D-266.
- KOZOLCHYK, Boris: «El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza», en *DN*, núm. 199, 2007, pp. 5 ss.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «La ineficacia del arbitraje», en *RGLJ*, núm. 2007-1.º, pp. 7 ss.
- LAFUENTE SUÁREZ, Manuel: «La Ley de firma electrónica y la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de certificación», en *RDNT*, núm. 13, 2007, pp. 17 ss.
- LAMA AYMA, Alejandra de: «El contracte sobre la imatge del menor», en *RJC*, núm. 2006-4.º, pp. 983 ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «Aspectos publicitarios de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de consumo», en *La Ley*, 2006-5, D-266.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «Los arrendamientos rústicos en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2007, pp. 1237 ss.
- LINARES GIL, Máximo I.: «La incidencia en la posición de los acreedores públicos en el concurso del proyecto de ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 279 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «El recurso a la responsabilidad civil extracontractual como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 203 ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «La propuesta del Tribunal Constitucional sobre la denominada “indagación razonable” que permite que las notificaciones o comunicaciones en el arbitraje se consideren recibidas», en *La Ley*, 2006-2, D-85.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Casuística práctica de la acción de anulación del laudo arbitral en la Ley 60/2003», en *La Ley*, 2006-5, D-228.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «Tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta en el Derecho español y en el Derecho uniforme», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2243 ss.

- MANENT BLASCO, Cristina: «L'anomenada permuta immobiliària catalana: aproximació a la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cesio de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura», en *RJC*, núm. 2006-2, pp. 483 ss.
- MARCOS, Francisco, y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Insuficiencias en la regulación del seguro de decesos», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 207 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso», en *La Ley*, 2006-5, D-243.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. Nicolás: «La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2007, pp. 853 ss.
- MARTÍN CASALS, M., y SOLÉ FELÚ, J.: «Fallecimiento de trabajador en accidente de trabajo. Reclamación de daños y perjuicios. Responsabilidad del contratista por los daños causados por el subcontratista (Comentario a la STS de 18 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1361 ss.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: «Falsificación del título y protección registral», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 247 ss.
- MAS BADÍA, M.^a Dolores: «La incidencia de las obligaciones bancarias sobre los bienes gananciales», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 81 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «Protección del cliente electrónico como contratante a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 77 ss.
- MOLINA A. DE CIENFUEGOS, Ignacio, y AMORES CONRADI, Miguel: «La responsabilidad civil de los jueces constitucionales. Un diálogo, con epílogo, sobre la última palabra en democracia», en *RJUAM*, núm. 13, 2006, pp. 165 ss.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís: «La preclusión de alegaciones y fundamentos jurídicos en un segundo proceso arbitral o en un proceso ordinario con referencia a un previo proceso arbitral», en *RJC*, núm. 2006-4, pp. 1087 ss.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Responsabilidad civil médica. Supuesto de nacimiento de niño afectado de síndrome de Down. Deber de información. Relación de causalidad. Daño. *Wrongful birth* (Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1637 ss.
- NISTAL BURON, Javier: «La responsabilidad patrimonial del estado por los daños causados por los reclusos durante el disfrute de los beneficios penitenciarios en general y de los permisos de salida en particular. La sociedad como garante de las deficiencias del sistema de resocialización de los penados», en *La Ley*, 2006-2, D-66.
- NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzazu: «Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges», en *RJNot.*, núm. 60, 2006, pp. 197 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Lease-back inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. Ejercicio simultáneo en juicios distintos de

- la acción de cumplimiento y de la resolución contractual (Comentario a la STS de 2 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1741 ss.
- PASTOR OLIVER, Antonio: «La declaración del cuestionario de salud y sus incidencias en los seguros de personas», en *RPJ*, núm. 81, 2006, pp. 211 ss.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar: «¿Forma escrita del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL», en *DN*, núm. 197, 2007, pp. 5 ss.
- PÉREZ MILLÁN, David: «El billete de pasaje aéreo: función de legitimación y necesidad del documento para el ejercicio del derecho al transporte», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 231 ss.
- PRIETO ESCUDERO, Miguel: «Crítica a los privilegios del crédito fuera del concurso de acreedores», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2007, pp. 133 ss.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática», en *La Ley*, 2007-1, D-25.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Contrato de seguro. Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y cláusulas de delimitación del riesgo. Suma asegurada. Seguro de automóviles. Seguro de ocupantes que cubre los daños del conductor del vehículo (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1659 ss.
- REPRESA POLO, Patricia: «Los derechos del consumidor en la Ley 23/2003 de garantías en la venta de bienes de consumo», en *La Ley*, 2006-2, D-102.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Declaraciones de voluntad contractuales y valor jurídico del silencio», en *RGLJ*, núm. 2007-1.º, pp. 51 ss.
- RUIZ RICO, José Manuel: «Defectos constructivos: sobre la plena vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto de todo tipo de obras, sea cual sea la fecha de la solicitud de licencia de obra», en *La Ley*, 2006-4, D-179.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert y MARCOS, Francisco: «Insuficiencias en la regulación del seguro de decesos», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 207 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 365 ss.
- SANJUÁN Y MÚÑOZ, Enrique: «Las condiciones generales de la contratación y el comercio electrónico», en *EDJ*, núm. 71, 2006, pp. 13 ss.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: «La responsabilidad civil en los delitos de elusión de deudas (insolvencias punibles, defraudación fiscal, impago de prestaciones familiares)», en *La Ley*, 2006-5, D-247.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio: «Responsabilidad civil medioambiental en el Derecho Comunitario», en *EDJ*, núm. 80, 2006, pp. 37 ss.
- SOLÉ FELIÚ, J. y MARTÍN CASALS, M.: «Fallecimiento de trabajador en accidente de trabajo. Reclamación de daños y perjuicios. Responsabilidad del contratista por los daños causados por el subcontratista (Comentario a la STS de 18 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1361 ss.

- STAMPA CASAS, Gonzalo: «El Juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 178 ss.
- SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel: «El Juez de control del arbitraje: anulación y revisión del laudo», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 199 ss.
- SUAY RINCÓN, José: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y Urbanismo: Determinación de los supuestos indemnizatorios y régimen jurídico aplicable (Un intento de (re)interpretación de la normativa urbanística a la luz de la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración)», en *RDÚ*, núm. 232, 2007, pp. 31 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa: «El proyecto de reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad por productos», en *RJUAM*, núm. 13, 2006, pp. 253 ss.
- VAQUERO PINTO, María José: «Subsidiariedad y fianza solidaria. Subsidiariedad de la acción pauliana y fianza solidaria. Acción pauliana y fianza de obligación futura (Comentario a la STS de 19 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1381 ss.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión (2.^a parte)», en *RJC*, núm. 2006-2, pp. 369 ss.
- VERDERA Y TUELLS, Evelio: «La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 13 ss.
- VILATA MENADAS, Salvador: «Condiciones generales de la contratación y el artículo 10 bis de la LGDCU», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 43 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Duración del arrendamiento de vivienda concertado por el usufructuario», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 351 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- AGUILERA ANEGON, Gonzalo: «Calificación registral de mandamiento de embargo de bienes inmuebles», en *La Ley*, 2006-2, D-104.
- AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz: «Denegación de inscripción en el Registro de la Propiedad de escritura pública de compraventa de inmueble sito en España, autorizada por notario alemán (Comentario a la RDGRN de 20 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1295 ss.
- ARIAS POU, María: «La importancia de la elección de un nombre de dominio», en *La Ley*, 2006-4, D-198.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «Propiedad Intelectual: Remuneración compensatoria por copia privada: pretensión de promover cuestión de constitucionalidad del art. 25 LPI en sus sucesivas redacciones, así como plantear cuestión prejudicial al TJCE y, en su consecuencia, condenar a las entidades de gestión a devolver cantidades abonadas en concepto de remuneración compensatoria por copia privada; nulidad de la resolución del mediador nombrado por el Ministerio de Cultura (ex art. 25 LPI con

la redacción dada por la Ley 20/1992) en relación con las cintas vírgenes de vídeo de 1, 72 mm. o media pulgada; aplicación de los descuentos pactados en los acuerdos parciales entre entidades de gestión y representantes de la industria afectada por el canon (Comentario a la STS de 25 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1451 ss.

- CASTILLA BAREA, Margarita: «Doble venta en subasta judicial. Efectos que producen la vigencia y la caducidad de una anotación preventiva de embargo sobre la fecha de inscripción del correspondiente auto de adjudicación que posteriormente recaiga en el juicio ejecutivo. Eficacia de la anotación preventiva de embargo (Comentario a la STS de 4 de noviembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1393 ss.
- CONTIJOCHJ PRATDESABA, Ramón: «La Llei de Propietat Horitzontal catalana (1.ª part)», en *RJC*, núm. 2007-1, pp. 165 ss.
- COSSÍO ARRIBAS, Ignacio: «Análisis del proceso de equidad previsto en la Ley de Propiedad Horizontal, a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2007, pp. 469 ss.
- DE PRADA GUAITA, Vicente María: «La autonomía de la voluntad y las cláusulas no inscribibles», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 371 ss.
- DELGADO TRUYOLS, Álvaro: «La fijación de las cuotas de participación en el régimen de propiedad horizontal», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 129 ss.
- DÍAZ VALES, Fernando: «La ampliación de la responsabilidad hipotecaria sujeta a condición suspensiva (RRDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005)», en *La Ley*, 2006-5, D-259.
- ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada: «Acceso al Registro de la Propiedad español de contratos sobre inmuebles autorizados por notarios extranjeros», en *RJNot.*, núm. 60, 2006, pp. 307 ss.
- FIGUEIRAS DACAL, Manuel: «La doctrina de Bentham y el sistema registral de seguridad jurídica», en *RCDI*, núm. 699, 2007, pp. 65 ss.
- GALICIA AIZPURÚA, Gorka: «Adición a la partición ex artículo 1079 CC. Imprescriptibilidad de la acción. Usucapión de bienes relictos por un comunero. Cauce procesal oportuno para el ejercicio de acciones de índole divisoria (Comentario a la STS de 18 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1351 ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «La seguridad jurídica preventiva y las nuevas tecnologías: una aproximación a la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad», en *RJNot.*, núm. 60, 2006, pp. 75 ss.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «Notas sobre la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial», en *La Ley*, 2006-3, D-163.
- GASPAR LERA, Silvia: «Propiedad horizontal. Acuerdo por el que se nombra presidente de una Comunidad a quien carece de la condición de copropietario: nulidad de pleno derecho del citado nombramiento (Comentario a la STS de 30 de junio de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1313 ss.

- GÓMEZ DE LEÓN LÓPEZ, Luis: «Facultades de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual», en *La Ley*, 2006-5, D-237.
- GÓMEZ PERALS, Miguel: «Relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Catastro: ¿coordinación?», en *RCDI*, núm. 699, 2007, pp. 93 ss.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Inmaculada, y PÉREZ TROYA, Adoración: «La integración de los derechos de autor en la masa activa del concurso», en *ADC*, núm. 10, 2007, pp. 115 ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2007, pp. 597 ss.
- IGLESIA MONJE, Maria Isabel de la: «Hipotecas bajo condición suspensiva», en *La Ley*, 2006-3, D-161.
- LAFUENTE SUÁREZ, Manuel: «La Ley de firma electrónica y la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de certificación», en *RDNT*, núm. 13, 2007, pp. 17 ss.
- MAESTRE RODRÍGUEZ, Javier A.: «Los problemas jurídicos derivados del nombre del dominio», en *CDJ*, núm. 2006-V, pp. 61 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «Desahucio por precario contra el movimiento ocupa», en *La Ley*, 2006-2, D-7685.
- MARTÍN VILLAREJO, Abel: «Reflexiones sobre el denominado “canon de copia privada”. Análisis jurídico y aclaración de aspectos esenciales», en *La Ley*, 2006-5, D-271.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: «Falsificación del título y protección registral», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 247 ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «Registro de la Propiedad y Ley del Suelo», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2303 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Medios de comunicación social y derecho de autor (en torno al límite establecido en el art. 33 LPI)», en *RDPat.*, núm. 18, 2007, pp. 25 ss.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge: «Un viejo dilema: la protección de la obra arquitectónica construida en la Ley de Propiedad Intelectual», en *RCDI*, núm. 699, 2007, pp. 141 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino Ricardo: «Hipotecas bajo condición suspensiva», en *La Ley*, 2006-3, D-1561.
- PÉREZ TROYA, Adoración, y GONZÁLEZ LÓPEZ, Inmaculada: «La integración de los derechos de autor en la masa activa del concurso», en *ADC*, núm. 10, 2007, pp. 115 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», en *RDNT*, núm. 12, 2006, pp. 17 ss.
- PORTOCARRERO, Carlos: «Hipotecas condicionales: condiciones suspensivas admisibles», en *La Ley*, 2006-5, D-251.

- PRIETO ESCUDERO, Miguel: «El olvido de la Ley Concursal por las afectaciones reales», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2007, pp. 491 ss.
- RUBIO GIMENO, Gemma: «Ejecución hipotecaria sobre finca en la que se ha edificado con posterioridad a la constitución de la hipoteca y a cuya edificación no se extiende la hipoteca. Enriquecimiento injusto del adjudicatario de la finca (Comentario a la STS de 18 de noviembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1517 ss.
- RUIZ-RICO MÁRQUEZ, Juan Francisco: «Procedimientos telemáticos y Registro de la Propiedad: crónica de una historia interminable», en *RDNT*, núm. 12, 2006, pp. 63 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos: «El nuevo recurso contra las calificaciones de los registradores», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 175 ss.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «La copia privada en la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual», en *La Ley*, 2006-3, D-133.
- TOURNÉ ALEGRE, José Manuel: «Los derechos de propiedad intelectual en relación con la sociedad de la información», en *La Ley*, 2006-5, D-269.
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: «Hipoteca “cambiaria”. Comentario a la Resolución de 1 de junio de 2006», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 251 ss.
- YÚFERA SALES, Pedro L.: «Sobrevolando el libro quinto del Código civil de Catalunya, relativo a derechos reales», en *RJC*, núm. 2006-4 pp. 937 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», en *La Ley*, 2007-1, D-12.
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «La Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 105 ss.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva», en *DPC*, núm. 20, enero-diciembre 2006, pp. 105 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Confesión de privatividad. Necesidad de justificar con prueba documental pública la procedencia privativa del precio satisfecho por el bien para inscribirlo con carácter privativo (Comentario a la STS de 10 de octubre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1419 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Los matrimonios de complacencia y la inscripción de la DGRN de 31 de enero de 2006», en *La Ley*, 2007-1, D-3
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Los matrimonios de complacencia y la inscripción de la DGRN de 31 de enero de 2006», en *La Ley*, 2007-1, D-3
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Exégesis de la doctrina de la DGRN sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio», en *La Ley*, 2006-2, D-79.

- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Disposiciones testamentarias de protección de descendientes del causante menores de edad», en *RDF*, núm. 33, 2006, pp. 23 ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «Convenios reguladores y animales domésticos», en *La Ley*, 2007-1, D-32.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar: «Las uniones de personas del mismo sexo: las opciones de regulación y sus implicaciones jurídicas», en *DPC*, núm. 20, enero-diciembre 2006, pp. 173 ss.
- FLUITERS CASADO, Rafael: «Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva Judicial», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 352 ss.
- GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, Ricardo: «La *causa matrimonii* en el negocio de atribución de bienes a favor de la sociedad de gananciales», en *La Ley*, 2006-5, D-242.
- GARCÍA RIVAS, Francisco J.: «Efectos del concurso de acreedores sobre el derecho de alimentos», en *RDF*, núm. 33, 2006, pp. 79 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas», en *DPC*, núm. 20, enero-diciembre 2006, pp. 203 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional», en *RJUAM*, núm. 13, 2006, pp. 133 ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: «Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales», en *La Ley*, 2006-3, D-156.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual», en *La Ley*, 2006-3, D-153.
- «Incidencia jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación», en *RGLJ*, núm. 2006-4.º, pp. 617 ss.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «Derecho sin realidad: padres o progenitores (sobre la Orden *JUS/568/2006*, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del libro de familia)», en *La Ley*, 2007-1, D-15.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: «La adopción por parejas del mismo sexo», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 269 ss.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert: «Veïnatge civil, determinació del regim ecoòmic matrimonial i llei aplicable a la successió. *Check-list* i criteris d'actuació professional (1.ª part)», en *RJC*, núm. 2006-4 pp. 947 ss.; y (2.ª part), en *RJC*, núm. 2007-1, pp. 33 ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Matrimonio y filiación: las acciones de filiación», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 242 ss.
- LLORENTE PINTOS, Roberto: «El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta», en *RDF*, núm. 33, 2006, pp. 23 ss.

- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «El deber de alimentos como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes», en *RDF*, núm. 33, 2006, pp. 61 ss.
- «El recurso a la responsabilidad civil extracontractual como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 203 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Nuevas perspectivas sobre el Derecho de familia: perplejidades, claves y paradojas», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 479 ss.
- MAS BADÍA, M.^a Dolores: «La incidencia de las obligaciones bancarias sobre los bienes gananciales», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 81 ss.
- MOLINER NAVARRO, Rosa M.: «El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 195 ss.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», en *La Ley*, 2006-3, D-146.
- NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzazu: «Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges», en *RJNot.*, núm. 60, 2006, pp. 197 ss.
- ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel Luis: «Aspectos penales de especial incidencia en la separación y el divorcio: impago de pensiones, alzamiento de bienes y violencia», en *CDJ*, núm. 2005-XXIV, pp. 307 ss.
- ORTUÑO MÚÑOZ, Pascual: «La mediación familiar», en *CDJ*, núm. 2005-XXIV, pp. 67 ss.
- PUENTE DE ALFARO, Fernando de la : «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2359 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional», en *DPC*, núm. 20, enero-diciembre 2006, pp. 331 ss.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «El artículo 1324 del Código Civil: dudas y reflexiones», en *La Ley*, 2006-4, D-182.
- «La *causa matrimonii* en el negocio de atribución de bienes a favor de la sociedad de gananciales», en *La Ley*, 2006-5, D-242.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Nulidad matrimonial por error en cualidades personales: en torno a la sentencia de 26 de febrero de 2003», en *RJNot.*, núm. 60, 2006, pp. 219 ss.
- SÁNCHEZ-EZNARRIAGA ZARRALUQUI, Luis: «El proceso matrimonial concencioso», en *CDJ*, núm. 2005-XXIV, pp. 209 ss.
- SEOANE PRADO, Javier: «Matrimonio, familia y Constitución», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 15 ss.

- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel: «La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el Derecho español», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 365 ss.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro: «El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 409 ss.
- VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel: «Sobre la necesidad de que la madre biológica ratifique el abandono-exposición del recién nacido en los supuestos de adopción internacional», en *La Ley*, 2006-4, D-222.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: «Las parejas de hecho: una realidad con distinto tratamiento», en *CDJ*, núm. 2005-XXIV, pp. 15 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ACEBES CORNEJO, Raúl: «Las deudas del causante y la sucesión de los arrendamientos urbanos», en *RCDI*, núm. 699, 2007, pp. 11 ss.
- CERDÁ GIMENO, José: «Normatividad, jurisprudencia y sucesión contractual en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2007, pp. 366 ss.
- «En torno a la prohibición de la sucesión contractual, desde una perspectiva sincrónica», en *La Ley*, 2006-2, D-127.
- «De los precedentes de la prohibición de la sucesión contractual. III. De los precedentes próximos (Derecho Intermedio)», en *RJNot.*, núm. 60, 2006, pp. 9 ss.
- «De la fiducia sucesoria en la empresa familiar», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 93 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Disposiciones testamentarias de protección de descendientes del causante menores de edad», en *RDF*, núm. 33, 2006, pp. 23 ss.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: «Libertad de testar y derecho de hijos de anterior matrimonio: ¿un sistema necesitado de revisión en Navarra?», en *RJN*, núm. 41, 2006, pp. 9 ss.
- FUENTESECA, Cristina: «Inscripción a favor de uno de los coherederos de un bien indiviso con obligación de compensar económicamente a los demás coherederos y denegación de inscribir 1/7 parte privativamente a favor de la heredera y las restantes 6/7 partes a nombre de la sociedad de gananciales (Comentario a la RDGRN de 14 de abril de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1285 ss.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano Carlos: «Notas sobre la llamada “partición adicional” (art. 1079 CC)», en *La Ley*, 2006-2, D-85.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert: «Veïnatge civil, determinació del regim econòmic matrimonial i llei aplicable a la successió. *Check-list* i criteris d’actuació professional (1.^a part)», en *RJC*, núm. 2006-4 pp. 947 ss.; y (2.^a part), en *RJC*, núm. 2007-1, pp. 33 ss.

- LAMO MERLINI, Olga de: «Los vicios de la voluntad testamentaria: apuntes para una interpretación del artículo 673 del Código Civil», en *RGLJ*, núm. 2007-1.º, pp. 37 ss.
- LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», en *CDJ*, núm. 2005-XX, pp. 179 ss.
- PEINADO RUANO, Julián: «La transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 403 ss.
- PLANA ARNALDOS, M.^a del Carmen: «Composición del caudal relicto. Inclusión de una administración de loterías (Comentario a la STS de 2 de enero de 2006)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1681 ss.
- PUIG FERRIOL, Luis: «Incidencia de la reforma del matrimonio en el Derecho sucesorio», en *CDJ*, núm. 2005-XXVI, pp. 317 ss.
- REQUEIXO SOUTO, Xaime Manuel: «Legado a favor del cónyuge: imputación o acumulación a su legítima», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2007, pp. 245 ss.
- ROMERO PAREJA, Agustín: «Nulidad de las disposiciones de última voluntad», en *RJNot.*, núm. 60, 2006, pp. 237 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- BENAVIDES DEL REY, José Luis: «La publicidad registral mercantil: aspectos sustantivos y formales. Nuevas perspectivas en la sociedad de la información», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 317 ss.
- BERASATEGUI, Javier: «La integración de la contratación pública en la Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 247, 2007, pp. 35 ss.
- CABRERA MAQUEDA, Eduardo, y GIVAJA SANZ, Ángel: «Desarrollos recientes en torno al programa comunitario de clemencia y su implantación en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 33 ss.
- CHOLIZ, Daniel: «Los derechos sobre la actividad creativa en la empresa: protección legal de las obras e invenciones laborales», en *La Ley*, 2006-5, D-270.
- DE NADAL ARCE, Santiago: «Quince años de Ley de Competencia Desleal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los tipos de deslealtad», en *RJC*, núm. 2007-1, pp. 105 ss.
- FERNÁNDEZ, Ignacio J.: «Los derechos sobre la actividad creativa en la empresa: protección legal de las obras e invenciones laborales», en *La Ley*, 2006-5, D-270.

- 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 PÉREZ, Rafael: «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», en *DN*, núm. 200, 2077, pp. 5 ss.
- GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael: «La publicidad en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información», en *CDJ*, núm. 2006-V, pp. 265 ss.
- GIVAJA SANZ, Ángel, y CABRERA MAQUEDA, Eduardo: «Desarrollos recientes en torno al programa comunitario de clemencia y su implantación en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 33 ss.
- GOICOECHEA, Patricia: «El tratamiento de las transacciones interrelacionadas en el marco de control de concentraciones», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 53 ss.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «El control de franquicia y sus relaciones con el derecho *antitrust* comunitario: acuerdos verticales», en *RDPat.*, núm. 18, 2007, pp. 53 ss.
- MARTÍNEZ GUERRA, Amparo: «La Propuesta de Directiva de publicidad engañosa y comparativa. Un nuevo marco jurídico de aplicación y protección», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 53 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.
- PABLO-ROMERO, Concha: «Derecho Europeo de la competencia y el ejercicio de los derechos de propiedad industrial», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 3 ss.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, Concepción: «Programas de clemencia en el Derecho de la competencia: el programa europeo y el proyectado programa español», en *DN*, núm. 196, 2077, pp. 5 ss.
- PEINADO RUANO, Julián: «La transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 403 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Responsabilidad de la entidad directora por las falsedades u omisiones contenidas en el folleto informativo de una emisión u oferta pública de venta de valores», en *RDBB*, núm. 105, 2007, pp. 67 ss.
- RUIZ MÚÑOZ, Miguel: «Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 115 ss.
- VAREA SANZ, Mario: «Acto de imitación, que general confusión, de anuncio en prensa para un producto competidor. Determinación de la Ley aplicable (Ley General de Publicidad, Ley de Competencia Desleal). Calificación de la conducta y acciones ejercitables (Comentario a la STS de 4 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1335 ss.

VEGA VEGA, José Antonio: «El método semiótico como interpretación y análisis del lenguaje jurídico. Especial referencia al Derecho mercantil», en *RGLJ*, núm. 2007-1.º, pp. 77 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

ALONSO LEDESMA, Carmen: «Las asociaciones de accionistas: su conveniencia y sus riesgos», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 143 ss.

ALONSO UREBA, Alberto: «El modelo de administración de la SA cotizada. Competencias y funcionamiento del Consejo y de la Comisión Ejecutiva. (Recomendaciones 2, 8, 16 a 22, 42 y 43)», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 65 ss.

Comentarios a las «recomendaciones» del Código Unificado de Buen Gobierno, publicado por *Comisión Nacional del Mercado de Valores* el 19 de mayo de 2006.

BENAVIDES VELASCO, Patricia y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 273 ss.

BRENES CORTÉS, Josefa: «Revocación de acuerdo adoptado en Junta General relativo a la modificación estatutaria del régimen de transmisión de participaciones sociales y su eficacia frente al socio que ha ejercitado el derecho de separación previsto en el artículo 95 c) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Comentario a la STS de 23 de enero de 2006)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1693 ss.

CASTAÑER CODINA, Joaquim: «Algunos desajustes en el proyecto de ley de sociedades profesionales», en *La Ley*, 2007-1, D-4.

DÍAZ RUIZ, Emilio: «Los inversores institucionales y el buen gobierno corporativo», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 193 ss.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «Reorganización de la composición del Consejo: clases de consejeros, en particular, los consejeros independientes (Recomendaciones 7 y 9 a 15)», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 85 ss.

Comentarios a las «recomendaciones» del Código Unificado de Buen Gobierno, publicado por *Comisión Nacional del Mercado de Valores* el 19 de mayo de 2006.

ESTIVAL ALONSO, Luis: «La doctrina del levantamiento del velo societario. Problemas formales y materiales», en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2007, pp. 743 ss.

FARRANDO MIGUEL, Ignacio: «Algunos desajustes en el proyecto de ley de sociedades profesionales», en *La Ley*, 2007-1, D-4.

— «La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos (Un primer examen desde la óptica mercantil a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, de 17 de julio de 2006)», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 273 ss.

- FERNÁNDEZ, Isabel; SÁNCHEZ-CALERO, Juan, y FUENTES, Mónica: «La Junta general en las sociedades cotizadas. (Algunas referencias empíricas sobre los aspectos principales)», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 171 ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: «Administradores y Junta general: Nuevas y viejas reflexiones sobre distribución y control del poder en las sociedades cotizadas», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 83 ss.
- «Las Comisiones de supervisión y control del Consejo de Administración (Recomendaciones 44 a 58)», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 149 ss.
- Comentarios a las «recomendaciones» del Código Unificado de Buen Gobierno, publicado por *Comisión Nacional del Mercado de Valores* el 19 de mayo de 2006.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «El escaso éxito del Reglamento de Junta de accionistas como instrumento de reinvitalización de ese órgano. Perspectivas de futuro», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 105 ss.
- FUENTES, Mónica; SÁNCHEZ-CALERO, Juan, y FERNÁNDEZ, Isabel: «La Junta general en las sociedades cotizadas. (Algunas referencias empíricas sobre los aspectos principales)», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 171 ss.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén y BENAVIDES VELASCO, Patricia: «La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 273 ss.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo: «La transposición al Derecho español de la Directiva sobre OPAS (El proyecto de Ley, de 13 de octubre de 2006, de reforma de la Ley del Mercado de Valores)», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 161 ss.
- Comentarios al Proyecto de ley, de 13 de octubre de 2006, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores.
- LAMBEA RUEDA, Ana: «Marco jurídico de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España», en *La Ley*, 2006-3, D-118.
- LORING RUBIO, Carlos: «La comunicación de los titulares de acciones para su participación por medios telemáticos en la Junta General de las sociedades cotizadas», en *RDBB*, núm. 105, 2007, pp. 115 ss.
- MARTÍ MOYA, Vanesa: «Armonización en materia de concentraciones intraeuropeas: la Décima Directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 299 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a Teresa: «El impacto de las nuevas tecnologías de la comunicación sobre la convocatoria y la información ante la Junta general de las sociedades cotizadas», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 37 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutiva de la sociedad anónima», en *La Ley*, 2006-5, D-272.

OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando: «El autocontrato en la constitución de sociedades mercantiles: una reconsideración de la jurisprudencia registral», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 221 ss.

OLIVA SANTOS, Andrés de la: «¿Debe limitarse el derecho de impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas cotizadas?», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 163 ss.

ORTEGA REINOSO, Gloria: «Denominación de una sociedad profesional de abogados», en *DN*, núm. 198, 2007, pp. 5 ss.

PALÁ LAGUNA, Reyes: «Proyecto de Ley de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores en materia de transparencia de los emisores», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 179 ss.

Comentarios al Proyecto de ley, de 13 de octubre de 2006, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores.

PANIAGUA XURERA, Manuel: «La normativa aplicable a las sociedades cooperativas de crédito y la actuación del Tribunal Constitucional como legislador positivo», en *DPC*, núm. 20, enero-diciembre 2006, pp. 283 ss.

PICÓ I JUNOY, Joan: «Aspectos procesales de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles», en *RJC*, núm. 2006-4, pp. 1007 ss.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Estatuto de los administradores: selección, nombramiento y cese de consejeros. Información y dedicación de los consejeros (Recomendaciones 23 a 34)», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 115 ss.

Comentarios a las «recomendaciones» del Código Unificado de Buen Gobierno, publicado por *Comisión Nacional del Mercado de Valores* el 19 de mayo de 2006.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «La representación de los accionistas como instrumento de poder corporativo», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 55 ss.

— «Junta General y derecho del accionista (Recomendaciones 1, 3, 4, 5 y 6)», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 31 ss.

Comentarios a las «recomendaciones» del Código Unificado de Buen Gobierno, publicado por *Comisión Nacional del Mercado de Valores* el 19 de mayo de 2006.

RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «El fenómeno de la adquisición derivativa de acciones propias. La Directiva 2006/68/CE modificadora de la segunda Directiva sobre el Derecho de sociedades y su incidencia en el ordenamiento jurídico español», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 237 ss.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «El declinar de la Junta y el buen gobierno corporativo», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 9 ss.

SÁNCHEZ-CALERO, Juan; FERNÁNDEZ, Isabel, y FUENTES, Mónica: «La Junta general en las sociedades cotizadas. (Algunas referencias empíricas sobre los aspectos principales)», en *RDBB*, núm. 104, 2006, pp. 171 ss.

SÁNCHEZ LINDE, Mario: «La elección del Presidente de la Junta de Accionistas por los socios asistentes a la reunión. El artículo 110.1 LSA», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 169 ss.

— «El acuerdo unánime de celebrar Junta Universal en la sociedad anónima. Aspectos materiales y formales», en *RDBB*, núm. 105, 2007, pp. 7 ss.

SANTOS MARTÍNEZ, Vicente: «Cambios de socios en las sociedades laborales: cuestiones generales», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 189 ss.

SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: «La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria de la sociedad anónima», en *La Ley*, 2006-5, D-272.

VAQUERO LÓPEZ, M.^a del Carmen: «El centro de intereses principales del deudor en los grupos de sociedades, una reflexión a la luz de la doctrina del TJCE en el Asunto *Eurofood*», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 169 ss.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «Retribuciones de los consejeros y altos directivos (Recomendaciones 35 a 41)», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 137 ss.

Comentarios a las «recomendaciones» del Código Unificado de Buen Gobierno, publicado por *Comisión Nacional del Mercado de Valores* el 19 de mayo de 2006.

VIEIRA MORANTE, Francisco Javier: «El impedimento de los órganos de gobierno al socio en el ejercicio de los derechos sociales. Artículo 293 del Código Penal», en *EDJ*, núm. 91, 2007, pp. 67 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

CUÑAT EDO, Vicente: «Las limitaciones a la libertad en el ámbito contractual bancario», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 11 ss.

GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «La Ley de Crédito al Consumo en el ámbito bancario», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 137 ss.

MARIMÓN DURÁ, Rafael: «La retribución de las entidades de crédito desde el punto de vista de las normas de transparencia bancaria», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 289137 ss.

— «La nueva edición de las reglas de la CCI para los créditos documentarios (UCP 600)», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 7 ss.

Estudio del documento número 600, adoptado por la Cámara de Comercio Internacional, mediante aprobación realizada en octubre de 2006, por el que se establecen las nuevas reglas relativas a los créditos documentarios, que comenzarán a utilizarse oficialmente a partir del 1 de julio de 2007.

PANIAGUA XURERA, Manuel: «La normativa aplicable a las sociedades cooperativas de crédito y la actuación del Tribunal Constitucional como legislador positivo», en *DPC*, núm. 20, enero-diciembre 2006, pp. 283 ss.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «La protección del consumidor frente a las malas prácticas bancarias en la administración de valores», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 18937 ss.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Reuniones informativas con analistas, inversores institucionales y otros profesionales. (Análisis de las recomendaciones de la CNMV)», en *RDBB*, núm. 105, 2007, pp. 49 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel: «Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico (Primera parte)», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 207 ss.

CUÑAT EDO, Vicente: «Las limitaciones a la libertad en el ámbito contractual bancario», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 11 ss.

DÍAZ DEL HOYO, Miguel Ángel: «La lucha contra la morosidad comercial: un nuevo proceso monitorio empresarial para una nueva coyuntura», en *La Ley*, 2006-4, D-206.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 65 ss.

FONTÁN SILVA, Eduardo José: «El exequátur de laudos extranjeros. Algunos aspectos teóricos y prácticos», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 245 ss.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «Las nociones de consumidor medio y miembro medio de un grupo particular de consumidores en el Reglamento núm. 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)», en *GJ*, núm. 247, 2007, pp. 9 ss.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «Delimitación temporal del riesgo en el seguro de R. C. de auditores y “cláusulas *claim made*”. El nuevo artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas», en *La Ley*, 2006-2, D-85.

HERRERA, Edorta, J. E.: «La acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores», en *EDJ*, núm. 79, 2006, pp. 355 ss.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: «La nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 297 ss.

KOZOLCHYK, Boris: «El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza», en *DN*, núm. 199, 2007, pp. 5 ss.

MARCOS, Francisco, y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Insuficiencias en la regulación del seguro de decesos», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 207 ss.

MARTÍ SÁNCHEZ, J. Nicolás: «La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2007, pp. 853 ss.

- MIRANDA SERRANO, Luis María: «Protección del cliente electrónico como contratante a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *CDC*, núm. 45, 2006, pp. 77 ss.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar: «¿Forma escrita del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL», en *DN*, núm. 197, 2077, pp. 5 ss.
- PÉREZ MILLÁN, David: «El billete de pasaje aéreo: función de legitimación y necesidad del documento para el ejercicio del derecho al transporte», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 231 ss.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert y MARCOS, Francisco: «Insuficiencias en la regulación del seguro de decesos», en *RDM*, núm. 263, 2007, pp. 207 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 365 ss.
- STAMPA CASAS, Gonzalo: «El Juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 178 ss.
- SUÁREZ ROBLEDONA, José Manuel: «El Juez de control del arbitraje: anulación y revisión del laudo», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 199 ss.
- VERDERA Y TUELLS, Evelio: «La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España», en *EDJ*, núm. 102, 2007, pp. 13 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- ADÁN DOMÉNECH, Federico: «Requisitos fiscales y proceso cambiario», en *RDBB*, núm. 105, 2007, pp. 125 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.
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: «Hipoteca “cambiaría”. Comentario a la Resolución de 1 de junio de 2006», en *RJNot.*, núm. 261, 2007, pp. 251 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALAMEDA CASTILLO, M.^a Teresa: «Tratamiento de los créditos laborales en el concurso», en *CDJ*, núm. 2005-XXI, pp. 51 ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M.: «El nuevo derecho concursal español», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 465 ss.
- «Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 509 ss.
- CASTRO ARAGONÉS, Juan Manuel de: «Las funciones específicas del letrado de la administración concursal», en *EDJ*, núm. 85, 2006, pp. 129 ss.

- CLEMENTE, Mario: «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 203 ss.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO DAROCA, Elena: «La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal», en *CDJ*, núm. 2005-XXI, pp. 87 ss.
- ESCRIBANO, Rosario C.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 7 ss.
- ESPINIELLA, Ángel: «Los protocolos concursales», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 165 ss.
- «Procedimientos de insolvencia incompatibles en el espacio europeo (Estudio de la Sentencia del TJCE de 2 de mayo de 2006. Asunto C-341/04, *Eurofood IFSC*)», en *La Ley*, 2006-3, D-160.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «Sumario y plenario en la Ley Concursal: las opiniones de Salgado de Somoza», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2221 ss.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «La fase de liquidación en el proceso concursal», en *EDJ*, núm. 85, 2006, pp. 139 ss.
- «Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor», en *EDJ*, núm. 85, 2006, pp. 215 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «La representación de los acreedores por la administración concursal: una prohibición implícita», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 265 ss.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura: «*Eurofood IFSC Ltd.*: una nueva decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia», en *REDE*, núm. 21, 2007, pp. 125 ss.
- GARCÍA RIVAS, Francisco J.: «Efectos del concurso de acreedores sobre el derecho de alimentos», en *RDF*, núm. 33, 2006, pp. 79 ss.
- GARNICA MARTÍN, Juan F.: «Solicitud de concurso, problemas previos a la declaración, el auto y su reflejo en la realidad empresarial del concursado», en *EDJ*, núm. 85, 2006, pp. 15 ss.
- GÓMEZ MENDOZA, María: «La rehabilitación de créditos en el concurso», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 4315 ss.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Inmaculada y PÉREZ TROYA, Adoración: «La integración de los derechos de autor en la masa activa del concurso», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 115 ss.
- GUILARTE, Cristina: «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 61 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «La nulidad del convenio concursal», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 83 ss.
- HERRERA, Christian: «El crédito contra los administradores en la sección de calificación», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 479 ss.

- «La acción directa ante el concurso del contratista», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 179 ss.
- HERRERA CUEVAS, Edorta J.: «Algunas cuestiones del estatuto de la administración concursal», en *La Ley*, 2006-2, D-65.
- HIDALGO ROMERO, Rafael: «Clasificación de créditos afianzados por personas especialmente relacionadas con el deudor. (Comentario a la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2006)», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 293 ss.
- LINARES GIL, Máximo I.: «La incidencia en la posición de los acreedores públicos en el concurso del proyecto de ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 279 ss.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «Comentario del Auto del juzgado de lo mercantil núm. 6 de Madrid, de 14 de julio de 2006, que declara en concurso a la sociedad AFINSA Bienes Tangibles, S.A.», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 319 ss.
- MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón: «La regulación procesales de los temas sociales en la legislación concursal», en *CDJ*, núm. 2005-XXI, pp. 13 ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Quiebra: legitimación de la comisión liquidadora creada en virtud del convenio para ejercitar las acciones de reintegración a la masa de la quiebra. Posible ejercicio de las acciones revocatorias concursales tras la firma del convenio. Transacción extrajudicial fraudulenta por la que se pretende excluir la *par conditio creditorum* sustrayendo en beneficio de uno de los acreedores bienes que debían formar parte de la masa activa (Comentario a la STS de 17 de febrero de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1259 ss.
- MORILLAS JARILLO, María José: «Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 15 ss.
- PÉREZ TROYA, Adoración, y GONZÁLEZ LÓPEZ, Inmaculada: «La integración de los derechos de autor en la masa activa del concurso», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 115 ss.
- PRIETO ESCUDERO, Miguel: «Crítica a los privilegios del crédito fuera del concurso de acreedores», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2007, pp. 133 ss.
- «El olvido de la Ley Concursal por las afecciones reales», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2007, pp. 491 ss.
- ROJO, Ángel: «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español (Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva española)», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 315 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.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 133 ss.

- RUIZ SOROA, José M.^a: «Los créditos marítimos privilegiados y el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 119 ss.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel: «La acción civil *ex delicto* contra el concursado», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 61 ss.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», en *RJC*, núm. 2006-2, pp. 321 ss.
- SANJUÁN Y MÚÑOZ, Enrique: «El Ministerio Fiscal en el proceso concursal», en *EDJ*, núm. 85, 2006, pp. 321 ss.
- «La prenda de créditos en el concurso», en *La Ley*, 2007-1, D-49.
- «Ingeniería financiera y Derecho concursal», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 195 ss.
- SARAZÁ, Rafael: «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 229 ss.
- SCHMIDT, Karsten: «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán (Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)», en *ADCon*, núm. 10, 2007, pp. 303 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «La Sindicatura de la quiebra necesaria del comerciante individual (Comentario a la STS de 13 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 72, 2006, pp. 1535 ss.
- VAQUERO LÓPEZ, M.^a del Carmen: «El centro de intereses principales del deudor en los grupos de sociedades, una reflexión a la luz de la doctrina del TJCE en el Asunto *Eurofood*», en *RDCP*, núm. 6, 2007, pp. 169 ss.
- VILLORIA RIVERA, Iñigo: «La rescisión concursal y los pagos realizados por el deudor antes de la declaración de concurso», en *La Ley*, 2006-4, D-200.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Contrariedades y problemas derivados de la aplicación inmediata de la evaluación estratégica ambiental a los planes urbanísticos», en *RDA*, núm. 11, 2007, pp. 89 ss.
- ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago M.: «Consideraciones sobre la función protectora del Registro de Aguas desde la perspectiva ambiental», en *RDA*, núm. 11, 2007, pp. 39 ss.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «Clasificación, categorización y calificación del suelo en la legislación autonómica comparada», en *RJN*, núm. 41, 2006, pp. 81 ss.
- BURÓN CUADRADO, Javier: «El impacto del artículo 47 de la Constitución en la normativa vasca de vivienda», en *RDU*, núm. 230, 2006, pp. 163 ss.

- CARAZA CRISTÍN, María del Mar: «Situación actual del régimen de la descalificación de las viviendas protegidas en Andalucía», en *RUE*, núm. 14, 2006, pp. 39 ss.
- CORCHERO, Miguel: «El sistema de compensación en la Ley del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura: aspectos prácticos», en *RDU*, núm. 231, 2007, pp. 57 ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «La “Cartilla Urbanística” de Guipúzcoa. Recuerdo y homenaje en el cincuentenario de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956», en *RUE*, núm. 14, 2006, pp. 15 ss.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco: «El régimen de infracciones y sanciones y las obligaciones de reparar e indemnizar en materia de dominio público hidráulico (análisis de la doctrina judicial)», en *RDA*, núm. 10, 2006, pp. 135 ss.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio: «El Proyecto de Ley del Suelo de 14 de julio de 2006 en la evolución del ordenamiento urbanístico y territorial español», en *RDU*, núm. 230, 2006, pp. 11 ss.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «El fenómeno de la especulación del suelo en España o cincuenta años (1956-2006) desaprovechados en su erradicación-aminoración: de la resignación pasada y conformismo presente, a la desesperanza y escepticismo ante su, inminente, nueva regulación por la ya, en ciernes, quinta Ley Estatal del Suelo», en *RDU*, núm. 231, 2007, pp. 11 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Gastos de urbanización de infraestructuras de saneamientos y depuración», en *RUE*, núm. 14, 2006, pp. 49 ss.
- HILDEBRAND SCHEID, Andreas: «La política de ordenación del territorio de las Comunidades Autónomas: balance crítico y propuestas para la mejora de su eficacia», en *RDU*, núm. 230, 2006, pp. 79 ss.
- HORGUÉ BAENA, Concepción: «Los objetivos medioambientales en el Derecho de Aguas», en *RDA*, núm. 10, 2006, pp. 67 ss.
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio: «El medio ambiente como derecho fundamental», en *RDU*, núm. 231, 2007, pp. 141 ss.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, y LAZCANO BROTONS, Iñigo: «Una introducción general sobre la Ley vasca del Suelo y Urbanismo, Ley 2/2006, de 30 de junio», en *RUD*, núm. 14, 2006, pp. 23 ss.
- LAZCANO BROTONS, Iñigo y LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: «Una introducción general sobre la Ley vasca del Suelo y Urbanismo, Ley 2/2006, de 30 de junio», en *RUD*, núm. 14, 2006, pp. 23 ss.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Observatorio de políticas ambientales 1978-2006. Valoración general», en *RDA*, núm. 10, 2006, pp. 15 ss.
- MARNOTES GONZÁLEZ, José Alfonso, y TALÍN MARIÑO, Ramón: «Régimen jurídico de la obtención de terrenos rotacionales en la legislación urbanística gallega. Especial referencia a la ocupación directa», en *RDU*, núm. 231, 2007, pp. 101 ss.

- MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen: «Las Directivas medioambientales pueden da más juego... (Su efecto de exclusión -que no de sustitución- del ordenamiento nacional)», en *RDA*, núm. 11, 2007, pp. 133 ss.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo, y PÉREZ FERRER, Fátima: «Algunas reflexiones sobre el “nuevo” derecho urbanístico en el proyecto de Ley Estatal del Suelo: desarrollo urbanístico sostenible y protección penal», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 91 ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «Registro de la Propiedad y Ley del Suelo», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2303 ss.
- PAREJO NAVAJAS, Teresa: «Las órdenes de ejecución y la situación de ruina en la Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña», en *RDU*, núm. 230, 2006, pp. 141 ss.
- PÉREZ FERRER, Fátima, y MELLADO RUIZ, Lorenzo: «Algunas reflexiones sobre el “nuevo” derecho urbanístico en el proyecto de Ley Estatal del Suelo: desarrollo urbanístico sostenible y protección penal», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 91 ss.
- ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo: «Principales innovaciones instrumentales en el proyecto de reforma de la Ley del Suelo», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 11 ss.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel M.^a: «La acción pública ambiental: una necesidad satisfecha parcialmente por la Ley 27/2006, de 18 de julio», en *RDA*, núm. 11, 2007, pp. 51 ss.
- RUIZ DE LOBRERA, Cecilia: «Por qué los ayuntamientos no deberían tener competencias para la elaboración de los instrumentos de ordenación territorial», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 151 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «La difícil europeización del Derecho Urbanístico español», en *La Ley*, 2006-3, D-126.
- «La coherente asunción el silencio *contra legem* en los Tribunales Superiores y Supremo», en *RUE*, núm. 14, 2006, pp. 63 ss.
- «La reconducción de la prevaricación urbanística a sus justos términos (STS 363/2006, de 28 de marzo)», en *RUE*, núm. 14, 2006, pp. 77 ss.
- SUAY RINCÓN, José: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y Urbanismo: Determinación de los supuestos indemnizatorios y régimen jurídico aplicable [Un intento de (re)interpretación de la normativa urbanística a la luz de la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración]», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 31 ss.
- TALÍN MARIÑO, Ramón, y MARNOTES GONZÁLEZ, José Alfonso: «Régimen jurídico de la obtención de terrenos rotacionales en la legislación urbanística gallega. Especial referencia a la ocupación directa», en *RDU*, núm. 231, 2007, pp. 101 ss.
- VARGA PASTOR, Aitana de la: «La consideración del suelo contaminado como residuo a partir de la STJCE de 7 de septiembre de 2004. Sus repercusiones en el Derecho alemán y en el Derecho comunitario», en *RDA*, núm. 11, 2007, pp. 115 ss.

VELASCO CARDENAL, Pablo: «Análisis ambiental del suelo no urbanizable», en *RDA*, núm. 10, 2006, pp. 113 ss.

VERDÚ AMORÓS, Miguel: «Una visión sintética del significado de la evaluación ambiental estratégica», en *RDA*, núm. 10, 2006, pp. 83 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

AGUILERA, Marien: «El *ne bis in idem*, un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 20, 2006, pp. 479 ss.

BENAVIDES VELASCO, Patricia, y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 273 ss.

CABRERA MAQUEDA, Eduardo, y GIVAJA SANZ, Ángel: «Desarrollos recientes en torno al programa comunitario de clemencia y su implantación en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 33 ss.

ESPINIELLA, Ángel: «Procedimientos de insolvencia incompatibles en el espacio europeo (Estudio de la Sentencia del TJCE de 2 de mayo de 2006. Asunto C-341/04, *Eurofood IFSC*)», en *La Ley*, 2006-3, D-160.

GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura: «*Eurofood IFSC Ltd.*: una nueva decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia», en *REDE*, núm. 21, 2007, pp. 125 ss.

GIVAJA SANZ, Ángel, y CABRERA MAQUEDA, Eduardo: «Desarrollos recientes en torno al programa comunitario de clemencia y su implantación en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 33 ss.

GOICOECHEA, Patricia: «El tratamiento de las transacciones interrelacionadas en el marco de control de concentraciones», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 53 ss.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén, y BENAVIDES VELASCO, Patricia: «La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 273 ss.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «Las nociones de consumidor medio y miembro medio de un grupo particular de consumidores en el Reglamento núm. 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)», en *GJ*, núm. 247, 2007, pp. 9 ss.

MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «El control de franquicia y sus relaciones con el derecho *antitrust* comunitario: acuerdos verticales», en *RDPat.*, núm. 18, 2007, pp. 53 ss.

MARTÍ MOYA, Vanesa: «Armonización en materia de concentraciones intraeuropeas: la Décima Directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 27, 2006, pp. 299 ss.

- MARTÍNEZ GUERRA, Amparo: «La Propuesta de Directiva de publicidad engañosa y comparativa. Un nuevo marco jurídico de aplicación y protección», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 53 ss.
- MORÁN BLANCO, Sagrario: «Cuestiones en torno a la cooperación para el desarrollo de la Unión Europea y los derechos humanos», en *RDCE*, núm. 25, 2006, pp. 889 ss.
- ORTEGA GÓMEZ, Marta: «Legitimación de las asociaciones constituidas para promover los intereses colectivos de una categoría de justiciables ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia», en *RDCE*, núm. 25, 2006, pp. 757 ss.
- PABLO-ROMERO, Concha: «Derecho Europeo de la competencia y el ejercicio de los derechos de la propiedad industrial», en *GJ*, núm. 246, 2006, pp. 3 ss.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio: «Responsabilidad civil medioambiental en el Derecho Comunitario», en *EDJ*, núm. 80, 2006, pp. 37 ss.
- VARGA PASTOR, Aitana de la: «La consideración del suelo contaminado como residuo a partir de la STJCE de 7 de septiembre de 2004. Sus repercusiones en el Derecho alemán y en el Derecho comunitario», en *RDA*, núm. 11, 2007, pp. 115 ss.

DERECHO PROCESAL

- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «La problemática del concepto de parte en el proceso de ejecución», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2185 ss.
- ALMAGRO NOSTE, José: «Tutela procesal frente al ruido», en *EDJ*, núm. 80, 2006, pp. 11 ss.
- CASTILLO RODRÍGUEZ, Luz: «Novedades procesales sobre la legitimación y arbitraje en materia de consumo (Ley 44/2006, de 29 de diciembre)», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2007, pp. 981 ss.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «Mediación, sí; y justicia para todos», en *La Ley*, 2007-1, D-31.
- «Aspectos procesales de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ», en *RJUAM*, núm. 13, 2006, pp. 27 ss.
- ESTIVAL ALONSO, Luis: «El derecho de rectificación como garantía de la veracidad informativa. Aspectos procesales», en *La Ley*, 2007-1, D-5.
- DELGADO GARCÍA, Ana María, y OLIVER CUELLO, Rafael: «Administración de Justicia y tecnologías de la información y la comunicación: aspectos jurídicos», en *RDNT*, núm. 13, 2007, pp. 45 ss.
- DELGADO RODRÍGUEZ, Fernando: «Repercusión en el ámbito de la jurisdicción civil de las reclamaciones en materia de telefonía móvil y de internet», en *RPJ*, núm. 80, 2005, pp. 251 ss.

- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «Sumario y plenario en la Ley Concursal: las opiniones de Salgado de Somoza», en *RCDI*, núm. 698, 2006, pp. 2221 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La jurisdicción voluntaria: una reforma legislativa pendiente», en *AAMN*, tomo XLIII, 2007, pp. 333 ss.
- «El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de octubre de 2005. De la tutela de relaciones jurídico privadas a la protección de intereses generales, públicos o sociales», en *La Ley*, 2006-3, D-14159.
- «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006», en *La Ley*, 2006-5, D-253.
- «Reflexiones sobre el anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria», en *RJUAM*, núm. 13, 2006, pp. 109 ss.
- MARÍN CASTÁN, Francisco: «Luces y sombras de la tutela judicial del medio ambiente en España», en *EDJ*, núm. 80, 2006, pp. 57 ss.
- MARTÍN ÁLVAREZ, Sonia: «Algunos apuntes sobre las modificaciones en la LEC introducidas por la Ley 19/2006, de 5 de junio», en *La Ley*, 2006-5, D-249.
- MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón: «La regulación procesales de los temas sociales en la legislación concursal», en *CDJ*, núm. 2005-XXI, pp. 13 ss.
- MUÑOZ ÁLVAREZ, Guadalupe: «Demanda y sentencia en el juicio civil», en *La Ley*, 2006-2, D-112.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís: «La preclusión de alegaciones y fundamentos jurídicos en un segundo proceso arbitral o en un proceso ordinario con referencia a un previo proceso arbitral», en *RJC*, núm. 2006-4, pp. 1087 ss.
- OLIVER CUELLO, Rafael, y DELGADO GARCÍA, Ana María: «Administración de Justicia y tecnologías de la información y la comunicación: aspectos jurídicos», en *RDNT*, núm. 13, 2007, pp. 45 ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «El problema de la acumulación de acciones ante los juzgados de lo mercantil. La legalidad versus la lógica: un problema que debe resolverse», en *La Ley*, 2006-3, D-140.
- PUIGGALÍ TORRENTÓ, Miquel: «Problemas procesales que plantea el procedimiento de incapacitación», en *EDJ*, núm. 92, 2007, pp. 163 ss.
- SANCHIS CRESPO, Carolina: «La prueba por soportes informáticos (Una perspectiva civil y penal)», en *EDJ*, núm. 71, 2006, pp. 293 ss.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», en *RJC*, núm. 2006-2, pp. 321 ss.
- SEOANE CACHARRÓN, Jesús: «Breve examen crítico del anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2006», en *La Ley*, 2006-4, D-209.
- VALENTÍN REQUENA, José María: «Llamamiento de terceros al proceso», en *RJC*, núm. 2006-4 pp. 1095 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: **Susana ESPADA MALLORQUÍN, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MEILÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN.**

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. Doctrina jurisprudencial sobre la teoría los actos propios.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo mantiene en reiterada jurisprudencia que la fuerza vinculante de los actos propios exige que éstos se hayan producido con una finalidad inequívoca de lograr el fin para el que se pretenden invocar. Asimismo, nuestro Alto Tribunal (entre otras, SSTS de 9 de mayo de 2000, 26 de julio de 2002, 25 de mayo de 2003 y 23 de noviembre de 2004) afirma que para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquél, se requiere que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, de modo indubitado y concluyente, es preciso que dichos actos tengan una significación jurídica inequívoca («finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata»), de tal forma que

entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. (STS de 8 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades *MM, S. A.*, y *GDF, S. A.*, tenían cada una el 50 por 100 de las acciones de la entidad mercantil *NG, S. A.*

En junio de 1996, *GDF, S. A.*, vende a la entidad mercantil *F, S. A.*, una serie de acciones de la entidad *NG, S. A.* Posteriormente, en julio de 1996, la citada entidad *GDF, S. A.*, vende en escritura pública a *F, S. A.*, otras acciones de la sociedad mercantil *NG, S. A.*

La entidad *F, S. A.*, es una sociedad que pertenecía en su totalidad a *GDF, S. A.*

El 2 de diciembre de 1996, la entidad *GDF, S. A.* vende por valor de una peseta, en escritura pública, la entidad *F, S. A.* a la sociedad mercantil *FB, S. A.*

El 17 de diciembre de 1996, la entidad *F, S. A.*, vende por valor de una peseta, en escritura pública, a la mercantil *MM, S. A.*, las acciones de la sociedad *NG, S. A.*, que adquirió en junio y julio de 1996.

El 18 de diciembre de 1996, la entidad mercantil *MM, S. A.*, vende, en escritura pública, las citadas acciones de *NG, S. A.*, a don G.

La entidad mercantil *GDF* comunicó, a los efectos del artículo 12 de los Estatutos de la sociedad *NG, S. A.*, a las entidades *NG, S. A.*, y *MM, S. A.*, su intención de vender sus acciones en *NG, S. A.*, a la entidad mercantil *F, S. A.*

El tenor literal del artículo 12 de los Estatutos de la sociedad *NG, S. A.* es el siguiente: «El accionista que se proponga transmitir todas o parte de sus acciones por actos *inter vivos*, y por cualquier título oneroso o gratuito a persona que no sea accionista, deberá comunicarlo en el domicilio de la Sociedad, al Órgano de la Administración de la misma, indicando el valor en venta de aquéllas, la forma de pago, y demás condiciones ofertadas por el interesado en su adquisición, así como los datos personales de éste. [...]. No tendrá eficacia alguna frente a la sociedad la transmisión que se haga incumpliendo estos requisitos; debiendo rechazarse por el Órgano de la Administración la inscripción de las mismas en el Libro Registro de Acciones Nominativas».

Ambas sociedades (*NG, S. A.*, y *MM, S. A.*) renuncian al ejercicio del derecho de adquisición preferente.

La venta de la sociedad *F, S. A.*, que realiza la entidad *GDF, S. A.*, a la entidad mercantil *FB, S. A.*, no es comunicada previamente a *MM, S. A.*, ni a *NG, S. A.*

La entidad mercantil *MM, S. A.*, interpone una demanda contra las entidades *GDF, S. A.*, *F, S. A.* y *FB, S. A.*, solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de la transmisión de las acciones de la entidad *F, S. A.*, por parte de *GDF, S. A.*, a la entidad *FB, S. A.*, por haberse realizado en fraude de ley, así como que se condene a la entidad mercantil *GDF, S. A.*, al pago de una indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la demandante como consecuencia de la transmisión de acciones cuya nulidad se solicita.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de legitimación *ad causam* y dicta sentencia absolviendo en la instan-

cia a los demandados, sin entrar a conocer del fondo del asunto. Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandante, la Audiencia Provincial lo desestima, confirma la sentencia de primera instancia, en cuanto desestima la demanda con la aclaración de que la absolución de los demandados es en cuanto al fondo y no en la instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

2. Interpretación restrictiva de la figura de la prescripción.—El Tribunal Supremo ha entendido en reiteradas ocasiones que la figura de la prescripción ha de ser tratada de forma restrictiva, de tal manera que, respecto a la prescripción extintiva, en cuanto aparezca fehacientemente evidenciado el *animus conservandi* por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, ha de entenderse que queda interrumpido el plazo de prescripción (SSTS de 17 de diciembre de 1979, 18 de septiembre de 1987, 12 de julio de 1991, entre otras). Siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (STS de 20 de octubre de 1988). Esta construcción finalista de la prescripción tiene dos razones que la justifican: por un lado, la idea de sanción de las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las facultades propias, y, por otro, consideraciones de necesidad y utilidad social. De esta forma, cuando la cesación o el abandono en el ejercicio de los derechos no aparecen debidamente acreditados y sí lo está, por el contrario, el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos que se altere su esencia.

Interrupción de la prescripción extintiva.—La interrupción de la prescripción extintiva por vía de la reclamación extrajudicial, constituye una singularidad en nuestro Derecho en relación con el Derecho comparado. El artículo 1973 CC no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin. Por tanto, el intercambio de correspondencia por cartas es suficiente para fundamentar una interrupción extraprocésal del plazo de prescripción (SSTS de 12 de julio de 1990, 21 de noviembre de 1997, 21 de marzo de 2000, entre otras). (STS de 2 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—*T. E., S. A.*, ejercita acción indemnizatoria de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual contra *C. M. Z. O. V. y U.* La primera entidad fue con quien la Junta de Compensación del Área Industrial Polvoranca había contratado las obras de urbanización de la misma, si bien subcontrató con *P. P.* la instalación de dos tuberías, y la entidad codemandada es aquella con la que la ejecutante tenía concertada póliza de seguros. Se reclama a ambas como responsables solidarias por los daños y perjuicios derivados de la rotura del cable coaxial producida el 12 de febrero de 1992, al perforar la subcontratista un terreno donde se encontraban las instalaciones de *T.* Queda acreditado que el origen de la acción indemnizatoria está en la causación del daño descrito

y que *T.* remitió un telegrama a *P.* el 5 de febrero de 1993, donde se informaba de la confección de la valoración definitiva del daño. La actora requirió de pago a *P.*, a su aseguradora y a *C. M. Z. O. V.*, mediante cartas certificadas con acuse de recibo desde el 15 de abril de 1993 hasta el 28 de julio de 1994. La demanda se formula el 8 de noviembre de 1994.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a las demandadas al pago solidario de una indemnización a la demandante. Contra esta sentencia se formuló recurso de apelación por las demandadas, recurso que fue estimado y donde la Audiencia Provincial declaró que la acción indemnizatoria ejercitada por *Telefónica* estaba prescrita. Contra esta decisión la actora decide interponer recurso de casación. El Alto Tribunal estima el recurso, al admitir el valor interruptorio del plazo de prescripción del telegrama enviado por la demandante, antes del vencimiento del año que dispone como plazo prescriptivo el artículo 1968.2 CC. La remisión del telegrama implica la intención de mantener la reclamación pendiente por parte de la demandante, lo que se evidencia con la reiteración de las reclamaciones extrajudiciales a los responsables de los daños a los efectos de ejercer y conservar su derecho. (*S. L. M.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho al honor. Intromisión ilegítima: inexistencia. Interés general. Veracidad. Información diligentemente contrastada. «Términos duros»: ausencia de propósito de insultar: crítica feroz y contundente.—La información versa sobre hechos de interés general para el entorno sociológico de Melilla. También nos encontramos ante una situación impregnada de veracidad y que recae sobre las mencionadas actuaciones y destacadas por *J. I.*, y así se infiere del *factum* de la sentencia recurrida, obtenida a través de una actividad hermenéutica lógica y racional. Dicho *factum* acredita que el demandado exhibió toda la diligencia que le era demandable en la contrastación de la veracidad de sus fuentes. Las informaciones vertidas en los referidos artículos, ironías aparte, entran de lleno en lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos denomina «términos duros» (Sentencia *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, Sentencia *Oztürk*, de 28 de septiembre de 1999), pero que no están reñidos con la preeminencia del derecho a informar y a opinar. Dichas opiniones o informaciones, explicitadas sin tanta dureza, hubieran producido el mismo efecto informativo y, desde luego, hubieran tenido un mejor nivel cultural. La expresión «Espero que no me condene por sacar la conclusión de que usted, señor *P. J.* pudiera ser un ladrón» no se puede estimar como la imputación de un delito, pues sólo contiene una potencialidad y, además, no se puede sacar del contexto de todos los artículos, porque, dentro de él, tal expresión se incardina dentro de la feroz crítica, con términos duros. No se aprecia, dentro del contexto del caso, propósito de insultar o menospreciar a nadie, sino la firme voluntad de denunciar unos hechos que, a la vista de los datos con que se disponía en aquel

momento, eran acreedores de una contundente y rotunda crítica. (STS de 29 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—D. P. J., director del diario *M. H.* es objeto de una serie de artículos publicados en el diario *E. F. de M.* de la firma *P. I., S. L.*, escritos por D. J. I., que aluden a la falta de transparencia de sus actividades económicas, en relación con su participación en las actuaciones conmemorativas del Quinto Centenario de la Ciudad de Melilla. D. P. J. interpone demanda contra D. J. I. y la mercantil *P. I., S. L.*, sobre protección al honor, intimidad personal y propia imagen. El Juzgado de primera instancia aprecia una intromisión ilegítima en el honor de don P. J. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso. (S. M. S.)

4. Derecho al honor y libertad de información. Significado del requisito de la veracidad de la información.—Por información veraz se entiende aquella comunicación de datos que haya sido debidamente contrastada o comprobada y que sea, a la vez, obtenida rectamente, o sea, sin que se infrinja la Ley en el procedimiento de obtención o recepción de datos. En palabras de la STS de 15 de noviembre de 1998 la veracidad de la noticia supone «información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa» o «una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo» (SSTC de 26 de marzo de 1996, 30 de junio de 1998 y SSTS 4 de octubre de 1993, 7 de junio de 1997, 5 de febrero y 31 de julio de 1998).

Publicación de información obtenida de fuentes policiales. Fiabilidad y solvencia de la fuente: inexigibilidad de una sobre investigación o labor de contrate por parte del informador.—La noticia obtenida de fuente palmariamente solvente, como es la policía que investiga los hechos, ofrece visos de veracidad bastante para dar lugar a la información. No cabe apreciar responsabilidad por la irrealidad de los datos cuando el informador se limita a publicar la noticia obtenida de la policía no siéndole exigible al informador que desarrolle mayor labor investigadora o de contraste de la que ha llevado la propia policía. (STS de 11 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Un determinado periódico local publicó como noticia el hallazgo del cadáver de una mujer aparecido en el río Andarax. Con anterioridad y en el mismo lugar se habían descubierto otros ocho cuerpos de víctimas de asesinato u homicidio, correspondientes a mujeres que se dedicaban a la prostitución. A la muerte, objeto de la noticia, también se le aplicó la condición de prostituta. Sin embargo estas últimas suposiciones resultaron carentes de realidad y, por ello, el mismo periódico desmintió días más tarde la noticia, de manera relevante, en lo referente al oficio de la víctima.

Familiares de la víctima demandaron, por vulneración del derecho al honor, a la periodista que divulgó la noticia, al director y al representante legal del Diario en la que se publicó. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia y absolvió a los demandados y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

5. Persona jurídica: personalidad: levantamiento del velo jurídico: procedencia. Sociedad meramente aparente y sin actividad mercantil: semejanza de denominación y objeto social con sociedad ejecutada. Abuso de personalidad con fin defraudatorio.—Se trata de establecer si el tercerista tiene, en efecto, la condición de tercerista, en relación con la jurisprudencia sobre el denominado «levantamiento del velo». La evidente semejanza entre la denominación de la sociedad tercerista y las iniciales de la denominación de la ejecutada, la coincidencia de sus objetos y, lo que es más importante, el hecho acreditado de que, en la fecha en que se trabó el embargo, era la ejecutada la única de las sociedades a las que se viene aludiendo que consta que estaba ejerciendo una actividad real, pues la tercerista ni siquiera figura dada de alta en la Seguridad Social, ha de concluirse necesariamente que la existencia de *Pmp M., S. L.* era meramente aparente y que no consta que su constitución obedeciese a una voluntad real de crear una empresa con verdadera actividad, por lo que la aportación de la maquinaria litigiosa a su patrimonio fue también meramente formal, pues en la fecha del embargo estaba incorporada al proceso de producción *P. M. P., S. L.*, que era la que realmente estaba ejerciendo una actividad mercantil; era, por tanto, la que estaba asumiendo los riesgos derivados de dicha actividad y era la que venía utilizando dicha maquinaria, desde mucho antes de que fuese constituida la sociedad tercerista. Con los anteriores datos fácticos, cabe afirmar, como sintetiza, en relación con otras muchas, la STS de 10 de junio de 2004, que se dan los requisitos para aplicar la técnica del levantamiento del velo, que se utiliza para averiguar el sustrato real de la personalidad jurídica tratando de superar una manipulación financiera para que triunfe en el derecho y en la justicia, y con la finalidad de evitar el abuso del derecho, la mala fe o el fraude y cuya base legal se encuentra en los artículos 6.4 y 7.1 y 2 CC. (STS de 30 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Burgos se promueve juicio de menor cuantía, a instancia de la entidad *P. M. P. M., S. L.*, contra la *Tesorería General de la Seguridad Social* y la entidad *P. M. P., S. L.*, esta última en situación de rebeldía procesal, sobre tercería de dominio. La actora formula demanda solicitando que se dictara sentencia declarando los bienes objeto de embargo relacionados en la demanda, como pertenecientes a la entidad actora, ordenando se alzara el embargo trabado sobre los mismos, dejándolos a disposición de la entidad actora, con expresa condena en costas a los demandados. El Juzgado desestima la demanda sobre tercería de dominio y la Audiencia Provincial el recurso de apelación. (*S. M. S.*)

6. Reclamación del recurso cameral por las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria. Jurisdicción competente. Cuotas devengadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.—Aunque dichas Cámaras sean corporaciones de derecho público y se configuren como órganos consultivos y de colaboración con las administraciones, según dispone la Ley 3/1993, la facultad de proceder a la recaudación del recurso cameral por la vía de apremio, que les reconoce el artículo 14 de la citada Ley, sólo fue admisible desde que ésta entró en vigor y no respecto

de las cuotas pendientes de pago devengadas en años anteriores, para las cuales regía, en sentido contrario a tal privilegiada posibilidad, el Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación. Esto determina, como ha tenido ocasión de señalar el Alto Tribunal en repetidas ocasiones, que la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones del recurso cameral devengadas con anterioridad a 1993, sea la civil por imperativo de lo dispuesto en el artículo 9.2 LOPJ, de suerte que el problema jurisdiccional planteado ha de resolverse y decidirse en el sentido de decretar la plena competencia jurisdiccional de los Tribunales civiles (SSTS de 19 de noviembre de 1998 y 24 de enero y 28 de febrero de 2000). (**STS de 13 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid* demandó a la mercantil *P. C., S. A.*, por la cantidad de trece millones de pesetas en concepto de recurso cameral dejado de abonar por la demandada entre los años 1987 a 1991. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda planteada y condenó a la compañía al pago de tal cantidad. La demandada interpuso recurso de apelación al considerar que la jurisdicción civil era incompetente para conocer del asunto, dada la naturaleza de corporación de derecho público de las Cámaras Oficiales y del privilegio de auto tutela ejecutiva con que cuentan; debiendo, a su entender, remitirse la decisión a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L. A. G. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Contrato de permuta a cambio de obra. Tratos preliminares: inadmisión: verdadero contrato. Contrato verbal: libertad de forma. Autocontratación prohibida: la carente de autorización.—No se trató de tratos preliminares, por cuanto resulta probado en la resolución recurrida el pleno consentimiento contractual, es decir, el concurso *—cum sentire—* de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que constituyen el contrato (art. 1262 CC). Carecen de fundamento las alegaciones consistentes en que, para concertar el contrato de permuta a cambio de obra es prácticamente indispensable su formalización por escrito, para prestar el consentimiento, porque, en nuestro derecho contractual rige el sistema de libertad de forma (arts. 1278-1280 CC), salvo precepto específico que la exija. Por otro lado, en nada se contradice el artículo 1459 CC, pues nada impide al que quiere vender una cosa hacerlo al agente a quien había encargado su venta, pues la norma invocada únicamente veda el autocontrato sin autorización.

Interpretación del consentimiento contractual. Actos de las partes: artículo 1282 CC.—En este caso, puntualiza el Tribunal Supremo, no está en duda la intención de los contratantes, sino la existencia del mismo. Por otro lado, los actos de las partes pueden ser tenidas en cuenta por el tribunal cuando revelan inequívocamente el consentimiento contractual. La sentencia recurrida alude al detalle muy significativo de que nos encontramos ante una actividad con suficiente publicidad como para ignorar la misma en una

pequeña localidad de escasos habitantes (1.985), donde reside la demandada ejerciendo el comercio de comestibles, en la que resulta inadmisibles afirmar no conociese toda la pública y oficial actividad que, en relación a la construcción de las viviendas llevó a cabo la demandada desde finales de 1995, fecha del primer contacto entre el señor C. M. y la demandada hasta el mes de octubre de 1996, en que ésta comunica a los actores tener una mejor oferta para el solar donde se había proyectado la obra.

Consentimiento tácito.—Se argumenta por la recurrente que, según la resolución recurrida, doña C. prestó su consentimiento al contrato verbal de permuta de forma tácita, pero para que ello pudiera ser así los hechos que integren la conducta valorada como expresión de voluntad habrán de ser concluyentes e inequívocos, sin que quepa confundir conocimiento con consentimiento. El Tribunal se acoge a que la resolución recurrida dice que el consentimiento «claramente se deduce de la actividad, incluso conjunta, en que, en algún momento, coincidieron ambas partes», e indica actos en que se da tal circunstancia, y, como tal apreciación fáctica devino incólume en casación, resulta inconsistente la alegación. Finalmente, aunque es cierto que, generalmente, el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia, el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, que no se esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia del mismo y se deba hablar, existiendo tal deber de hablar cuando haya, entre las partes relaciones de negocio que así lo exijan, o cuando lo natural y normal según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, sea que se exprese el disentimiento, si no se deseaba aprobar la propuesta de la contraparte. Y, en el caso, habida cuenta las relaciones negociales existentes entre las partes y las circunstancias concurrentes expuestas con amplitud en la sentencia de instancia, que devienen incólumes y vinculantes para este tribunal, siempre resultaría correcta la aplicación de la doctrina de que «otorga quien calla pudiendo y debiendo hablar», aunque, además, el juzgador de instancia también toma en cuenta la existencia de una intervención positiva (actos de doña C.), con el significado de hechos concluyentes de aquiescencia implícita del negocio contractual. (**STS de 10 de junio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. y don C. M. deducen demanda contra doña C., solicitando que se declare resuelto el contrato de permuta celebrado entre la demandada y los actores y se condene a doña C. a indemnizar los daños y perjuicios causados. Alternativamente, y si se considera existente una simple promesa de contrato, declarar resuelto el contrato de promesa bilateral de permuta suscrito, indemnizando doña C. los daños y perjuicios causados. Los actores afirman la existencia de un contrato verbal de permuta de un solar propiedad de la Sra. C., a cambio de obra y una cantidad de dinero, el cual consideran incumplido por la mencionada propietaria. doña C., en cambio, sostiene, en esencia, que no existió contrato verbal de permuta, sino que, inicialmente, hubo un encargo a don C. M., para la venta del solar a terceros y, posteriormente, unas conversaciones para la transmisión del solar a unas personas presentadas por aquél, que resultaron ser él mismo y don E., conversaciones que concluyeron sin acuerdo, por lo que el contrato nunca se celebró y,

por consiguiente, no pudo haber el incumplimiento contractual denunciado en la demanda.

Las sentencias de instancia afirman la existencia del contrato verbal de permuta —permuta de solar por prestación subordinada de obra y dinero—. La sentencia de primera instancia, estima parcialmente la demanda y la de la Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación de ambas partes, modificando la resolución recurrida en el sentido de reducir la indemnización por daño emergente y acordar la remisión a ejecución de sentencia del lucro cesante. Contra esta resolución se formulan dos recursos de casación: uno por doña C. y otro por don E y don C. M. (*S. M. S.*)

8. Interpretación de los contratos. Facultad reservada a los tribunales de instancia.—Constituye una jurisprudencia inveterada la que sostiene que la interpretación de los contratos es competencia del Tribunal de instancia y sólo puede ser revisable en casación cuando sea ilógica, absurda o contraria a la Ley (entre muchas, SSTS de 20 de enero de 2000, 23 de diciembre de 2003 y 25 de marzo de 2004), sin que pueda pretenderse sustituir la interpretación efectuada por los Tribunales competentes por el criterio del recurrente, siempre y cuando las normas hermenéuticas hayan sido aplicadas correctamente.

Incumplimiento resolutorio ex artículo 1124 CC. Requisitos.—La reiterada interpretación del artículo 1124 CC que hace la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, exige para que el contrato pueda ser resuelto por la vía de este precepto: *a)* que el contrato contenga prestaciones recíprocas; *b)* que sean exigibles; *c)* el cumplimiento por quien ejerce la acción de las obligaciones que le incumbían y *d)* un incumplimiento esencial por la parte no cumplidora (SSTS de 27 de noviembre de 1992, 16 de mayo de 1996 y 10 de julio de 2003, entre otras muchas). En el caso presente no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación de la mencionada disposición, puesto que no se ha probado que haya existido el incumplimiento por parte del arquitecto técnico demandado, ya que en definitiva la falta de la actividad empresarial proyectada no fue debida a las condiciones de la remodelación, sino a otras causas ajenas por completo al contrato en cuestión. (**STS de 21 de septiembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Las actoras contrataron los servicios del arquitecto técnico señor P. G. para que se encargara de la realización de las obras de adecuación de un local que aquéllas destinaban a gimnasio y sala de aeróbic. Terminadas las obras la empresa comenzó a funcionar pero el Ayuntamiento de Oviedo procedió a la clausura del local por haber procedido a su apertura sin la correspondiente licencia. También se produjeron denuncias de los vecinos debido a las molestias causadas por la utilización de música amplificadas. Las demandantes pidieron que se condenara al arquitecto técnico por no haber previsto esta eventualidad en el proyecto constructivo, lo que les ocasionó, según las actoras, la pérdida económica derivada del cese de su empresas. El Juzgado de Primera Instancia declaró no haber lugar a la demanda. Esta sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Los tribunales de instancia llegaron a la conclusión de que no se encargó una insonorización especí-

fica distinta de la proyectada por el arquitecto técnico; de manera que entendieron que lo proyectado y ejecutado cumplía con los términos del contrato. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (L. A. G. D.)

9. Resolución de contratos. Contrato de agencia: contratos de duración determinada y concreta. Revocación. Valor de continuación de relaciones comerciales.—Los contratos de agencia celebrados entre la actora y las demandadas A. y B-A. eran de duración determinada y concreta, aunque se fuesen prorrogando en el tiempo. Los dos contratos fueron resueltos, en el sentido de que las entidades empresarias hicieron saber a la entidad agente comercial el ejercicio de la facultad revocatoria, con respecto del plazo de preaviso. Habida cuenta de ello, no cabe «continuar lo extinguido». Una cosa es continuar un contrato, y otra, continuar relaciones comerciales o de negocios. Y si la intención de los contratantes fue extinguir un vínculo contractual para crear otro nuevo, había que entender que se produjo una novación extintiva. En todo caso, las relaciones comerciales habidas con A., después de la revocación (sean de hecho o por concierto verbal no merecen la calificación contractual de agencia, porque difieren de las existentes con anterioridad a la revocación, tanto por la forma de retribución, como porque a partir de la fecha de extinción del vínculo contractual (31 de diciembre de 1989, en que se cumplió el plazo de prórroga y se hizo efectiva la revocación del contrato comunicada en junio del propio año), no existe documentación alguna que remita la citada entidad comunicando objetivos que debe cumplir en esa función. Respecto a B-A., el hecho de que existiese voluntad de negociar un nuevo contrato conforme a la nueva normativa jurídica (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia), no supone ningún óbice a la extinción del vínculo anterior.

Legislación aplicable al contrato de agencia. Inaplicabilidad directa de la Directiva Comunitaria 86/653/CEE. Contratos anteriores a la Ley 12/1992. Indemnización de daños y perjuicios por resolución unilateral. Indemnización por clientela.—A las relaciones jurídicas del caso no es aplicable la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, porque la nueva normativa no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1994, con independencia de que quepa tomar en cuenta sus preceptos con carácter orientativo (SSTS de 13 y 30 de abril de 2004). Y también procede indicar que no cabe denunciar infracción de los artículos de la Directiva Comunitaria 86/653/CEE, de 18 de diciembre, porque no es de aplicación directa (SSTSJCE de 26 de febrero de 1986 y 14 de julio de 1994; STS de 18 de marzo de 1995), sin perjuicio de que el Derecho interno vigente debe interpretarse lo más conforme con una Directiva no transpuesta (SSTS de 24 de julio de 2000, 22 de abril y 13 de junio de 2002, 5 de mayo de 2003, 30 de abril de 2004). La doctrina jurisprudencial relativa a los contratos de agencia sujetos a la legislación anterior a la Ley 12/1992, así como también a los contratos de distribución, venía entendiendo que procedía la indemnización de daños y perjuicios en los contratos de duración indefinida si la resolución unilateral tenía lugar de forma abusiva o contraria a la buena fe (SSTS de 17 de mayo de 1999, 13 de junio de 2001, 22 de abril, 3 de mayo y 3 de octubre de 2002, 30 de abril, 20 de mayo y 13 de octubre de 2004), o sin respetar el plazo pactado o razonable de preaviso (SSTS de 28 de enero y 18 de marzo de 2002; 16 de diciembre de 2003), siempre y cuando se probase la realidad de dichos

daños y perjuicios. En un sentido similar el artículo 29 de la Ley sobre Contrato de Agencia sólo prevé la indemnización referida para el caso de que «el empresario denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida». Por lo tanto, al no concurrir en el caso los presupuestos exigidos por la doctrina de esta Sala para la prosperabilidad de la pretensión indemnizatoria, dado que los contratos eran de duración definida y se cumplieron los plazos de preaviso. Respecto a la indemnización por clientela, la jurisprudencia ha venido entendiendo, con equiparación a las situaciones de enriquecimiento injusto (SS de 22 de marzo de 1988, 27 de mayo de 1993, 3 de mayo y 23 de diciembre de 2002, 5 de mayo de 2003, 13 de octubre de 2004), que el empresario debe remunerar o compensar la labor de creación de la clientela en los supuestos en que la resolución unilateral va seguida del disfrute por parte del mismo 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 cuál 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, 30 de abril de 2004). La *ratio decidendi* de la sentencia aquí impugnada claramente responde a la no concurrencia del presupuesto de aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las relaciones económicas que las empresas demandadas tenían con sus anteriores clientes. (STS de 23 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *T. de la P., S. A.* deduce demanda sobre indemnización por resolución unilateral de contrato de agencia contra las entidades *A., S. A., B-A. S. A.* y *S., S. A.*, en la que solicita condena de las demandadas al pago de diversas cantidades por los conceptos de comisiones, operaciones de compra de recambios, garantías facturadas desde 1989 a 1993, inversiones pendientes de amortización, gastos facturados por equipamiento de taller, de oficina y formación correspondientes a los cinco últimos años, gastos financieros, e indemnizaciones de daños y perjuicios y por clientela. Según quedó probado, en 1989, se había revocado el contrato de agencia concluido entre la entidad actora y las demandadas *A., S. A.* y *B-A., S. A.* —que a su vez operaban como concesionarias de la codemandada en situación de rebeldía procesal *S., S. A.* A pesar de ello, *T. de la P., S. A.* continuó vendiendo y reparando vehículos Audi-Volswagen, así como comprando recambios, después de esa fecha. En concreto, respecto a *B-A., S. A.*, las partes convinieron la modificación de los acuerdos sobre duración y vigencia del contrato, prorrogándolo hasta el 31 de diciembre de 1993, período que se fijaba para negociar con anterioridad un nuevo contrato adaptado a la normativa vigente. En fecha 23 de junio de 1993, *B-A.* comunica a *T. de la P.* no renovar el contrato vigente entre ambos, cuya fecha de terminación es 23 de diciembre de 1993. Pero, con fecha 12 de enero de 1994, *B-A.* aún remite otro documento escrito a *T. de la P., S. A.*, notificándole que la denuncia unilateral del contrato dejaba extinguido el contrato a partir del 31 de diciembre de 1993.

La demanda fue desestimada en las dos instancias. (*S. M. S.*)

10. Contrato de distribución en exclusiva por tiempo determinado. Resolución unilateral.—El desligarse del contrato antes de su finalización exige una cumplida causa que lo justifique, pues *pacta sunt servanda*.

Contrato de distribución en exclusiva por tiempo indefinido. Resolución unilateral.—Los contratos de exclusiva de duración indefinida pueden ser resueltos unilateralmente con plena validez y eficacia jurídica.

Solidaridad de deudores. Atenuación del rigor del artículo 1137 CC.—No es preciso para entender que existió una solidaridad en el contrato que se utilice una expresión literal en tal sentido sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ha sido querido por los resultados aquel resultado económico, siguiendo las pautas de la *bona fides*, en base a la cual la jurisprudencia viene atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1137 CC, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la naturaleza de lo pactado.

Contrato de distribución en exclusiva por tiempo indefinido. Indemnización por falta de preaviso.—Resuelto unilateralmente un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida, en principio el concesionario no tiene derecho a ninguna indemnización por el ejercicio correcto por el concedente de su facultad de resolución. Sin embargo, sí la tiene cuando la usa con mala fe o con abuso de derecho. La resolución sin respetar un plazo de preaviso es un ejercicio abusivo, en tanto impide al concesionario tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. En tal caso, la indemnización debida por el concedente en modo alguno puede abarcar el propio daño de resolución, pues el concesionario debió prever la precariedad de su situación jurídica por la indefinición del plazo de duración. El daño por falta de preaviso es el indemnizable, que es completamente distinto del daño de resolución.

Contrato de distribución en exclusiva por tiempo indefinido. Plazo de preaviso: criterios para su determinación.—Si el preaviso no se ha pactado, no por ello no ha de observarse ningún plazo, pues entra en la naturaleza de la propia relación jurídica por tiempo indeterminado que anticipadamente se ponga en conocimiento de la otra parte la finalización de la relación, y así se observa en el uso cotidiano de los negocios (art. 1258 CC). La concreción del plazo dependerá de las circunstancias concurrentes. Un criterio que puede ser aplicable es el que contiene el artículo 25 de la Ley de Contrato de Agencia, en tanto que en él se contempla el mismo problema que se trata de resolver, sin que exista imposibilidad de acudir a esta vía de integración vía la naturaleza distinta del contrato de agencia y de distribución en exclusiva. Tanto el agente como el distribuidor en exclusiva son colaboradores del empresario.

Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización por clientela: finalidad y supuestos admitidos legalmente.—El establecimiento de una relación jurídica de naturaleza duradera, como es la de distribución en exclusiva, es susceptible de crear una clientela que potencialmente pueda ser aprovechada por el concedente que extingue aquella relación, lo que supone el enriquecerse a cuenta del esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución. Es cierto que todo ello es meramente potencial, pues la clientela puede disminuir en mayor o menor medida según se actúe sobre ella para conservarla, pero lo que corrientemente enseña la realidad es que sigue adquiriendo los productos pese a que ha desaparecido el distribuidor exclusivista. El ordenamiento jurídico no ha sido insensible a esta situación, y preceptúa en determinadas rela-

ciones jurídicas una indemnización por clientela, calculada de forma variable, al extinguirse aquéllas. Así el artículo 34 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, respecto a la extinción del contrato de arrendamiento de finca en que se haya ejercido una actividad comercial abierta al público, y el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia.

Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización por clientela: aplicación analógica y principio general.—Puede extraerse de ello un principio favorable a la indemnización en aquellos supuestos en que se pueda producir el mismo resultado (creación de clientela) y no se encuentren regulados por la Ley. La jurisprudencia ha venido concediendo de modo reiterado una indemnización al concesionario en base a una aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992. Por tanto, el concesionario tendrá derecho a una indemnización en función de la concurrencia de las circunstancias que señala el citado precepto. (STS de 21 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil C., S. L., interpuso demanda contra Egurko, S. Coop. solicitando se declarase el incumplimiento contractual de las obligaciones dimanantes del contrato de distribución en exclusiva por parte de las cooperativas demandadas Egurko-Ortza, la resolución del contrato de distribución en exclusiva con mala fe, abuso de derecho y enriquecimiento injusto por parte de las cooperativas demandadas; así como la existencia de daños y perjuicios tanto por el incumplimiento contractual de las cooperativas demandadas, como por la resolución unilateral, sin preaviso, con mala fe, abuso de derecho y enriquecimiento injusto. El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Valencia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

11. Contrato de compraventa. Resolución por incumplimiento ex artículo 1124 CC. Retroacción de los efectos de la resolución al momento mismo de celebración del contrato.—Es opinión comúnmente aceptada que la resolución contractual produce sus efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 CC, para el caso de nulidad en el artículo 1303 CC y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1123 CC (SSTS de 17 de junio de 1986 y 5 de febrero de 2002).

Devolución del precio pagado con los intereses legales. El abono de intereses a que alude el segundo párrafo del artículo 1124 CC no tienen naturaleza indemnizatoria, sino restitutoria.—El vendedor tiene que reintegrar el precio percibido con sus intereses legales, los cuales deben ser computados desde que efectivamente se hizo el pago, y no desde la celebración del contrato. Los términos en que esta redactado el pedimento de la demanda

reconvencional evidencian que en el mismo no se contiene una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, sino el reintegro de los intereses legales como forma de obtener la íntegra restitución de lo entregado, esto es, el precio con sus intereses. (STS de 27 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La actora había comprado, en unión de su marido luego fallecido, un trozo de terreno con una pequeña casa en la localidad de Torrox, abonando seis millones de pesetas y quedando pendiente el pago de otro millón. Con posterioridad solicitó judicialmente la resolución del contrato por incumplimiento ex artículo 1124 CC, pidiendo se le reintegrase lo ya pagado más los intereses legales de dicha cantidad. Los vendedores se opusieron y reconvinieron solicitando el abono del millón de pesetas pendiente de pago. El Juzgado de Primera Instancia desestimó esta reconvencción y, estimando parcialmente la demanda interpuesta, declaró resuelto el contrato de compraventa y condenó a los demandados a la devolución de los seis millones pagados más los intereses legales de dicha cantidad. La Audiencia Provincial de Málaga acogió parcialmente el recurso de apelación planteado por los demandados, y acordó no haber lugar al devengo de intereses legales de los seis millones que los recurrentes debían devolver a la actora. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la actora. (L. A. P. M.)

12. Preferencia de créditos: los créditos documentados por corredor de comercio colegiado se equiparan, a efectos de preferencia, a los que consten en escritura pública.—La jurisprudencia ha venido aplicando el artículo 1924.3.º A) CC a las pólizas intervenidas por corredor colegiado de comercio o agente de cambio y bolsa, de modo que ha equiparado a estos efectos, los créditos que constan en ellas a los que lo hacen en escritura pública (SSTS de 3 de noviembre de 1971, 21 de septiembre de 1984, 20 de septiembre de 1991 y de 8 de mayo de 2001, entre otras muchas).

Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente intervenido por corredor de comercio colegiado. Liquidación: su fecha determina la preferencia del crédito.—Cuando la cantidad debida por el deudor no consta en el propio título ni puede determinarse por simples operaciones aritméticas, como sucede en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, se hace necesaria una operación complementaria de liquidación, ya que la concedente, obligada a tener a disposición del acreditado sumas de dinero dentro de los límites convenidos, sólo será efectiva titular de un derecho a exigir la devolución si la otra parte del contrato hubiera hecho uso del crédito con disposiciones de dinero. Además, la medida objetiva de tal derecho vendrá, en todo caso, determinada por el resultado de compensar, en el momento pactado, los fondos dispuestos con los ingresos realizados en la cuenta por el deudor acreditado (SSTS de 3 de noviembre de 1971 y 13 de marzo de 1995).

En tales casos, la preferencia se determina en función de la fecha de liquidación o determinación del saldo deudor (SSTS de 21 de septiembre de 1984, 3 de noviembre de 1989, 22 de marzo de 1994, 2 de octubre de 1995, 6 de junio de 1996, 8 de mayo de 2001 y, 19 de junio y de 2 noviembre de 2002). (STS de 25 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad bancaria planteó una tercería de mejor derecho al entender que su crédito debía ser antepuesto al del ejecutante (el cual también pretendía la satisfacción de su crédito contra los bienes embargados a la ejecutada). Ambos derechos de crédito, el de la entidad actora y el del ejecutante, habían nacido de contratos del mismo tipo (apertura de crédito), documentados en pólizas con intervención de corredor colegiado de comercio. Se dio la circunstancia que la liquidación efectuada por el ejecutante era anterior a la de la actora; pero, sin embargo, en cuanto a la fecha que los corredores de comercio dejaron constancia de que las referidas liquidaciones, ya realizadas, respondían a lo pactado, fue primera la del actor a la del ejecutante. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda al entender que había que atenerse a las fechas de las efectivas liquidaciones, en lugar de a aquellas en que las que los corredores dejaron constancia de la realización de las mismas conforme a lo convenido. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

13. Privilegio de créditos salariales: limitación. Improcedente extensión a indemnizaciones por despido. Legislación aplicable a los hechos: anterior a la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994.—Las indemnizaciones por despido o por cualquier otro tipo de cese, concedidas a los trabajadores, en las que se subroga el Fondo de Garantía Salarial no son equiparables a los créditos salariales, pues así lo declara expresamente el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980, aplicable a los hechos del pleito. La STS de 24 de mayo de 1993, citando las de 25 de enero de 1991 y 11 de mayo de 1992, declaró que las indemnizaciones por despido o cese de la relación laboral son indemnizaciones por perjuicios y no tienen el carácter de contraprestación laboral. Y, aunque las mismas hubieran sido satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial, ya que el apartado cuarto del artículo 33 del Estatuto autoriza al Fondo a subrogarse en los derechos y acciones de los trabajadores, «conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32», la remisión a este precepto no puede ser extensiva a lo que constituye su contenido propio, para poder incluir las indemnizaciones y por ello el hecho de la subrogación no puede ir más allá de los límites marcados por la norma y aumentar nuevos privilegios que no aparecen expresamente incluidos en la misma (en este sentido también STS de 5 de noviembre de 2002). El artículo 32 del Estatuto fue modificado por Ley de 19 de mayo de 1994, para atribuir a las indemnizaciones por despido la misma consideración que la de los créditos salariales, respecto al amparo de garantía que el precepto establece, y tal redacción se ha mantenido en la conferida al Estatuto por Real Decreto Legislativo de 24 de marzo de 1995, pero dicha normativa no es aplicable a los hechos de autos, por ser posterior.

Jurisprudencia.—Se exige la aportación, como mínimo de dos sentencias relacionadas con la cuestión del debate procesal. Las resoluciones de la Sala Especial de Conflictos no constituyen propia jurisprudencia vinculante, sino meramente indicativas, pues conforme al artículo 1.6 CC, la jurisprudencia a aportar es exclusivamente la emanada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de febrero de 1982, 24 de marzo de 1995, 20 de marzo de 1997, 28 de febrero de 2002, 26 de marzo de 1976, 15 de febrero de 1982 y 5 de noviembre de 2002). (**STS de 21 de junio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Fondo de Garantía Salarial* ejerce el mejor derecho contra la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba* actuando por subrogación de los trabajadores que fueron despedidos por la empresa *C. E. de I., S. A.* y ostentando dos clases de créditos, uno correspondiente a salarios (que ha sido satisfecho por la entidad deudora) y otro referente a indemnizaciones por despido. El Juzgado de Primera Instancia estima los pedimentos del *Fondo de Garantía Salarial*. Recurrida su sentencia en apelación por la demandada, la Audiencia Provincial estima el recurso. (S. M. S.)

14. Contrato de compraventa. Consumidores y usuarios. Cláusulas, condiciones o estipulaciones que, en general se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios: requisitos de validez y eficacia: artículo 10.1.c.11 Ley 26/1984.—Según el artículo 10.1.c.11 de la Ley 26/1984, se excluye de las condiciones de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones en el caso de cláusulas o condiciones generales, en el caso de la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que, por su naturaleza, corresponda al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación). Los recurrentes entienden, por ello, que no les corresponde satisfacer el pago de los gastos de cancelación de la hipoteca que grava la vivienda. El Tribunal Supremo desestima su motivo porque, de las apreciaciones fácticas se deduce que no se dan los requisitos subjetivos y objetivos de aplicación del artículo 10.1.c de la Ley 26/1984, porque la cláusula discutida no puede conceptuarse de carácter general y «cuya aplicación no pueda evitar el consumidor siempre que quiera obtener el bien de que se trate (art. 10 Ley 26/1984). Ni siquiera está preredactada, formando parte del cuerpo del contrato y el consumidor ha podido eludir fácilmente su aplicación, puesto que lo pactado era la entrega de la cantidad final en la Notaría al momento de la firma de la escritura pública, sin que la vendedora impusiera la formalización de préstamo, sino que esta modalidad fue libremente elegida por los compradores, quienes eran plenamente libres de firmar la cláusula adicional o no firmarla, pues bastaba que se personaran en la Notaría con el resto del precio para obtener el bien objeto del contrato de compraventa. Ni siquiera se ha demostrado que, a pesar de su condición de anexa, la constructora impusiera *de facto* a todos los compradores de los pisos. (Respecto a los requisitos de las cláusulas generales, el Tribunal Supremo cita, las SSTs de 20 de noviembre de 1996, 31 de enero de 1998, 21 de noviembre de 2000 y 28 de febrero de 2002). (STS de 7 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *C., S. A.*, y don E. y doña M. R concluyen contrato privado de compraventa de una vivienda en construcción y plazas de garaje, el 19 de noviembre de 1991 por un precio alzado de X pesetas, más el impuesto correspondiente, de las que Y debían entregar a la firma del contrato, parte en efectos cambiarios de distintos vencimientos y Z se abonarían por los compradores en el acto de la firma de escritura pública en la propia notaría. En la misma fecha, firman un anexo al contrato en el que se estipula, en relación con la cantidad Z que los compradores manifiestan

su intención de solicitar un préstamo hipotecario para el pago de dicha suma, y concedía a la vendedora facultades amplias para que lo concertase y se obligaba a subrogarse en dicho préstamo si éste fuese concedido a nombre de la entidad vendedora. Dicho préstamo es concertado por la mercantil.

Se previó la elevación a documento público del documento privado de compraventa para el mes de julio de 1993. Pero es pospuesto hasta el 1 de diciembre de 1993, a fin de ejecutar unas obras de reparación. Terminada y pendiente de entrega la vivienda, los compradores pretenden cancelar el préstamo en vez de subrogarse en el mismo, negándose a pagar los gastos de cancelación de la hipoteca. Ello impide la firma de escritura y la entrega de llaves que debían realizarse conjuntamente.

La mercantil C., S. A., interpone demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, contra don E. y doña M. R. sobre incumplimiento por los demandados de su obligación de firmar la escritura pública de compraventa de la vivienda y plazas de garaje celebrada entre las partes, solicitando asimismo que se les condene a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa de 19 de noviembre de 1991 y documento anexo al mismo, incluyendo este la correspondiente subrogación en el préstamo hipotecario del que es objeto la vivienda de autos. Los demandados formulan oposición y reconvención, en la que solicitan que se condene a la mercantil citada a que entregue la posesión de la vivienda y de las plazas de garaje y a elevar a escritura pública los anteriores contratos. Asimismo solicitan que la sociedad actora indemnice a los reconvencidos por el tiempo que no han ocupado la vivienda y las plazas de garaje.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación planteado. (S. M. S.)

15. Saneamientos por vicios ocultos ex artículo 1484 CC: requisitos.—Para que surja responsabilidad del vendedor han de concurrir los siguientes requisitos: 1.º el vicio ha de ser oculto, es decir, no conocido ni fácilmente reconocible por el comprador; se tiene en cuenta la persona del comprador y se exime de responsabilidad al vendedor si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente reconocerlos; 2.º el vicio ha de ser preexistente a la venta, sin que se responda de los defectos sobrevenidos, pues la cosa ha de entregarse en el estado en el que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 1468 CC); de ahí que el comprador debe probar no sólo la existencia del vicio, sino también que existía al tiempo de la perfección del contrato; 3.º el vicio ha de ser grave; se requiere que el defecto entrañe cierta importancia, es decir, únicamente se tendrá en cuenta, respecto a la cosa vendida si la hacen impropia para el uso a que se destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (art. 1484 CC); y 4.º la acción ha de ejercitarse dentro del plazo legal (art. 1490 CC).

La construcción de una estructura de una finca urbana con «cemento aluminoso» supone un vicio oculto y grave aunque las patologías («aluminosis») de que adolecía el edificio se encuentren subsanadas, y la

vivienda litigiosa esté en condiciones de habitabilidad.—La finca construida con cemento aluminoso, aunque se encuentre rehabilitada, supone un vicio oculto y grave ya que constituye un peligro potencial que sólo puede ser evitado mediante la íntegra reparación o sustitución funcional de la estructura. En el caso de falta de sustitución íntegra de la estructura, es necesario un costoso mantenimiento, así como la realización de periódicas reparaciones con la consiguiente disminución en el uso del inmueble por sus propietarios. Del mismo modo es pertinente un mayor control y cuidado en su conservación, de manera que continúe la contingencia de la necesidad de nuevas obras con los consiguientes gastos extraordinarios y privación en el uso pacífico y normal de la finca.

Agravación de la responsabilidad del vendedor ex artículo 1486.2 CC.—El artículo 1486.2 CC contiene una agravación de la responsabilidad del vendedor fundada en la mala fe, y tiene lugar cuando el comprador opta por la rescisión del contrato y el vendedor conocía los vicios o defectos de la cosa vendida. (STS de 17 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora compró una vivienda en el año 1996. En el año 1993 en el edificio en el que se encuentra el piso adquirido se detectó el vicio o defecto conocido por el nombre de construcción con hormigón de «cemento aluminoso», hallándose afectadas de «aluminosis» toda la estructura de la finca y determinadas zonas del inmueble (seis de los diecisiete pisos o locales). La comunidad de propietarios acometió las obras de rehabilitación que consistieron en reforzar la estructura de las zonas afectadas por «aluminosis» mediante la colocación de nuevas viguetas bajo las dañadas a fin de garantizar la estabilidad del edificio. Además, se realizó una intervención integral en la cubierta del inmueble, fachadas, claraboyas, cajas de escalera y red de desagüe vertical con el objeto de evitar las humedades. En lo que respecta al piso que adquirió la parte actora se reforzaron 3/4 partes de su estructura. Concluidas las obras la finca no presentaba defectos de estabilidad y cuando fue vendida a la actora no se le informó en ningún momento sobre la causa de las recientes reformas de la misma. Según el informe pericial técnico las patologías de las que adolecía el edificio se encontraban subsanadas y la vivienda que se transmitió estaba en perfectas condiciones de habitabilidad, pero, aun así, la finca construida con este material, requería de un mayor control y cuidado en su mantenimiento, por lo que se hacía necesario realizar controles técnicos cada cuatro años al estar ante un problema no advertible a simple vista.

La actora demandó a la vendedora solicitando la nulidad del contrato de compraventa, la devolución del precio y una indemnización de daños y perjuicios. Subsidiariamente y para el caso de que no se acordase la nulidad solicitaron la reducción del precio de la vivienda.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y declaró rescindido el contrato de compraventa de la vivienda. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

16. La entrega de cosa diversa o aliud por alio supone un incumplimiento pleno y no un vicio oculto.—En los casos de entrega de cosa distinta se produce un incumplimiento pleno por inhabilidad del objeto, lo que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1101 y 1124 CC y, por tanto, a la posibilidad de llegar a la reparación integral del daño causado por una u otra vía (SSTS de 2 de enero de 1998, 12 de junio de 1995, 4 de abril y 16 de mayo de 2005, entre otras). La entrega de cosa distinta significa incumplimiento de contrato y no vicio oculto, lo que origina sometimiento a diferentes plazos de prescripción. (STS de 21 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad mercantil adquirió una partida de aceite de oliva que le suministró *A. del S., S. A.* El aceite estaba destinado a la exportación, en concreto a Angola, extremo que conocía la vendedora. La mercancía fue embarcada en mayo de 1992. El 10 de diciembre de ese año, la adquirente recibió una comunicación de la Aduana de Cádiz en la que se le informaba que tras los análisis de muestras tomadas antes de partir la mercancía, el aceite no podía ser considerado como «de oliva».

Consecuencia de ello es que la sociedad compradora del aceite debía devolver al SENPA el beneficio de restitución por exportación de aceite de oliva concedido por la CEE, además de sufrir la sanción correspondiente. La sociedad sancionada recurrió en vía administrativa, y posteriormente en vía contencioso-administrativa, sin éxito. No llegó a plantear recurso de casación.

La adquirente demandó a *A. del S., S. A.*, por los daños y perjuicios sufridos. La demanda fue estimada en parte por el Juzgado. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

17. Precontrato: concepto.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo considera que la esencia del precontrato (también denominado contrato preliminar, contrato preparatorio o *pactum de contrahendo*) es la de constituir un contrato en virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el denominado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar. Así pues, el precontrato «consiste en un quedar obligado a obligarse».

Resolución por incumplimiento de los contratos de compraventa de inmuebles: artículo 1504 CC.—El citado precepto establece un régimen especial para la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, al disponer que el comprador podrá pagar el precio, aun después de expirado el término pactado, mientras no sea requerido judicialmente o por acta notarial, aunque se haya pactado que la falta de pago del precio en el tiempo convenido implicará de pleno derecho la resolución del contrato.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que no procede la resolución del contrato de compraventa cuando el vendedor formula el requerimiento el último día del plazo previsto para el pago y está acreditado que el comprador ofrece ese mismo día al vendedor, por vía notarial, el pago mediante cuatro cheques conformados y efectúa también ese mismo día la consignación judicial del pago. (STS de 28 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. interpone demanda contra la entidad P., solicitando se dicte sentencia por la que se estimen, entre otras, las siguientes pretensiones: *a)* que el contrato privado de compraventa celebrado entre las partes en abril de 1997 es válido; *b)* que el demandante adquirió la propiedad de la finca en virtud del citado título y de la posterior tradición; *c)* que se condene a la demandada a otorgar escritura pública de venta y, en su defecto, que la misma sea otorgada por el Juez, y *d)* subsidiariamente, para el caso de no estimarse las anteriores pretensiones, que se condene al demandado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La parte demandada formula demanda reconvenzional y solicita que se dicte sentencia que declare, entre otras cosas, las siguientes: *a)* que el contrato de compraventa de abril de 1997 se ha resuelto por incumplimiento del comprador; *b)* que la entidad P., sigue siendo propietaria de la finca objeto del citado contrato, y *c)* que la entidad P. no tiene obligación de devolver a don E. la cantidad de dinero que recibió en el acto de firma del mencionado contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la demanda reconvenzional. Interpuesto recurso de apelación por la entidad P., la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad demandada alegando, entre otras cuestiones, que lo plasmado en el documento de abril de 1997, no es un verdadero y perfecto contrato de compraventa, sino un contrato previo o preparatorio del mismo.

NOTA.—En relación con la interpretación que la doctrina y los tribunales realizan del artículo 1504 CC, véase la monografía de Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004, pp. 443-453 y 492-505. (M. J. P. G.)

18. Contrato de leasing: concepto.—La DA 7.^a de la Ley 26/1989, de 29 de julio, sobre Disciplina en la Intervención de las Entidades de Crédito, define los contratos de arrendamiento financiero o *leasing*, como los que «tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles e inmuebles, adquirido para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una prestación consistente en el abono periódico de las cuotas», definición que mantiene la DA 1.^a de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Ventas a Plazos de Bienes Muebles.

Naturaleza del leasing.—El contrato de *leasing* es complejo y atípico, está gobernado por sus específicas estipulaciones y es de contenido no uniforme (STS de 14 de diciembre de 2004).

Diferencia entre el leasing y la venta a plazos.—El contrato de *leasing* cumple unas funciones económicas distintas de la compraventa a plazos.

El montante del valor residual no es suficiente para desvirtuar la calificación de un contrato como de leasing.—Para calificar el contrato de *leasing* no es decisivo el dato del valor residual del precio pactado (SSTS de 1 de noviembre de 1987, 28 de noviembre de 1997, 1 de febrero de 1999, 21 de abril de 2004 y 18 de mayo de 2005). (STS de 31 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del embargo trabado a instancia de la entidad *B., S. A.*, en juicio ejecutivo seguido contra la entidad *S., S. L.; C. de L., S. A.* promovió tercería de dominio contra las compañías mencionadas respecto a unos camiones volquete que describía, por considerar que eran de su propiedad al haberlos adquirido *S., S. L.*, por medio de un contrato de *leasing*.

El Juzgado no estimó la demanda por considerar que se trataba de un contrato simulado que encubría en realidad una compraventa de bienes muebles a plazos, sentencia que fue confirmada por la Audiencia. La actora recurrió en casación y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso al considerar que de las concretas cláusulas pactadas se deduce que ésta conservó la propiedad de los bienes que había cedido en arrendamiento financiero. (*I. D. L.*)

19. Contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: concepto y distinción con la compraventa a plazo de bienes con reserva de dominio.—Careciendo el arrendamiento financiero de una regulación jurídico privada, el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias de esta Sala, ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio. Según el parecer más autorizado y mayoritario, se conceptúa como contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente, para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, habrá de ser esta excluida como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta y el contrato, igualmente distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2 del artículo 3 de la Ley de 17 de julio de 1965.

Importe del valor de la opción de compra: valor simbólico: insuficiente para cambiar la caracterización del contrato como arrendamiento financiero.—La S de 30 de diciembre de 2003 abunda en el mismo criterio y establece que «no es por tanto de recibo, a efectos de desautorizar la naturaleza de la relación contractual que se discute, el hecho de que el valor residual que actuaba a efectos del ejercicio de la opción coincidiera exactamente con el importe de las cuotas mensuales fijadas para el arrendamiento, ya que la cuantía, más o menos elevada, reducida y también coincidente para la opción de compra, no es por sí suficiente para el pretendido cambio de calificación contractual». Tampoco el valor simbólico del precio de la opción de compra, por lo tanto, resulta relevante en este sentido.

La opción de compra: elemento distintivo del contrato de arrendamiento financiero.—La S de 13 de noviembre de 1992 dice que «sabido es que la opción de compra no aparece regulada suficientemente en el Código civil, aunque tenga reconocido su aspecto registral en el artículo 14 RH, teniendo declarado esta Sala que debe entenderse como tal aquel convenio en virtud del cual una parte concede a otra facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo ir también acompañado del pago de una prima por parte del optante; así pues,

constituyen sus elementos principales la concesión al optante a decidir unilateralmente respecto a la realización de una compra; la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y la concreción del plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima». Y asimismo tiene declarado esta Sala que «el ejercicio de opción exige que, dentro del plazo pactado, el optante manifieste su decisión de llevar a cabo el contrato negociado, notificando su voluntad positiva en este sentido al concedente, para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción». En el caso enjuiciado, no puede afirmarse, en una concreta interpretación, que se reconociese al arrendatario un derecho de opción cuya efectividad dependiese de su voluntad, en este sentido, sino que lo que estableció o se dio por supuesta fue la adquisición automática, por el arrendatario, de los bienes objeto de los respectivos contratos, salvo que manifestase, en forma fehaciente, su voluntad contraria a ese efecto adquisitivo del dominio. En los contratos considerados se estipulaba la adquisición del bien mediante libramiento de efectos que comprendían, desde un principio, el valor residual y se contenía una cláusula que acarrea los efectos automáticos de una transmisión de la propiedad, en caso de silencio del arrendatario a la formalización del contrato, imponiéndole el tener que efectuar una notificación fehaciente en un plazo determinado, para poder eludir tal efecto. (STS de 18 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Bilbao, fueron vistos los autos promovidos a instancia de *GDS-L., S. A.*, contra *G. Z., S. A.*, y Dirección Provincial de Vizcaya de la *Tesorería General de la Seguridad Social*, sobre tercería de dominio. Por la parte actora se formula demanda, solicitando que se dictara sentencia por la que se estimase la tercería interpuesta y declarase el dominio del actor sobre los bienes que son objeto de la misma, argumentando, principalmente, que su título de tercerista se asentaba sobre la conclusión, con *G. Z.*, de un contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.

El Juzgado de Primera Instancia, primero, y la Audiencia Provincial, después, desestiman sus pedimentos. (*S. M. S.*)

20. Arrendamiento de industria. Pago de rentas. Obligación solidaria: comunidad jurídica de objetivos.—La concepción actual de la obligación solidaria requiere poner de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la identidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores (STS de 19 de julio de 1989. En sentido análogo, SSTs de 26 de julio de 2000 y 23 de junio de 2003).

Efectos que produce la «entrega de llaves» respecto al acreedor de la restitución (arrendador).—El acreedor de la restitución tiene una carga, que impone la buena fe, que integra el contrato de acuerdo con lo que establece el artículo 1258 CC, de proveer a la seguridad del bien desde que puede tomar posesión. Sin perjuicio, desde luego, de realizar el inventario y las comprobaciones fehacientes dirigidas a constatar el estado de la cosa y a exigir las

responsabilidades por los desperfectos que el arrendatario no pruebe haberse producido sin su culpa.

Rehusar la «entrega de llaves» significa consentir una situación de abandono y puede dar lugar a una imputación objetiva.—Rehusar las llaves significa consentir una situación de abandono y, por tanto, incumplir la carga de diligencia, con el resultado de que ha de perder la posibilidad de reclamar deterioros o menoscabos que se hayan producido a partir de ese punto. La actitud del arrendador a quien se ofrecen las llaves durante el juicio de desahucio y las rehusa puede ser considerada desde la perspectiva de la técnica de *imputación objetiva*, en cuanto impediría poner a cargo del arrendatario los daños que se hayan producido después de que quien los ha sufrido pudiera haberlos evitado al asumir el control y la salvaguarda de la cosa, cumpliendo así un deber, anclado en la regla de la buena fe, de evitar o de mitigar el daño, y así cabe entenderlo teniendo presente que el ejercicio de todos los derechos se ha de realizar de buena fe (art. 7.1 CC) y que el acreedor de la restitución tiene la carga de evitar o mitigar el daño, carga que precisamente cabría considerar insita en su posición de titular del derecho subjetivo.

No cabe imputar el arrendatario daños que se hayan producido cuando no se halle en el goce de la cosa arrendada.—En este sentido, habrá que excluir de la responsabilidad del arrendatario los daños que se hubieren producido después de que el arrendador haya podido evitarlos (STS de 7 de marzo de 1991). En definitiva, estamos ante el artículo 1563 CC que establece que el arrendatario es responsable «del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya». Este precepto, según la jurisprudencia (SSTS de 12 de diciembre de 1988, 28 de enero de 1998 y 12 de febrero de 2001, entre otras muchas), es una aplicación del principio general del artículo 1183 CC donde se dice que cuando la cosa se perdió en poder del deudor se presumirá que la cosa se perdió por su culpa en virtud de una presunción *iuris tantum* cuya aplicación exige (SSTS de 2 de octubre de 1995 y 7 de marzo de 1991) que el deudor esté en la posesión y que, por tanto, resiste la aplicación cuando no puede determinarse en qué momento se produjeron los daños.

El juicio de desahucio sólo produce efectos de cosa juzgada en las cuestiones que son materia estricta de dicha juicio.—Si bien es cierto que los procesos sumarios limitan la cognición a determinados aspectos de la relación jurídico-material, ello implica que los efectos de la cosa juzgada también han de respetar esos límites y, consiguientemente, recaída resolución en el proceso sumario, podrán plantearse en el ordinario las demás, porque el desahucio o la resolución del contrato ha de limitarse al examen del título arrendaticio o de la razón jurídica que justifique la ocupación, y en ese punto concreto sí que la sentencia recaída en el primer proceso (sumario) produce los efectos de cosa juzgada (STS de 23 marzo de 1996. En sentido análogo SSTS de 26 de febrero de 1990, 28 de febrero de 1991, 27 de noviembre de 1992, 16 de junio de 1994, 21 de marzo y 20 de septiembre de 1996).

La prueba de confesión no es prevalente, ni es prueba tasada.—En este sentido, al no tener esta prueba prevalencia sobre las demás, ni ser prueba tasada, ha de ser apreciada en su conjunto con las demás (SSTS de 28 de junio de 2000, 4 de junio de 2003, 11 de noviembre de 2004). (STS de 28 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La actora reclamaba: 1.º) rentas del «arrendamiento de industria», sobre un local por ella arrendado y subarrendado a

los demandados, correspondientes a los meses de julio de 1994 a julio de 1995, ambos inclusive, sobre la base que la sentencia del juicio de desahucio se había dictado el 26 de julio de 1995, y 2.º indemnización de daños provocados por falta de parte del material inventariado, por desperfectos del material que se encontraba en el local y por daños causados en las instalaciones.

Los demandados oponen: 1.º) en cuanto a las rentas, que debían comprender el período entre julio de 1994 y mayo de 1995, ya que en el Acta del juicio de desahucio de fecha 9 de mayo de 1995, habían entregado las llaves del local dejándolas a disposición de la actora; 2.º) que había que descontar el importe de la fianza entregada, 3º) que debía declararse que la obligación de pago tenía carácter mancomunado y 4º) que los desperfectos fueron causados por terceros en fecha posterior a la entrega de llaves.

La sentencia de primera instancia estimó que se debían las rentas, con carácter mancomunado, hasta la entrega de llaves, que no había prueba de la fianza y que se debía abonar, como obligación solidaria, determinados desperfectos de la cosa arrendada. La Audiencia mantiene la sentencia del juzgado salvo que reduce la indemnización al importe de los daños por desaparición de material inventariado que fue retirado por los demandados. El Tribunal Supremo admite en parte el recurso de la actora y modifica la sentencia de la Audiencia sólo en el sentido de considerar que los demandados de forma solidaria deben abonar todas las rentas reclamadas por la actora, y que, también, de forma solidaria, le indemnicen los daños que se determinen en ejecución de sentencia con referencia a los bienes entregados según el Inventario. (*I. D. L.*)

21. Retracto de arrendamiento urbano (art. 51 de la LAU de 1964): el plazo de dos años para que el retrayente no pueda por actos *inter vivos* transmitir el piso adquirido, comienza desde la adquisición de la vivienda por éste, lo que requiere *título* y *modo*.—El plazo de prohibición de transmitir, impuesto por el artículo 51 de la LAU de 1964 a quien adquirió en virtud de derecho de retracto arrendaticio, opera precisamente desde la «adquisición» de la propiedad del piso, momento a partir del cual el retrayente pueda a su vez transmitirla a terceros. Ello porque, en nuestro sistema, la adquisición de la propiedad requiere «*título*» y «*modo*» como se desprende de lo dispuesto en los artículos 609 y 1095 CC, de los que se deduce que la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes «se adquieren y transmiten» no por el contrato, simple creador de obligaciones, sino por la «*tradicción*» que, no realizarse mediante la efectiva entrega de la posesión al comprador, se entienda efectuada por el otorgamiento de la escritura pública de compraventa.

La acción resolutoria prescribe con carácter general a los quince años.—La prescripción de la acción resolutoria al tratarse de una acción de carácter personal para cuyo ejercicio la ley no ha establecido plazo especial, se rige por el general de quince años establecido en el artículo 1964 CC. (**STS de 5 de octubre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—La antigua copropietaria de una vivienda solicitaba en su demanda, la resolución del contrato de compraventa de

fecha 11 de enero de 1989, en virtud del cual el retrayente adquirió de la actora y de la otra codueña la propiedad de la citada vivienda. Igualmente se pedía la resolución de la venta de 31 de enero de 1989, por la que el retrayente enajenó esa misma vivienda a dos personas que también fueron demandadas.

En el Registro de la Propiedad constaba tanto la fecha de la adquisición de la propiedad por el retrayente, como el hecho de que el mismo había adquirido en virtud del ejercicio del derecho de retracto arrendaticio urbano.

El Juzgado desestimó la demanda al igual que la Audiencia al entender, esta última, que la acción no podía prosperar ya que la transmisión efectuada por el retrayente se produjo pasados dos años desde la firmeza de la sentencia que reconoció su derecho a retraer y la fecha de esta resolución judicial significaba el momento a partir del cual había que contar el plazo de la prohibición de transmisión a terceros. El Tribunal Supremo admite el recurso de casación presentado por la actora al quedar demostrado que entre la fecha del otorgamiento de la escritura al retrayente y la otorgada por éste a favor de los codemandados, no habían transcurrido dos años. (L. A. P. M.)

22. Arrendamiento parciario: retracto. Tácita reconducción: legitimación activa. Artículo 80 LAR.—Se denuncia la infracción del artículo 80 LAR por cuanto al ser varios los hijos que pudieran tener derecho a suceder a don C. R., deberían haber elegido a uno solo para continuar la situación jurídica y no pueden ejercitar el retracto dos de ellos. El Tribunal Supremo rechaza este motivo, porque, de la lectura del párrafo segundo del artículo 80 LAR resulta la lógica previsión legal de que sean varios los arrendatarios, añadiendo que, en caso de fallecer uno de ellos, se integrarán en la relación arrendaticia los que le sucedan, sin que se altere el carácter indivisible de la misma, solución que, evidentemente, ha de ser igualmente aplicable a supuestos en que fallezca el único arrendatario dejando varios herederos; todo ello, sin perjuicio de los derechos de elección que confiere el apartado primero del artículo y que en el presente caso no han sido ejercitados. (STS de 1 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El presente recurso trae causa de la demanda que don O. y don A. D. formularon contra doña P., interesando que se declarara su derecho a retraer la finca rústica «La Torreta» o «María de Ramos», que la demandada había adquirido por compraventa en escritura pública de 28 de octubre de 1996. Don C. R., padre de los demandantes, había concluido contrato de arrendamiento parciario con la titular de la finca rústica. Vencido el plazo legal del arrendamiento en 1988, don C. R., y, tras su fallecimiento, en 1996, sus hijos, los demandantes, han continuado cultivando y explotando personalmente y de forma ininterrumpida la heredad, abonando puntualmente el canon acordado, sin que las propietarias doña F. y luego doña P., realizaran actos obstativos para impedirlo. La que muestra su oposición es la actual propietaria, pero, en 1997, cuando, según los demandantes, ya se había producido la tácita reconducción durante dicho año agrícola. Al haber accedido al Registro

de la Propiedad el 27 de enero de 1997 la compraventa realizada por la hoy recurrente, don O. y don A. D. interpusieron seguidamente la demanda de retracto. El Juzgado de Primera Instancia desestima en su totalidad la demanda, entendiendo que en el momento en que se ejercitaba la acción ya se había extinguido el contrato de arrendamiento que los actores invocaban. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y acoge la pretensión deducida. (S. M. S.)

23. Arrendamientos rústicos históricos. Sucesiones *mortis causa* de posibles arrendatarios que admite la LAR, en relación con la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos.—La STS de 13 de octubre de 1998, en un caso similar al presente, se separó del criterio hasta entonces mantenido por la Sala y que era favorable al criterio de una única sucesión. Es de mantener el criterio jurisprudencial disidente de 1998, reiterado en la STS de 27 de febrero de 2001, y acabar por entender que están legalmente autorizadas las diversas sucesiones que, desde la viuda de M. A. a C. M., y de éste a R., se han producido, declarando que éste sigue ostentando la posesión arrendaticia, pagando la renta, a pesar de los últimos intentos de la Compañía para despojarle de ella, pues ésta no ha acudido al sistema arbitrado por el artículo 99.2 LAR. Es más acorde con la realidad social, dado que la acción que se ejercita en demanda, de acceso forzoso a la propiedad, se ampara en la LARH, en la que se sientan como nuevos criterios para entender más de una sola de las sucesiones *mortis causa*: 1) la alusión, en la EM de la Ley, a que, con ella, se establecía un único y último período de prórroga, durante el cual, el arrendatario podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad y, ello, parte del principio de que, en el actual valor de las fincas arrendadas han contribuido, de forma notable, el arrendatario y sus ascendientes, mediante su cultivo, a lo largo de varias generaciones; 2) la LARH no prevé, en su artículo 2, la posibilidad de recuperación de la finca por sus propietarios en un plazo previo anterior a la finalización de cualquiera de las prórrogas, a diferencia de lo que sí prevenía la LAR, para finalizar con las situaciones arrendaticias derivadas de los tres casos recogidos como históricos; 3) en cambio, la LAR sí que recoge el ejercicio de la acción de acceso forzoso a la propiedad por los arrendatarios, para completar la tendencia de eliminación de las situaciones de prórrogas de la antigua LAR; y 4) la LARH ha suprimido las subrogaciones *inter vivos* entre arrendatario y sus descendientes, que la antigua LAR prevenía para paliar las limitaciones de la sucesión *mortis causa* de tal relación arrendaticia.

Arrendamiento rústico histórico: existencia: antigüedad del arriendo.—Según el artículo 1.c) puede considerarse protegido el arriendo por el importe convertible de la renta, anterior al 1 de agosto de 1942. Cabe su demostración por cualquier medio admitido en Derecho. El resto de los requisitos exigidos por el artículo 1.c) LARH concurren, dado que el arrendatario es cultivador personal y que, según la Ley, no se perderá tal condición por el hecho de que las artes hayan establecido algún pacto que modifique la renta u otros elementos o condiciones del contrato primitivo, siempre que se mantenga constante el arrendamiento sobre todas o parte de las fincas primitivamente arrendadas. La continuación del contrato primitivo en la persona del actual reclamante, no modifican su existencia, por la tácita reconducción. (STS de 10 de junio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. actúa como arrendatario de finca rústica de la que es propietaria la demandada, *E.-A., C. de A., S. A.* La renta que paga es de 180 pesetas anuales y el actor la cultiva directa y personalmente. Mediante contrato de compraventa otorgado en escritura pública de fecha 1 de julio de 1925, la *C. M. A. L., S. A.*, de la que fue sucesora la demandada, adquirió dicha finca, de su anterior dueño, don M. A., abuelo del hoy demandante, para dedicarla a «playa de remolacha», por estar próxima a la estación de Andollu del ferrocarril, y así poder embarcar la remolacha en ferrocarril y trasladarla a la azucarera de Miranda de Ebro. No obstante, este destino proyectado no llegó a hacerse efectivo.

Está reconocido por la partes, sin que conste desde cuándo, que la finca fue dada en arrendamiento, por la propietaria, a la viuda de don M. A., y que, fallecida ésta (tampoco se sabe cuándo), pasó a su hijo don C. M. que también falleció sin constar fecha de su muerte. El hijo de este último, don R., demandante, sigue cultivando personalmente la finca y ha seguido pagando la renta (invariable en su cuantía) a la demandada, si bien la indicada mercantil, al menos, en 13 de mayo de 1997, le ha notificado que daba por resuelto el mencionado contrato, por no considerarlo arrendatario.

Don R. presenta demanda interesando que se le reconozca su derecho de acceso a la propiedad de la finca, y que se condene a la demandada a otorgar a favor del actor escritura pública de compraventa de la finca, argumentando que su derecho se ampara en el artículo 2.1 y 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos, de 10 de febrero de 1992, por ser la fecha del arriendo, al abuelo del demandante, aproximadamente de 1930 y, en cualquier caso, de su hijo, don C. M., anterior al 1 de agosto de 1942 y la renta inferior a 40 quintales métricos de trigo. La mercantil se opone por entender que no cabe más que una sucesión en el arrendamiento y niega la antigüedad que se pretende, considerando que la relación arrendaticia se extinguió con el último titular anterior al reclamante. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y también la Audiencia Provincial. (*S. M. S.*)

24. Responsabilidad por vicios constructivos (art. 1591 CC). Ruina funcional: concepto.—El amplio concepto de ruina de la edificación elaborada por la jurisprudencia, comprende la denominada «ruina funcional» y abarca las deficiencias graves que exceden de las imperfecciones corrientes e inciden en la habitabilidad o goce del inmueble haciéndolo imposible o dificultoso (SSTS de 30 de enero de 1997, 18 de diciembre de 1999 y 15 de diciembre de 2000, entre otras)

La llamada ruina funcional no abarca cualquier vicio o imperfección. Los defectos de pintura no constituyen vicios ruinógenos.—Aunque la caída y desconche de las pinturas se debe a que no se cumplió con lo que disponía el proyecto, por mucho que se quiera ampliar el concepto de ruina no puede tener esta consideración los defectos de pintura de las puertas corrafuego y de las paredes. (**STS de 26 de septiembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio de garajes demandó a la empresa promotora-vendedora del edificio y

al director técnico de la obra por la existencia de vicios graves en la construcción del edificio solicitando que se condene a los demandados a la reparación de tales vicios y al pago de doce millones de pesetas como indemnización de daños y perjuicios, subsidiariamente, para el caso de que no sea posible la terminación o reparación de la obra conforme a lo señalado se solicitó una indemnización de 29.174.227 pesetas.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados a reparar los desperfectos existentes y referidos a: humedades por filtraciones de agua, al pavimento de entrada y salida de vehículos, a las escaleras, al correcto funcionamiento de las luces, a la falta de pintura de las puertas cortafuegos, a las pinturas de las paredes, a las deficiencias de las puertas de entrada y salida, y a la falta de aislamiento del techo del último piso. La Audiencia estima parcialmente el recurso presentado por la empresa promotora-vendedora, al que se adhirió el director técnico de la obra, y revoca la sentencia de instancia sólo en el sentido de dejar sin efecto la condena a reparar los defectos en la escalera. Los demandados presentan recurso de casación y el Tribunal Supremo resuelve que los defectos relativos al pavimento de entrada y salida de los vehículos, son vicios ruinógenos en cuanto que el estado actual del mismo es consecuencia del empleo de un material distinto al proyectado y no hábil para soportar el peso de los vehículos. En lo que concierne al sistema de alumbrado, la causa reside en las humedades y filtraciones y también constituyen vicios ruinógenos. En relación al aislamiento del último piso el vicio tiene la misma naturaleza que los anteriores en cuanto que no se colocó la fibra de vidrio de aislamiento. En cambio respecto a la falta de pintura de las puertas cortafuegos y paredes, estima parcialmente el recurso y señala que no tienen carácter ruinógeno. (C. O. M.)

25. Contrato de obra. Responsabilidad del arquitecto director de la obra. Incumplimiento del deber superior de vigilancia.—El daño se produjo por diversas causas, imputables a los distintos agentes de la construcción, sin poder individualizar la aportación causal de cada uno de ellos, y entre las que se encontraban las imputables a los arquitectos recurrentes, ya por tratarse de deficiencias del proyecto o de la dirección de la obra (insuficiencia de las juntas de dilatación o problemas estructurales), ya por haber sido propiciadas por el incumplimiento de las funciones de alta vigilancia de la ejecución de la misma que habían de ejercer, respecto de defectos atribuibles directamente al constructor, pero de tal entidad que no hubieran debido escapar al control de los arquitectos superiores. A tal fin, es constante la jurisprudencia que exige al arquitecto director de la obra el cumplimiento de funciones de control y vigilancia superior o mediata del proceso constructivo (SSTS de 3 de octubre de 1996, 26 de septiembre de 1997, 3 de abril de 2000 y 5 de abril de 2001); y en particular, le hace responsable de la realidad de deficiencias que, aunque directamente atribuibles al constructor, debía haber percibido en el desempeño de aquellas competencias (SSTS de 29 de diciembre de 1998 y 5 de abril de 2001).

Vicios de la construcción. La condena a prestaciones de hacer no excluye el pago de las obras de reparación o reforma llevadas a cabo

por los actores durante el proceso judicial.—En nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalencia es subsidiario de la satisfacción del acreedor en forma específica. La reparación *in natura* es preferente a la indemnizatoria, tratándose de obligaciones de hacer, como es la que podía exigir la demandante (STS de 13 de julio de 2005). Sin embargo, la regla general a que se refiere el artículo 924 LEC de 1881 (hoy, los arts. 705 y siguientes de la LEC 1/2000, de 7 de enero), no impiden que en determinadas circunstancias el acreedor, sin esperar a dicha condena (y su ineficacia), pueda realizar por sí o por otro la reparación de lo mal ejecutado por el deudor y reclamar al mismo el coste de tal prestación. Ello sucede cuando resulte evidente que el obligado no va a cumplir, correctamente, la prestación de hacer que debe o cuando haya sido requerido a ejecutarla sin resultado positivo (SSTS de 7 de enero de 2002 y 13 de julio de 2005). La realidad de este requerimiento a la promotora, suficiente a estos efectos, y la oposición procesal de los demandados a asumir sus responsabilidades, unidas al legítimo interés de la demandada en no vivir permanentemente con las incomodidades derivadas de los defectos en la construcción, justifican que, en el funcionamiento del contrato de ejecución de obra, la demandante, tras reparar por sí las deficiencias, reclame a los demandados el coste de la reparación. (STS de 10 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En proceso instado por la presidenta de la comunidad de propietarios de un edificio de Calpe, antes de que entrara en vigor la LOE de 1999, la sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación de la actora y condenó solidariamente a todos los agentes de la construcción por ella demandados a pagarle la suma de dinero en que se había liquidado el coste de las obras, ya realizadas, de reparación o eliminación de los defectos constitutivos de ruina (en el sentido en que la jurisprudencia interpreta este término, al aplicar el art. 1591 CC) denunciados en el escrito de demanda. La decisión judicial atribuyó el daño a una serie diversa de causas, imputadas a los agentes de la construcción demandados, sin posibilidad de individualizar la aportación causal de cada uno de ellos. Los dos arquitectos superiores de la obra recurrieron en casación la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante al considerar que la misma infringía lo establecido en el artículo 924 LEC de 1881 (hoy arts. 705 ss. de la LEC 1/2000), en la medida en que habían sido condenados a pagar el coste de las obras de reparación ejecutadas por otro, sin haber sido condenados a realizarlas y, además, sin haber incumplido dicha condena en el plazo que se les debería señalar. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (L. A. G. D.)

26. Responsabilidad decenal: solidaridad impropia.—La solidaridad que reconoce la jurisprudencia cuando se enfrenta a los defectos en la ejecución de un contrato de obra no obedece a la propia esencia de la obligación sino que viene motivada por razones prácticas, y así se aplica, cuando no se puede discernir la influencia o intervención de cada una de las partes que intervienen en un proceso constructivo respecto a los vicios o defectos de la obra.

En la responsabilidad decenal no son indemnizables los daños morales.—De acuerdo con una reiterada jurisprudencia sobre el artículo 1591 CC, no se considera indemnizables los supuestos daños morales.

Colegio Profesional. Ejercicio de acciones por mandato: posibilidad de oponer excepciones y reconvenir.—La actuación de algunos Colegios profesionales no puede separarse del concepto de representación, sea institucional, corporativa, o estatutaria, que además, como sucede en el presente caso, resulta voluntaria, pues existe un poder al efecto conferido por el Arquitecto a favor del Colegio, y, por ello, no cabe una escisión de las relaciones jurídicas sustanciales que vinculan al representado, ni, por ello, en supuestos litigiosos, de la carga de soportar en toda su extensión el ejercicio de los derechos procesales inherentes al demandado, que, obviamente, puede reconvenir y excepcionar, tal cual si fuera demandado por el representado.

Límite subjetivo de la cosa juzgada: personas ligadas con carácter solidario a una relación jurídica.—La extensión subjetiva de la cosa juzgada entre los sujetos que están ligados por vínculos de solidaridad, no puede llevarse a los extremos de impedir todo ulterior proceso sobre la misma cuestión frente a los restantes deudores solidarios, cuando, previamente, se haya dictado sentencia contra uno de ellos, pues eliminará la esencia de la solidaridad, dada la imposibilidad de perseguir y ejecutar la condena contra los restantes deudores al carecer de título ejecutivo para ello, y limitaría indebidamente el contenido de los artículos 1144 y 1148 CC, que permiten, respectivamente, al acreedor dirigirse simultáneamente o sucesivamente contra todos los deudores, mientras no esté cobrada la deuda y al deudor solidario oponer las excepciones personales que tuviera contra el acreedor y que pueden ser ajenas a los restantes obligados. (STS de 24 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid en representación de uno de sus colegiados demandó al dueño de una obra, dirigida y proyectada por el Arquitecto representado, reclamándole 1.386.533 pesetas derivadas del arrendamiento de obra en que habían intervenido estos últimos. El dueño de la obra se opone a la demanda y formula demanda reconvenzional por deficiencias constructivas, ruina funcional y negligencia del arquitecto en la dirección de la obra, solicitando que el referido arquitecto le indemnice por los daños y perjuicios sufridos por los vicios en la construcción y dirección de la obra que detalla y evalúa. El Juzgado desestima la demanda y la reconvección. Ambas partes recurren y la Audiencia estima parcialmente sólo la reconvección y condena al arquitecto, representado por su Colegio Profesional, a que abone a la actora la cantidad de 7.639.441 pesetas. El Tribunal Supremo no da lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes del litigio. (I. D. L.)

27. Acción de responsabilidad por ruina. Liquidez de los daños y perjuicios.—La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el artículo 360 LEC de 1881 en el sentido de resultar procedente la reserva de su determinación cuantitativa para el trámite de ejecución de sentencia.

Acción dirigida contra el propietario de un local para que permita las reparaciones y acumulación con las acciones de responsabilidad por ruina.—Se trata de una acción innominada de dejar hacer y de colaboración con las obras que afectan a todo el edificio, conforme al artículo 9 LPH y al artículo 560 CC por analogía. Se compatibilizan las acciones acumuladas (S de 3 de febrero de 1995), que no se excluyen ni son contradictorias entre sí (S de 14 de mayo de 1993), sobre todo cuando las garantías del proceso seguido no merman ni restringen los medios de defensa e impugnación.

Los constructores posteriores codemandados realizaron el 55 por 100 de la obra, finalizaron la edificación, y también desconocieron los cuidados más elementales sobre la colocación de bovedillas, empleo de los materiales más comunes en la construcción, y finalmente en el cierre, que tampoco se acomodó a un juicio de buena construcción, como ha puesto de relieve el perito informante.

Procedía decretar la situación de solidaridad aunque la construcción del edificio se hubiera acometido por promotores distintos.—En la producción de los vicios ruínógenos han contribuido cada uno de los que resultaron condenados, sin que se hubiera probado debidamente la participación por cuotas precisadas. (STS de 24 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de un solar iniciaron la construcción de un edificio y, tras completar un 45 por 100, vendieron lo levantado a otros constructores. Estos últimos completaron la obra y transmitieron las edificaciones resultantes; ante la existencia de defectos de construcción, la comunidad formada por los adquirentes de esas edificaciones demandaron a todos los constructores, así como a los técnicos, en solicitud de que se les condenara solidariamente a ejecutar las obras necesarias para dejarlo en perfectas condiciones de uso, y a indemnizar a los integrantes de la comunidad por los daños y perjuicios causados y por los que pudieran sobrevenir si hubieran de abandonar sus viviendas durante la ejecución de las obras; también se solicitaba la condena de uno de los propietarios a soportar la ejecución de las obras precisas en su local para la consolidación del edificio, todo ello en los términos fijados en el juicio o en ejecución de sentencia. El Juez absolvió al propietario del local y a la heredera de uno de los codemandados, cuya intervención en la obra no se indica en la narración fáctica, condenando solidariamente a los demás a pagar 5.000.000 de pesetas en concepto de importe de las obras de reparación. Recurrida la sentencia por ambas partes, la Audiencia estimó la apelación de la comunidad, condenando a los codemandados solidariamente a realizar las obras descritas en los informes periciales y a indemnizar a todos los propietarios los daños causados por la indebida ejecución de la obra y los que pudieran sobrevenir si hubieran de abandonar las viviendas durante la ejecución de las reparaciones, todo ello según se determinará en ejecución de sentencia; también se condena al propietario del local a soportar la ejecución de las obras precisas en el interior del mismo para la consolidación del edificio. Los constructores que sucedieron a los iniciales interpusieron recurso de casación alegando que el tribunal de apelación no fijó cuantitativamente las reparaciones (cuyo importe cifró el Juzgado en

5.000.000 de pesetas), que las acciones contra los constructores y técnicos no podían acumularse con la entablada contra el propietario del local, que ellos sólo habían realizado un 45 por 100 de la obra (partiendo de una estructura inadecuada que se complicó con el uso de mezclas inadecuadas), y que en el caso de autos procedía la individualización de la responsabilidad y no la condena solidaria. (*L. M. L. F.*)

28. Mandato. Extralimitación en el uso del poder.—El mandatario está obligado a dar cuenta de la utilización del mandato y a devolver el valor de lo recibido cuando se extralimite en el uso del poder (art. 1720 CC), valor que se convierte en el que correspondiere a la cosa cuando se perdió (art. 1307), que es el que, por su transferencia a tercero hipotecario, o de buena fe, la convierte en «pérdida» jurídicamente, o sea, en el presente caso, en el momento en que la S del pleito precedente, que ordena la restitución, se convierte en inejecutable, precio que no consta y que se debe determinar, como es obvio, a través de una prueba pericial.

Nulidad de contrato. Efectos.—Decir que cuando la S de la que se recurre explica que la compraventa discutida «ya existió», y que por ello, al ser declarada nula, el que percibió su precio, debe devolverlo al perjudicado, con ello se está reflejando una irrealidad jurídica que invade, negándolos, preceptos que avalan, sin ningún aspecto de alerta, el resarcimiento para la parte que de buena fe se ve despojada de una situación jurídica que le era favorable, por la actuación antijurídica de otra, como aquí ha ocurrido: así, en las indemnizaciones a que da lugar el matrimonio declarado nulo —art. 98 CC, en favor del «consorte» (que se sigue llamando así hasta la efectividad de la nulidad consorcial), y en casos como el presente, en los supuestos del artículo 1307 CC—, que es el que aplica el Juzgador de primera instancia; y en los del 1720 del mismo Cuerpo legal, que encuentra su apoyatura, en este litigio, en la propia demanda, así como en el motivo 4.º del recurso. (**STS de 7 de junio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. D. propietario de un terreno, otorga poder, en 1982, a favor del demandado don A. J., en el que se contiene la facultad de disponer de dicha finca. Don J. D. fallece en París, el 12 de mayo de 1983, habiendo otorgado testamento en el que instituye legataria universal de sus bienes a la ahora actora, doña D., habiendo sido notificado el demandado, A. J., del fallecimiento de su poderdante en noviembre de 1983. El 16 de febrero de 1984, no obstante conocer el demandado el fallecimiento, y usando el poder antes referenciado y otorgado por don J. D., declaró la obra nueva de un chalé, constituido en aquel terreno y otorgó escritura de compraventa del mismo a favor de don C. y doña M. J., quien, a su vez, vende la indicada finca a los señores C. M. e I., quienes inscriben tal adquisición en el correspondiente Registro de la Propiedad, el 2 de octubre de 1985. Doña D. interpone demanda contra don A. J., don C. y doña M. J., en petición de que se declarara la nulidad de la compraventa producida. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Denia, de 26 de septiembre de 1986, estima los pedimentos, declarando la nulidad pedida y quedando firme. Pero, en trámite de ejecución de la referida sentencia, ésta no puede lle-

varse a cabo, debida a la compraventa ulterior que habían concluido don C. y doña M. J. con los señores C. M. e I. Doña D., como propietaria de la finca, reconocida en la referida sentencia, presenta demanda frente a don A. J., en petición de que, en ejecución de sentencia se condene al demandado a pagarle la cantidad recibida por la compraventa de la finca, más los intereses desde la recepción de la misma, hasta su total pago.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la parte demandada. (S. M. S.)

29. Principio nominalista. Corrección por el Código Civil.—Se aprecia en preceptos como el artículo 1074 CC. Dicha corrección se lleva a cabo, por una parte, aproximando el momento de valoración al de la liquidación y pago y, por otra, estableciendo la regla de pago en la moneda corriente en el momento de la liquidación.

Enriquecimiento sin causa. Remedio de carácter residual.—No puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes pues, entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso. La Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha dicho que el enriquecimiento sin causa sólo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa (STS de 18 de enero de 2000, 5 de mayo de 1997, 4 de noviembre de 1994 y 19 de febrero de 1999, entre otras muchas).

Sociedad interna. Concepto.—Es una de las sociedades a las que el artículo 1699 CC se refiere como sociedad sin personalidad jurídica llamadas irregulares y cuyo régimen jurídico se determina de acuerdo con el artículo 1699 II CC. De este precepto se deduce que, en cuanto no haya sido perfilado por las partes el régimen de estas sociedades se remite a las normas de la comunidad de bienes en los aspectos relativos a la titularidad de los bienes o infraestructura patrimonial pero no en el organizativo, en el que, si los interesados nada han establecido, se habrán de aplicar las normas de la sociedad.

El problema que se plantea es el de separar los aspectos societarios y comunitarios, ya que se solapan sociedad y comunidad. Parece claro que las normas de la comunidad rigen el fondo común o sustrato material donde está enclavada la configuración del derecho de cada comunero, en tanto que los aspectos organizativos y obligatorios se han de llevar a la sociedad, en función de las remisiones de los artículos 392 II y 1669 II CC y teniendo en cuenta que la comunidad de bienes es un régimen de goce y disfrute de carácter real pero también un sistema organizativo de la titularidad de bienes y derechos.

El fallecimiento del socio en este tipo de sociedades produce el venir a menos instantáneo del vínculo social y genera entre los socios una mera situación de comunidad cuya división procederá por las reglas de la división de la herencia. Tanto si se entiende el proceso de liquidación como subsistencia transformada de la misma sociedad, como si se piensa que se produce la extinción social por venir a menos el vínculo (sociedades internas), decae el derecho al reparto de beneficios, que se sustituye por el derecho a la cuota de liquidación. (STS de 21 de octubre de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El objeto de la discusión en la que se centra la sentencia del Tribunal Supremo analizada es la valoración de determinados derechos incluidos en el inventario de la herencia de la madre de los contendientes, que la causante adquirió a título de heredera y de usufructuaria universal de la herencia del esposo fallecido veintidós años antes. Éste era titular del 20 por 100 de un negocio de viveros, participación de carácter ganancial. El resto del mencionado negocio pertenecía a los seis hijos comunes, contendientes en este proceso. El Tribunal Supremo considera que la naturaleza jurídica de dicho negocio es la de sociedad interna (FD 4).

Fallecido el padre y extinguida la sociedad sin haberse practicado la liquidación, quedó en poder de los hijos continuadores de facto de la misma empresa la totalidad del haber social, un 20 por 100 del cual, en realidad, pertenecía por mitad a su madre y por mitad, en nudo dominio, a los seis hijos herederos y en usufructo a la propia madre.

En el juicio incidental de inclusión de bienes en la herencia seguido en el juicio de testamento anterior al proceso del que trae causa la sentencia analizada, la Audiencia estimó incluido en el inventario de la causante el 10 por 100 del negocio, cuya titularidad le pertenecía, y los beneficios del 20 por 100 generados desde la fecha del fallecimiento del esposo hasta la de la causante.

Al no existir acuerdo entre los herederos de la causante sobre la valoración de dicha participación y de los mencionados beneficios, se inicia el proceso en el que se inserta la presente sentencia: los demandantes consideran que la valoración debe referirse al momento del fallecimiento de su padre, mientras que para las demandadas, la fecha que debe tenerse en cuenta es la de liquidación o adjudicación. (*B. F. G.*)

30. Contrato bancario: cuenta corriente de crédito. Reclamación del saldo de la cuenta liquidada: pacto de solidaridad de los cónyuges que lo suscribieron como acreditados. Carácter abusivo: no se aprecia.—La jurisprudencia de esta Sala ha considerado la «solidaridad» pactada, en algunos supuestos de contratos de apertura de cuentas de crédito, como abusiva para el deudor, criterio éste no general y común para todos estos pactos, precisándose, en realidad, por parte del que alega tal carácter, y aquí no se ha dicho en qué consiste este «abuso» (la cláusula es, en cualquier caso, de inclusión corriente, en estos supuestos), y, además, con el deber de probarlo. (**STS de 24 de junio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El presente juicio, se interpone por el *B. E. de F. S. A.*, en base a la Póliza de Crédito a Interés Fijo, núm. NUM001, firmada por los esposos codemandados, don J. C. y doña L., y con intervención de Corredor de Comercio. Se reclama la cantidad de 7.189.499 pesetas acompañando a la demanda la Póliza original suscrita con fecha 1 de febrero de 1991, las certificaciones con las que el Corredor de Comercio acredita, respectivamente, la conformidad con el asiento núm. 566 (de fecha 1 de febrero de 1991, folio 629/30 del tomo núm. 1 —doc. núm. 3—), y con la que se certifica que la liquidación realizada por el Banco ha sido practicada en

la forma pactada por las partes, y si bien no se reseña en dicha certificación un saldo final, no obstante, se contienen en ella los datos contables que constituyen el movimiento de la cuenta de la que son titulares los demandados.

Los codemandados se oponen a la reclamación de cantidad, por la separación de bienes de don J. C. y doña L., afirmando que la póliza fue suscrita mancomunadamente. Asimismo, la «disconformidad con el saldo reclamado» se justifica en que, estando otorgada la cuenta de crédito por dos titulares, debía haberse realizado una reclamación individualizada a cada uno de los titulares, significando cuál era el saldo. También se alega por ellos «plus petición», basada en que en la cuenta se han efectuado cargos que en modo alguno han sido autorizados por los codemandados. Y, por último, que, en el declarativo ordinario de menor cuantía, la documentación aportada a las presentes actuaciones, no acredita la existencia de la deuda, su exigibilidad, ni la persona del deudor.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (S. M. S.)

31. Aval a primer requerimiento. Concepto.—Entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 CC (STS de 14 de noviembre de 1989), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. (STS de 27 de octubre de 1992).

Aval a primer requerimiento. Diferencias con la fianza.—Es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el CC, su no accesoriidad (SSTS de 11 de julio de 1983 y 14 de noviembre de 1989). De ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 CC), se permite al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal.

Aval a primer requerimiento. Efectos. Aplicación de las normas sobre el contrato de fianza. Necesidad de que se constituya de forma expresa.—El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (STS de 5 de julio de 2002). Ahora bien, su propia especialidad no la desnaturaliza y desgaja

por completo del contrato de fianza, presentándose como una modalidad que resulta perfectamente compatible con el tipo contractual fideusorio (SSTS de 2 de octubre de 1990 y 15 de abril de 1991), ya que junto a su función garantizadora se refuerza e intensifica la seguridad del pronto e inmediato cobro de la deuda por el beneficiario-acreedor. De ahí que no puede desconocerse la aplicación a esta figura jurídica de las normas propias de la fianza en cuanto se acomodan a su especial naturaleza y muy singularmente de la contenida en el artículo 1827 CC respecto a la necesidad de su carácter expreso, sin que pueda presumirse en forma alguna la obligación del fiador, y a la imposibilidad de extender su obligación más allá de lo expresamente asumido por el mismo al contraer la obligación de garantía. (STS de 28 de mayo de 2004).

Aval a primer requerimiento. Las condiciones accesorias del contrato no impiden la eficacia de la garantía.—El señalamiento del día de la semana en que debía expedirse la factura —sábado— no es una condición esencial de la que pueda hacerse desprender la eficacia de la garantía pues lo pretendido por la voluntad negocial de las partes es que las compras de cada período semanal se reflejen en una factura única al finalizar cada semana.

Doctrina de los actos propios. Imposibilidad de defraudar la legítima confianza o expectativa creada en la contraparte negocial.—Es inveterada la jurisprudencia que considera que la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 25 de octubre y 28 de noviembre de 2000, y 16 de septiembre de 2004, entre muchas). En el caso en cuestión los recibos estuvieron expedidos en distintos días de la semana, pese a lo cual fueron satisfechos mediante actuación propia de la entidad fiadora que, sin duda, generó en la actora la confianza en que se mantendría igual conducta. Se configura así una serie de «actos propios» de la fiadora que no pueden ser desconocidos unilateralmente por la misma sin explicación, al menos, de las razones de tal apartamiento.

Condena en costas. La estimación de la petición subsidiaria no excluye el principio del vencimiento.—Esta Sala tiene declarado que si se estima una petición alternativa o subsidiaria, ello no excluye el vencimiento del actor (SSTS de 27 de noviembre de 1993, 30 de mayo de 1994 y 15 de marzo de 1997), siendo así que en el caso la parte demandada se opuso totalmente a la estimación de la demanda sin aceptar ser la deudora por cantidad alguna, lo que en definitiva determinó la necesidad de que se siguiera todo el proceso en su contra, situación que posiblemente no se habría producido si hubiera aceptado la pretensión formulada de modo subsidiario, por lo que en suma debe regir el principio *victus victori* contenido en la norma cuya aplicación se combate. (STS de 27 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante la suscripción de un aval a primera demanda, la entidad *B. H., S. A.* se obligaba a pagar las facturas que le presentara al cobro la *Cofradía P. B.*, por importe de hasta un millón de pesetas y a cargo de la mercantil *P. M. V. B., S. A. L.*, generadas por la compra de pescado o marisco. A los pocos días de suscrito este contrato, se expidió una certificación complementaria en la que, entre otros extremos, se estipuló que la facturación de las compras debía efectuarse el sábado de cada semana así como la posibilidad del Banco de dejar sin efecto el aval previa notificación

a la beneficiaria. Unos años después de venir ejecutándose el contrato en los términos acordados, el Banco comunica su resolución a la Cofradía. Requerido aquél para el pago de los últimos suministros anteriores a la fecha de cancelación del aval, fue aceptado y abonados los importes reclamados, a excepción de una serie de facturas al estimar el Banco que no era procedente su pago por superar el importe acordado de un millón de pesetas y estar emitidas en días distintos del sábado. La *Cofradía P. B.*, demanda al Banco en reclamación de la suma total de 11.727.894 pesetas, que importaban las facturas rechazadas y, subsidiariamente, de la cantidad de 7.826.616 pesetas a que se reduciría de no sobrepasar el importe de un millón de pesetas por factura. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y estimó la petición subsidiaria, con condena en costas al Banco demandado. La Audiencia Provincial de Asturias desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Banco. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (L. A. G. D.)

32. Carta de patrocinio. Contrato atípico.—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 de 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 de esta Sala —SS de 16 de diciembre de 1985 y 10 de julio de 1995—, y fundamentada en el principio de libertad de contratación recogido en el artículo 1255 CC.

Tipos: «cartas débiles» y «cartas fuertes».—Las cartas débiles más bien son 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, criterio seguido por nuestro Tribunal Supremo en la S de 16 de diciembre de 1985 que lo refiere al contrato de fianza.

La carta de patrocinio: diferencias con la fianza.—Como similar a la fianza, a menudo, la carta de patrocinio puede chocar con el presupuesto de que la declaración constitutiva de fianza ha de ser clara y precisa, sin que pueda sustentarse en expresiones equívocas, que se prodigan en las cartas de patrocinio, para atenuar su fortaleza jurídica. En todo caso, como contrato atípico, la carta de patrocinio no embebe ni supone la constitución de una fianza y, aunque pueda participar en algunos aspectos de sus características, son contratos atípicos con personalidad propia y no confundibles.

La carta de patrocinio como oferta de mandato de crédito: encargo de dar crédito a un tercero determinado.—El Tribunal Supremo prefiere acudir, con otros sectores doctrinales a la asimilación con otras figuras contractuales, distintas de la fianza por menos sensibles al factor de equivocidad que frecuentemente pretende introducirse en estos documentos por aquel que los emite, para desdibujar la idea de afianzamiento, en concreto, la figura tra-

dicional 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 accede al requerimiento formulado en la carta. 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 (STS de 10 de julio de 1995).

Facultades del firmante de la carta para obligar al patrocinador.–

En el ámbito de las garantías ofrecidas por una sociedad matriz respecto de alguna que se entiende comúnmente entre las de gobierno y gestión del órgano de administración de la entidad patrocinadora, figuran los llamados «actos neutros», aquellos que, aunque no comprendidos directamente en el objeto social, tampoco suponen una ampliación de éste, presumiéndose que se realizarán o estipularán, en beneficio de la sociedad y al servicio del objeto y fin sociales. Estos actos, como son concertar préstamos, prestar avales o garantías, etc., pueden incluirse dentro del concepto general de actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en el objeto social, al que se refiere el artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil, para declarar que no podrán incluirse en el objeto social. En cualquier caso, aunque se entendiase 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 UE en materia de sociedades, hace que el objeto social sólo pueda ser opuesto como límite de la actuación de los administradores frente a terceros que hayan obrado de mala fe o con culpa grave. En el caso, L. era Presidente del Consejo de Administración de *Rústicas, S. A.*, y, además, su apoderado general. Además, antes de la fecha de la firma, la Junta General otorgó poderes al Consejo de Administración para operar con Bancos, Cajas y cualesquiera entidades de financiación y avalar y garantizar operaciones propias y de terceros. (STS de 30 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.–Por el *Banco Z., S. A.* –parte antes demandante y ahora recurrida en casación–, se formuló demanda en la cual solicitaba que se dictara sentencia condenando a *R., S. A.* –parte antes demandada y luego recurrente en casación–, al pago de las cantidades a las que fue condenada la entidad *C. I., S. A.*, en juicio ejecutivo. La solicitud del *Banco Z., S. A.* tenía como base un escrito de fecha 28 de septiembre de 1992 firma de L., Presidente del Consejo de Administración de *R., S. A.*, y su apoderado general, y cuyo tenor es el siguiente: «Muy señores nuestros: En relación con la solicitud de la cuenta de crédito que por importe de 20.000.000 de pesetas (veinte millones de pesetas) les fue solicitado a ustedes por la empresa *C. I., S. A.* de Zaragoza, les comunicamos que poseemos el 100 por 100 del capital de la misma. Con respecto a la mencionada cuenta de crédito, les comunicamos que si *C. I., S. A.*, tuviera problemas en devolverlo a su vencimiento, procederíamos a ampliar capital hasta el importe de dicho crédito para poder hacer frente a

tal compromiso.—». Ante el impago parcial, *Banco Z.* interpone demanda de reclamación de cantidad contra la compañía mercantil *R., S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda presentada por el *Banco Z.* Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia desestima el recurso. (*S. M. S.*)

33. Aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.—La excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos e intereses concretos, otorgando a favor de un sujeto concreto una acción de restitución, constituye un postulado de justicia ineludible. Para que proceda la aplicación de este principio general, es preciso que la causa para su no aplicación deje de ser injusta y se torne en justa y suficiente cuando exista una clara disposición legal (STS de 18 de enero de 2000). Es decir, la acción de enriquecimiento injusto debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley concede acciones específicas en un supuesto concreto, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni falta de ejercicio legitiman la utilización de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa. (**STS de 30 de noviembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor formula demanda de reclamación de cantidad contra *R. P. L.* Ambas partes adquirieron por mitad y en régimen de pro indiviso un negocio restaurante. Posteriormente se concertó un contrato de arrendamiento de industria a favor de *S., S. L.* La parte actora reclama la mitad de las rentas percibidas por la demandada como propietaria y arrendadora del local. La demandada alega que el demandante se había negado a satisfacer los gastos necesarios que se habían ocasionado como propios del dominio del inmueble y demás elementos anejos al mismo (el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, el IRPF...).

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda, condenando a la demandada al pago de una cantidad de dinero menor de la solicitada por el actor al deducir el Juzgado la cantidad que el actor adeudaba a la demandada. Ésta interpone recurso de apelación, que es desestimado, motivo por el cual recurre en casación. Se alega principalmente la infracción del principio del enriquecimiento injusto. El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que en este caso hay disposiciones legales suficientes para dar una solución justa y coherente a la compensación de deudas, como los artículos 1195 y siguientes CC, que regulan la compensación como mecanismo extintivo de las obligaciones, sin tener que recurrir a la doctrina del enriquecimiento injusto, que debe aplicarse de manera subsidiaria. (*S. L. M.*)

34. Existencia de enriquecimiento injustificado como resultado de un proceso de ejecución hipotecaria.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que existe enriquecimiento injustificado cuando en el patrimonio del rematante en un proceso de ejecución hipotecaria se produce un incremento patrimonial (*lucrum emergens*) como consecuencia de entrar en su patrimonio, sin

contraprestación alguna, una edificación existente en la finca hipotecada, produciéndose de esta manera un correlativo empobrecimiento en el patrimonio del dueño de la edificación como consecuencia del daño positivo (*damnum emergens*) consistente en la pérdida de la citada edificación.

Para nuestro Alto Tribunal, en este tipo de casos no existe justa causa que legitime la adquisición de la edificación por parte del rematante, pues la citada construcción no estaba hipotecada ni su valor estaba incluido en el precio pagado como remate en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria regulado en el artículo 131 LH.

Enriquecimiento injustificado: existencia de justa causa.—Afirma la Sala 1.ª del Tribunal Supremo que existe justa causa, y por tanto, no puede aplicarse la doctrina del enriquecimiento injustificado, cuando lo resuelto se ampara en un precepto legal concreto o en una resolución judicial motivada definidora de derechos entre las partes.

Buena fe registral.—No existe cuando se conoce la situación física y jurídica de la finca, o hubo posibilidad de conocerla con una mínima diligencia. (STS de 18 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En octubre de 1982 don E. J. y doña E. R. constituyen un derecho de hipoteca sobre la finca registral núm. 3319 del Registro de la Propiedad de Arenys de Mar, a favor de la entidad financiera CAL (inscripción 3.ª).

Posteriormente, don E. J. vende su mitad indivisa sobre la citada finca a don V. R. (inscripción 4.ª).

En virtud de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valls en abril de 1987, se inscribe en el Registro de la Propiedad, en septiembre de 1987, el dominio del *chalet practic* prefabricado existente en la finca núm. 3319 a favor de la entidad H. P. E., S. A., (inscripción 5.ª).

En agosto de 1991, don L. inscribe (inscripción 6.ª) en el Registro de la Propiedad el dominio de la finca núm. 3319 a título de cesión de remate en el procedimiento del artículo 131 LH seguido en el Juzgado de Mataró a fin de ejecutar la hipoteca (el precio fijado para la subasta en el proceso de ejecución hipotecaria era el establecido en la escritura pública de constitución de la hipoteca, y, por tanto, no incluía el valor del *chalet practic*, posteriormente construido, pues la hipoteca constituida sobre la citada finca registral sólo se extendía al solar y a la casa de teja árabe existente en dicho solar).

Por Auto firme de 4 de julio de 1991 se cancela la inscripción de hipoteca (inscripción 7.ª).

El 21 de agosto de 1991 se produce la inscripción de obra nueva (inscripción 8.ª), conforme a la escritura pública de 6 de agosto de 1991, con remisión a acta anterior de declaración de obra nueva de 20 de enero de 1987, anterior a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valls e inscripción registral de la misma.

La entidad H. P. E., S. A., interpone demanda contra don L., solicitando se dicte sentencia que declare, entre otras cosas, las siguientes: a) declarar que el *chalet practic*, que se describe en la demanda, enclavado en la finca registral núm. 3319 del Registro de la Propiedad de Arenys de Mar, es propiedad de la entidad H. P. E., S. A., y tiene derecho a inscribirlo en el Registro de la Pro-

piedad; *b*) que don L. está obligado a entregar el *chalet practic* al demandante; *c*) declarar que conforme al artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, la entidad *H. P. E., S. A.*, tiene derecho de retención sobre el citado chalé, hasta que no se le abonen las cantidades de 11.787.924 pesetas que señaló la sentencia del Juzgado de Valls, dictada en abril de 1987, o aquella otra cantidad, mayor o menor, que la sentencia que se dicte en este proceso estime ser más justa; *d*) declarar nulas o ineficaces y sin valor las declaraciones de obra nueva otorgadas en acta notarial por el demandado don L. en enero de 1987, así como declarar la nulidad de la inscripción que dichas declaraciones de obra nueva causaron en el Registro de la Propiedad; *e*) declarar que conforme al artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña y a la sentencia del Juzgado de Valls de abril de 1987, y con las correcciones que el Juzgador estime justas y equitativas, el demandado tiene que ser condenado a pagar a la parte demandante la cantidad que señale el Juzgado como valor actual del *chalet practic*, en cuyo caso, pagando la cantidad señalada, el citado inmueble sería propiedad del demandado (don L.), o declarar que siendo el mencionado chalet propiedad de la entidad *H. P. E., S. A.*, condene al demandado a tener que vender mediante precio justo y equitativo que señale la sentencia, el terreno en que está enclavado dicho chalé, y *f*) subsidiariamente para el caso de que la entidad *H. P. E., S. A.*, no pudiera recobrar el dominio del *chalet practic* por habérselo vendido el demandado a un tercero, se condene a don L. a pagar a la sociedad mercantil *H. P. E., S. A.*, el valor en pesetas del citado inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, revoca la sentencia de primera instancia y estima parcialmente la demanda, condenando al demandado a pagar al demandante la cantidad de 13.647.924 pesetas. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, casa y anula la sentencia recurrida en el sentido de reducir la condena al pago de 11.787.924 pesetas.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 siguientes y 681 siguientes de la vigente LEC.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que el artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña fue derogado por la DF 1.ª de la Ley catalana 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y de la ocupación y que esta Ley a su vez ha sido derogada por la DD de la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. (*M. J. P. G.*)

35. Competencia jurisdiccional: contencioso-administrativa: accidente de circulación con graves lesiones y secuelas para el conductor por deficiente estado de una carretera local en obras. Todos los codemanda-

dos están adscritos al servicio público para el mantenimiento de las carreteras.—La adscripción de los codemandados al Servicio Público de la Brigada de Conservación de Carreteras de la Diputación de Cuenca, implica que los mismos son «servidores» de la Administración (sean funcionarios o estén adscritos al mencionado servicio público por cualquier título, de mayor o menor permanencia), por ello encajan en la exclusión que de la jurisdicción civil hace el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, sin que sea preciso acudir a la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto no es aplicable al caso (el accidente ocurrió el 26 de octubre de 1994 y la demanda se presentó en el año 1997), donde quedó resuelta la exclusividad de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La declaración de incompetencia de la jurisdicción civil y la evocación del principio de evitación del «largo peregrinaje procesal».—La invocación del principio de evitación del «largo peregrinaje procesal», en defensa del principio constitucional de la «tutela judicial efectiva» (art. 24.1 CE), para permanecer en la jurisdicción civil, no puede ser apreciado, pues ante la clara dirección mostrada por la sentencia de la Audiencia al particular demandante y apelante, para deber dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa, ha sido una decisión personal de la parte, la de acudir ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, la que ya tiene acompasada su jurisprudencia, para los casos como el presente, a la Ley 30/1992. (STS de 27 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a un accidente de circulación, por pérdida de control del vehículo ocurrido el día 26 de octubre de 1994, cuando el demandante circulaba por un tramo de una carretera, de la provincia de Cuenca, indebidamente señalizado y con una espesa capa de grava gruesa existente en la calzada, el conductor-demandante sufrió graves lesiones y secuelas, por lo que dirigió su demanda contra los integrantes de la Brigada de Conservación de Carreteras de la Diputación de Cuenca, y contra la referida Corporación, por *culpa in eligendo e in vigilando*. El Juzgado entra en el fondo y desestima la demanda. La Audiencia no entra a conocer el fondo de la cuestión recurrida al apreciar de oficio la excepción de falta de jurisdicción planteada en el escrito de contestación a la demanda. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación. (L. A. M. P.)

36. Accidente de trabajo. Determinación de la jurisdicción competente. Compatibilidad del conocimiento de estas cuestiones por las jurisdicciones laboral y civil.—Las cuestiones relativas a la determinación de la jurisdicción competente, así como la doctrina jurisprudencial sobre compatibilidad de pretensiones en los supuestos de accidente de trabajo y la naturaleza complementaria de la indemnización acordada en vía civil, ha sido una materia que ha experimentado en ciertas épocas importantes variaciones. Y aunque, ciertamente, el Alto Tribunal se apartó en dos ocasiones de su doctrina tradicional, no lo es menos que pronto retornó a aquella misma doctrina tradicional, reafirmando la competencia del orden civil siempre que la demanda se fundara en los artículos 1902 y 1903 CC (SSTS de 16 de octubre y 4 de noviembre de 2004). Por lo tanto, debe quedar claro que, en cuanto a las consecuencias civiles derivadas de un accidente laboral (respecto al que el trabajador afectado por él, o sus herederos, de haber el mismo fallecido a sus

resultas, hayan sido ya satisfechos indemnizatoriamente por las normas de trabajo –Seguridad Social–), puede instarse una reclamación complementaria en el orden civil, que ésta deba basarse inexorablemente para su amparo por normas meramente civiles (por lo tanto, excluidas ya las laborales), concretamente, en Derecho común, las de los artículos 1902 y 1903 CC.

Accidente de trabajo. Responsabilidad civil del empresario. Procede declararla cuando no ha adoptado las medidas básicas de cautela y prevención, con independencia de que intervenga también culpa de su empleado.—La responsabilidad de la demandada debe decretarse, pues la ausencia de cualquier medida de cautela y prevención, ante la existencia de una situación de riesgo, genera responsabilidades en la empresa, que incluso hace extensiva a la previsión de actuación negligente del operario y sólo en caso de desobediencia voluntaria de instrucciones concretas o de actuación consciente contraria a las indicaciones de la empresa es aplicable la culpa exclusiva de la víctima (STS de 11 de mayo de 1996). (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, en su condición de jefe de máquinas en la empresa para la que trabajaba, procedió a realizar tareas de limpieza, para lo que se introdujo en las mismas; momento en el cual se activó por accidente el mecanismo de su puesta en funcionamiento y sufrió lesiones debidas a los golpes recibidos por las aspas de ventilación interiores. Presentada demanda por el lesionado contra la empresa y contra el trabajador que había activado la puesta en marcha de la máquina, éstos alegaron entre otros motivos de oposición la cosa juzgada, al haber sido ya resuelto el asunto en la jurisdicción laboral. Asimismo, opusieron la culpa exclusiva de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia, desestimó la demanda planteada. La Audiencia Provincial de Córdoba estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó a la empresa, absolviendo al otro operario demandado. La compañía mercantil condenada interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

37. Culpa extracontractual: accidente laboral: no uso por el trabajador del arnés de seguridad que le ofreció la empresa: jurisprudencia contradictoria: se opta por la dirección subjetivista de exigir al empresario una acción u omisión negligente.—Si el trabajador se hubiera servido del arnés de seguridad que le había facilitado el empresario demandado, como por demás sí hizo en sus tareas de antes de almorzar, no se habría producido la caída de una altura de nueve metros, ni por tanto la muerte, de suerte que tanto la falta de una especial cualificación del trabajador como el hecho de que le acompañara otro en sus tareas de ese momento no pueden considerarse factores de relevancia causal suficiente como para justificar la declaración de responsabilidad del empresario demandado. (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Correcto planteamiento (Pte.: Marín Castán) en presencia de jurisprudencia contradictoria de la Sala 1.ª a la hora de exigir responsabilidad civil al empresario por accidente laboral. Efectivamente en el 2.º FD se recogen las dos divergentes orienta-

ciones jurisprudenciales, que obligan a la Sala 1.^a a tener que decantarse por una de ellas:

«La respuesta casacional a la cuestión planteada ante esta Sala pasa por constatar que, efectivamente, no son pocas las sentencias que, como la citada por el tribunal de apelación, han aplicado criterios o tendencias objetivadoras a la denominada responsabilidad civil del empresario por accidente laboral. Es más, en alguna de ellas se apunta incluso *un nuevo principio de responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestro tiempo* (STS de 17 de octubre de 2001); en otras, y con base en la *protección de las víctimas se mantiene una presunción de culpa del empresario* con el argumento de que, aunque cumpliera toda la normativa de prevención de riesgos laborales, el propio accidente habría demostrado su insuficiencia y, por tanto, la omisión de algún grado de diligencia (SSTS de 15 de julio y 24 de septiembre de 2002, 13 de febrero, 22 de abril y 18 de junio de 2004); y, en fin, en la de 29 de abril de 2004 se declara muy rotundamente que también en este ámbito de la responsabilidad civil *la objetivación se acentúa cada vez más*. Ahora bien, frente a esa línea marcada por la objetivación existe otra, representada por un número muy considerable de sentencias que rechaza muy decididamente la aplicabilidad en este ámbito de la responsabilidad por riesgo y *exige la prueba tanto del nexo causal como de la culpa del empresario*. Así la STS de 31 de marzo de 2003 rechaza explícitamente que el riesgo pueda erigirse en fuente única de la responsabilidad regulada en el artículo 1902 CC; la STS de 8 de octubre de 2001, al justificar la competencia del orden jurisdiccional civil en esta materia frente al orden social, puntualizó que en coherencia con ello sería preciso aquilatar cuidadosamente la concurrencia de todos los elementos de dicho artículo 1902, en la dirección marcada ya por la STS de 18 de diciembre de 1998; en las de 9 de julio y 6 de noviembre de 2001, 27 de mayo 2003 y 27 de diciembre de 2004, se analiza muy detenidamente la concurrencia tanto de la culpa del empresario como del nexo causal; y en las más recientes, dos de 28 de octubre y una de 15 de noviembre de 2005, cabe advertir un especial esfuerzo por identificar con precisión cuál fue la omisión concretamente imputable al empresario o sus dependientes».

A las citadas cabe añadir: STS de 14 de octubre de 2004 según la cual basta la concurrencia de responsabilidad por riesgo con inversión de la carga de la prueba. En STS de 31 de diciembre de 2003 se deniega la responsabilidad por ausencia total de culpa en el empresario, si bien, después de un análisis meticuloso de las circunstancias, se reconoce que de seguirse la otra dirección, hubiera habido responsabilidad (anotada por mí en *ADC*, 2005, p. 1457)

A mi juicio el razonamiento de la sentencia extractada sería suficiente para que, eventualmente, el Tribunal Supremo considerara, en el caso de que se interpusiera un recurso por infracción del principio de igualdad constitucional, estar razonadamente argumentado el hecho de apartarse de la dirección objetivadora. En realidad, no parece haber suficientes razones, sin embargo, para entender definitivamente zanjado el tema que afronta la sentencia extractada. (*G. G. C.*)

38. Culpa extracontractual: accidente laboral en la reparación arriesgada de retro excavadora: negligencia del encargado y del capataz: previsibilidad.—La Audiencia Provincial considera probada la existencia de una omisión culposa por parte del encargado y del capataz de la U. T. E. demandada, a los que correspondía una posición de garantes en cuanto a la seguridad de los trabajos a efectuar, los cuales consistieron en reparar una retro excavadora, como había ocurrido otras veces, de forma arriesgada, singularmente por el peligro que representaba la utilización de la propia pala de la máquina como palanca para la elevación de la misma, hincándola en tierra, asumiendo un riesgo por parte del trabajador del que podía preverse la posibilidad del resultado mortal, al ceder el terreno y aplastar la máquina a aquél como sucedió. La STS de 10 de julio de 2003 señala que la previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo, y la de 22 de julio de 2003, que la esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto, o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso.

Insuficiencia de la diligencia reglamentaria.—Según la STS de 8 de octubre de 2004, no resulta suficiente la que podría denominarse *diligencia reglamentaria* si la realidad fáctica evidencia que las medidas adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces, pues la diligencia que ha de adoptarse en el cumplimiento de las obligaciones comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios sino además todos los que la prudencia imponga para evitar los eventos dañosos.

Quantum indemnizatorio.—Es reiteradísima la jurisprudencia que mantiene que el *quantum* de la indemnización que se acuerde en caso de responsabilidad extracontractual pertenece a la prudente discrecionalidad del Tribunal de instancia y que no es revisable en casación, a menos que se acredite el error en las bases fácticas o jurídicas en que se ha basado la sentencia de instancia para fijar aquélla. En el presente caso ningún error de tal naturaleza cabe imputar a la sentencia impugnada pues la víctima al ocurrir el accidente el 20 de agosto de 1992 tenía treinta y nueve años de edad, y sus expectativas de vida, la situación familiar (casado con un hijo menor), así como el constituir sus ingresos el único sustento familiar, autorizan a calificar de adecuada la indemnización de veinte millones de pesetas a repartir por partes iguales entre la viuda y el hijo menor.

Compatibilidad con prestaciones por accidente de la Seguridad Social.—Es doctrina reiterada (últimamente, SSTS de 5 de diciembre de 1995, 28 de noviembre de 2001 y 8 de octubre de 2004) que las percepciones que puedan derivarse del sistema de Seguridad Social y la dimanante del acto culposo son compatibles, pues aquéllas nacen del sistema público de aseguramiento y éste tiene su fundamento en un acto culposo no penado por la ley, lo que ha de resultar predicable igualmente de las percepciones futuras y periódicas que puedan resultar a favor de los familiares del fallecido.

Imprudencia del enriquecimiento injusto.—La esencia del enriquecimiento injusto o sin causa consiste en la carencia de razón jurídica para el incremento patrimonial producido para una parte, lo que pugna con la discusión por dicha vía de la cuantía de la indemnización concedida por el hecho dañoso, desnaturalizando dicha teoría, y desconociendo el carácter subsidiario de la figura proclamado por SSTS de 18 de diciembre de 1996, 19 de febrero de 1999 y 4 de noviembre de 2004.

Intereses de demora.—La sentencia dictada en apelación condena a las demandadas al pago de los intereses legales sobre la cantidad objeto de la

condena desde el emplazamiento, los que se incrementarán en dos puntos desde la fecha de aquella resolución. La STS de 12 de mayo de 2003 dice que si bien es cierto que la más moderna jurisprudencia de esta Sala ha superado la tradicional concepción de la regla *in illiquidis non fit mora*, por razones de equilibrio económico y de justicia distributiva, tal jurisprudencia no es aplicable en aquellos casos en que se trata de fijar el *quantum* indemnizatorio; doctrina reiterada por la STS de 14 julio del mismo año, y que resulta de aplicación al caso, no ya por la absoluta indeterminación inicial del importe debido, extraña a cualquier imputación de demora al deudor, sino fundamentalmente porque ha resultado necesario el seguimiento del proceso para establecer la propia existencia de la obligación de las empresas demandadas, resultando ser aplicable el artículo 921 párrafo 4.º, de la derogada LEC, de modo que los intereses allí previstos habrán de devengarse desde la fecha en que se dictó la sentencia en segunda instancia, procediendo la estimación parcial del recurso. (STS de 9 de noviembre de 2005; ha lugar en parte.)

NOTA.—La doctrina jurisprudencial sobre la compatibilidad entre las prestaciones sociales y la indemnización civil por culpa o negligencia del empresario en los accidentes laborales parece bastante consolidada. Puede verse últimamente STS de 4 de noviembre de 2004 y mis anotaciones en ADC, 2006, pp. 1521 ss. llamando la atención sobre alguna inseguridad e incertidumbre de la misma, lo que genera cierto escepticismo. Sobre la llamada *diligencia reglamentaria*, vid. STS de 2 de diciembre de 2004 (en ADC, 2006, p.1528). (G. G. C.)

39. Arrendamiento de servicios. Accidente de trabajo de subcontratista. Culpa extracontractual. Frente al dueño de la obra: comunidad de propietarios: no ha lugar.—En la sentencia impugnada se da por acreditado que el fallecido era un profesional en igual medida que el contratista: que conocía y debía prever las medidas de seguridad necesarias para realizar su trabajo, siendo que realizaba las obras de albañilería en régimen de autónomo; estableciéndose, por tanto, en el caso, una autonomía de organización y relación laboral con el contratista. Y, por tanto, como profesional, debe establecer independientemente, la adopción de medidas para un cumplimiento del trabajo óptimo. Con tal acreditamiento no puede impugnarse culpa alguna a la comunidad de propietarios, dueña de la obra, frente a quien, al margen de sus relaciones administrativas, no puede razonablemente admitirse su intervención en su realización, a cargo del contratista, sin que se haya podido probar *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando* a su cargo.

Frente al contratista: no ha lugar.—El Tribunal Supremo establece que la responsabilidad tipificada en el artículo 1903.4.º CC requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que, cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma. El artículo 1903.4 CC establece una responsabilidad directa del empresario, que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y

el primero y siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente, pues, si se acredita haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, cesará tal responsabilidad. Según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, cesa la responsabilidad establecida en el último párrafo del artículo 1903 CC, cuando el elemento fáctico indica que se encarga la realización de la obra a personal especializado y cualificado profesionalmente, con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la *lex artis* y para la realización de unas determinadas operaciones, desentendiéndose el dueño o comitente de cómo se realizaron prácticamente las mismas. (STS de 13 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M., tenía constituida, junto con otras personas, una pequeña empresa de construcción, que actuaba bajo la forma jurídica de una comunidad de bienes, realizando trabajos de construcción, bien por adjudicación directa, bien en régimen de subcontrata.

El 22 de septiembre de 1993, cuando don M. se encontraba trabajando en régimen de subcontrata para don J. P., realizando unas obras para la comunidad de propietarios, don M. sufrió una caída al desmontar el andamio en que se encontraba, que le provocó la muerte.

El andamio en que don M. estaba desarrollando su trabajo no cumplía con ninguna de las medidas de seguridad exigibles ni siquiera se había confeccionado el preceptivo proyecto de seguridad del andamio debidamente visado por el Colegio Oficial correspondiente. Dicho proyecto fue debidamente exigido por el Ayuntamiento al concederse la licencia de obra, condicionada a la elaboración del correspondiente proyecto de seguridad del andamio, exigencia que se realizó directamente a la comunidad de propietarios.

La viuda promueve juicio de menor cuantía contra las aseguradoras de la comunidad de propietarios y de don J. P. Su demanda es estimada en primera instancia. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por las demandadas. El Tribunal Supremo desestima los pedimentos de la recurrente. (S. M. S.)

40. Contrato de seguro. Responsabilidad civil por empleados o dependientes: ámbito penal y civil.—El artículo 22 del Código Penal (CP) atribuye una responsabilidad subsidiaria a las empresas por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio, lo que de hecho no se llega a hacer efectivo sino ante la insolvencia de los que sean criminalmente responsables (art. 21 CP); el artículo 1903 CC, en cambio confiere esa misma responsabilidad a las empresas, pero con carácter directo, es decir, al mismo nivel que el dependiente o empleado responsable principal del hecho (acción u omisión dañosa interviniendo culpa o negligencia), por lo que la acción civil aun siendo única y la misma tiene en este caso particular un ámbito más amplio e incisivo que la acción penal; la jurisdicción penal se pronuncia con plena soberanía, dados los términos literales de los artículos 100, 110, 111, 112, 114, y 116 de la LECrim a los que implícitamente nos remite el artículo 1092 CC ya que

la referida Ley Adjetiva es complemento y desarrollo procesal de la sustantividad del Código Penal. (STS de 30 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *E. y C. I. y D., S. L. (E., S. L.)* interpuso demanda contra la entidad aseguradora *A., Cia. de S. y R., S. A.* solicitando se declarase que los daños y perjuicios derivados del accidente mortal sufrido por don J. C. L. R. se encuentran cubiertos por la póliza suscrita por la entidad actora con la aseguradora *A.* El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias estimó parcialmente el recurso estimando el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la condena en costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*).

41. Culpa médica: intervención con importantes secuelas: incompetencia jurisdicción civil.—Los Tribunales no pueden volver una y otra vez sobre cuestiones que ya fueron resueltas, o no aparecen claramente determinadas, como ocurre en este caso en el que dirigida una demanda contra un particular y, solidariamente, contra la Administración en 1995, es competente para conocer de la reclamación indemnizatoria el orden jurisdiccional civil, dado que la atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa no se produjo hasta la Ley de 13 de julio de 1998, que añadió al artículo 9.4 LOPJ el párrafo segundo con un inciso con arreglo al cual *si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, la demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional* (contencioso-administrativo); criterio que es el que ha venido manteniendo con carácter general esta Sala, salvo contadas excepciones.

Responsabilidad de la Administración sanitaria autonómica en caso de transferencia.—Las cesiones del INSALUD de los correspondientes servicios sanitarios a las CCAA, por lo general, operan transfiriendo no sólo los derechos sino también obligaciones, salvo la excepción de la Comunidad Foral de Navarra (STS de 3 de diciembre de 1999), y así ocurre con la Valenciana. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala se viene declarando la inoponibilidad al perjudicado del momento en que se hubiera producido la transferencia de competencias en materia de sanidad e higiene a la Comunidad Autónoma demandada e, incluso, la solidaridad del INSALUD y del Servicio Autónomo frente al perjudicado al margen de las reclamaciones que después de satisfacerle la indemnización procedieran entre ambos, y de que la transferencia no puede perjudicar a quien ha sufrido el daño, como tampoco las interpretaciones contradictorias de SERVASA e INSALUD, ni la confusión de normas político-administrativas.

Doctrina general sobre la responsabilidad civil médica.—Con reiteración este Tribunal, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC 2000, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios. De esa

forma, a partir del daño que fundamenta la responsabilidad, el criterio de imputabilidad se basa en el criterio culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el actor médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo *—lex artis ad hoc—*; razón por la que habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas, pero en cambio no responderá de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación.

No hay negligencia al optar el médico entre dos métodos posibles de curar malformaciones arteriovasculares cerebrales.—No ha resultado probada una actuación médica que pueda calificarse de negligente y como tal imputable al médico demandado al haber decidido intervenir quirúrgicamente al actor. La prueba pericial demuestra que, a la vista de las características de la enfermedad del actor, eran correctas tanto la intervención neuroquirúrgica, como la radiocirugía; y si tan adecuado era uno y otro método para intentar la curación, no cabe establecer una relación de causalidad culposa entre las secuelas del actor, y la intervención llevada a cabo mediante la utilización de una de las dos técnicas por parte de quien en aquellos momentos era el responsable del Servicio y, como tal, respondía de las decisiones adoptadas. (STS de 24 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El actor ingresa en 1982 en una Residencia Sanitaria de Alicante afectado de una brusca cefalalgia occipital con pérdida de conciencia y vómitos, siendo diagnosticado de *malformación arteriovenosa* causante de hemorragias meningocerebrales, siendo tratado sin éxito quirúrgicamente; posteriormente se le trata mediante radiocirugía en el Hospital Universitario de Valencia, siendo dado de alta con el diagnóstico de persistencia de la malformación. El enfermo al ser operado tiene veinticinco años de edad y trabaja en la hostelería, siendo declarado, después de la intervención médica, en situación de invalidez permanente absoluta. Demanda al primer médico que le trató quirúrgicamente, así como al Servicio Valenciano de Salud y a la Compañía aseguradora, reclamando una indemnización de veinte millones de las antiguas pesetas. El Juzgado de Primera Instancia rechaza la demanda, pero la Audiencia Provincial estima íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso y confirma la sentencia plenamente absolutoria del Juzgado de Primera Instancia. (Pte.: Seijas Quintana). ¿Estamos en presencia de un nuevo giro jurisprudencial en sentido restrictivo en relación con la culpa médica? O ¿se trata más bien de una fase jurisprudencial de una cierta decantación doctrinal, conforme, además, con las normas de la recientemente promulgada LEC 2000? Por otro lado el retraso de casi un cuarto de siglo en dictar sentencia firme después de causados los hechos, viene probablemente a batir un triste récord de dilaciones procesales en casación. Hay otra sentencia de la Sala 1.^a de la misma fecha sobre supuesto parecido con idéntica doctrina, publicada en este fascículo del ADC.

Un caso similar de transferencia de las competencias del INSA-LUD se resolvió por STS de 30 de enero de 2004 (extractada y anotada en *ADC*, 2005, p. 1462). (G. G. C.)

42. Culpa médica: extracción molar con secuela de angina de Ludwig: relación de causalidad.—La Audiencia Provincial considera probado que la relación de causa a efecto entre una extracción dentaria y una angina de Ludwig no es previsible, ni siquiera evitable con cobertura antibiótica, no existiendo en el caso antecedentes ni presupuestos necesarios que justificaran dicha cobertura; la historia y la exploración clínica no hacían suponer la existencia de infección, y la fractura de la corona o de las raíces durante la exodoncia de un molar endodoncido es una situación frecuente y no se puede considerar como complicación operatoria.

Error de diagnóstico.—Para exigir responsabilidad por esta causa ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitirlo; razón por la cual, realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad. En este caso, en el momento de la primera intervención, el paciente no presentaba signos de angina de Ludwig, sino infección en el suelo de lengua, iniciándose a continuación el tratamiento adecuado, siendo en momento posterior cuando se presenta aquélla.

Imprudencia de aplicar la teoría del daño desproporcionado.—Aun siendo llamativo el resultado para un profano, que no entiende que de una extracción dental se puedan derivar tan graves consecuencias, ello no permite aplicar la técnica del llamado daño desproporcionado, como elemento que justifica la inversión de la carga de la prueba, puesto que este resultado se explica de una forma coherente y convincente en la sentencia en razón a la virulencia de gérmenes involucrados en la infección. Hay que reiterar que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la inversión de la carga de la prueba, desaparecida ésta en la vigente LEC 2000, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios, por lo que tampoco responderá de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia, como es el caso. (STS de 24 de noviembre de 2005; ha lugar en parte.)

NOTA.—En sentencia de la misma fecha, dictada por la misma Sala, con idénticos Magistrados y Ponente, viene a reiterarse idéntica doctrina respecto de situación similar (véase en este mismo fascículo del *ADC*); sólo difieren en que aquí la suma reclamada asciende a más de 149 millones de antiguas pesetas, y a que el retraso en resolver es sólo de trece años; además en que en aquélla la demanda fue rechazada en ambas instancias, mientras que aquí hay una estimación parcial por la Audiencia Provincial que redujo la condena a unos treinta y dos millones pesetas.

Parece claro que, en esta materia, hay un propósito por parte de la Sala 1.^a por fijar una jurisprudencia, a veces no siempre coincidente, en términos que se presentan ahora más bien restrictivos. La STS de 19 de julio de 2001 estima responsabilidad médica por daño desproporcionado (extractada en *ADC*, 2002, p. 1498, con anotaciones más sobre la que parecía hasta entonces *jurisprudencia consolidada*). (G. G. C.)

43. Culpa médica: intervención quirúrgica con secuelas: información verbal suficiente.—De acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala, la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *ad probationem* (SSTS de 2 de octubre de 1997, 26 de enero y 10 de noviembre de 1998, 2 de julio y 2 de noviembre de 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las exigencias del caso (SSTS de 1 de noviembre de 2000 y 10 de febrero de 2004); doctrina que como señala la STS de 29 de septiembre de 2005, no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los núms. 5 y 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, y que exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas las circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que, además, integran una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención (SSTS de 25 de abril de 1994, 7 de marzo de 2000 y 12 de enero de 2001), y que hoy se resuelve a partir de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva LEC.

Incongruencia: hecho autónomo.—La consideración procesal de un hecho autónomo, como determinante de la incongruencia de una resolución judicial, supone un hecho que se desvía de las alegaciones fácticas sustanciales que conformaron el debate, con la consecuente falta de correlación o correspondencia entre los elementos de hecho alegados y los acogidos en la sentencia; razón por la que no cabe atribuir aquel carácter a toda clase de apreciaciones fácticas que, aunque no alegadas, sean tomadas en consideración por el juzgador para explicar su convicción, siempre que no se altere la *causa petendi*, ni se produzca un efecto sorpresivo, determinante de indefensión. (STS de 17 de noviembre de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

44. Responsabilidad médica. Alcance.—Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala, la obligación médica comprende la dispensa al paciente de todos los cuidados que requiera, tomando en consideración tanto el caso concreto en que la intervención y su proceso posterior se producen, como las circunstancias de todo orden concurrentes e, incluso, las incidencias poco frecuentes pero estadísticamente constatables que puedan surgir en el normal actuar profesional (entre otras, SSTS de 24 de mayo de 1999, 1 de julio de 1997 y 31 de julio de 1996).

Diligencia exigible: responsabilidad prácticamente objetiva de entidades especializadas ante resultado lesivo que deba considerarse desproporcionado en relación con el riesgo de la intervención.—Además, es doc-

trina jurisprudencialmente reiterada, que la responsabilidad por negligencia sanitaria de una entidad especializada debe imponerse de forma prácticamente objetiva, si se revela que su defectuoso funcionamiento ha dado lugar a un resultado lesivo que deba considerarse desproporcionado en relación con el escaso riesgo que, en principio, debía atribuirse a la intervención realizada, sin que, por la misma, se ofrezca prueba suficiente de que, por su parte, se había contribuido con toda la diligencia requerida por el caso (SSTS de 7 de octubre de 2004, 8 de mayo de 2003 y 17 de mayo y 10 de julio de 2002). (STS de 23 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. y don J. P. formulan demanda contra don L. A., don A., don F., el INSALUD y don J. M., director del Hospital Comarcal de Melilla, reclamando indemnización para cada uno de los demandantes, pues la actora, a causa de la operación y del tratamiento posterior al que había sido sometida en el mencionado Centro, padecía atelectasia del lóbulo medio del pulmón derecho que le dificultaba la respiración y la realización de actividades que le supusieran un esfuerzo físico, trastornando gravemente el desarrollo normal de su vida y la de su marido. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión deducida. En Apelación, con revocación parcial de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial condena al INSALUD a abonar indemnización por valor de cinco millones de pesetas a doña J. (S. M. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

45. Prescripción adquisitiva: posesión: requisitos de la posesión en concepto de dueño. Mutación del concepto posesorio: transformación de la posesión como administrador en posesión en concepto de dueño.—El artículo 436 CC establece la presunción de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en el que se adquirió. Pero tal presunción posesoria cede cuando se demuestra lo contrario, que es lo que aquí ha ocurrido, ya que se le reconoce al Obispado haber poseído a título de dueño hasta 1954, pero, desde entonces no acreditó hubiera realizado acto externo alguno expresivo de su voluntad inequívoca de seguir manteniendo la posesión dominical. A partir de 1954 cambia la situación y el título de poseedor como administrador que ostentaba el Ayuntamiento hasta entonces, pasó a ser título posesorio en concepto de dueño, apto para usucapir, habiendo realizado en las fincas actuaciones exteriores de efectivo titular dominical, con proyección a que tuviera lugar la prescripción adquisitiva extraordinaria a su favor. La mutación universal del «*animus*» por parte del usucapiente requiere que el cambio de voluntad del poseedor se exteriorice mediante un comportamiento no clandestino y de tal modo se pruebe con claridad y precisión el inicio posesorio en concepto de dueño (STS de 24 de marzo de 1983). La certificación municipal de 16 de abril de 1976, que la parte recurrente invoca, sólo constata que el Libro de Inventario y Registro de Bienes del Ayuntamiento refleja que existe una sexta parte de las fincas aún no consolidada su adquisición, «reservándose a otra», sin mención expresa del Obispado, pero ello no

es impositivo de la posesión ostentada con ánimo de adquirirla por usucapión, y en dicha certificación se hace constar los actos de efectivo titular dominical llevados a cabo por la entidad municipal al especificar que las casas de la parte izquierda entrando del Mercado fueron derruidas por Acuerdo del Ayuntamiento de 24 de julio de 1973, así como que el Teatro Liceo era, en época antigua, el Convento de San Francisco y había sido derruido hacía años, para convertirlo nuevamente en ruinas de dicho Convento, de incalculable valor artístico y a su vez, también en la Plaza de Toros se realizaron importantes reparaciones a cuenta del presupuesto municipal.

Prescripción adquisitiva extraordinaria que autoriza el artículo 1959 CC.—Ha tenido lugar por posesión pública, pacífica y continuada (art. 1941 CC) por el período de treinta años. (STS de 19 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento y el Obispado de Jaén se enfrentan en el recurso de casación, al combatir, este último, la decisión que contiene la sentencia recurrida, en cuanto decretó la usucapión, a favor del Ayuntamiento demandado, de la sexta parte indivisa de las fincas objeto del pleito, que el Obispado había adquirido a través de la Parroquia de San Andrés de Baeza, por legado de doña A. (testamento otorgado el 29 de abril de 1932), y cuya administración, mediante acuerdo fechado el 26 de junio de 1950, había conferido a dicho Ayuntamiento. El Tribunal de Apelación estableció como día inicial, para el plazo prescriptivo, el 21 de abril de 1954, correspondiente a la última rendición de cuentas del condominio por el Ayuntamiento, puesto que a partir de esa fecha consideró que el ente municipal había comenzado a ostentar la posesión de las fincas del pleito en concepto de dueño, hasta el 2 de septiembre de 1994, en que el Obispado interesó la extinción y liquidación de la comunidad, con la valoración de los bienes a precio de mercado. (S. M. S.)

46. Artículo 348 CC. Identificación de la finca registrada.—Es un elemento de hecho. Al establecerse en la instancia que la finca sobre la que se pretende declarar la propiedad en el procedimiento no está claramente identificada físicamente, el reivindicante es quien tiene la carga de probar que el bien inmueble del que se dice ostentar su dominio se corresponde en perfecta identidad con lo descrito en el título legitimador. (STS de 21 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes interponen demanda frente al Excmo. Ayuntamiento de Teruel sobre acción declarativa de dominio.

El Juzgado desestimó la demanda por falta de reclamación previa en vía gubernativa.

La Audiencia Provincial entra a conocer el fondo del litigio desestimando íntegramente la demanda. Del relato de los hechos de la sentencia analizada, se extrae que una de las razones por las que se desestima la demanda fue la falta de identificación física de la finca reclamada. (B. F. G.)

47. Acción de deslinde. Inexistencia de *litisconsorcio pasivo necesario* por el mero hecho de no demandar a todos los colindantes.—La expresión «dueños de los predios colindantes» debe ser interpretada en función de la finalidad buscada por el propio artículo 384 CC, porque sería absurdo obligar a traer a la litis a personas a quienes esta acción de deslinde no va a afectar. Por ello dice la S de 3 de noviembre de 1989 que esta acción «sólo interesa a los propietarios que estén en linde incierta y discutida y no a los demás que tengan perfectamente reconocidos sus límites» (también SS de 16 de octubre de 1990 y 27 de enero de 1995).

La posesión *ad usucapionem* es un hecho que debe probarse.—La S de 10 de febrero de 1997 y la sentencia de la Audiencia declara que no han existido actos de detentación física claros y concretos que permitan concluir que el terreno haya quedado a la voluntad del recurrente.

Confusión de linderos.—La sentencia recurrida considera probada la indeterminación por lo que procede la acción de deslinde ejercitada.

La razón de la expresión «estimación parcial».—Contenida en la sentencia recurrida es excluir a dos codemandados de la acción ejercitada por el demandante —suponemos que el Tribunal Supremo se refiere a la acción relativa a la restitución de la franja y demolición de lo edificado en ella, no a la de deslinde. (STS de 16 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1994 el propietario de una finca promovió acción de deslinde frente a una constructora y un matrimonio que habían adquirido porciones segregadas de una finca colindante con la del actor. La incertidumbre sólo se planteaba en relación con el lindero oeste de la finca del demandante, pretendiéndose que la fijación del mismo se realizara por un perito topógrafo y mediante la distribución proporcional de la diferencia existente entre la superficie real de las fincas y la superior que se les atribuía en las inscripciones del Registro, según la regla contemplada en el artículo 387 CC. En primera instancia se admitió la excepción de *litisconsorcio pasivo necesario*, porque al parecer no habían sido demandados los propietarios de terrenos colindantes por el norte, sur y este. La Audiencia Provincial revocó la sentencia apelada y estimó parcialmente la demanda, decretando que se realizara el deslinde en los términos solicitados por el demandante y que se repusiera a éste en la posesión de la superficie invadida, con demolición de cualquier edificación realizada sobre dicha franja, pero absolviendo de esta última pretensión al matrimonio codemandado y en situación de rebeldía, sin perjuicio de los derechos que correspondan al demandante en base al artículo 361 CC. La constructora planteó recurso de casación por no aplicarse la excepción de *litisconsorcio pasivo necesario*, desestimarse la usucapion ordinaria de la franja discutida, no existir confusión de linderos y haber sido condenada a las costas causadas en primera instancia (salvo las generadas por el matrimonio en rebeldía), pese a la estimación meramente parcial de la apelación. (L. M. L. F.)

48. Extensión del dominio público marítimo-terrestre.—Declarada la constitucionalidad de la Ley de Costas por la STC 149/1991, de 14 de julio, la

cuestión litigiosa ha de resolverse aplicando las normas de dicha Ley y de acuerdo con la extensión que al dominio público da el artículo 132.2 CE.

Determinación de las características físicas del dominio público marítimo-terrestre.—La determinación de si en una finca se dan las características físicas a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas que permite, a través del deslinde aprobado, la declaración de la titularidad dominical a favor del Estado, es una cuestión de hecho cuya declaración corresponde a los Tribunales de instancia mediante la valoración de las pruebas practicadas y cuyo resultado sólo puede ser impugnado en casación mediante alegación de error de derecho en la valoración de la prueba, con cita de las normas reguladoras de esta actividad judicial.

Competencia de los órganos jurisdiccionales del orden civil.—Viene limitada a las cuestiones referentes a la titularidad dominical, pública o privada, de los terrenos comprendidos en el deslinde administrativo, en tanto que (el otorgamiento de) la concesión para la ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal es competencia de la Administración del Estado. En consecuencia, las cuestiones judiciales que se susciten con esa conversión del dominio privado reconocido en concesión administrativa habrán de dilucidarse ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. (STS de 28 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de un inmueble, incluido en el deslinde de la zona marítimo-terrestre practicado de acuerdo con la vigente Ley de Costas y que había sido excluido de dicha zona en virtud de deslindes practicados al amparo de leyes anteriores, formularon demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en solicitud de que se declarase su propiedad sobre dicho inmueble y la rehabilitación de las inscripciones registrales a su favor, así como la nulidad del título esgrimido por el Estado. Subsidiariamente pedían que se declarase la nulidad de la inscripción de dominio a favor del Estado, por incumplimiento del procedimiento expropiatorio referido en la DA 3.ª de la vigente Ley de Costas, y, para el caso de no admitirse ninguna de las pretensiones anteriores, que se condenara a la Administración demandada a satisfacer a los demandantes la indemnización prevista en la DA 1.ª de la reiterada Ley (concesión por treinta años prorrogables), la diferencia de valor entre ese aprovechamiento temporal y el derecho de propiedad temporalmente ilimitado, y el valor del inmueble construido de buena fe con sus mejoras (aplicando el régimen de la accesión). En primera instancia se estimó la demanda, declarando que los bienes en cuestión no son dominio público, que en el momento de la entrada en vigor de la vigente ley de costas constituyen titularidades privadas sobre terrenos que no reúnen las características físicas descritas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas, y que el inmueble fue edificado legalmente, según la normativa vigente en su momento. La Audiencia Provincial estimó la apelación del Abogado del Estado declarando que los bienes litigiosos *fueron* propiedad legítima de los actores *hasta la entrada en vigor de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988* y que la jurisdicción civil es incompetente para conocer de las pretensiones indemnizatorias planteadas en la demanda, que habrán de plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa; interpuesto recurso de

casación por los propietarios, el Tribunal Supremo lo desestima con la argumentación resumida en los apartados anteriores.

NOTA.—Parece claramente consolidada la jurisprudencia civil relativa a que este orden jurisdiccional limita su competencia, en cuanto a los inmuebles incluidos en el deslinde del dominio público marítimo-terrestre, a declarar que existió propiedad privada sobre esos terrenos, con el fin de que sus dueños puedan solicitar a la Administración la concesión prevista en la DT 1.^a, párrafo primero, de la vigente Ley de Costas. En cuanto al aspecto relativo a la incertidumbre sobre el momento en que dejó de existir esa propiedad privada (entrada en vigor de la Constitución Española, de la Ley de Costas, o firmeza del deslinde), la resolución glosada resuelve, a nuestro juicio como mero *obiter dictum*, que tal cosa sucedió a la entrada en vigor de la Ley de Costas, y finalmente, sobre el espinoso tema de las indemnizaciones, remite su resolución a la jurisdicción contencioso-administrativa. Al plantearse la posibilidad de alegar y probar, ante el orden jurisdiccional civil, que los terrenos no reúnen las condiciones físicas contempladas en los artículos 3, 4 y 5 de la reiterada Ley, pese a existir un deslinde administrativo que así lo declara y poderse producir sentencias contradictorias con las procedentes de la jurisdicción contencioso-administrativa (en el caso de que el deslinde fuera impugnado en dicha sede), la sentencia presentada no descarta la competencia de la jurisdicción civil (admitida expresamente en primera instancia), sino que se limita a desestimar el recurso de casación fundado en tales cuestiones porque no se hicieron constar los preceptos relativos a la valoración probatoria que los impugnantes consideraban infringidos (en relación con todos estos aspectos pueden consultarse nuestros comentarios a las SSTS de 7 de mayo de 2002 y 24 de julio de 2003, publicados en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, números 61, pp. 31-51, y 65, pp. 619-630, respectivamente). (L. M. L. F.)

49. Los Estatutos de Propiedad Horizontal y la Ley de Consumidores y Usuarios.—Según la moderna doctrina científica española y alemana, aunque la venta de una vivienda no supone la venta de un producto u objeto en régimen de monopolio a través de un contrato absoluto de adhesión, esto no significa que, con carácter general, la Ley de Consumidores y Usuarios no pueda aplicarse a las cláusulas de los Estatutos de propiedad horizontal, cuando su contenido haya sido propuesto por el promotor e impuesto a los adquirentes de las viviendas, ya que dichas cláusulas pueden tener un carácter abusivo.

La contribución a los gastos generales: interpretación del artículo 9.5 LPH.—El sistema de distribución de los gastos generales ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución del régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, según se desprende de la interpretación jurisprudencia del artículo 9.5 LPH (SSTS de 16 de febrero de 1971, 5 y 7 de diciembre de 1974, 27 de abril de 1976, 7 de octubre de 1978, 28 de diciembre de 1984, 2 de marzo 1989 y 2 de febrero de 1991) esta distribución puede modificarse a través de los Estatutos para establecer un régimen distinto o incluso para consignar ciertas exclusiones a favor de determinados elementos privativos del edificio. La Comunidad de propieta-

rios estará sometida a esta distribución de gastos hasta que las reglas contenidas en esos Estatutos sean modificadas por acuerdo unánime de los propietarios (art. 16 LPH). (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios T. de C. I. demanda a la entidad mercantil C. S. F., S. A., y solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de la norma novena de la Norma Fundamental de Regulación de la Comunidad de la Escritura de Declaración de Obra Nueva y División Horizontal y, por ello, la demandada tendrá que contribuir al pago de las cuotas de la comunidad en función de su porcentaje de participación en el título constitutivo, sin privilegio de ninguna clase.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia lo estima y declara la nulidad de la cláusula, condenando a la mercantil demandada a contribuir al pago de las cuotas de la comunidad en función de su porcentaje de participación en el título constitutivo, sin privilegio de ninguna clase, todo ello desde la fecha de constitución de la comunidad. Se interpone recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima, casa y anula la sentencia recurrida y absuelve a la mercantil demandada. (S. E. M.)

50. Propiedad horizontal. Alteraciones que requieren consentimiento de los copropietarios. Elementos comunes. Forjados: elemento común.—Dentro del vocablo «muros» del artículo 396 CC, en la redacción vigente al momento de interponer la demanda, han de entenderse comprendidos, no sólo las paredes maestras, sino también los paramentos horizontales que forman parte de la estructura y esqueleto, metálico o de cemento, que sustenta la edificación. El carácter de elemento común de los forjados, que actualmente, consta en el artículo 396 CC, tras la reforma introducida por la Ley 8/1999, nunca ha sido puesto en duda y, de hecho, los estatutos de la Comunidad en litigio, lo daban por supuesto. La destrucción parcial de estos paramentos no puede llevarse a cabo sin la autorización de los demás copropietarios.

Conductos de ventilación de los locales comerciales.—Según los Estatutos de la Comunidad, se autoriza su establecimiento, con el único requisito de que el vertido de gases, humos, etc., se realice a 1,10 m. por encima de la cumbre del edificio. Según el Tribunal, aun cuando en los Estatutos se previese que la salida de humos de los locales de los bajos podía establecerse a través del patio de luces y debía sobrepasar la cubierta del edificio, en el caso que nos ocupa, la afectación de aquél, la reducción de la ventilación e iluminación de determinadas dependencias de algunas viviendas del edificio y la parcial destrucción de su cubierta requerían la autorización de todos los comuneros y, en caso de no poder obtenerse la misma, un pronunciamiento judicial que determinase en qué medida podrían ser afectados los intereses de la colectividad y de algunos de sus componentes, con la instalación de unas conducciones que en principio estaban previstas en los Estatutos (excesiva ocupación del patio de luces por tres chimeneas de dimensiones considerables que además reducen en un 44 por 100 la ventilación e iluminación de los cuartos de baño de los dormitorios principales de las viviendas en cuya proximidad han sido instaladas; destrucción de 1,45 metros del peto y hormigón

del zuncho del voladizo correspondiente al forjado de la cubierta, que ha quedado debilitado al haber sido cortada parte de la armadura de acero longitudinal de aquélla).

Acristalamiento de terraza existente en la parte delantera del local comercial. Zonas comunitarias de uso privativo. Elemento común que se extiende parcialmente sobre la vía pública.—Según la sentencia recurrida, las terrazas existentes al sur y oeste del inmueble, ocupando parte de la vía pública, constituyen zonas comunitarias cuyo uso y disfrute ha sido concedido a la demandada, sin que esto suponga que pueda alterar la fachada del edificio mediante la apertura de huecos, instalación de estructuras fijas y jardineras de obra construidas sobre la solería. Esta conclusión ha de calificarse de acertada por cuanto si bien en el artículo 12.º de los Estatutos de la Comunidad se permite que en las fachadas de los locales comerciales se instalen toldos, marquesinas o luminosos sin necesidad del consentimiento de la Junta, se prohíbe, en cambio, en el artículo 6.º, cubrir los balcones o terrazas con galerías, aunque sea en forma de cristalera, para evitar el cambio en su configuración (apartado A), así como cubrir patios comunes en toda su dimensión o altura, total o parcialmente (apartado B). Resulta evidente la voluntad comunitaria respecto a que, aun cuando el uso de determinados espacios pueda ser privativo de alguno de los copropietarios, por disponer, por ejemplo, de acceso directo y exclusivo a los mismos, esto no significa que en ellos puedan llevarse a cabo actuaciones que afecten a la configuración del edificio o que alteren la consideración de que determinados elementos comunes han de ser mantenidos como superficies abiertas, según había sido definido en el proyecto general del edificio. Pero el pronunciamiento al que se alude, ha de entenderse limitado a la zona de terraza que tiene la naturaleza de elemento común del edificio de litigio, por ser éste el espacio al que alcanza la legitimación de la Comunidad actora y no sobre la parte de terreno de dominio público, cuya utilización y explotación ha sido concedida a *J., S. A.*, por el Ayuntamiento. (STS de 15 de junio de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La presidenta de la comunidad de propietarios del edificio X formula demanda contra *J., S. A.* y *Ch., S. A.*, la primera como propietaria de un conjunto formado por la agrupación de local, varias plazas de garaje y un trastero, pertenecientes a la planta baja y al sótano del edificio, y la segunda, como subarrendataria de dicho conjunto. Se interesa la condena de ambas demandadas a la demolición de todas las obras realizadas indebidamente, devolviendo a su estado originario los elementos comunes alterados y a indemnizar a la comunidad actora por los daños y perjuicios causados por la ocupación y modificación de los mismos.

Las obras realizadas habían sido:

- apertura en la planta sótano de puerta que comunica la entrada del restaurante al sótano con la zona de aparcamiento;
- colocación en la terraza que separa la fachada del local comercial de los jardines del Paseo Marítimo, de jardineras prefabricadas de hormigón y construcción de una estructura de madera y perfiles metálicos con hojas acristaladas, anclada sobre aquéllas;
- instalación en el patio de luces de tres conductos de 40 centímetros de diámetro cada uno, para evacuación de humos y ventilación del restaurante, habiéndose destruido parcialmente el peto y el hormigón del zuncho del voladizo del forjado de la cubierta; pro-

tección de dichos conductos con muro de ladrillo que reduce en un 44 por 100 aproximadamente la ventilación e iluminación de los cuarto de baño de los dormitorios principales de las viviendas cuyas ventanas recaen a dicho patio de luces;

– unión de planta baja del local de litis con la planta sótano, a través de dos escaleras independientes, abriendo huecos sobre el primitivo forjado.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda de la comunidad de propietarios. La actora y *J., S. A.*, interponen recurso de apelación. La Audiencia Provincial acoge el recurso de la comunidad de propietarios y desestima el de la demandada. (*S. M. S.*)

51. Obligaciones derivadas del artículo 9 LPH.—Las obligaciones del artículo 9 LPH, impuestas al propietario de un piso o local sujeto al régimen de propiedad horizontal, vienen a ser límites específicos que sufren sus facultades dominicales al tener que conciliarse los intereses particulares de cada propietario con los intereses generales de la comunidad. La tercera obligación señalada en el precepto impone a los propietarios el deber de consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él la constitución de servidumbres requeridas para la creación de servicios comunes de interés general. Según el Alto Tribunal, en el fondo, cada propietario tiene una o varias servidumbres, como predio sirviente, en relación a la comunidad (predio dominante), algo que se ha denominado en el régimen de la propiedad horizontal como «relaciones de vecindad».

Esta obligación, establecida en el actual artículo 9.1.c) LPH, debe cumplirse en beneficio de los servicios generales, de tal manera que cuando el propietario se niegue a facilitar la entrada para poder llevar a cabo las reparaciones necesarias, el artículo 9.1.d) LPH regula la posibilidad de que la comunidad imponga la entrada en el domicilio, aun en contra de la postura del titular del piso o local correspondiente (STS de 13 de diciembre de 2001, entre otras). (**STS de 28 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa se centra en determinar si los demandados estaban o no obligados a permitir el acceso a su vivienda, situada en el ático del edificio, al objeto del depósito de materiales y la instalación de andamios colgantes en su terraza para ejecutar unas obras extraordinarias aprobadas por la comunidad, consistentes en la reparación de las fachadas del edificio y la sustitución de las barandillas de las viviendas. La comunidad de propietarios promovió demanda sobre indemnización de daños y perjuicios contra don *J. M. Z. V.* y doña *M. A. A. M.*, por negar la entrada a los obreros a sus viviendas para los motivos ya mencionados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, motivo por el cual la demandante recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso y obliga a los demandados a permitir el acceso a través de sus viviendas y a indemnizar a la comunidad de propietarios. Los demandados interponen recurso de casación, alegando la aplicación indebida del artículo 9.3 de la entonces vigente LPH [ahora 9.1.c) LPH]. El Tribunal Supremo entiende que, si bien el supuesto que aquí se plantea no coincide exactamente con el

tenor literal del precepto, pues no se trata de efectuar reparaciones en la vivienda de los demandados ni se pretende constituir una servidumbre para la creación de un servicio común, sí se ajusta con el espíritu y finalidad de la norma, pues existe la obligación de los propietarios de consentir que su piso sea utilizado, al considerarse el medio más idóneo, para instalar los sistemas mediante los cuales se va a ejecutar una obra necesaria en beneficio de toda la comunidad. (S. L. M.)

52. Acción reivindicatoria. Requisitos. Principio de exactitud registral referido a los datos de hecho de las fincas inscritas.—En este caso se plantea la extensión de la presunción de exactitud contemplada en el artículo 38 LH a los datos de hecho de la finca. El contexto en el que se produce la alegación de este precepto es el de un procedimiento declarativo iniciado con motivo de la interposición de una acción reivindicatoria. El Tribunal Supremo confirma en esta sentencia dos ideas que ha venido manteniendo en esta clase de litigios, referidas en ambos casos al requisito de identificación de la finca que la jurisprudencia exige para el ejercicio de la acción reivindicatoria, junto a la acreditación del dominio del actor y la demostración de que la cosa reclamada estaba siendo poseída por el demandado sin título o con un título de inferior categoría al del demandante. En concreto, se trata de la tesis de que la identificación de la cosa reivindicada constituye una cuestión de hecho que deben apreciar los tribunales de instancia, y que por ello no es revisable en casación a menos que el juzgador hubiera incurrido en error. Por otro lado, el Tribunal Supremo confirma su doctrina de que la presunción de exactitud contemplada en el artículo 38 LH puede abarcar también los datos físicos o de hecho de la finca (*vid.* entre otras STS de 5 de febrero de 1999). Frente a la alegación del recurrente de que este precepto tiene un carácter *iuris tantum* que permitiría probar la verdadera consistencia física de la finca, el Tribunal Supremo concluye que precisamente en este caso la corroboración entre ambas realidades —registral y extrarregistral— había tenido lugar a través del informe de un perito. (STS de 2 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la urbanización «Mare Nóstrum» formuló demanda de menor cuantía en ejercicio de acción reivindicatoria contra la entidad mercantil *IT*, en la que solicitaba que se declarase su dominio sobre un terreno de unos 800 metros cuadrados, que la demandada había invadido construyendo en ellos parte de una edificación —con motivo de la ampliación de un establecimiento de bar— y dedicando el resto —una explanada no edificada— a aparcamiento de vehículos. En la demanda se pedía que se condenase a la demandada a devolver los terrenos en los que no había construido y a abonarle el precio de aquellos sobre los que la sociedad había edificado con extralimitación. Por último, como tercer *petitum* se instaba la condena de la demandada a abonar a la actora los frutos civiles consistentes en la renta que, desde la interposición del acto de conciliación y hasta la ejecución de la sentencia, hubiera percibido y la que hubiera podido percibir del arrendamiento de la edificación para la explotación de un negocio de bar. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando el dominio de la actora sobre esos terrenos y condenando a la parte demandada

a retirarse de los 712 metros cuadrados que se utilizaban como explanada de aparcamiento, debiendo abonar a la demandante 182.785 pesetas como precio del que se edificó. Los frutos civiles que la demandada había de entregar a la actora se cifran en una renta de 7.120 pesetas mensuales desde el acto de conciliación hasta la fecha de la entrega definitiva. La Audiencia Provincial de Tarragona desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, que entabla recurso de casación contra la misma.

NOTA.—El Tribunal Supremo confirma en este pronunciamiento su doctrina sobre la eficacia sustantiva que posee la inscripción registral de los datos de hecho de las fincas (art. 9 LH). Dicha doctrina asume que el juego de la fe pública registral no puede hacerse extensivo a tales circunstancias, dado que el Registro de la Propiedad carece de una base fáctica fehaciente al reposar exclusivamente sobre las manifestaciones de los otorgantes. Otra cosa distinta sucede con la presunción de exactitud registral del artículo 38 LH, cuyo carácter *iuris tantum*—frente al *iuris et de iure* que tiene en el marco del art. 34 LH—permite llevar a su ámbito las circunstancias fácticas del inmueble, que siempre podrán ser desvirtuadas cuando se pruebe su falta de coincidencia con la realidad extrarregistral. Ahora bien, debe reconsiderarse hasta qué punto esta doctrina podrá mantenerse en el futuro habida cuenta de las recientes reformas que la legislación hipotecaria ha ido experimentando en el terreno de la verificación de los datos de hecho de las fincas. Así, la operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que añadió tres nuevos párrafos al artículo 9 LH, en los que se permite completar la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica referido a redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente. (N. M. I.)

53. Doble inmatriculación. Recurso a las normas del Derecho civil puro ante la neutralización de los principios hipotecarios, incluso cuando sólo uno de los contendientes merece la calificación de tercero protegido.—Es doctrina del Tribunal Supremo, confirmada en el pronunciamiento que se reseña, que la preferencia entre titulares registrales en caso de doble inmatriculación de una finca en el Registro de la Propiedad debe ser resuelta con arreglo a las normas del Derecho civil puro, y no por aplicación de los principios hipotecarios, que quedan neutralizados por la existencia de esta duplicidad registral. Incluso en este caso, en que la condición de tercero protegido del artículo 34 LH concurría exclusivamente en uno de los contendientes, el Tribunal Supremo reconoce el mejor derecho de la demandada—adquirente a título gratuito—en razón de la antigüedad del historial registral de la finca por ella adquirida—inmatriculada desde el año 1921—frente a la fecha en la que tuvo lugar la segunda inmatriculación—año 1976—. (STS de 12 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, don F. B. L. entabla acción reivindicatoria contra la *Residencia de Ancianos Nuestra Señora de la Encina-Fundación Fusteguerras*, solicitando que se declare su propiedad

sobre una finca, y se ordene la cancelación de la inscripción registral a favor de la demandada. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, a pesar de apreciar en el demandante la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH, con base en la diferente antigüedad de ambos historiales registrales. Esta doctrina es suscrita igualmente por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo en los correspondientes recursos de apelación y casación interpuestos por el demandante.

NOTA.—La coexistencia de dos asientos incompatibles de igual rango y naturaleza origina la quiebra de los principios rectores del sistema tabular. En el campo del Derecho civil son dos los criterios sentados por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo: 1.º) el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho civil, es decir, abstracción hecha de las normas inmobiliarias registrales; 2.º) el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuya inmatriculación sea más antigua. Si bien, como ha señalado esta misma jurisprudencia, el primero constituye la regla general, y sólo para ciertos casos podrá aplicarse el segundo. La razón es que si el legislador hubiera querido decantarse por este último lo hubiera dicho expresamente, «y de no hacerlo, lo que no cabe pensar es que lo remitiera a un juicio ordinario declarativo, cuando la cuestión estaba resuelta con el mero examen de las hojas registrales» (*vid.*, entre otras, STS de 18 diciembre de 2000). Las normas de Derecho civil puro a las que se refiere la jurisprudencia son el artículo 1473 CC, en el caso de que la doble inmatriculación derive de una doble venta o enajenación (SSTS de 19 julio de 1999, 14 de octubre de 2000, 11 de octubre de 2004) o, en general, la prioridad del título material en que se base la adquisición de uno de los titulares registrales (regla *prior tempore* o prioridad civil). No obstante, también es habitual que, concurriendo exclusivamente en uno de ellos la condición de tercero protegido del artículo 34 LH, el Tribunal Supremo se decante por el juego de los principios hipotecarios, protegiendo a quien haya adquirido a título oneroso y de buena fe de la persona que figuraba en el Registro como titular frente al que no ostente tal condición (SSTS de 9 de diciembre de 1997, 9 de mayo y 28 de julio de 2003). En el supuesto de la sentencia que se reseña —en que se daba esta última hipótesis, ya que la adquisición de la demandada había tenido lugar por vía de herencia— el Tribunal Supremo resuelve a favor de la hoja registral más antigua, dada la notoria y abrumadora diferencia temporal existente entre el historial de una y otra inmatriculación. (*N. M. I.*)

54. Conflicto entre los adjudicatarios de un inmueble en sendos procedimientos ejecutivos. Caducidad de la anotación preventiva de embargo del primer procedimiento. Eficacia de la anotación respecto de enajenaciones posteriores. Principios hipotecarios de prioridad registral y de inoponibilidad de lo no inscrito.—La preferencia entre dos adjudicatarios de un mismo inmueble en sendos juicios ejecutivos es el objeto de este procedimiento que entabla la primera adjudicataria, que inscribió su adquisición después de que hubiera caducado la anotación de embargo, contra la

adjudicataria del segundo que había inscrito su auto de adjudicación cuando todavía estaba vigente la anotación de embargo de este segundo juicio ejecutivo. La demandante alegaba su mejor derecho sustantivo y registral sobre la finca con base en los artículos 32 LH y 1473 CC por haber sido la primera tanto en entrar en la posesión del inmueble como en inscribir su dominio en el Registro de la Propiedad. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al entender que la falta de reflejo registral de la anotación preventiva de embargo –que había caducado en el momento en que se expidió la certificación de cargas del segundo juicio ejecutivo– conlleva su inoponibilidad frente a terceros *ex* artículos 32 LH y 175.2 RH. Respecto del artículo 1473 CC –que, en caso de doble enajenación, reconoce el mejor derecho a quien primero inscribió– el Juzgado de Primera Instancia entiende que debe favorecer a la demandada puesto que la inscripción primera a favor de la actora se había practicado de un modo provisional y sometida al efecto de purga de gravámenes que produjera la inscripción de la segunda adjudicación. La Audiencia Provincial tampoco da lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora: el artículo 97 LH presume extinguido el derecho al que se refiere un asiento que ha sido cancelado. Además debía considerarse a la adjudicataria del inmueble en la segunda subasta –la demandada doña C. A. G. –tercera protegida del art. 34 LH–. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad actora, que invocaba como infringidos los artículos 32 LH y 1473 CC, y alegaba también la imposibilidad de conocer la caducidad de la anotación y de obtener su prórroga al tratarse de un tercero ajeno al procedimiento ejecutivo. Desde un punto de vista registral, el Tribunal Supremo concluye que no es cierto que los principios hipotecarios favorezcan a la recurrente, ya que precisamente la prioridad registral conduce a afirmar la preferencia de la segunda adjudicataria, cuya inscripción retrotrae sus efectos al momento en que fue practicada la anotación preventiva, todavía en vigor en el momento en que su propiedad accedió al Registro. También desde un punto de vista registral advierte el Alto Tribunal que sólo cuando la anotación preventiva de embargo se encuentra vigente, sujeta la titularidad de los bienes objeto de la misma al resultado del proceso en que se haya producido la traba. Al contrario, si se trata –como en este caso– de una adquisición –la del primer adjudicatario con anotación caducada– que ha tenido lugar con posterioridad a la práctica de la segunda anotación de embargo –letra B– tal enajenación quedará sometida a esta segunda traba, aunque haya sido practicada en el curso de un procedimiento de apremio iniciado con posterioridad. El Tribunal Supremo considera que no se trata de un caso de doble venta del artículo 1473 CC, ya que este precepto se aplica cuando estamos ante dos asientos incompatibles. En este caso no existe tal incompatibilidad sino que la primera inscripción a favor del recurrente –primer adjudicatario– «fue admitida con carácter subordinado a la eficacia de la anotación preventiva que la precedía». Respecto del argumento de que la recurrente no tuvo la oportunidad de evitar la caducidad de la anotación preventiva de embargo por no ser parte del procedimiento, el Tribunal Supremo considera que no se puede alegar ni desconocimiento ni tampoco imposibilidad de solicitar la prórroga. La razón es que las anotaciones preventivas poseen un plazo de caducidad que aparece predeterminado en la ley (art. 86 LH), y que puede prorrogarse a instancia de cualquier interesado, entre los que figura el adquirente de un inmueble en juicio ejecutivo. **(STS de 4 de noviembre de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—La entidad *E., S. A.*, entabla acción declarativa de dominio contra don J. M. C. G., doña M.^a L. G. G., el *Banco B. V., S. A.*, y doña C. A. G., solicitando que se declare su propiedad sobre la finca inscrita a nombre de la última demandada, así como que se cancele esta última inscripción registral. La sucesión de hechos es la siguiente. Con motivo de las deudas contraídas por los esposos don J. M. C. G. y doña M.^a L. G. G., el *Banco G., S. A.*, entabla juicio ejecutivo contra ellos que causa el embargo de una finca inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad, que se anota preventivamente con la letra *A* el 8 de julio de 1991. Dicha anotación fue cancelada por caducidad el 31 de octubre de 1995, antes de que fuera dictado el auto de adjudicación de la finca a favor de *E., S. A.* —actora en este procedimiento—, que tuvo lugar el 9 de mayo de 1996 y fue inscrito en el Registro de la Propiedad el 24 de septiembre de 1996. Con anterioridad a la finalización de este juicio, la entidad *Banco B. V., S. A.*, entabló un segundo juicio ejecutivo contra los titulares de la finca, que motivó la práctica de la anotación preventiva de embargo letra *B* en el Registro de la Propiedad. Previamente a la inscripción del primer auto de adjudicación, pero después de haber caducado la anotación de embargo letra *A*, fue expedida certificación de cargas del segundo juicio —en fecha 31 de octubre de 1995— en la que no se hizo constar la anterior anotación preventiva por haber caducado sin que nadie instara su prórroga. El segundo juicio finaliza con un auto de adjudicación de la finca embargada a favor de doña C. A. G., que fue inscrito en el Registro, ordenándose a continuación la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la certificación de cargas, entre las cuales estaba la inscripción de dominio a favor de la actora.

NOTA.—El Tribunal Supremo se pronuncia en este procedimiento sobre un problema clásico que es la eficacia de las anotaciones preventivas de embargo en relación con las enajenaciones o adquisiciones de derechos reales que hayan tenido lugar con posterioridad. Como es sabido, este asiento despliega dos clases de efectos. El primero es dotar al crédito que ha dado lugar a la anotación de un carácter privilegiado frente a los créditos posteriores (art. 1923.4.º CC). La segunda es proporcionar a la traba una eficacia real, similar a la que produce la constitución de una hipoteca, según la cual el embargo será oponible frente a los adquirentes posteriores del inmueble, que lo recibirán con esta carga debiendo sufrir la ejecución como de si una finca hipotecada se tratara (FJ 3.º: «la doctrina actual y las últimas resoluciones de la Dirección General de los Registros parten de la equivalencia práctica de la anotación preventiva de embargo a la hipoteca en relación con los terceros adquirentes del inmueble...»). Esto significa que el adjudicatario del inmueble en ese procedimiento ejecutivo será preferente respecto de ese adquirente posterior, y que esta preferencia motivará asimismo la cancelación de todas las inscripciones o anotaciones practicadas con posterioridad a la anotación preventiva (arts. 175.2.ª RH, 674 LEC). Al último efecto de oponibilidad *erga omnes* del embargo anotado en el Registro se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando distingue el carácter constitutivo de la resolución judi-

cial que decreta la traba de la medida de aseguramiento que supone su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (arts. 587 y 629 LEC). La propia sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de esta reseña lo afirma expresamente cuando señala que «la anotación preventiva de embargo produce una afección de los terceros adquirentes o titulares de derechos reales sobre el bien embargado, cuando sus títulos tengan fecha posterior a la anotación y que la inmunidad que se predica se refiere únicamente a los títulos de fecha anterior, aunque se inscriban con posterioridad a la anotación». En efecto, la eficacia real de la traba, esto es, la oponibilidad del embargo frente a adquirentes posteriores se refiere sólo a los sujetos que hayan consolidado su dominio con posterioridad a la práctica de este asiento en el Registro de la Propiedad. Los adquirentes anteriores, aunque hayan inscrito con posterioridad, gozan de una preferencia que, sin embargo, deberá hacerse efectiva por el cauce de la tercera de dominio, que necesariamente habrán de instar si quieren hacerla valer, sin que para ello sea imprescindible la previa inscripción de su dominio en el Registro de la Propiedad (art. 595 LEC). Una vez finalizado el procedimiento de ejecución, el verdadero propietario de la finca gravada por las deudas de otro –normalmente el *dominus* anterior– sólo tendrá el cauce del juicio declarativo –acción reivindicatoria en la mayoría de los casos, pues se trata de un propietario no poseedor–, arriesgándose entonces a que el adjudicatario de la finca en el juicio ejecutivo sea un tercero del artículo 34 LH (*vid.* en este sentido art. 594.1 LEC). En el caso que se planteó en esta sentencia la actora había sido adjudicataria de la finca en un procedimiento de ejecución que había causado una anotación preventiva cuya cancelación por caducidad había tenido lugar durante el transcurso del mismo sin que nadie solicitara su prórroga. La titular registral de la finca, también demandada, era la adjudicataria del segundo procedimiento, cuya inscripción fue practicada al tiempo que se cancelaba la primera por haber accedido al Registro después de emitida la certificación de cargas en la que ya no figuraba la anotación de embargo primera. El conflicto se reduce, pues, a la preferencia entre dos adquirentes del dominio de una finca en sendos procedimientos de realización forzosa, ignorando el segundo la existencia de esa adquisición anterior. El artículo 1473 CC no resulta aplicable al caso, afirma el Tribunal Supremo, porque se refiere a asientos incompatibles y no a supuestos, como el planteado, en que se practica una primera inscripción que sólo cede [se cancela] cuando accede al Registro la segunda. Además, junto a lo argumentado por el Tribunal Supremo, debe tenerse en cuenta que el artículo 1473 CC no sería aplicable aquí ya que este precepto se refiere a la doble venta y no a la venta de una cosa ajena –la primera ya había sido consumada por otorgamiento de la escritura pública de adjudicación y entrada en la posesión de la finca por el adjudicatario– (SSTS de 6 de mayo de 2004, 18 de mayo de 2005). Entraría en juego, en cambio, la protección que el artículo 34 LH dispensa al tercer adquirente de una finca inscrita a nombre de un *non dominus* cuando la adquisición es onerosa, el tercero es de buena fe y procede a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Así razona la Audiencia Provincial, y si el Tri-

bunal Supremo no entra en el examen de la concurrencia de los requisitos establecidos en el referido precepto para otorgar protección, es porque el recurrente «no ha invocado como infringido este precepto ni razonado sobre dicha infracción». Una de las dificultades principales que suele plantear la aplicación del principio de fe pública registral reside en valorar el momento concreto en que deberá apreciarse la buena fe del tercer adquirente. La jurisprudencia se ha decantado por dos soluciones distintas: bien el momento de la adquisición –STS de 5 de diciembre de 2002–, bien el de la inscripción por el tercero de su derecho –implícitamente STS de 17 de febrero de 2004–. En el caso de procedimientos de realización forzosa –en los que también resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 34 LH– la valoración no coincide con ninguno de los dos anteriores, sino que queda necesariamente anticipada al trámite procesal-registral en el que el Juez ordena al Registrador de la Propiedad la expedición de una certificación de las cargas del inmueble embargado (art. 656 LEC). Una vez que –como sucede en el presente caso, en que la anotación primitiva de embargo no se hace constar en la certificación registral de cargas del segundo procedimiento ejecutivo– se ha advertido que ningún derecho preferente grava el inmueble ejecutado, no se puede oponer al tercero –adjudicatario de la subasta o adquirente por cualquier otro procedimiento de realización contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil– una titularidad inscrita con anterioridad a la suya (pero con posterioridad a la mencionada certificación de cargas), porque de lo contrario le obligaríamos a evacuar sucesivas consultas al Registro hasta el momento mismo de inscribir su adjudicación con merma no sólo de la seguridad del tráfico sino también de la efectividad de los procedimientos de ejecución. (N. M. I.)

55. Inscripción de títulos falsos en el Registro de la Propiedad. No conlleva su subsanación.–Los títulos falsos no se subsanan por la decisión de acceso al Registro de la Propiedad. Corresponde a la autoridad judicial en vía jurisdiccional con sus correspondientes connotaciones *contra tabulas* decretar la nulidad de dicho título inscrito para su adecuación a la realidad extrarregistral declarada.

Presunción de veracidad del Registro.–Se trata de una presunción *iuris tantum*. En el caso concreto, declarada la ausencia de buena fe a la vista del documento del que se deriva la inscripción, no puede trasladarse la carga de la prueba a la otra parte por tratarse de un hecho contundente que ya no es rebatible.

Prescripción extintiva de la acción de nulidad.–La acción de nulidad absoluta por inexistencia de título es imprescriptible. (STS de 30 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.–C. T. G. era propietaria y única titular registral de la finca objeto del litigio. La citada señora falleció sin otorgar testamento y por Auto dictado tras el correspondiente expediente sobre declaración de herederos *ab intestato* se declaró heredero a su hijo J. J. H. T. Una vez fallecido éste, le sucedieron en todos sus bienes

sus herederos universales, demandantes en este litigio, y en la cuota legal usufructuaria, su viuda.

C. T. G. se había casado en segundas nupcias. Su marido y la hija de éste de su primer matrimonio se trasladaron a vivir con ella en el domicilio situado en la finca litigiosa.

Fallecida C. T. G., C. R. R. (la hija de su segundo marido) continuó ocupando la vivienda negándose a abandonarla a pesar de ser requerida para ello. La ocupante alegaba que la vivienda había sido adquirida por su padre de C. T. G. en documento privado de compraventa.

C. R. R. y su hijo, a los que el padre de ella les había nombrado herederos universales, incoaron expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. El Juzgado se lo reconoció y se produjo en su favor la oportuna inscripción registral.

Los demandantes ejercen acción reivindicatoria contra C. R. R. y su hijo solicitando la nulidad y cancelación de la inscripción practicada, pues alegaban que estaba basada en un contrato falso e inexistente.

La sentencia de primera instancia estima totalmente la demanda y declara que los actores son propietarios, así como la nulidad y cancelación del asiento registral que figura a nombre de los demandados en el Registro de la Propiedad.

En segunda instancia se desestima el recurso de apelación. (B. F. G.)

DERECHO DE FAMILIA

56. Filiación no matrimonial: reclamación: negativa a la práctica de pruebas biológicas: indicios insuficientes.—El valor indiciario de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no está complementado con otras pruebas que permitan al Juzgador llegar al convencimiento de la realidad de la filiación demandada; esta Sala acepta la ponderada valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia la cual no permite afirmar la existencia, entre demandante y demandado, de relaciones sexuales en período hábil para la concepción del menor. (STS de 22 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda había sido rechazada en ambas instancias, y la prueba complementaria consistía en la declaración de dos testigos, uno de los cuales era poco concluyente y la del otro meramente aseverativa, además de un borrador de carta y la fotocopia de otra dirigida al supuesto padre. Se invoca la doctrina de la STS de 4 de febrero de 1999, según la cual *si bien los Tribunales de justicia no exigen una prueba férrea y absoluta, dada las especiales condiciones de las situaciones humanas que se debaten y los intereses a proteger de los hijos, tampoco por ello cabe una permisibilidad abierta e incontrolada que permitiría, unas veces, alcanzar decisiones coincidentes con la realidad genética, con lo cual se autorizaría a definir situaciones de estado civil difusas, despejando su*

incertidumbre para las personas interesadas; pero, en otros casos, puede suceder que se atribuya filiación equivocada, con las graves consecuencias que ello implica, por lo que la exigencia de prueba medianamente suficiente y sobre todo convincente, con sujeción a la legalidad a cumplir, se impone y se hace exigente a los Tribunales. Doctrina prudente que, no obstante, cabe apostillar: la atribución de una filiación equivocada puede resultar también, junto a la negativa, de una prueba complementaria insuficiente o ambigua, sin caer en esa denostada permisibilidad abierta e incontrolada, pese a lo cual se ha declarado, en algunos casos, la filiación por los Tribunales. (G. G. C.)

57. Filiación no matrimonial: reclamación de la hija frente al presunto padre: impugnación implícita de la filiación registral.—Según la interpretación jurisprudencial es correcto que se haya ejercitado la acción de reclamación sin deducir *expressis verbis* una pretensión de impugnación de la paternidad establecida en el Registro, ya que se trataría de una pretensión accesoria, implícita en la acción principal de reclamación que se ejercita, aunque también es claro que ello no supone que el Tribunal de instancia no pronuncie, con expresa y clara indicación, una condena a tener por impugnada la filiación establecida, ordenando lo precedente para su rectificación en el Registro Civil, como lo exige la coherencia del sistema y, en especial, el artículo 50 LRC.

Ausencia de litisconsorcio pasivo.—Esta Sala considera que, en base al principio de tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE, ha de entrar en el examen del invocado defecto de litisconsorcio pasivo necesario que denuncia, de pasada, la parte recurrente, toda vez que como se ha dicho, entre otras, en las SSTs de 26 de octubre de 1990 y 25 de octubre de 1994, el mal planteamiento de un motivo no es óbice al examen de la cuestión cuando la infracción denunciada haga referencia a un precepto de orden público que ha de ser aplicado de oficio; y tal es lo que ocurre con la carencia de citación y emplazamiento de los herederos del padre aparente, en cuyo favor está establecida la filiación que ahora resulta implícitamente impugnada por reclamación de otra contradictoria. No puede suplirse la falta de litisconsorcio necesario por una comparecencia declarando como testigo, ya que, atendida la seguridad no sólo familiar sino social que ha de rodear la posesión de estado civil, las resoluciones que se dicten en los procesos de esta naturaleza llevan consigo un valor absoluto, *erga omnes*, como expresamente declara el artículo 1252 CC, lo que genera la exigencia del mencionado litisconsorcio, que es estimable de oficio aun en el trámite extraordinario de casación, pues estimación de la demanda afectaría a los derechos de los herederos del fallecido padre aparente de la reclamante, y el principio de veracidad de la cosa juzgada.

Efectos de la estimación del recurso.—Procede declarar la nulidad de todo lo actuado y retrotraerse al momento de la comparecencia, dando a la parte afectada el plazo legal para subsanar el vicio procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario. (STS de 22 de noviembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Compleja situación fáctica que se resuelve de momento con esta también compleja sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado señor Montés Penadés. La actora había sido inscrita

como hija legítima de un matrimonio pero el marido, al parecer, no era verdadero padre. La demanda se dirige contra el supuesto padre, luego fallecido, que sí había previamente reconocido unilateralmente a otros tres hijos, y que se había casado con la madre después de divorciarse ésta del primer marido. Al prosperar en ambas instancias la acción de reclamación, los demandados, observa el Tribunal Supremo, se convertirían en hermanos de doble vínculo de la actora. Aunque el resultado de la prueba biológica no es concluyente, el juez valora el testamento del presunto padre y determina la filiación, si bien la supuesta madre en su testamento había afirmado que la actora era hija de su primer matrimonio y sólo menciona como hijos suyos a los ahora demandados. La Audiencia Provincial confirma y toma en consideración cartas cruzadas entre uno de los demandados y la actora en que aquél reconoce la filiación, luego retractada. El debate casacional se plantea porque la actora había omitido impugnar la filiación con que ella aparece en el Registro, y legalmente sólo puede existir una única filiación. La sentencia extractada dice que los herederos del padre aparente deben tener la posibilidad de intervenir en este proceso, y anula las actuaciones al momento inmediatamente anterior en que se produjo el defecto procesal. (G. G. C.)

58. Filiación no matrimonial: acción de reclamación: innecesariedad del consentimiento de la hija.—Se ejercita una acción de reclamación de una filiación extramatrimonial, eficaz desde su constancia en el Registro civil, y no un reconocimiento, imposible por resultar inscrita una filiación contradictoria. Esta acción no puede contar nunca con el consentimiento de aquel a quien afectará la impugnación, a no ser que se allane a la demanda, en cuyo caso resulta obvio.

Ejercicio abusivo y de mala fe.—Se acusa de ejercitar la acción de reclamación de forma abusiva y de mala fe porque supone una grave alteración de la vida familiar de las demandadas, pero con ello se introduce un hecho nuevo que no puede ser admitido en casación, al tiempo que se recuerda que el demandante actuó en ejercicio de un derecho, sin que en ningún momento se haya probado que su actuación fuera abusiva.

Ausencia de posesión de estado: interpretación del artículo 133 CC.—La STS de 22 de marzo de 2002 resume la jurisprudencia de esta Sala en relación con el tema de la admisión de la legitimación del padre no matrimonial para reclamar su paternidad; considera que frente a la interpretación literal del artículo 133 CC hay que aceptar una interpretación más flexible que resulta de relacionar los artículos 133 y 134, ya que si este último permite al progenitor la impugnación de la filiación contradictoria en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación *también esta impugnación condicionará la habilitación para que pueda ejercitar la acción de reclamación* (SSTS de 8 de julio de 1991). Esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores (de 13 de junio de 2002, 17 de junio y 8 de julio de 2004), de modo que al superarse la literalidad del artículo 133 CC que atribuye legitimación sólo al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y a la filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad, también le está habilitando para ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

Doctrina del Tribunal Constitucional.—La STC de 27 de octubre de 2005 ha considerado que la redacción actual del artículo 133 CC vulnera el artículo 24 CE en su vertiente de acceso a la jurisdicción y ha considerado que *la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial, en los casos de falta de posesión de estado, no resulta compatible con el artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción*. A pesar de ello el Tribunal Constitucional no declara la nulidad del mencionado precepto pues la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores en los casos de falta de posesión de estado. Aunque el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente para evitar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 133 la interpretación correctora de este Tribunal Supremo, esta Sala, con mayor razón, debe seguir sus propios precedentes antes recordados.

Negativa a la práctica de la prueba biológica: existencia de indicios suficientes.—La falta de prueba biológica acordada no permite, por sí misma, declarar la filiación, pero hay pruebas suficientes para declarar la paternidad, como la participación del actor en la inscripción del nacimiento de una de las hijas, que consta con el mismo nombre del actor, aunque sin los apellidos a los meros efectos de identificación; las aportaciones económicas constantes, y las fotografías aportadas.

Caducidad de la acción de impugnación: no procede estimarla.—El actor interpuso dos acciones, a saber, la de reclamación de la filiación no matrimonial y la de impugnación de la filiación contradictoria; se trata de una acción mixta que debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación, porque la finalidad de esta última es la de determinar la filiación, a la que se opone de manera formal la que consta en el Registro civil, y por ello debe ser impugnada conforme al artículo 113.2 CC; por ello esta Sala ha considerado de modo unánime que la acción de impugnación es accesoría, instrumental e inevitable cuando se reclama una filiación que contradice la inscrita; todo lo cual lleva a la conclusión de que al ser la acción de reclamación imprescriptible por tratarse de una acción de estado, no se le puede aplicar el plazo de caducidad del artículo 140 CC para las acciones de impugnación ejercitadas de forma aislada. (STS de 14 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Estamos, sin duda, ante el ejercicio tardío de la acción de reclamación de una filiación no matrimonial, respecto de dos hijas (¿parto gemelar?) las cuales, por lo menos, son mayores de edad al tiempo de la demanda, falleciendo el actor en fase de apelación. Hubiera sido interesante conocer el estado familiar de la madre, igualmente demandada, y los cambios que aquél pudo haber experimentado a lo largo de la vida de sus hijas; sólo consta el reconocimiento por parte de aquélla —probablemente, al tiempo del nacimiento—, cuya nulidad se solicita y obtiene. Ello induce a pensar o en una inicial unión de hecho, luego rota, o más bien en relaciones episódicas con alguna duración (pues hubo aportaciones económicas del actor a la madre que, obviamente, no convivía en ese momento con el actor), y que luego dieron paso a nupcias de la madre con otro varón que reconoció y legitimó a las hijas. En todo caso el actor no invoca en ninguna fase del proceso la posesión de

estado, cuando recuerda sus obligaciones legales al cabo de cierto número de años (al menos, hasta después de alcanzar aquéllas la mayoría de edad), haciendo acto de presencia en unas relaciones familiares al parecer socialmente consolidadas, lo que explicaría la referencia al abuso del derecho, punto insuficientemente argumentado en el recurso, y poco estudiado doctrinalmente con referencia al ejercicio de estas acciones de filiación. Sentencia conforme con la más reciente doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, de la que ha sido Ponente Encarnación Roca Trías. (G. G. C.)

59. Derecho de visita del padre cuando la guarda corresponde a la madre: motivación de la sentencia: doctrina general.—Siguiendo reiterada jurisprudencia la motivación de la sentencia, como elemento enclavado para una necesaria tutela judicial efectiva, supone principalmente: 1) Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley (art. 117.1 CE) o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), lo que ha de redundar en beneficio de la confianza en los órganos jurisdiccionales. 2) Lograr la convicción de las partes en el proceso, así como también la ciudadanía sobre la justicia y la corrección de una decisión judicial que afecta a los derechos de un ciudadano. 3) Mostrar el esfuerzo realizado por el Juez o Tribunal, así como su cultura jurídica, para garantizar una resolución carente de arbitrariedad. Y, 4) garantizar la posibilidad de control de la sentencia a través de los recursos. Pero también es necesario constatar que esta Sala ha dicho que tal motivación ha de ser suficiente y razonable, y que para mensurar la suficiencia de tal motivación habrá que irse a cada caso concreto, sin que la misma se pueda determinar *a priori* y con carácter general. En el presente caso la sentencia recurrida tiene una motivación suficiente, porque acepta y hace suya el fundamento de la sentencia de primera instancia en el cual se explícita de manera, que se puede calificar de exhaustiva, el por qué del derecho de visita del padre, y además porque si hasta ahora los contactos han sido escasos, ello se remediará incrementándolos, y así se tenderá a la normalización de las relaciones entre padre e hija, tan necesarias para la formación integral y la estabilidad emocional de la misma.

Ratio decidendi del derecho de visita paterno.—Aunque el recurso invoca infracción del artículo 160 CC, no alega hecho ni valoraciones nuevas, olvidando que la razón de ser de aquél es la de lograr la formación integral y la estabilidad emocional de la pequeña, inspirándose en los artículos 2 y 20 de la Ley de 15 de enero de 1996, y en la STDH de 23 de septiembre de 2003 que dice *el Tribunal ha declarado repetidamente que el artículo 8 [del Convenio de 1950] incluye el derecho de los padres a que se tomen medidas para que se les permita reunirse con sus hijos y la obligación de las autoridades nacionales de tomar tales medidas (...). Sin embargo, la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas para facilitar la reunión no es absoluta, puesto que la reunión de un progenitor con los hijos que han vivido durante algún tiempo con el otro progenitor tal vez no pueda producirse de forma inmediata y puede exigir que se tomen medidas preparatorias. La naturaleza y el alcance de dicha preparación dependerá de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación de todas las personas afectadas es siempre un ingrediente importante. Aunque las autoridades nacionales deben hacer todo lo posible para facilitar dicha cooperación,*

cualquier obligación de aplicar medidas coercitivas en este campo debe ser limitada ya que deben tenerse en cuenta tanto el interés como los derechos y las libertades de todas las personas afectadas, y muy especialmente el interés del menor y sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio. Cuando los contactos con el progenitor puedan parecer que amenazan ese interés o interferir con esos derechos, las autoridades nacionales deben establecer un justo equilibrio entre ellos.

Audiencia de la menor que ha cumplido doce años.—Habiendo transcurrido desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, según el artículo 9.3 de la Ley del Menor, y a la vista de las determinaciones procesales de los artículos 770.6.º, 774 y, especialmente, artículo 775 LEC 2000, procede acordar la audiencia de dicha menor, con intervención del Ministerio Fiscal, de manera que éste pueda solicitar, en su caso, si viere convenirle al interés del menor, la modificación de las medidas adoptadas. (STS de 16 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Sin que la sentencia aclare la clase de proceso matrimonial que media entre los progenitores, el padre solicita y obtiene en 1997 el derecho de visita sobre la hija común cuya guarda se atribuye a la madre; ésta se opone y logra que haya que esperar a noviembre del 2005 para que el Tribunal Supremo se pronuncie rechazando el recurso interpuesto por la madre. Mientras tanto ésta ha *monopolizado la convivencia con la hija*, la cual, al haber cumplido los doce años, puede desequilibrar esa balanza de derechos e intereses que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo encomienda los jueces nacionales. En el presente caso, nuestro Tribunal Supremo ofrece una interpretación que puede calificarse de *dinámica* del interés de la menor: *Si hasta ahora los contactos han sido escasos, ello se remediará incrementándolos, y así se tenderá a la normalización de las relaciones entre padre e hija, tan necesarias para la formación integral y la estabilidad emocional de la misma.* (G. G. C.)

60. Derecho de visita de padre no matrimonial: artículo 94 CC.—El artículo 94 CC se refiere a los progenitores que no tengan consigo a los menores para establecer el derecho que les asiste a visitarlos, el que judicialmente sólo se podrá limitar o suspender cuando se den graves circunstancias que así lo aconsejen, actuando este supuesto como excepción a la regla general de carácter imperativo —pues el precepto emplea el término *gozará*—, en cuanto a las relaciones personales entre padres e hijos, y como toda excepción ha de ser cumplidamente probada.

Progenitor condenado penalmente por causar lesiones al hijo: suspensión del derecho de visita.—Según SSTs de 30 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992, 22 de mayo y 21 de julio de 1993, el derecho de visita ha de ceder ante los supuestos de presentarse algún peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992 con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visita ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas

sus dimensiones. En este caso tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula a la jurisdicción civil en cuanto a los hechos declarados probados, y los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para éste puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visita, respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establece con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes.

Pensión de alimentos: igualdad con los hijos matrimoniales.—Para fijar el *quantum* la sentencia de apelación tuvo en cuenta las disponibilidades económicas actuales del padre, cargas que pesaban sobre el mismo y necesidades del mismo, limitándose a reconocer las atenciones y cuidados que le puede prestar la abuela materna, y a establecer que también pesa sobre la madre el deber de contribuir con una cifra igual a la aportada por el padre, por lo que se fijó la suma de 35.000 pesetas como pensión alimenticia mensual, que se presenta como la adecuada y proporcional. El principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autorizan a fijar los alimentos de que se trata en distinta cuantía a los establecidos para una situación precedente y a favor de otros hijos del obligado, nacidos de un matrimonio anterior (STS de 18 de mayo de 2001), debiendo atenderse en cada caso a las circunstancias y estados concurrentes, como aquí ha ocurrido. (STS de 4 de noviembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Ninguna discrepancia puede suscitar la suspensión del derecho de visita respecto del padre no matrimonial, el cual y respecto de un hijo nacido de relaciones extramatrimoniales el 2 mayo 1997, es condenado por sentencia penal firme por actos de violencia física ejercidos sobre aquél cuando tenía sólo algunos meses de edad, en calidad de criminalmente responsable de un delito de malos tratos, cuatro delitos de lesiones y de una falta de lesiones, con privación de la patria potestad del hijo. No siendo fácilmente comprensible que en 1998 solicite él mismo la declaración de ejercicio conjunto de la patria potestad sobre el menor, con un generoso régimen de visitas en su favor. Demanda que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, pero que no menos incomprensiblemente resultó parcialmente estimada por la Audiencia Provincial en el 2000, basándose en informes psicológicos que no detectaban en el padre trastornos mentales, psicopatológicos, o disfuncionalidades en las relaciones respecto a otros hijos del explorado, ni criterios educativos erráticos, considerando conveniente para el menor mantener la relación con los progenitores, la que debería establecerse respecto al padre en forma progresiva y con el control inmediato de tercera persona. Afortunadamente el Tribunal Supremo restablece la justicia y la cordura. En cambio resulta novedoso el argumento invocado por la madre de la igualdad de trato en la fijación de alimentos para toda clase de hijos, pues al parecer este violento progenitor había sido condenado anteriormente a abonar pensiones de alimentos en superior cuantía a la ahora establecida, en favor de otros dos hijos matrimoniales. Aquí la Sala 1.^a se acoge a las circunstancias fácticas que ordenan tener

en cuenta los artículos 146 y 147 CC para fijar o modificar la cuantía de la pensión otorgada a hijos no matrimoniales, para rechazar aquella alegación, lo que, acaso, requiera mayor profundización. (G. G. C.)

61. Patria potestad sobre hijos nacidos de unión de hecho: privación por incumplimiento de sus deberes por el progenitor: doctrina general.—Sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del artículo 170 CC (SSTS de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor (SSTS de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daños o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo. En el presente caso, después de la ruptura de una unión de hecho durante la cual habían nacidos las dos menores en 1992 y 1993 que quedaron bajo la custodia de la madre, el padre demandado se mantuvo en una situación de precariedad económica, intentando infructuosamente visitar a sus hijas menores, sin que en ningún momento se hubiera comportado agresiva o violentamente para con ellas. La STS de 18 de octubre de 1996 requiere que la inobservancia de aquellos deberes sea de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad; por su parte la STS de 6 de julio de 1996 declara que el artículo 170 CC, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, y que aparezca plenamente probado que el progenitor al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma. (STS de 10 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia que, a tenor de las circunstancias, debe aprobarse. Con fecha de 12 de julio de 2004, la Sala 1.^a ha dictado dos sentencias, denegando, en una, la solicitada privación de la patria potestad, y otorgándola en otra, a petición de la Diputación que ejercía la guarda, en otra (véanse las dudas que suscita esta última, a la vista de las circunstancias, en mis anotaciones al extracto de dicha sentencia en *ADC* 2006, p. 488). (G. G. C.)

62. Relaciones personales entre abuelos y nietos: madre que se opone a que la hija se relacione con la abuela paterna: audiencia de la menor al cumplir doce años.—Es doctrina de esta Sala que el carácter siempre enriquecedor de las relaciones entre abuelos y nietos no pueden ni deben limitarse a los pertenecientes a una sola línea, y con mayor razón cuando tales relaciones sólo han sufrido un deterioro indirecto por motivos ajenos a su recíproca comunicación, como la muerte de uno de los progenitores. No obstante, habiendo transcurrido desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, procede acordar la audiencia de dicha menor con intervención del Ministerio Fiscal, de modo que éste ordene, en su

caso, si viere convenirle al interés de la menor, la modificación de las medidas adoptadas. (STS de 11 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto, quizá, el más simple de los que contempla el artículo 160, párrafo 2.º CC. Matrimonio en situación normal, con una niña que nace en mayo de 1991, pero que en 1997 queda huérfana de padre. Las relaciones entre la madre y la familia paterna parecen deteriorarse, y en 1999 la abuela de esta rama solicita judicialmente un derecho de visita, que sólo consigue en el 2000 por sentencia de la Audiencia Provincial. La madre de la menor interpone el recurso de casación basada en que esta última manifiesta rechazo a su abuela paterna. Mientras tanto se supone que la nieta sigue creciendo... bajo la influencia psicológica de su madre que ha demostrado clara animadversión a la familia de su marido. Aunque la Sala 1.ª resuelve la casación en plazo relativamente breve — para lo habitual— (en torno al quinquenio), sucede que, al dictar sentencia del Tribunal Supremo la nieta ha cumplido ya catorce años, y tiene derecho ser oída. No sería raro que el rechazo invocado en el recurso sea precisamente el que ella ha inducido en su hija. ¿Qué queda de la solemne declaración del artículo 160, párrafo 2.º? Sobre esta cuestión he alertado recientemente: *Parece claro que la agilidad de los trámites procesales es una de las condiciones para que este derecho cumpla su razón de ser* [cfr. GARCIA CANTERO, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre 2003* (Madrid, 2004), p. 186]. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

63. Interpretación del testamento: sustitución fideicomisaria condicional.—Respecto a la interpretación de los testamentos ante todo es necesario buscar la verdadera voluntad del testador (entre otras, SSTS de 1 de febrero de 1988 y 9 de octubre de 2003), primando el sentido literal, salvo que sea evidente que la intención del testador fue otra (SSTS de 9 de junio de 1962, 23 de septiembre de 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002) y correspondiéndole a los tribunales de instancia dicha labor interpretativa (entre otras, SSTS de 14 de mayo 1996, 30 de enero de 1997, 21 de enero de 2003 y 18 de julio de 2005). Por ello, según el Tribunal Supremo, cuando en una sustitución fideicomisaria se impone la condición de «tener sucesión», esta condición ha de interpretarse como lo que se denomina «hijos puestos en condición», lo que sirve para condicionar la delación del fiduciario, de tal forma que, si se incumple la condición y el heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre y, en caso contrario, tendrá que devolver los bienes a los fideicomisarios llamados por el causante. El cumplimiento de la condición se tendrá que producir a la muerte del fiduciario. Además, esta referencia a la sucesión es genérica, por lo que no es admisible ningún tipo de discriminación entre hijos biológicos y adoptivos (STEDH de 14 de julio de 2004 y SSTS de 6 de febrero de 1997 y 22 de junio de 2002).

Será nulo el documento por el que se liquide un fideicomiso condicional, si este acuerdo parte de la causa falsa de incumplimiento de la condición. De tal forma que, si se realiza la entrega de la posesión de los bienes en virtud de dicho documento nulo, la tradición carecerá de título, porque este acuerdo no crea un título propio que justifique la entrega. (STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. P. A. fallece en 1898 con tres hijos (don P., don I. y doña E. P. A., ya que su hija A. premurió). El causante había otorgado sendos testamentos complementarios en 1892 y 1894. En el primero llamaba por parte iguales a sus cuatro hijos, «entendiéndose que en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos sin sucesión, pasará la porción que corresponda a los que le sobrevivan». En el testamento de 1894, establece que «si sus hijos reconocidos fallecen sin ninguno dejar sucesión, pasen los bienes a los herederos abintestato». Don P., don I. y doña E. P. A. llevan a cabo la partición, consignado para cada heredero la tercera parte de los bienes. Don I. fallece soltero y sin descendencia, y sus hermanos don P. y doña E. se adjudican los bienes que éste había recibido de su padre, afectos a la sustitución fideicomisaria. En 1942, doña E. adopta una niña, y en 1960, don P. fallece, dejando dos hijos (don F. y don B. P. M.) y en 1983, doña E. fallece instituyendo heredera a su hija adoptiva, doña M. En abril de 1984, los dos hijos de don P. y la hija adoptiva de doña E. firman un documento privado, por el que esta última declara que doña E. «falleció sin descendencia de clase alguna», por lo que los hijos de don P. eran los únicos descendientes de don A. P. A., por lo que doña M. se compromete a devolver los bienes que habían pertenecido a su madre adoptiva hasta su fallecimiento. Don F. y don B. P. M. demandan a doña M. para que se declare que los bienes que habían pertenecido a doña E., les pertenecen en virtud del documento suscrito por doña M. La demandada formula reconvencción y solicita que se declare que su madre había fallecido con sucesión y que los demandantes no tienen derecho sobre los bienes que ella había recibido de doña E.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. Posteriormente, la Audiencia confirma la sentencia de instancia y, en casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por los demandantes.

NOTA.—Ver el profundo y minucioso estudio que en materia de interpretación de la voluntad del testador realiza Esther Gómez Calle en su reciente monografía *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Aranzadi, 2007. (S. E. M.)

64. El legado de cosa específica: interpretación de la voluntad del testador.—La interpretación literal de los términos del testamento resulta a veces insuficiente, siendo imprescindible ver la lógica del testamento en su conjunto para poder interpretar la voluntad del testador. Por ello, el hecho de que un testador enuncie, en primer lugar, un legado de usufructo universal y, posteriormente, un legado de cosa específica, no implica necesariamente que el primero tenga que recaer sobre el segundo. El hecho de que el testador

lleve a cabo una enumeración permite afirmar que, en realidad, la voluntad del testador es realizar dos legados con objetos distintos. Parece más oportuno pensar, en el contexto del testamento en su conjunto, que quien realiza un legado de cosa específica, tras legar el usufructo universal de la herencia, quiere hacer dos legados con objetos distintos y, por lo tanto, lo que el testador desea al enumerarlo separadamente es excluir el objeto específico de la herencia que es objeto del usufructo universal. (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don J. M. C. fallece casado con doña I. S. P., con la que no tuvo descendencia común, aunque tiene tres hijos don J., don E. y don J. A. M. G., de un anterior matrimonio, disuelto por fallecimiento. El causante en el testamento notarial abierto le lega a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio de la herencia. Si sus hijos no aceptan este gravamen, su herencia quedará reducida a la legítima estricta, acreciendo el resto a los que estén conformes con el usufructo. Si todos estuvieran disconformes, el usufructo quedará convertido en legado de pleno dominio del tercio libre, además de la cuota viudal. A continuación de esta disposición, el testador lega a su hijo don J. un restaurante. Doña I. S. P. solicita que se declare que ostenta el usufructo universal y vitalicio del caudal hereditario, para lo que se ha de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales existente con el causante. Don J. y don E. M. G. solicitan que se declare que la mitad de los bienes son del causante y que el usufructo exclusivamente recae sobre esa mitad, excluyendo el legado del restaurante.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara que la demandante ostenta el usufructo universal de todo el caudal hereditario, para lo que se deberá proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales. Los demandados interponen recurso de apelación y la Audiencia lo desestima y confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación, ya que declara que el restaurante legado no entra en el legado de usufructo universal, manteniendo la sentencia recurrida en lo demás. (S. E. M.)

65. Testamento en peligro inminente de muerte: requisitos de validez: presencia de Notario. No puede prescindirse discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento.—La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que el testamento que nos ocupa se refiere única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no hay lugar a que pueda acudir el Notario. En el caso debatido no hay duda del peligro inminente de muerte, pues el testador, de ochenta y ocho años de edad, estaba afectado el día 11 de septiembre de 1992 por un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta que provocaron su fallecimiento seis días después. Esta Sala, además, tiene declarado, en numerosas sentencias que, aunque es esencial el estado de peligro de muerte, sin el cual no ha de entenderse válido este testamento, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testa-

mento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (SSTS de 19 de diciembre de 1959, 3 de noviembre de 1962), cuestión de hecho que queda a la apreciación de la sala de instancia. En este caso, no existe dato demostrativo respecto a que, de alguna manera, se haya procurado tal intervención, lo que, al residir el testador en Madrid, no ofrecía dificultades, en atención al número de funcionarios de esta clase con destino en la capital, y sin que obstaculice a ello la circunstancia de que el día 11 de septiembre de 1992 fuera viernes, habida cuenta del servicio de guardia establecido en el Colegio Notarial durante los viernes, sábados y domingos para situaciones de urgencia.

Testamento otorgado dolosamente: no se aprecia.—El dolo al que se refiere el artículo 673 CC no es aquel en que el testador aparezca como sujeto activo del mismo, sino el que sufrió como sujeto pasivo de la maniobra de un tercero. Debe ser demostrado; y no quedó acreditado en autos. No basta la mera constatación de que los demandados regentan la residencia donde habitaba el causante y, a la vez, son empresarios y empleadores de todos los testigos del testamento. (STS de 10 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En febrero de 1989, don J. P. ingresó en la actual Residencia Renta Jubilados. Don J. P. había otorgado testamento abierto el 10 de junio de 1964, a favor de su hermana, M.^a M., a la que nombraba heredera universal, y, en su defecto, a sus hermanos, J. L. y P. J.

Doña M.^a M. premurió al testador, en estado de soltera, con testamento otorgado a favor de don J. P. y los otros dos hermanos, J. L. y P. J., fallecieron el 20 de septiembre de 1990 y 13 de octubre de 1992, respectivamente. Don J. P. dispone nuevo testamento en peligro inminente de muerte, el 11 de septiembre de 1992, después de sufrir un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta. El testamento fue otorgado ante cinco testigos y firmado por todos ellos y en el que aparece una huella dactilar que se dice que corresponde al testador, en cuyo documento se hace constar que es soltero y que instituye única y universal heredera de todos sus bienes, a pleno dominio, a doña B., administradora de la residencia donde el señor J. P. se alojaba, junto con su esposo, don L. A. Don J. P. fallece el 17 de septiembre de 1992 y doña B. solicita adverbación del testamento, el 17 de diciembre de 1992 y fue protocolizado el 3 de mayo de 1993. Don P., doña M.^a M., doña V., don R., don L., doña R. y don S. demandan a doña B. y su esposo, interesando la declaración de nulidad absoluta del testamento otorgado en inminente peligro de muerte el día 11 de septiembre de 1992. El Juzgado de Primera Instancia acoge en parte la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación, por la Audiencia, que rechaza las peticiones del escrito inicial. (S. M. S.)

66. Sucesión hereditaria: preterición.—La preterición es la omisión de un legitimario en el testamento, sin que el mismo haya recibido atribución alguna en concepto de legítima. Lo cual no puede apreciarse hasta que haya muerto el causante, con testamento y haya sido examinado éste. Y, en un sentido más amplio, no se puede hablar de legítima hasta después de la apertura de la sucesión producida por muerte del causante. Lo cual significa que el

mismo tiene poder de disposición, mientras vive, sobre todos sus bienes, por actos *inter vivos* onerosos e incluso gratuitos, sin perjuicio de que a estos últimos se les pueda aplicar la reducción por inoficiosidad. En ningún caso puede limitarse y, menos aún, impugnarse actos *inter vivos* por razón de una sucesión futura que incluye la sucesión forzosa (el Alto Tribunal cita, en este sentido, la STS de 11 de diciembre de 2001). (STS de 12 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 17 de julio de 1991, dos hermanos, copropietarios por mitad y pro indiviso de un inmueble don C. M. y don J., venden, el primero el 30 por 100 y el segundo su 50 por 100 a: doña L., 12 por 100 y doña S., 9 por 100 (esposa e hija del primero, respectivamente), a doña C., 22 por 100, doña M., 15 por 100 y doña M. I., 22 por 100 (esposa e hijas del segundo, respectivamente). En la misma fecha, se otorga escritura de declaración de obra nueva, división de finca en propiedad horizontal y adjudicación de locales.

Pasados más de dos años, fallecido don C. M., formulan demanda su viuda e hijos. Impugnan el reparto al 50 por 100 de todo lo edificado para cada una de las dos familias. En la demanda se solicita la declaración de nulidad de ambos negocios por vicio del consentimiento, falta de causa, inexistencia de objeto y, subsidiariamente, se interesa la condena a los demandados a abonarles la diferencia del valor de las adjudicaciones de uno y otro grupo.

Tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial desestiman la demanda por entender que no se había probado el vicio de la voluntad, que existía causa y no simulación y que el objeto era existente y cierto y no procedía abono de valor ninguno. El Tribunal Supremo también desestima el recurso de casación. (S. M. S.)

67. Sucesión hereditaria: división y adjudicación. Sorteo ante Notario para la atribución de lotes a los interesados: conforme a derecho, ante la falta de acuerdo entre los interesados.—Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, la facultad divisoria, al no establecer el legislador modalidades excluidas para llevarla a cabo, puede realizarse, de estimarse judicialmente procedente, y como más adecuado, con formación de lotes y subsiguientes sorteo de ellos entre los condóminos, para alcanzar la mayor objetividad en la división, modalidad que ya concretamente se considera en la específica cesación de la comunidad hereditaria a medio de lo normado en el artículo 1061 CC. (SSTS de 30 de noviembre de 1988, 31 de octubre de 1989). (STS de 20 de mayo de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Los padres de los litigantes, L. C. y C., fallecieron, el primero el día 11 de junio de 1985, y la segunda, el 22 de septiembre de 1988, ambos bajo testamento abierto, otorgado el 22 de septiembre de 1975. Cada uno de los cónyuges, en su respectivo testamento, legaba al otro el usufructo universal y vitalicio de sus bienes, moraban a sus hijos L. F. y F., en la parte que les correspondía de la casa núm. X de la calle Y, e instituían como herederos, por partes iguales, a sus hijos.

O., uno de los hijos, promueve juicio voluntario de testamentaría respecto al patrimonio de sus padres. Todos los bienes integrantes de las herencias tenían carácter ganancial, excepto una cantidad de dinero, privativa de la esposa. En el juicio de testamentaría, el contador partididor llevó a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales de los padres, sin atribuir a cada uno de los cónyuges bienes concretos, sino el valor de la mitad de los gananciales y procedió a la formación de lotes, con los bienes relictos, atribuyendo un lote a cada uno de los herederos. Ante la oposición sobre la forma de adjudicar los lotes, se convoca a los interesados y al contador dirimente, para la junta prevista en el artículo 1086 LEC. No se llega a acuerdo y, mediante Auto de 17 de marzo de 1995, se decreta el archivo de las actuaciones y se compele a las partes a que acudan al juicio declarativo correspondiente. Así lo hacen, formándose pieza separada de la administración de la herencia, en el juicio voluntario de testamentaría, siendo nombrado administrador el coheredero D. O.

El 1 de febrero de 1992, el administrador había rendido cuentas de la administración relativa al año 1991, aprobadas, al no formularse oposición, por Auto de 29 de septiembre de 1992. Al presentarse rendición de cuentas correspondiente al año agrícola 1992-1993, y seguido incidente para la tramitación de la oposición formulada, se dictó Sentencia de 3 de diciembre de 1994, por la que se aprobó la rendición de cuentas con exclusión de determinadas partidas de gastos.

Varios de los hermanos, adjudicatarios de los bienes hereditarios interponen demanda, en 1996, contra sus tres hermanos, don O., don M. y doña F., y contra los albaceas contadores-partidores de las herencias de sus padres don L. y don L. F., sobre partición y adjudicación de bienes hereditarios. La sentencia de primera instancia acogió parcialmente sus pedimentos. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la del Juzgado. (S. M. S.)

68. Atribución testamentaria de los muebles, alhajas, enseres y objetos de la vivienda: concurrencia con los derechos del usufructuario.—Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las SSTs de 29 de mayo y 8 de junio de 1990), el artículo 449 CC no establece una presunción general de titularidad dominical a favor del propietario de una cosa inmuebles sobre los bienes muebles que existan dentro de ella, si el inmueble se posee en concepto distinto del de dueño. Por ello, el usufructuario de una vivienda no puede adquirir, en virtud del artículo 449 CC, la propiedad de los muebles, alhajas, enseres y demás objetos que se encuentren en el inmueble que posee, si consta que la propiedad de esos muebles le ha sido atribuida a un tercero por disposición testamentaria. (STS de 7 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. M. V. demanda a doña M. M. V. y solicita que se declare que él es propietario de todos los bienes muebles, alhajas, enseres y objetos que se encuentran dentro de la vivienda, cuya usufructuaria es la demandada. A su vez, solicita que se realice inventario y tasación de estos muebles, se preste fianza por los

que todavía se están usufructuando y se le pague el valor de los bienes muebles vendidos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial revoca en parte la sentencia, en el sentido de que el actor es nudo propietario de los citados bienes muebles de la vivienda. La demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

69. Renuncia de derechos: renuncia de la viuda a sus derechos en la sociedad de gananciales: alcance limitado a bienes inmuebles y no a dinero. Interpretación de los negocios en función de los actos coetáneos y posteriores de las otorgantes de la escritura en que tal renuncia se manifiesta.—La hoy recurrente insiste en el planteamiento básico que formuló en su contestación a la reconvencción del primero de los procesos: que la renuncia de la viuda a su mitad de gananciales tenía que extenderse también al dinero. Y lo hace afirmando que la viuda, concedora de las cuentas bancarias de su fallecido esposo, las ocultó intencionadamente, quedando entonces atrapada por su propia ocultación. La respuesta casacional pasa por destacar que tal interpretación es insostenible por las propias alegaciones de la hoy recurrente, a lo largo del litigio. Si es ella misma la que, en su tercera demanda, admite que negoció con la viuda de su padre, para liquidar las cuentas bancarias y que había entre ambas un «pacto tácito» sobre el dinero; si la propia recurrente se quejaba de sufrir presiones psicológicas ejercidas por la viuda de su padre al haber logrado el reintegro de la imposición a plazo fijo; si, en su primera demanda se limitó a pedir la mitad del principal e intereses de tal imposición, reconocimiento implícito y patente de que no creía tener derecho a la otra mitad del capital y de que tampoco la viuda era mera usufructuaria de la totalidad del capital, sino cotitular de la imposición; si la explicación de ese proceder, como inicialmente respetuoso de ese pacto tácito con la viuda, es difícilmente asimilable desde el momento en que tal pacto habría consistido, según aclaraciones en el propio acto de la vista del recurso casacional, en una reproducción de lo acordado en la escritura de manifestación y aceptación de herencia (capital íntegro para la hija e intereses para la viuda); si la ocultación maliciosa de cuentas queda rotundamente desmentida por la apertura de cuentas con dinero procedente de la sociedad de gananciales casi un año después de muerto el causante e incluso de haberse otorgada la escritura; y si, en fin, en la misma escritura, la viuda llegó a venderle a la hija de su fallecido esposo una finca privativa de la primera, entonces lo que se patentiza es que ninguna de las dos otorgantes, concedoras por igual de la existencia del dinero ganancial, quisieron incluirlo en el ámbito de lo acordado, ni, por tanto, tampoco, en el ámbito de la renuncia. (STS de 30 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En la primera demanda, presentada el 28 de septiembre de 1994, la hoy recurrente pedía la mitad del capital y los intereses de una imposición a plazo fijo titulada indistintamente a favor de actora y demandada el 17 de abril de 1991, casi un año después de fallecido el padre de la actora y esposo de la demandada (9 de mayo de 1990), siendo el fundamento de la pretensión la solidaridad activa de las depositantes o imponentes frente a la entidad bancaria, ya que con anterioridad la demandada había promovido

un pleito contra dicha entidad pidiendo el reintegro de la totalidad del capital. La demandada se opuso admitiendo que la actora tenía derecho a la mitad del capital e intereses, pero no a la cantidad solicitada, porque, valiéndose ésta de su firma autorizada, había retirado una importante cantidad que había que sumar a otra más que la propia demandada ya había transferido a la actora a cuenta de los intereses. Además, en reconvenición, solicitaba la mitad del capital e intereses de una «cuenta única», abierta conjuntamente con la actora en otra entidad bancaria, alegando que el dinero provenía de la sociedad de gananciales que había regido el matrimonio con su difunto esposo y que la actora, hija de éste, no se avenía a firmar para repartirlo por mitad, de suerte que acababa pidiendo una declaración de que el capital e intereses de la imposición a plazo fijo y de la cuenta única habían de repartirse por mitad pero imputando a la actora-recorrida tanto la cantidad de la que había dispuesto como la suma que la demandada-reconviniente le había transferido. Finalmente la actora reconvenida contestó a la reconvenición negando radicalmente la copropiedad de las litigantes sobre el dinero, porque su padre había otorgado testamento instituyéndola heredera única y legando a la demandada el usufructo vitalicio de la totalidad de la herencia. Se mencionaba por vez primera una escritura pública de manifestación y adjudicación de herencia y compraventa, otorgada conjuntamente por actora y demandada, el 23 de junio de 1990, por la que se inventariaban como bienes de la herencia varios inmuebles, se manifestaban no existir bienes gananciales del primer matrimonio del testador, se reseñaba el carácter ganancial, respecto al segundo matrimonio, de una de las fincas y se declaraba la pertenencia del resto a la hija del testador como heredera y se computaba por mitad el valor de la primera, para, finalmente, renunciar pura y simplemente la viuda a todos cuantos derechos le correspondieran en su disuelta sociedad conyugal, pero aceptando el usufructo vitalicio de todas y cada una de las fincas descritas en el inventario (tanto las privativas de su esposo como la ganancial).

En la segunda demanda, presentada el 24 de noviembre de 1994, se reclamaba una cantidad «en concepto de todo lo que la demandada ha ido obteniendo y adquiriendo para sí de la disuelta sociedad conyugal, tras el fallecimiento de su esposo y padre de mi representada», así como los intereses que se habrían devengado desde el 11 de abril de 1991, todo ello a partir de otra cuenta bancaria diferente de las mencionadas hasta entonces y de la que habría sido titular el padre de la actora, aduciéndose como fundamentos de tal petición el testamento, la ya mencionada escritura de manifestación y adjudicación de herencia y la ocultación por la demandada de las cuentas de su fallecido esposo.

Por último, en la tercera demanda, presentada el 20 de abril de 1995, fallecida ya la demandada de los otros dos procesos y dirigida por tanto contra sus herederos, se reclamaba la otra mitad del principal de la imposición a plazo fijo objeto de la primera demanda, alegando la demandante que en su primera demanda había preferido fundarse en el principio de solidaridad activa pero que, dada la mala fe de la demandada al reconvenir, se fundaba ahora en el testamento de su padre para, así, reclamar la totalidad del capital;

que la viuda no había cumplido con la obligación de hacer inventario que como usufructuaria le incumbía; que al reclamar en su reconvencción el saldo de la «cuenta única» había roto un «pacto tácito» de respetar el *status quo*, razón por la cual pedía también una indemnización; que efectivamente hubo negociaciones entre ella y la viuda de su padre para repartir el dinero, pero nunca por mitad; que había tenido que soportar la «presión psicológica» de la viuda al haber dispuesto ésta de la cantidad depositada a plazo fijo y, en fin, que el pacto «tácito» no respetado por ésta consistía en su propia renuncia.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente tanto las demandas segunda y tercera, como la reconvencción del primero de los procesos. Interpuesto recurso de apelación por la actora, la Audiencia Provincial lo estimó únicamente en cuanto a que una parte del dinero que en la contestación a la primera demanda se decía indebidamente dispuesto por la actora, lo había recibido ésta de la demandada a título de liberalidad y por tanto no debía computarse en su contra. La actora apelante ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia de segunda instancia. (S. M. S.)

DERECHO MERCANTIL

70. Competencia desleal: intereses protegidos.—El artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal, veda los actos que generan e inducen a confusión con la empresa, actividades, productos, ... competidores, así como cuando se hace un uso injustificado de los mismos, mientras que el artículo 12 trata de proteger, no sólo el mercado, sino al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional, y tipifica como desleal cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado el aprovechamiento de las ventajas que la misma proporciona. Estamos, ante el aprovechamiento indebido en beneficio de la demandada de la reputación industrial, comercial y profesional conseguido con estos aparatos tanto en los mercados nacionales como internacionales, con independencia de que pueda o no resultar idónea para generar la asociación por parte de los consumidores.

Competencia desleal. Copia contraria a la buena fe.—La copia realizada después de haber sido distribuidora oficial del producto, aprovechándose indebidamente, en beneficio propio, de las ventajas de la reputación y crédito comercial alcanzado por este aparato, reputación y crédito conocido y utilizado por la demandada precisamente por haber sido distribuidora oficial del producto se califica de contraria a la buena fe, en los términos de los artículos 5 y 12 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

Competencia desleal. Imitación: riesgo de confusión.—La imitación asocia el posible riesgo de confusión, desde la idea de que los destinatarios del producto no conocen su verdadero origen o gozan de los conocimientos, experiencias y medios aptos e idóneos para la identificación de procedencia y características singulares, tanto respecto a los productos creados por las actoras como respecto a los productos copiados por la demandada y de que la comercialización llevada a cabo por ésta ha de ser considerada idónea en los términos del artículo 6 de la misma Ley de Competencia Desleal, comportan-

do el riesgo de asociación y el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, producido en el mercado.

Competencia desleal. Acción resarcitoria y publicación de sentencia.—La acción resarcitoria de los daños y perjuicios ocasionados por el acto exige declaración de dolo o culpa por parte de su autor para que pueda condenársele, incluida la publicación de la sentencia, esta última sin necesidad de una previa condena al pago de aquéllos, y su viabilidad requiere la prueba de los daños y perjuicios cuya indemnización se pide y la relación de causalidad entre el acto constitutivo de competencia desleal y aquellos daños y perjuicios.

Propiedad industrial. Patentes: régimen de responsabilidad.—El artículo 64 de la Ley de Patentes a diferencia de lo que establece el artículo 63 («podrá»), otorga al titular de la patente la posibilidad de obtener «en todo caso» la reparación económica por parte de quien fabrica o utiliza el procedimiento patentado sin consentimiento de su titular. Se trata de una responsabilidad objetiva, que se alinea a la doctrina sobre la estimación de daños y perjuicios inherentes, sin necesidad de prueba directa de los mismos en cuanto de los hechos demostrados o reconocidos por las partes se deduzca necesaria y fatalmente de los mismos como reales y efectivos.

Propiedad industrial. Patentes: determinación del perjuicio.—Es perfectamente posible deducir el perjuicio originado teniendo en cuenta que las ventas efectuadas repercuten en principio de forma negativa en las ventas del titular de la patente y de quien la explota, y su estimación responde a idénticos criterios de lógica expresados en el artículo 66 de la Ley, en cuanto se concretan a una suma equivalente al precio que hubiera debido pagar por la concesión de una licencia de explotación que le hubiera permitido llevar a cabo la utilización del objeto de la patente, hasta que el cese en la explotación ilícita del producto. (STJ de 30 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades mercantiles *T.-O.-M. AB, E. M. I. GM-BH* y *E., S. A.*, interpusieron demanda contra *O., S. A.* solicitando se condenase a la demandada por violación del derecho exclusivo de *T.-O.-M. AB* sobre dicha patente así como infracción de la Ley de Competencia Desleal. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid, dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

71. Propiedad industrial. Marca registrada: control jurisdiccional.—No es admisible enfrentar una sentencia con la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas que dio lugar al registro de su marca, ello supondría privar a los órganos jurisdiccionales de examinar la corrección y ajuste de los registros concedidos a las normas de la Ley de Marcas relativas a las prohibiciones de registro.

Propiedad industrial. Marca. Derecho de exclusiva: aspecto positivo.—El artículo 30 de la Ley de Marcas de 1988 confiere al titular registral el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico. Este derecho subjetivo de exclusiva utilización de la marca presenta un aspecto positivo y otro negativo; el aspecto positivo implica que el titular de la marca dispone, en

exclusiva, de las tres facultades siguientes: *a*) facultad de aplicar la marca al producto, *b*) facultad de poner en el comercio o de introducir en el mercado productos o servicios diferenciados mediante la marca y *c*) facultad de emplear la marca en la publicidad concerniente a los productos o servicios diferenciados a través de la marca.

Propiedad industrial. Marca. Derecho de exclusiva: aspecto negativo.—El aspecto negativo consiste en la facultad de prohibir a los terceros que usen de su marca, prohibición que se extiende tanto a los signos iguales como a los confundibles y comprende tanto a los productos o servicios idénticos como a los similares.

Propiedad industrial. Marca. Prohibición de registro: riesgo de confusión.—El artículo 12.1.a) de la Ley de Marcas 1988 prohíbe el registro de signos o marcas que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos o servicios idénticos o similares puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior. Se da riesgo de confusión en sentido estricto cuando se da lugar a la errónea creencia de que las prestaciones proceden de la misma empresa, y en sentido amplio cuando se supone equivocadamente que el producto procede de empresas que son diferentes pero pertenecen a una misma estructura u organización global.

Propiedad industrial. Marca. Prohibición de registro: determinación de la semejanza.—Al no establecer la Ley reglas precisas y concretas en orden a las denominaciones semejantes, en materia de marcas, ha de ser el Tribunal el que ha de fijar en cada caso su criterio mediante el estudio analítico y comparativo en la instancia que ha de respetarse mientras no se demuestre que sus decisiones son contrarias al buen sentido, doctrina que es aplicable cualquiera que sea la clase de las marcas enfrentadas, no sólo a las denominativas. (STS de 7 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil de nacionalidad francesa *C., S. A.*, interpuso demanda contra *B., S. L.*, solicitando se dictase sentencia que reconozca la titularidad de la actora de la marca internacional gráfica en cuestión y se condene a la demandada por lesionar los derechos de marca. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

72. Propiedad industrial. Marca: sistema español (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, adoptó, en cuanto al nacimiento del derecho sobre la marca española, un sistema mixto, pues, por un lado, estableció en el artículo 3.1 que el mismo se adquiere por el registro válidamente efectuado y, por otro (al margen de contemplar situaciones transitorias en la disposición tercera de esa clase), a fin de evitar los inconvenientes de un cambio radical tras la derogación de las normas correspondientes del Estatuto de la Propiedad industrial, concedió una protección limitada o parcial a determinadas situaciones carentes de reflejo registral (arts. 3, apartados segundo y tercero, y 14, este último en

relación con el 6 septies del Convenio de la Unión de París, de 20 de marzo de 1883), como excepción al régimen general de inscripción constitutiva.

Propiedad industrial. Marca: marca notoria (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—El artículo 3.2 de la Ley 32/1988, de Marcas, legitimó al usuario de la marca notoriamente conocida en España para rectificar el registro, mediante el ejercicio, en determinado plazo, de una acción de nulidad de marca registrada posteriormente, en caso de riesgo de confusión y dentro del principio de especialidad.

Propiedad industrial. Marca notoria: acción de nulidad (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—Para que la acción de nulidad pudiese triunfar, era preciso, entre otros requisitos, que quien pretendiese la anulación del registro confundible fuera usuario de una marca anterior y que la misma fuera notoriamente conocida, en España, por los sectores interesados.

Propiedad industrial. Marca notoria: conflicto entre uso previo y registro posterior. (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—El artículo 3.2 de la Ley 32/1988 resuelve el conflicto entre un uso previo y un registro posterior de la misma marca, dando por supuesto que quien usa es persona distinta de quien después registra. Y, también, que los sujetos de esa situación son dos personas en cada una de las que concurre, exclusivamente, la condición de usuario y la de titular registral, respectivamente.

Propiedad industrial. Marca notoria: uso anterior a su concesión: comparación. (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—Cuando el titular registral de la marca también la hubiera utilizado antes de su concesión, su uso debe entrar en comparación con el de quien ejercita la acción de nulidad, de conformidad con la regla *prior tempore potior iure*, ya que, de ser el primero anterior en el tiempo o coetáneo, no estaría justificada la protección de un poseedor que, al ser posterior, resultaría de peor condición que aquel que va a ser sacrificado. (STS de 11 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *L., S. L.*, interpuso demanda contra *G. Z. Ediciones, S. L.* y doña *G. Z. A.* solicitando se declarase la violación del derecho de la marca «El Periódico de las comarcas Mineras» del que era titular la actora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

73. Sociedad anónima. Alcance del anuncio de convocatoria de junta general: interpretación del artículo 97.2 de la LSA de 1989.—Este artículo de la Ley de Sociedades Anónimas. responde a la necesidad de permitir a los socios el conocimiento de que la junta general se va a reunir para tratar determinados asuntos, pues sólo una previa noticia de éstos les permitirá decidir fundadamente sobre la conveniencia de asistir, sobre la necesidad de obtener más información y, finalmente, sobre el sentido del voto (STS de 17 de mayo de 1995).

Orden del día de la Junta General: límites a la posibilidad de modificación.—El orden del día constituye un instrumento de información. Pero no, necesariamente, una especie de propuesta u oferta de acuerdo que no deje nunca otra alternativa que la aceptación o el rechazo, sin posibilidad de modificación alguna.

La acción social contra los administrados: relación con el orden del día de la junta general que lo acuerde.—El acuerdo referido al ejercicio de la acción social contra los administradores, no exige previa constancia en el orden del día (art. 134.1 LSA 1989).

Efectos de la anulación de acuerdos de aprobación de cuentas anuales sobre las cuentas correspondientes a los ejercicios siguientes.—La anulación de los mismos no implica la anulación de los acuerdos de aprobación de cuentas anuales correspondientes a los ejercicios siguientes (SSTS de 21 de febrero de 1973, 14 de marzo de 1980 y 29 de noviembre de 1983). (STS de 12 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Dos de los socios de una sociedad anónima impugnaron los acuerdos adoptados por la junta general de la misma al entender que dos de los asuntos objeto de los acuerdos adoptados, no fueron mencionados en la convocatoria. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo admite el recurso de casación al no haber coincidencia entre el orden del día y el acuerdo adoptado, y no ser respetado el límite objetivo que a la deliberación y votación impone el contenido de la convocatoria, ya que este contenido fue desconocido por la mayoría en la junta general al tomar los acuerdos primero y segundo del orden del día, con la aprobación de unas cuentas que no eran las que habían sido identificadas en el orden del día. (*I. D. L.*)

74. Sociedades Anónimas. Cuentas anuales: impugnación por los accionistas.—La facultad de impugnación de los acuerdos sociales anulables por parte del accionista asistente a la junta, que hubiese hecho constar en acta su oposición por entender que se ha conculcado su derecho de información previo cuando se trata de la aprobación de las cuentas sociales (arts. 115.1, 117.2 y 212 TRLSA), nace precisamente del hecho de que tal aprobación, que se somete a la consideración de la junta, viene como consecuencia de una convocatoria y de un orden del día al que no se puede oponer, de modo que frente a la posición mayoritaria expresada en la aprobación de las cuentas, que considera improcedente, no queda al socio otra alternativa que la impugnación judicial del acuerdo sobre el que no pudo votar con suficiente conocimiento por falta de información.

Sociedades Anónimas. Junta Universal: información anticipada.—Estando presente todo el capital social, los asistentes aceptan por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos a tratar, lo que ha de hacerse constar en el acta que al efecto se levante (art. 97.4.^a del Reglamento de Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, entonces vigente), debiendo entenderse que si todos los socios asumen voluntariamente la celebración de esa junta es porque nada tienen que objetar respecto al cumplimiento por parte de los administradores de cualquier requisito previo a la misma y, en concreto, en relación con la prestación de información anticipada en los términos del artículo 212.2 TRLSA (sea porque se consideren

suficientemente informados o porque se conforman con el examen documental que puedan llevar a cabo en la misma junta), ya que si el socio no ha recibido esa información anticipada, o se muestra disconforme con la misma, es suficiente con que se oponga a la celebración de la «junta universal», forzando la convocatoria en forma de una junta general.

Sociedades Anónimas. Junta General. Derecho de información: solicitud verbal.—En cuanto a la información solicitada verbalmente en el acto de la junta por quienes, presentes o representados, impugnan ahora los acuerdos (aprobación de cuentas), ha de concluirse que tal solicitud de información ha de versar precisamente sobre lo necesario para el debate y consideración de tales extremos y precisamente tal información dimana del acceso a la documentación a aprobar, el informe de gestión y el de los auditores de cuentas, documentación que lógicamente habría de estar presente en el momento de la celebración. (STS de 18 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. A. J., don A. L. A., don I. L. A., doña M.^a A. L. A., y doña M.^a M. L. A. interpusieron demanda contra *E. de S. M., S. A.*, solicitando se declarase la nulidad de los acuerdos referentes a examen y aprobación de la memoria, balance y cuenta de resultados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Motril dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por los actores, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

75. Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 134 LSA: requisitos.—El artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla la acción social de responsabilidad, de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada, conforme al artículo 11 de la Ley de 25 de julio de 1989, y su ejercicio requiere el presupuesto previo y básico de que los administradores hubieran causado daño a la sociedad por haber llevado a cabo actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o sin la diligencia necesaria con la que deben desempeñar el cargo (art. 133). A su vez resulta preciso que en Junta General se decida el ejercicio de la referida acción.

Sociedades anónimas. Administradores: rendición de cuentas anteriores a liquidación.—El administrador en ningún momento queda liberado de dar rendición de las cuentas anteriores a la apertura de la liquidación y así lo disponen los artículos 171 y 172 LSA, en relación al artículo 34 y concordantes del Código de comercio, y artículos 13 y 26 LSRL. La rendición de cuentas y gestión administradora se integra en el área competencial propia de los administradores sociales válidamente nombrados, tratándose de funciones de las que son exclusivos depositarios e inherentes al cargo, siendo actividad de su propia iniciativa por acatamiento de lo dispuesto en la Ley, de la que no les exonera y menos puede justificar el que la sociedad no hubiera exigido la referida rendición como tampoco el hecho posterior de entrar en liquidación.

Sociedades anónimas. Administrador de hecho: prueba.—La figura del administrador de hecho, que actúa como verdadero gestor social, requiere para poder apreciar esta situación irregular y oculta, a efectos de establecer las consecuentes responsabilidades en aras de los principios de la buena fe mercantil o de protección de las apariencias, la necesaria prueba, si bien es

cierto que la directa en la mayoría de los casos resultará imposible, por lo que el camino procesal mas apto es la prueba indiciaria. (STS de 24 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *M., S. L.* interpuso demanda contra don N. M. C. solicitando se condenase al demandado a rendir cuentas de su gestión como administrador de los bienes de la sociedad actora, y a entregar a la sociedad la totalidad de los bienes. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Motril estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación, la Audiencia Provincial de Granada resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

76. Sociedad Anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5 LSA: fundamento y requisitos.—La condena de los administradores no deriva, en tal caso, de la obligación de indemnizar un daño, fundada en su falta de diligencia, sino una sanción de responsabilidad solidaria por deudas u obligaciones de la sociedad fundada en el incumplimiento de unos deberes muy específicos; en este otro tipo de responsabilidad la negligencia de los administradores no es distinta de la que contemplan los propios preceptos que la establecen, no tiene por qué haber una relación de causalidad entre el incumplimiento de sus obligaciones por el administrador y el daño al acreedor social y tampoco el demandante ha de probar la culpa del administrador demandado, pues para el éxito de la acción fundada en el artículo 262.5 no es necesario que concurran los supuestos de la culpa.

Sociedad Anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5: aplicación a las deudas anteriores al 30 de junio de 1992.—La finalidad de tal responsabilidad punitiva debe contemplarse desde la perspectiva del favorecimiento de la seguridad del tráfico y el desencadenamiento de la sanción no precisa de la existencia de un daño, siendo suficiente para que se dé origen a dicha responsabilidad de los administradores la falta de adaptación de los estatutos a lo previsto en la Ley de 1989. Tal responsabilidad nace el 30 de junio de 1992, tope o fecha final para la necesaria adaptación de los estatutos a la nueva normativa societaria y el ámbito objetivo está constituido por las deudas sociales, comprendiendo, tanto las anteriores como las posteriores a esa fecha. Ello es así, no sólo porque donde la Ley no distingue, no debe distinguir el intérprete, sino porque la finalidad del precepto está dirigida a forzar y compeler al cumplimiento de tal obligación legal y evita hacer de peor condición a los acreedores más antiguos y, finalmente, porque el texto legal no hace limitación alguna, extendiéndose por ello a toda clase de deudas sociales subsistentes, sin atender al momento de su generación, ni al órgano actuante en nombre de la sociedad. De esta forma la responsabilidad de los administradores se extiende a la totalidad de las obligaciones pendientes de la sociedad. (STS de 7 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *M. Q. L., S. L.*, interpuso demanda contra don J. J. F. doña M. C. S. L. y don J. J. L. L. A. solicitando se declare la responsabilidad solidaria de los administradores en el cumplimiento de la obligación de pago por infracción del artículo 262.5 LSA. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrída en apela-

ción la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

77. Obligaciones solidarias. Interpretación jurisprudencial del artículo 1137 CC en relación con las obligaciones mercantiles.—La rígida norma del artículo 1137 CC ha sido objeto de una interpretación correctora por parte del Tribunal Supremo, y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto (SSTS de 27 de julio de 2000 y 19 de abril de 2001). Ello está de acuerdo con el denominado «acervo comercial de la Unión Europea», en la que el artículo 10:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el espíritu de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por este Tribunal cuando se trata de obligaciones mercantiles (STS de 27 de octubre de 1999).

Contrato de avituallamiento de buque. Responsabilidad solidaria de fletador y naviero por las deudas contraídas en el avituallamiento del buque.—En el presente caso, la solidaridad entre el propietario de la nave aprovisionada y la compañía fletadora por el pago del combustible resulta de la misma naturaleza de las relaciones entre ambas, que pueden configurarse como una comunidad jurídica de objetivos y todo ello sin perjuicio de las reclamaciones entre las obligadas solidariamente al pago. El artículo 586 CCO establece la responsabilidad del propietario del buque del naviero por los actos del capitán destinados al avituallamiento de la nave, y por ello resulta coherente la consideración como solidaria de esta obligación frente al acreedor.

Transporte marítimo. Funciones del capitán del buque. Representación del naviero.—Es cierto que el Código de comercio aun está construyendo las relaciones entre capitán y propietario del buque sobre una base fáctica que en la moderna navegación ha dejado de producirse. Pero dicho esto, hay que recordar que entre las funciones del capitán está la de ser el representante del naviero y entre las facultades que se le otorgan por la ley, se encuentran las de «reparar, habilitar y avituallar el buque» (arts. 588, 610.5 y 620.2 CCO). Cuando el capitán actúe dentro de la esfera legal de sus facultades —y el avituallamiento del buque lo está—, nacerá el crédito frente al naviero. En definitiva, el artículo 586 CCO hace responsables al propietario del buque y al naviero de los actos del capitán destinados a avituallar la nave, y de acuerdo, por tanto, con estos principios, hay que declarar que cuando el capitán firmó los documentos relativos al avituallamiento del buque estaba actuando en su cualidad de representante del naviero, por lo que su actuación obligó a la propiedad del buque por el suministro de combustible y la convirtió en responsable; debiéndose constatar que la aceptación del aprovisionamiento puede inferirse del silencio de la propia naviera propietaria del buque y ahora recurrente, que no se opuso en ningún momento a ello. Otra cosa distinta son las acciones que la propia naviera tenga contra la fletadora en virtud del contrato de flete, lo que no afecta a los terceros acreedores. (**STS de 27 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía petrolera *R. P., S. A.*, había aprovisionado al buque *R. G.* con diversas partidas de fuel-oil. El impago de

este aprovisionamiento había motivado el embargo preventivo del buque mientras se encontraba atracado en el puerto de Valencia. La citada petrolera demandó a las entidades *C. N. L. B.* y *C. A. L. I.*, por considerar que en sus cualidades de propietaria y fletadora, respectivamente, respondían solidariamente por el pago del suministro efectuado. El contrato se había concluido directamente con la compañía fletadora, que no compareció en juicio. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a las demandadas. La Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso de apelación de la mercantil *C. N. L. B.* El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada condenada. (*L. A. P. M.*)

78. Transporte aéreo de personas. Responsabilidad del transportista. Dualidad de sistemas. Responsabilidad objetiva y responsabilidad culposa. Diferencias.—La Ley de Navegación Aérea prevé dos sistemas de responsabilidad civil para el caso de accidentes sufridos por los pasajeros con ocasión del transporte. Uno, el contemplado en el artículo 120 LNA, en el que se combina una responsabilidad de base objetiva con una limitación cuantitativa de la indemnización; la cual queda excluida en el otro sistema, residenciado en el artículo 121 LNA, de corte culpabilístico, a cambio de exigir una imputación del daño a la transportista o sus dependientes a título de dolo o de culpa grave, y en el que la indemnización a percibir no tiene más límites que el resultante de la petición hecha en juicio y de la entidad de los daños.

Sistema culpabilístico de responsabilidad. Criterios para su determinación. Exigencia de dolo o culpa grave.—El Tribunal calificó las lesiones como causadas por haber incumplido la transportista una prestación accesoria de la principal pactada en el contrato de transporte, cual la de proteger al viajero ante los riesgos evitables que para su integridad física derivasen del vuelo. Calificó el supuesto a la luz de las normas específicas que regulan tal tipo concreto de responsabilidad contractual, exigiendo para poder afirmarla sin límite cuantitativo no cualquier tipo o grado de culpabilidad, sino el dolo, esto es, un incumplimiento intencional, en el sentido de consciente y voluntario, o la culpa grave, esto es, la tradicional culpa lata o grado más intenso de negligencia, en cuanto determinante del incumplimiento, que se entiende provocado por una grosera falta de la diligencia exigible para remover obstáculos previsibles a una correcta o regular ejecución del transporte de personas.

Procedencia de la responsabilidad objetiva cuando en la conducta del transportista no concurre dolo o culpa grave.—No cabe afirmar la concurrencia de dolo o culpa grave, componentes subjetivos del comportamiento de la transportista deudora que no se advierten en su actuación ni en la de sus dependientes. En efecto, la señalización luminosa de la necesidad de abrocharse los cinturones de seguridad y la indicación verbal de las azafatas a los pasajeros de que debían hacerlo (al extremo de sufrir contusiones por anteponer la seguridad de ellos a la propia), ponen de manifiesto un cumplimiento correcto de la accesoria prestación y justifican que la sentencia recurrida haya condenado a las dos demandadas en aplicación del artículo 120 LNA, esto es, por la sola producción del daño pero con límite cuantitativo de responsabilidad.

Condena en costas. No procede la imposición de las ocasionadas a uno de los demandados cuando su intervención en la causación del daño debe ser enjuiciada, aunque luego aquél resulte absuelto.—La demanda se dirigió contra el dependiente de la transportista para que su comportamiento como persona a cuyo mando se encontraba la aeronave pudiera ser enjuiciado con intervención, en la posición de parte, de su autor y ello debió ser valorado como factor excepcional a los efectos de no imponer a la actora las costas de este demandado absuelto. (STS de 22 de septiembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Cuando la aeronave perteneciente a la compañía *I. L. A. E., S. A.*, cubría el vuelo de Las Palmas a Barcelona, debido al mal tiempo, que incluso había motivado el cambio de ruta inicial, entró en una zona de turbulencias y perdió altura de modo súbito con violenta sacudida, provocando a la actora una serie de lesiones, a cuya producción concurrió como concausa eficiente, el que no llevara abrochado el cinturón de seguridad que debía mantenerla sujeta al asiento en tal especial coyuntura. Los pasajeros fueron avisados de la necesidad de abrocharse los referidos cinturones mediante los letreros luminosos existentes sobre los asientos y por el personal de servicio de la transportista a bordo de la aeronave, que, incluso por recorrerla en ese cometido cuando la sacudida se produjo, sufrió lesiones por las mismas causas. La viajera lesionada, doña *C. N. L.*, demandó tanto a la compañía aérea como al comandante de la nave, don *J. S. G.*, y a la aseguradora de la transportista *C. A. M.* en solicitud de la indemnización de los daños y perjuicios que se determinaran durante el proceso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley de Navegación Aérea y del Real Decreto 2333/1983, de 4 de agosto, sobre actualización de la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley de Navegación Aérea. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Madrid, que absolvió al comandante demandado y condenó solidariamente tanto a la compañía aérea como a su aseguradora a abonar a la apelante la cantidad de dos millones de pesetas, al entender que en el caso era aplicable la solución prevista en el artículo 120 de la Ley de Navegación Aérea, con un sistema de responsabilidad distinto al postulado por la demandante. La actora interpuso recurso de casación al considerar infringido el precepto del artículo 121 LNA, así como en contra de la condena al pago de las costas del comandante absuelto. El Tribunal Supremo dio lugar parcialmente al recurso de casación en lo tocante a este último punto.

NOTA.—El Real Decreto 2333/1983, de 4 de agosto, ha sido derogado por el vigente Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea. (*L. A. G. D.*)

79. Fianza mercantil. Exigencia de protesto para justificar el impago: declaración equivalente no admisible.—Cuando resulta evidente que la

literalidad del contrato exigía el levantamiento de protesto notarial para justificar el impago de las letras de cambio frente al fiador. El propio artículo 51 LCCh, al equiparar los efectos cambiarios de la declaración por la que se deniegue el pago, contenida en la propia letra, al levantamiento del protesto, excepciona el supuesto en el que el librador haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto notarial y resulta lógico entender que, si así puede hacerlo el librador, también podrá exigirlo el fiador condicionando al cumplimiento de tal requisito el nacimiento de su obligación de garantía.

Fianza mercantil. Régimen supletorio.—Al no contener el Código de comercio una regulación completa del contrato de fianza (arts. 439 a 442) han de ser aplicadas las normas del Código civil (arts. 1822 ss.)

Fianza mercantil. Interpretación restrictiva.—La jurisprudencia ha destacado la necesidad de interpretar restrictivamente la fianza excluyendo toda posibilidad de extensión de la garantía a obligaciones distintas de las comprendidas en la misma, en beneficio del deudor. (STS de 27 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera *B. P., S. A.*, interpuso demanda contra don J. L. G. solicitando se condenase al demandado en condición de fiador solidario al pago de una suma de dinero por razón del impago de efectos cambiarios descontados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Mondoñedo dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Lugo estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

80. Contrato de depósito bancario o cuenta corriente. Pago de cheques falsos o falsificados. Diligencia exigible a la entidad bancaria. Diligencia profesional, superior a la diligencia media de un buen padre de familia. Doctrina jurisprudencial.—En relación con el pago de cheques falsos o falsificados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado de aplicación la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario de modo que la entidad librada debe sufrir por lo general el daño cuando hace efectivo un cheque cuya firma resulta ser falsa pues «la diligencia exigible al Banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión (SSTS de 15 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1998, entre otras)». Y «constituye una muy constante doctrina jurisprudencial en torno a la responsabilidad económica que puede surgir del abono de talones y de cheques falsificados, la de proyectar ésta sobre los bancos que los hubiesen satisfecho, actuando negligentemente o por error, y aun cuando hubiesen sido de buena fe» (STS de 1 de marzo de 1994).

Exclusión de la responsabilidad del Banco por el pago de cheques falsos o falsificados cuando en la producción del daño ha sido determinante la negligencia del titular de la cuenta.—La imputación general de responsabilidad a la entidad bancaria ha de ceder por la necesaria aplicación del artículo 156 LCCh, cuando se acredita la negligencia del titular de la cuenta en la custodia del talonario de cheques o cualquier otra forma de actuación culposa. En el presente caso, pese a que el administrador de la actora tuvo conocimiento directo, por información suministrada personalmente por la interventora de la sucursal bancaria, de que alguien había hecho

uso de documentos que aparecían firmados por dicho administrador y había retirado un talonario de cheques, omitió cualquier medida apropiada para eliminar la posibilidad de fraude, que habría sido efectiva en ese mismo momento. Al no hacerlo así incurrió en culpa determinante de lo posteriormente acontecido, sin que quepa atribuirle a la entidad bancaria que después procedió al pago de los cheques extendidos con una firma cuya similitud con la autorizada del administrador resultaba evidente, de modo que la falsificación no podía detectarse mediante la aplicación de los medios normales de comprobación propios del tráfico jurídico bancario.

Presunción de inocencia. Aplicación en el ámbito civil. Doctrina jurisprudencial.—En general, la aplicación de la presunción de inocencia tiene un ámbito propio en el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, como han declarado coincidentemente el Tribunal Constitucional y el propio Tribunal Supremo, excluyendo la aplicabilidad de la presunción de inocencia «a los supuestos de mera imposición de responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil» (SSTC 72/1991, de 8 de abril, 367/1993, de 13 de diciembre y 59/1996, de 15 de abril), o «en los procesos civiles sobre culpa contractual» (STS de 21 de febrero de 2002, y las que cita), aunque excepcionalmente puedan existir «supuestos fronterizos en el caso de resoluciones limitativas de derechos o de sanciones civiles en sentido amplio y no técnico» (STC 13/1982, de 1 de abril, y STS de 8 de marzo de 2002). (STS de 22 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil actora *C. D. E. O., S. A.*, abrió una cuenta corriente en la entidad *B. B. V. A., S. A.*, en el que aparecía como mandatario autorizado para disponer, entre otros, el señor *S. L.*, el cual venía efectuando disposiciones mediante la firma de cheques. Solicitados al Banco una serie de talonarios, se personó en la sucursal una persona que, afirmando actuar en nombre de la actora y presentando una carta extendida en el modelo y con el membrete propio de la titular de la cuenta y firmada en apariencia por el señor *S. L.*, interesó la entrega de uno de los talonarios; a lo que accedió el Banco. Dos semanas después el señor *S. L.* se presentó en la misma oficina, interesándose por la entrega de los talonarios y siendo informado de lo acontecido, con exhibición de la carta en la que presuntamente figuraba su firma; y sin que el señor *S. L.* instara la anulación del talonario ya retirado, ni procediera a formular denuncia penal, limitándose a pedir la entrega de los restantes talonarios. Pocos días después se cobraron diversos importes con cargo a la cuenta de la actora y contra la emisión de cheques pertenecientes al talonario inicialmente retirado. En dichos cheques figuraba una firma que presentaba clara similitud con la del señor *S. L.* informado el mismo de esta eventualidad, el señor *S. L.* tardó varios días aún en presentar denuncia por falsedad en la Comisaría de Policía. La actora demanda a la entidad bancaria por considerar que incurrió en responsabilidad por el pago de cheques falso en los términos establecidos en el artículo 156 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid al resolver el recurso de ape-

lación planteado por la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

81. Seguro de accidentes. Seguro de ocupantes: diferencias con el seguro de responsabilidad civil.—El seguro de ocupantes obedece a una finalidad y principios distintos de los que rigen el seguro de responsabilidad civil. Así, ocurrido el evento asegurado, la entidad aseguradora de ocupantes viene obligada al pago de la indemnización pactada sin que tal obligación dependa de una previa declaración de responsabilidad del tomador del seguro, como ocurre en los seguros de responsabilidad civil (STS de 27 de julio de 1996). Por tanto, el seguro de ocupantes se presenta con plena sustantividad e independencia de cualquier otra modalidad de seguro y en particular del seguro de responsabilidad civil, pues al concertarse expresamente en la póliza ya se viene a establecer y reconocer su independencia, autonomía y propia naturaleza.

Cuando la oposición de la aseguradora se presenta justificada, no procede el interés del 20 por 100 que autoriza el artículo 20 de la LCS.—El interés del 20 por 100 que establece el artículo 20 LCS no procede cuando nos encontramos ante un supuesto en que la oposición de la aseguradora se presenta justificada y era preciso la decisión judicial para determinar si efectivamente el accidente estaba incluido en la cobertura de la póliza (SSTS de 3 de abril de 1992, 11 de mayo de 1994 y 22 de septiembre de 1996, entre otras). (**STS de 30 de septiembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El conductor y único ocupante de un automóvil fallece tras colisionar contra un árbol al derraparle el vehículo y perder el control del mismo. Sus hijos, como herederos, demandan a la compañía aseguradora. En la póliza figuraba como tomadora y asegurada la propietaria del automóvil siniestrado. La póliza cubría las garantías de responsabilidad civil obligatoria y voluntaria, defensa jurídica, asistencia en viaje y, además, incluía un seguro de accidente de ocupantes con referencia precisa al conductor que lo fuera del vehículo con un capital asegurado de siete millones de pesetas. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia confirma el pronunciamiento de primera instancia. El Tribunal Supremo da lugar a la casación y condena a la aseguradora a abonar a los actores la cantidad de siete millones de pesetas, más los intereses del artículo 921 LEC 1881. (*I. D. L.*)

82. Quiebra. Capacidad del quebrado.—La inhabilitación en que se encuentra el quebrado para la administración de sus bienes (art. 878.1 CCO) y que, desde luego, le priva de capacidad para comparecer en juicio con relación a dichos bienes, no le incapacita, sin embargo, para poder ser sujeto pasivo, destinatario o receptor de una demanda dirigida contra el mismo, cuya recepción (a través del correspondiente emplazamiento que se tenga) forzosa y normalmente debe ser conocida por los Síndicos, por la comunicación que de ello habrá de hacerles al quebrado o, incluso, a virtud de toda la correspondencia del mismo (art. 1044-6.º y 1058 CCO de 1829), ante cuyo conocimiento serán los referidos Síndicos los que habrán de suplir la expre-

sada incapacidad de obrar procesal de aquél. (STS de 11 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. P. L., don A. H. S. y don M. B. H. en su condición de síndicos de la quiebra necesaria de *P. I. V., S. A.*, formularon demanda contra la *E. H. S. C., S. L.* y el Ministerio de Economía y Hacienda solicitando se declare la nulidad del contrato de compraventa El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

83. Quiebra. Retroacción de los efectos de su declaración.—El término acordado para la retroacción de la quiebra es acertado, conforme al artículo 1024 CCO, pues precisamente la Memoria que se presenta para poder justificar las causas de la insolvencia de la compañía frente a sus acreedores, sitúa como una de las causas decisivas de tal situación, en lo que la misma llama «dramático» incendio, pareciendo claro que los actos de disposición y administración de bienes de dicha Compañía, ante tal situación, son nulos y sería difícil de defender lo contrario. En cualquier caso, el reintegro como consecuencia de la retroacción está hoy regulado en el artículo 71.1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, por lo que no es tampoco la misma ajena a tal regulación en este momento. Y la póliza de crédito personal concertada ciertamente establece unas garantías de cobro del saldo crediticio, pero no se concede el derecho (ni se pudo hacer) a establecer un privilegio para el banco financiador o prestamista, frente a los demás acreedores, fuera del procedimiento de quiebra, y, en relación a la indemnización del seguro contra el incendio dicho.

Crédito pignoraticio a favor del Banco: no afecta al contrato.—Sobre el crédito pignoraticio o privilegiado, a favor del Banco, en relación al saldo liquidatorio de la póliza, no afecta al contrato, operación mercantil, o acto de disposición de que se trata, pues según la Póliza, tal pignoración se ciñe y concreta sólo en una Letra del Tesoro, de sesenta y tres millones de pesetas, que el acreedor hoy demandado, podrá hacer valer, en su caso, ante la Junta judicial sobre clasificación y prelación de créditos, pero no con la oposición que en este pleito ha efectuado, para defender su actuación al respecto como legítima. (STS de 22 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La Compañía Mercantil, *P.-S., S. A.* es declarada en estado de quiebra, mediante Auto de 8 de junio de 1994, que retrotrae los efectos de la quiebra al 30 de abril de 1993, declarando nulos e ineficaces todos los actos de dominio y administración realizados por la quebrada a partir de esa fecha. El 30 de abril de 1993, la empresa había sufrido un dramático incendio, causa principal de insolvencia de la sociedad, según la memoria presentada por la misma compañía. Los daños fueron peritados en fecha 6 de mayo de 1994, en 127.854.706 pesetas y las existencias perdidas, en 115.678.817 pesetas. En la póliza de seguros concertada se había producido un infraseguro en relación con las existencias del negocio y se aplicó al valor de pérdida una infravaloración proporcional,

del 68,06 por 100. Asimismo, la compañía había concertad, en 23 de julio de 1993, una póliza de crédito personal con el *B. E. C. B., S. A.*, para la atención de tesorería, con un límite de 60.000.000 pesetas y estableciéndose al efecto un contrato de apertura de cuenta corriente hasta dicho límite, siendo el vencimiento el día 23 de enero de 1994. El señor L. prestó aval personal solidario de la deuda que se estableciera en la liquidación de la misma. Y, además, como cláusula adicional, se establece una garantía pignoratícia sobre la letra del Tesoro que se indicaba por un nominal de 63.000.000 pesetas, siendo depositario el Banco. Para efectuar el pago del descubierto producido en dicha cuenta de crédito, a su vencimiento, el representante legal de la compañía, señor L., hizo pago del mismo con la entrega de un cheque por valor de 77.108.504 pesetas, el 9 de febrero de 1994. La sindicatura de la quiebra de *P. S., S. A.*, en representación de la masa de la misma, plantea contra B. una demanda para declarar nula la operación mercantil realizada por don L. y se reintegrarse el capital dispuesto a la masa. El Banco alega que no le afectaba la retroacción de la declaración de quiebra, por ser acreedor de buena fe. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y la Audiencia Provincial desestima el recurso posteriormente interpuesto contra la sentencia de primera instancia. (*S. M. S.*)

DERECHO PROCESAL

84. El error en la apreciación de la prueba en el recurso de casación.—Cuando se vulnera una norma legal que fija un determinado efecto probatorio se produce un error en la valoración de la prueba, puesto que no se reconoce a un medio de prueba aportado la fuerza probatoria que le otorga el ordenamiento o, al contrario, se le otorga un valor que no tiene (entre otras, SSTS de 20 de diciembre de 2000 y 21 de abril de 2005). No obstante, en ningún caso, este error en la valoración tiene por objeto la revisión de la prueba realizada en instancia. En casación no es posible realizar una revisión total de la instancia, pues esto supone incurrir en el vicio casacional consistente en «hacer supuesto de la cuestión», ya que se alegan hechos distintos a los que sirven de base a la argumentación de la sentencia objeto de recurso (SSTS de 12 de junio de 2002, 8 de abril y 15 de mayo de 2005). (**STS de 14 de noviembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos S. T. demandan a don A. y don F. S. C. y solicitan que se les declare herederos testamentarios por partes iguales de la mitad de los bienes de don D. S. P.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, porque considera que no se ha probado la titularidad de los bienes, ya que los documentos aportados con posterioridad a la demanda, carecen de valor probatorio. Por el contrario, la Audiencia Provincial considera que esos documentos aportados son básicos y que rige para ellos el principio de libre aportación en el período probatorio, por lo que procede a su análisis y declara que los hermanos S. T. eran

herederos testamentarios por partes iguales de los bienes del causante y que los herederos de don A. S. C. y don F. S. C. son herederos por parte iguales de la otra mitad. Los demandantes interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. (*S. E. M.*)

85. Tasación de costas. Honorarios de abogado: es correcto minutar el trámite de «instrucción», aunque este trámite sea sustituido por la manifestación de las actuaciones en Secretaría.—No cabe argüir que tal trámite no pueda minutarse, cuando es sustituido por la manifestación de las actuaciones en Secretaría, conforme al artículo 1710.2 LEC 1881. (**STS de 23 de septiembre de 2005**; declara debidos los honorarios impugnados).

HECHOS.—Por sentencia dictada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil, con imposición a la misma de las costas causadas. La representación legal de la parte recurrida interesó la práctica de la oportuna tasación de costas, con inclusión en la misma de la minuta de los honorarios de su letrado, correspondiente al recurso. Practicada la oportuna tasación, los mismos fueron impugnados por indebidos por la recurrente. El Tribunal Supremo estimó los honorarios reclamados. (*I. D. L.*)