

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 96,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 30,00 € (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: (91) 390 20 82 / 44 29 / 21 87

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: (91) 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXI, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2008

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2009

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): 007-09-008-6
NIPO (M. de Justicia): 051-09-004-9
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

José Luis de los Mozos y de los Mozos

Hace apenas cinco años, un grupo de civilistas nos reunimos en el palacio renacentista de Saldañuela, próximo a Burgos, para hacer entrega a José Luis de los Mozos del modesto libro que le dedicamos. El libro es un comentario casi exegético del llamado Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos con sede en Pavía, que él presidía con entusiasmo y maestría y a la que dedicó los últimos esfuerzos de su vida. El año pasado no pudo asistir a la reunión de otoño de dicha Academia, muy a su pesar, pues ya le aquejaba una cruel enfermedad que al cabo de unos pocos meses le causó la muerte mientras dormía en la madrugada del 20 de mayo. Si la muerte es de algún modo el espejo de la vida, nos queda el consuelo de que la suya fue ciertamente digna y serena.

Debo reconocer que es un momento realmente triste para mí. He perdido no sólo un gran maestro, sino buen amigo, una persona entrañable con la que mantuve, a pesar de nuestras diferencias ideológicas, una relación rica, cálida y cercana. Cuando tuve que salir de mi país en circunstancias difíciles, a finales de 1973, me acogió con cariño, respeto y gran generosidad. Tras la tesis, me orientó en las vicisitudes de la carrera académica, acompañándome en mis numerosos fracasos y alegrándose de mis pocos aciertos. Mi gratitud es tan grande como honda es hoy mi pena. Pero en esta breve nota hay que dejar de lado estos sentimientos y consignar los datos más relevantes de su vida y obra, no para quienes le conocimos y admiramos, sino para las generaciones futuras de civilistas españoles.

José Luis de los Mozos nació en Valladolid, en 1924, donde estudió con los jesuitas del Colegio de San José, a los que permaneció vinculado durante toda su vida. Hizo la carrera en la Facultad vallisoletana, siendo alumno de don Vicente Guilarte González, y se doctoró bajo la certera dirección de don Ignacio Serrano y Serrano, con una tesis sobre la conversión del negocio jurídico que obtuvo la máxima calificación y se publicó en Barcelona el año 1959. Al propio tiempo, ejerció como abogado, se hizo funcionario y

contrajo matrimonio, formando una familia ejemplar con ayuda de Charito, su mujer –que es siempre grato recordar– constituida por cinco hijos, todos juristas dedicados a la Universidad, al Ejército, la Notaría y el Registro de la Propiedad, a los que se ha unido su yerno, nuestro compañero José María de la Cuesta Sáenz.

De los Mozos comenzó su carrera académica en la Universidad de Valladolid, donde fue Profesor encargado de Cátedra de Derecho romano y de Filosofía del Derecho, cargo que ostentó durante cinco años y que marcó en buena medida su estilo e inclinaciones científicas, al tiempo que impartía clases prácticas de Derecho civil, siendo Profesor Adjunto desde 1963. Completó su formación en el extranjero, primero en París y luego en Roma, donde trabajó con Emilio Betti, cuyas obras sobre las obligaciones y la hermenéutica tradujo al castellano y anotó con referencias al Derecho español. Acudió a las Universidades de Hamburgo y de Friburgo de Brisgovia, entablando una estrecha relación con el conocido romanista, el Profesor Max Kaser, a quien reconoció como uno de sus maestros, junto al magisterio de don Ignacio Serrano y al de su admirado don Federico de Castro.

Con esta sólida formación, el maestro obtuvo la Cátedra en la reñida oposición de 1967, que ejerció primero en Oviedo hasta 1970, después en Salamanca hasta 1978, para volver luego a Valladolid, de la que ha sido Profesor Emérito desde 1990 hasta su jubilación. Además, fue Vicedecano, Decano, Director de Departamento, Secretario General y Vicerrector de Investigación en estas Universidades, donde ha dejado numerosos amigos y discípulos. Buena prueba de ello es la veintena de tesis doctorales que dirigió y que más de la mitad de estos doctores, gracias a su atinado magisterio y eficaz ayuda, han alcanzado también la Cátedra o la Titularidad y están diseminados en las Universidades de Oviedo, Salamanca, Valladolid, Extremadura, León, Burgos y Complutense de Madrid.

Su actividad se proyectó también hacia el extranjero y hacia los ámbitos de la política y la magistratura, al tiempo que recibió numerosos honores y condecoraciones. Fue Profesor de la Facultad Internacional de Estrasburgo y visitó numerosas Universidades lo mismo en Europa que en Iberoamérica. Entre otras, ostentaba la medalla de la Universidad de Pisa y la prestigiosa medalla Andrés Bello que otorga la Universidad de Chile, y se le concedieron dos doctorados *honoris causa*, uno por la Universidad de París V en 1990 y otro por la peruana Universidad San Pedro de Chimbote, Trujillo, en 2000. Además de ser Vocal permanente de la Comisión General de Codificación y Académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, fue miembro

de numerosos centros extranjeros para el estudio del Derecho latinoamericano (Viena, Sassari y Roma), el Derecho Agrario (Floren- cia), el Derecho rural (París) o la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (Pisa) y contribuyó a fundar tanto la Asociación Española de Derecho Agrario como la Academia para la unifica- ción del Derecho privado europeo (Pavía). En fin, fue elegido Sena- dor en la III Legislatura, lo que le permitió publicar los dos gruesos volúmenes que recogen los *Debates Parlamentarios* del Código civil (1989) y Magistrado del Tribunal Constitucional por un trienio, siendo Magistrado Emérito desde 1992, año en que se le otorgó la Gran Cruz de la Orden de Isabel la Católica.

La importante obra científica de De los Mozos es amplia, erudi- ta, diversa y afortunadamente muy conocida por todos. Se concreta en una veintena de libros y en más de doscientos artículos publica- dos en revistas, comentarios y otras obras colectivas. Algunos de sus libros se han convertido en verdaderas obras clásicas, como *El principio de la buena fe* (1965), *La colación* (1965) o *El derecho de superficie* (1974), lo mismo que ocurre con *El derecho de propiedad* (1993) o con su última monografía, *La donación*, aparecida el año 2000. Muchos de sus artículos, aunque no todos, se han recogido con acierto en otros libros, como su *Introducción* y su *Metodología*, publicados en 1977, o se han recopilado en volúme- nes monográficos, como las dos series de *Estudios de Derecho Agrario* (1972 y 1981), *Derecho civil (método, sistemas y catego- rías jurídicas)* (1988), *El negocio jurídico* (1987), *Estudios sobre el Derecho de los Bienes* (1991) y *Estudios sobre el Derecho de Contratos, Integración Europea y Codificación* (2005). Incluso ha dejado dos trabajos póstumos, uno sobre la unidad legislativa en el pensamiento del Conde-Duque de Olivares y otro sobre la nueva noción europea de contrato. Todo un símbolo de su estilo y de sus inquietudes intelectuales.

Es imposible a la vez que inútil tratar de resaltar los rasgos que sobresalen en una obra tan extensa como densa. Como muchos civilistas de su generación, se ocupó de la categoría abstracta del negocio jurídico, y en particular, del objeto, la causa, la forma y tipos de ineficacia; asimismo, dedicó varios trabajos al estudio de los bienes y su transmisión, la posesión, la propiedad, algunos derechos reales, así como a las nuevas figuras surgidas de la moder- nización de la agricultura y el urbanismo; además, estudió las suce- siones especiales, en particular la del Estado, y se interesó por las personas jurídicas y las instituciones familiares, lo mismo patrimo- niales que estrictamente personales, con ocasión de las grandes reformas de 1981, así como de las últimas de 2005. Convencido de

la unidad conceptual de la doctrina europea –señaladamente, francesa, italiana y alemana– siempre tuvo en cuenta no sólo los antecedentes históricos, sino la diversidad de soluciones normativas que se plasmó en la codificación desde el principio hasta el final del siglo XIX. Por eso el Derecho comparado fue una de sus preocupaciones constantes y su curiosidad le llevó a estudiar, en numerosas ocasiones, el sistema iberoamericano y el anglosajón, con un método basado en unos principios comunes y una cultura jurídica también común. De aquí surge su interés por la futura unificación del Derecho privado en la Unión Europea y, en concreto, por el Código Europeo de Contratos, a cuya elaboración, estudio y divulgación dedicó, en estrecha colaboración con su amigo el Profesor Gandolfi, los tres últimos lustros de su larga y fructífera vida.

Todo esto nos muestra que don José Luis era, en palabras de Tomás Moro –el patrono de la justicia y la política– un *homo civilis, navis, innocens, mitis, misericors, aequus et integer*. Descanse en paz.

Carlos Vattier Fuenzalida

El principio de fe pública registral (II)*

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Se concluye en esta segunda entrega el estudio dedicado al principio hipotecario de fe pública registral. Partiendo de la actuación protegible del tercero se analizan los requisitos exigidos para su protección destacando entre ellos el de la adquisición derivativa por acto inter vivos y el de la validez del acto adquisitivo indagando en este punto el sentido del artículo 33 LH y su relación con los artículos 32 y 34. A continuación se estudia el efecto protector del principio: la naturaleza de la adquisición jurídicamente protegida, el momento en que ésta se produce y el mecanismo reintegrador o indemnizatorio predispuesto por la ley en favor de quien la padece. Finalmente se procede a precisar el juego de la fe pública registral mediante la exposición de las determinaciones que perfilan su funcionamiento y la indicación de las excepciones a que lo somete la ley.

SUMARIO: ... II. ... 3. La actuación protegida del tercero y los requisitos objetivos legalmente exigidos para su protección: A) Adquisición de algún derecho o garantía real. B) Adquisición de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir. C) Adquisición derivativa por acto *inter vivos*. D) A título oneroso. E) La validez de la adquisición: el artículo 33 y su encaje en el sistema de la LH. 1.º Razón de ser del precepto y justificación de su declaración normativa; 2.º Problemas exegéticos que plantea; 3.º La relación entre los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. 4. La inscripción del propio acto adquisitivo. III. *El efecto protector de la fe pública registral*: 1. El mantenimiento del tercero en su adquisición: hipótesis distinguibles de protegibilidad de la adquisición en función de la inexactitud registral desconocida por el tercero. 2. Naturaleza y momento de la adquisición en los ante-

* Este trabajo, perteneciente a una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se integra en la investigación emprendida en el Proyecto SEJ2004-06995, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. El autor expresa su agradecimiento por la aprobación y financiación de dicho Proyecto.

riores supuestos: 1.º En la hipótesis de la adquisición plenamente *a non domino*: a) ¿Verdadera adquisición *a non domino*, o mera irreivindicabilidad? b) ¿Adquisición negocial o *ex lege*? c) ¿Originaria o derivativa? d) Momento de la adquisición. 2.º En las otras hipótesis adquisitivas. 3. Reintegración del titular sacrificado a la protección del tercero adquirente. IV. *Determinaciones sobre el principio de fe pública registral y excepciones legales a su aplicación*. 1. Determinaciones ulteriores acerca del principio de fe pública: a) Actúa sobre el soporte del íntegro folio abierto a la finca, no sólo desde la última inscripción concerniente a la misma. b) En beneficio del tercero, no en su perjuicio; c) Limitada a suplir exclusivamente el defecto o deficiencias de titularidad o poder dispositivo del transmitente; d) Atemperada por la ostensibilidad natural de los derechos reales patentes. e) Subordinada a la configuración legal objetiva del dominio inmobiliario en sus distintas modalidades. 2. Excepciones: a) La suspensión temporal de la fe pública (arts. 28 y 207 LH). b) La doble inmatriculación. c) Las hipotecas tácitas. d) ¿La retroacción de la quiebra, antes; y la acción rescisoria del artículo 71.1 de la Ley Concursal, hoy?

.....

II.

3. LA ACTUACIÓN PROTEGIDA DEL TERCERO Y LOS REQUISITOS OBJETIVOS LEGALMENTE EXIGIDOS PARA SU PROTECCIÓN

La buena fe del tercero, según hemos venido viendo, es condición indispensable de protegibilidad registral; requisito siempre necesario, pero no por ello único o suficiente. «El tercero que de buena fe *adquiera...*» dice el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La buena fe es, por tanto, el estado psicológico en que se desenvuelve la iniciativa, desarrollo y culminación de una operación del tercero que objetivamente tiene que consistir en una actuación adquisitiva cualificada por las notas y condiciones que para su protección exige la ley. De esta actuación adquisitiva, o, lo que es lo mismo, de los requisitos objetivos necesarios para el juego de la fe pública registral, pasamos seguidamente a ocuparnos.

A) ADQUISICIÓN DE ALGÚN DERECHO O GARANTÍA REAL

Es perfectamente comprensible que, por la finalidad aseguradora del tráfico inmobiliario que para sí asume el Registro de la Pro-

piedad, la protección registral se dirija a quienes en dicho tráfico intervienen en condición de adquirentes de algún derecho o garantía real¹, asegurándoles respectivamente la adquisición de tal derecho de acuerdo con lo que sobre su titularidad y contenido publicaba el Registro, o la validez de la garantía hipotecaria y la efectividad correspondiente a la misma en razón de su rango². De entrada, el tercero a quien protege la fe pública registral es un tercero que *adquire algún derecho*.

A pesar de su vaguedad, esta tan somera indicación de la Ley es ya de por sí suficiente para excluir de la protección del Registro a quien de su consulta se sirve con el exclusivo propósito de informarse sobre la solvencia del que, eventualmente, podría ser su deudor³; pero esto sólo es muy poco. ¿A cualquier adquirente de un derecho, sea cual fuere la naturaleza de éste, le es dado acogerse a la protección registral? Con razón puede afirmarse que el propio contexto del artículo 34 LH permite concretar la dicción inicial del mismo añadiendo a la indicación del *algún derecho* en ella referida la nota de su carácter real: sólo acerca de los derechos de naturaleza real da noticia el Registro, y sólo derechos reales son los que en él puede inscribir como efectivamente adquiridos el tercero prote-

¹ Hay, naturalmente, otras formas de referirse al tercero que, en cuanto adquirente, es el beneficiario de la fe pública registral. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 600 –e. c. – lo describe como «un adquirente precisamente de derechos reales o situaciones jurídico-reales»; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* III, 4.ª ed. Madrid, 1995, p. 452, como «un adquirente del dominio de un inmueble o de un derecho real limitativo del dominio (v. gr. de una hipoteca)». Nosotros hemos utilizado la expresión que aparece en el texto para hacer alusión a la hipoteca soslayando el problema de su naturaleza jurídica. Sobre él, vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o Carga Real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998.

² Esta indicación de los principales destinatarios de la protección registral puede verse en las palabras de la Exposición de Motivos de 1861 –p. 228– destinadas a perfilar el sentido atribuido al término «publicidad»: «Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comisión cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que [...] el Registro de la Propiedad, en que el Registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes».

³ Cfr. LACRUZ-SANCHO, «Derecho Inmobiliario Registral», *Elementos de Derecho Civil* III bis. Barcelona, 1984, p. 180: «Y como el Registro protege, en principio, adquirentes (de propiedad o de derecho real limitado), no puede ser *tercero* un simple acreedor. Si *Secundus* ve en el Registro los asientos que declaran ser propiedad de *Primus* valiosas fincas y, confiado en esa aparatoso solvencia, le presta una cantidad de dinero, no podrá invocar la protección registral cuando resulte que *Primus* es un insolvente, que había vendido esas fincas hace largo tiempo y no puede restituirle». Roza esta opinión, en sentido contrario, BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral», *RCDI*, 2003, p. 2642: «El presupuesto material u objetivo –que es el primer requisito, según se indicó más arriba, de la doctrina [de la apariencia jurídica]– concurre, en mi criterio, con toda nitidez: el acreedor consulta el Registro para embargar al deudor; es más, acaso, lo consultó antes de convertirse en acreedor, cuando, por ejemplo, estaba pensando en concederle el préstamo, y lo concedió fiado en la solvencia económica que se infería de la información registral».

gido por la fe pública registral⁴. Con ser esto sustancialmente cierto, hay que reconocer y admitir que, por esta vía, sólo tendencialmente y muy *grosso modo* puede determinarse cuál es el objeto de la adquisición necesaria para que el tercero pueda lucrar los efectos protectores de la fe pública registral; y que sobre la base de esta genérica indicación del objeto jurídico-real de la adquisición protegible siempre podrían plantearse las zonas de duda que en la doctrina se suscitan acerca de la naturaleza de determinados derechos y situaciones jurídicas con posible acceso al Registro. De todas formas y a nuestro juicio, la integración de la referencia del artículo 34 a la adquisición de *algún derecho* mediante la nota de la naturaleza real de éste, permite dar por bien expresada, tendencialmente al menos, cuál es la primera condición exigida por la ley para que el principio de fe pública registral pueda entrar a jugar en beneficio del tercero adquirente.

No podría, en efecto, argüirse eficazmente contra ella objetando el apriorismo que lleva a integrar la dicción del artículo 34 añadiendo al *algún derecho* en él indicado la nota de su naturaleza real, en lugar de completarlo con la nota de su posible inscripción. ¿Por qué sólo en la adquisición de derechos reales va a darse el juego de la fe pública registral, siendo así que la Ley Hipotecaria llama también y admite al Registro derechos de naturaleza personal? Limitando nuestra atención en este momento al caso más característico de los arrendamientos inmobiliarios (art. 2.5.º LH), y con independencia de la polémica acerca de si su admisión a inscripción los transmuta en derechos reales o se limita a asimilarlos registralmente a los mismos, es lo cierto que la inclusión de estos derechos en el elenco legal de los que tienen acceso al Registro podría invitar a pensar que también a ellos debería extenderse en su total amplitud la protección que de la publicidad obtienen los derechos inscritos; concretamente, que también su adquisición debería poder acogerse al efecto sanante de la fe pública registral⁵. En la

⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 600: «Así resulta de la exigencia de que, para la protección, el derecho ha de haberse inscrito, es decir, ha de tratarse de derechos susceptibles de inscripción (los derechos reales)».

⁵ Así, principalmente, PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, 1995, pp. 115-116: «La LAU (art. 13.1.2.º) ha venido a confirmar la protección del arrendatario por el principio de fe pública registral»; y GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, p. 409: «La seguridad del tráfico exige que el arrendatario y el optante que cumplen los requisitos del artículo 34 LH sean protegidos como cualquier subadquirente en base a dicho precepto»; posteriormente, ID, comentando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. VII, v. 4, Madrid, 1999, pp. 452-453: «Por lo que se refiere a los *derechos personales susceptibles de inscripción*, ninguna diferencia debería existir en relación con los derechos reales, una vez que la legislación hipotecaria reconoce su inscribibilidad. Así, la adquisición del derecho de arrendamiento por el arrendatario en base a la titularidad registral del arrendador, y con los demás

legislación actual es palmariamente claro y cierto que las cosas no son así: la excepcional y muy peculiar adquisición *a non domino* del arrendamiento inmobiliario no discurre por el cauce general del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino, en condiciones y con alcance distinto, por el específico del artículo 13.3 de la LAU⁶. ¿Cómo, entonces, podrá justificarse la traída de los arrendamientos al Registro, y cómo habrán de entenderse las palabras con las que la Exposición de Motivos de 1861, después de justificar y razonar la posibilidad de su inscripción, concluía afirmando: *La Comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real?*⁷. En realidad, ni la inscripción trasmuta la naturaleza del arrendamiento, ni la posibilidad de su inscripción tiene que atraer hacia el acto de su adquisición el efecto protector de la fe pública registral. En nuestra opinión, lo que las palabras de la Exposición de Motivos revelan es la confusión existente en los momentos fundacionales del sistema acerca de los distintos aspectos implicados en el entonces llamado principio de publicidad, y, consiguientemente, acerca de la doble forma de protección que de su acceso al Registro pueden obtener los derechos en nuestro peculiar y mixto ordenamiento hipotecario. A través de su publicidad registral los arrendamientos con acceso al Registro pueden perjudicar a tercero (originario art. 23, en relación con el 2.5.º LH; y 1549 y 1571 CC); sin tal publicidad, no le serán oponibles. Lo que de su publicidad, en cambio, no debe ni puede esperarse es la posibilidad de un arrendamiento *a non domino*, que ni pasó por la mente de los autores de la Ley Hipotecaria ni por ninguna parte aparece en el Código Civil⁸. El que posteriormente ha venido a admitir la LAU,

requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en nada obstan para la aplicación de este precepto, por más que la *Sentencia de 28 de octubre de 1996* declare lo contrario, pues no señala ninguna argumentación, siendo, además, aislada» (cvas. del a.).

⁶ Así, Pantaleón, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por el mismo, Madrid, 1995, pp. 30-31: «[...] su derecho [el del arrendatario] no es un derecho real que pueda adquirirse *a non domino*. Lo demuestra patentemente el apartado 3 del mismo artículo 13: no hay otra adquisición *a non domino* de derecho arrendaticio que la del arrendamiento de vivienda por el plazo de cinco años. La necesidad de una norma como la contenida en el artículo 13.3 LAU surge precisamente de que el principio de fe pública registral no sirve para adquirir *a non domino* derechos arrendaticios. Y es obvio que la nueva Ley de Arrendamientos no ha pretendido cambiar eso».

⁷ E.M., p. 244.

⁸ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, III, 1, Barcelona, 1971, p. 281: «La protección de la fe pública registral no alcanza en nuestro Derecho a ningún negocio de contenido meramente obligacional. En nuestro Derecho cabe sostener lo mismo que en este particular afirma el texto: el arrendamiento de una finca otorgado por quien consta inscrito como propietario, sin serlo, no surte efecto contra el verdadero dueño, aunque se haya dado al arrendatario la posesión del inmueble»: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 471: «A nosotros nos parece que el tercero del artículo 32 debe ser, como el del artículo 34, un tercero hipotecario, es decir, un adquirente del dominio o una persona a cuyo favor se constituye un derecho real *in re aliena*. Esta idea encuentra su fundamento en la finalidad misma del Registro, puesto que el Registro sirve precisa-

amén de su peculiaridad y según ya dijimos, discurre por cauce distinto al del artículo 34 LH⁹. Como en nuestro estudio sobre el principio de inoponibilidad dejamos ya razonado¹⁰, con la admisión a inscripción del arrendamiento no se trata de asegurar al arrendatario la adquisición de su derecho; se pretende tan sólo permitirle que lo pueda oponer sin sorpresa al tercero que adquiera la propiedad de la finca dentro del tiempo de duración del arrendamiento. Es la misma finalidad de publicidad sólo *ad opponibilitatem* que para el derecho de retorno arrendaticio resplandece en el artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

Tampoco –por no ser adquirente de un derecho real– podrá ser tercero del artículo 34 LH el acreedor quirografario que insta el embargo y obtiene su anotación en el Registro de la Propiedad. Esto es algo que, como veremos, quedó expresamente establecido y diáfamanamente explicado y razonado en la Exposición de Motivos de 1861 y en los comentarios de Gómez de la Serna. Es, además, lo congruente con la naturaleza y razón de ser de la anotación preventiva, «complemento del sistema alemán», decía Luzuriaga¹¹, en tanto que asiento encaminado, no a provocar el juego de la fe pública registral en favor del anotante, sino a impedirla en cuanto al dato anotado y respecto al tercero adquirente de los bienes inmuebles o derechos reales afectados por la anotación (art. 71 LH). Con tan sólidos fundamentos era, pues, natural que la doctrina viniera unánimemente excluyendo del círculo de los terceros del artículo 34 LH al acreedor embargante¹². Pero esta unanimidad se ha roto en los últimos años

mente para eso: para proteger a los adquirentes y evitar que sean defraudados. El Registro no protege a los acreedores o a los titulares de derechos personales más que en el momento en que se han transformado en titulares de una situación jurídico-real protegida por él. Un acreedor que pretenda embargar no puede considerarse tercero, como tampoco lo es un arrendatario para negar o desconocer la titularidad dominical del sucesor del arrendador, aun cuando el título de éste no haya llegado a inscribirse».

⁹ Nos remitimos en este punto a lo que respecto al mismo sostuvimos en nuestro comentario al artículo 13 LAU, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, Coord. Carlos Lasarte Álvarez, Madrid, 1996, pp. 360-373.

¹⁰ Vid. «El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, 2004, pp. 501-513; concretamente, para la afirmación contenida en el texto, p. 505.

¹¹ En las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de GARCÍA GOYENA, Madrid, 1852, IV, p. 230.

¹² Exponentes autorizados de la común doctrina, HERNÁNDEZ ARIZA, José, *Ley Hipotecaria comentada*, I, Madrid, 1861, pp. 52-55; GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, I, 2.ª ed. Madrid, 1890, II, pp. esp. 639-642; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII, 3.ª ed. Madrid, 1920, p. 738; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., cit. VI, pp. 413-470; COSSÍO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed. Barcelona, 1956 (hay ed. revisada y puesta al día por COSSÍO y MARTÍNEZ, Manuel de, Madrid, 1986), pp. 265-269; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 224-229, GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), XXIV, Madrid, 1984, pp. 742-744 y 783-788; Díez-PICAZO, *Fundamentos ...*, cit., pp. 494-497; MIQUEL, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *RdP*

por obra de los «tres pronunciamientos o sublevaciones»¹³ capitaneados por Álvarez Caperochipi, Franco Arias y García García¹⁴, y después secundados por algunos otros autores¹⁵. Contra lo anteriormente sostenido por todos, se viene ahora a entender que el embargo constituiría una forma de garantía real similar a la hipoteca¹⁶, que el acreedor embargante sería, por ello, un adquirente de derecho real, y que la anotación preventiva podría ser considerada como un asiento capaz de provocar en su favor el mismo efecto que a la inscripción atribuye el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹⁷.

En nuestra opinión, ni las cosas son como «los sublevados» proponen, ni –si lo fueran– sus resultados serían siempre los deseables¹⁸. Buen cuidado tuvieron los autores de la Ley Hipotecaria en dejar declarado que el embargo y su anotación no alteran la naturaleza del crédito. Por ello decidieron sustituir la antigua noción de la hipoteca judicial por la nueva de la anotación preventiva. Había que evitar el equívoco: el crédito a cuyo servicio se pone el embargo, por más que el embargo se anote, lejos de convertirse en hipotecario o real, continúa siendo un crédito personal:

(Aranzadi), 1998, núm. 1, p. 49. Monográficamente, OSSORIO SERRANO, *La anotación preventiva de embargo*, Granada 1986 y REY PORTOLÉS, «Prelación de créditos con embargo anotado (arts. 1923, 4.º y 1927, II, 2.ª CC)», en *Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (Ciclo de conferencias)*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, pp. 343-398.

¹³ La expresión es de REY PORTOLÉS, *op. cit.*, p. 347.

¹⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, pp., esp., 155-163; FRANCO ARIAS, Just, *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, pp. esp., 360 ss.; y GARCÍA GARCÍA, «El tópic de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1988, después matizado en *Derecho Inmobiliario ...*, II, cit., pp. 749-776. Posteriormente, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ ha vuelto sobre el tema en *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Granada, 1995.

¹⁵ Así, MERINO GUTIÉRREZ, «El tercero hipotecario y la anotación de embargo», *ADC*, 1994, pp. 91 ss., con la peculiaridad de acoger al acreedor anotante a la protección dispensada por el artículo 32, no por el 34, de la Ley Hipotecaria, y BUSTOS PUECHE, *El sujeto beneficiario...*, cit., pp. 2632-2642, aplicando al mismo acreedor la doctrina de la protección de la apariencia jurídica.

¹⁶ Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 452: «[...] pues el anotante no deja de ser titular de un derecho real de constitución procesal y registral similar a cualquier otro derecho real en este aspecto»; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 110: «[...] la anotación preventiva de un crédito le otorga rango similar al hipotecario (art. 44 LH), que debe poder hacerse efectivo no sólo frente a las cargas o enajenaciones posteriores, sino también por la inoponibilidad de títulos no inscritos, frente a las anteriores no inscritas».

¹⁷ Vid. GARCÍA GARCÍA, *El tópic de los efectos limitados de las anotaciones de embargo...*, cit., pp. 274-275: «Sería incluso aplicable el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se trataría de un adquirente de un derecho real por vía onerosa y basándose en los datos del Registro que “anota”, estando comprendido en la frase amplia “una vez que haya inscrito su derecho”, pues la forma de “inscribir el derecho” es en este caso la anotación preventiva de embargo».

¹⁸ Cfr. REY PORTOLÉS, *op. cit.*, p. 391: «... no se quiera, tergiversando y forzando la interpretación de preceptos centenarios, hacer de mejor condición a los «subasteros» que al modesto comprador de un piso», y la posterior matización que GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., pp. 768-769, se ve forzado a introducir en su inicial visión del problema.

*... Por esto la Comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de hipoteca judicial, debía sustituir la de anotación preventiva, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar cuyo objeto es que en su día las sentencias tengan ejecución cumplida ...*¹⁹

Constituidas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que en adelante, según el proyecto, llevarán el nombre de anotaciones preventivas, solamente para asegurar las consecuencias de un juicio, no declaran ningún derecho, ni menos convierten en real [cva. de la E. M.] el que no tenía antes semejante carácter [...]: no modifican el carácter de las obligaciones, cambiando las simples en hipotecarias, ni hacen al Juez agente de los litigantes, compeliéndolo a que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantías que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habría constituido. La hipoteca judicial [...] nunca ha tenido este carácter en España: no ha creado desde luego una acción hipotecaria [...] el derecho del acreedor por la hipoteca judicial no se ha modificado, no ha cambiado de carácter [...]. Por eso, en un concurso de acreedores o en una quiebra, los que han obtenido a su favor hipotecas judiciales de la clase de las a que aquí nos referimos, no han tenido nunca, no tienen ahora por esta consideración un título de preferencia sobre los demás acreedores de su especie, ni son calificados entre los hipotecarios.

*Adoptando el proyecto estos mismos principios, da nueva vida a nuestro Derecho antiguo, proclamando otra vez que el acreedor que obtiene a su favor una anotación preventiva, cuyo objeto sea garantizar las consecuencias de un fallo, sólo gozará de preferencia sobre los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación. Ni podía ser de otra manera sin violar los principios de justicia. El que contrata y no exige hipoteca, se contenta con la garantía que le da el crédito personal del deudor, y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pactado al tiempo convenido, podrá el acreedor compelerlo al pago acudiendo a la vía judicial; pero esta demanda no cambia ni la naturaleza del crédito ni la fuerza del título [...]*²⁰.

En coherencia con esta idea, y tal como lo exponía Gómez de la Serna²¹, el acreedor embargante, aunque el embargo se anote, no podrá ser contado entre los «terceros» hipotecarios o terceros «para los efectos de esta Ley», según decía el originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria:

¿Se considerarán como terceros los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada, gravada o hipotecada? o lo que es lo mismo, ¿podrán los acreedores quirografarios, por ejemplo, y garantidos de cualquier manera que no sea con hipote-

¹⁹ E. M. 1861, p. 233.

²⁰ E. M. pp. 234-235.

²¹ SERNA, *op. cit.*, p. 589.

ca, pretender que la enajenación o gravamen que no está inscrito no pueda perjudicarles, y que deben ser reputados como terceros para los efectos de la Ley? Nuestra opinión es que no deben ser considerados terceros. Verdad es que no han intervenido en el acto o contrato; pero no debe perderse de vista que todo lo que se establece en la Ley respecto al conflicto de derechos que puede haber entre varios, se refiere sólo a los derechos reales. La omisión en inscribir un derecho de esta clase en que incurre el adquirente, no induce a error a los acreedores que no han creído que debían exigir hipotecas, o que no han sido bastante previsores para buscar su seguridad y completa garantía en²² las cosas en lugar de confiar en las personas. No pueden, pues, convertir la omisión en su provecho, ni pretender que no se anteponga a ellos el acreedor hipotecario que dejó de inscribir, si realmente puede probar la autenticidad de su crédito real. Por la misma razón no podrá el que entabla un juicio ejecutivo en virtud de alguna deuda simple, y obtiene embargo de una finca que había sido vendida por su acreedor a otro, aunque no haya inscrito su dominio, pretender que el derecho de éste legítimamente probado sea pospuesto al suyo que no tiene el carácter de crédito real, sino el de personal.

Efectivamente, y como resulta de los textos ahora transcritos, ni la anotación inmuniza al acreedor embargante respecto de los derechos anteriores a la anotación y no inscritos, al modo propio de la protección registral característica del sistema latino²³, ni le atribuye derecho alguno *a non domino* sobre la finca embargada cuando ésta no pertenezca realmente al deudor, aunque se encuentre inscrita a su nombre. La virtualidad de la anotación del embargo se limita, como en general y de suyo la de la anotación preventiva, a evitar el juego de la fe pública registral impidiendo el desconocimiento inculpable –la buena fe– de su eventual

²² La cva. es del texto reproducido.

²³ En sentido contrario, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario...*, cit., p. 149: «Por otra parte, la publicidad garantiza derechos pero la inoponibilidad de títulos no inscritos sirve para garantizar también los créditos anotados o inscritos (pues no reconoce eficacia a las ventas, aun anteriores, no inscritas); MERINO GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 115: «En definitiva, la inoponibilidad no requiere como presupuesto que se trate de un tercer adquirente de un derecho real (como sí hemos visto es normal que se exija para la protección de la fe pública registral». Para la exclusión, como criterio general, del acreedor quirografario respecto a los efectos de la protección registral en el sistema latino, y para la posterior atenuación de ese criterio en el Derecho francés, *vid.* MAZEAUD (Henri et Leon)-MAZEAUD (Jean): *Leçons de Droit Civil III*, 2.^a ed., París, 1963, pp. 587: «Avoir un droit sur l'immeuble objet de l'acte non publié, ce qui exclut les créanciers chirographaires», y 596-598, núm. 740: «Comment les créanciers chirographaires peuvent devenir des tiers du décret du 4 janvier 1995». Sobre ello, en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, p. 770: «En principio, pues, los *simples acreedores* no están protegidos. Sin embargo, en ciertos casos obtienen también protección los acreedores quirografarios: [...] Y, además, en ciertos casos en que el acreedor originariamente quirografario deja de ser un simple acreedor: 1.º Por haber inscrito el embargo que hubiere obtenido frente al deudor (art. 686, C. proc. Civ.). En consecuencia, las transmisiones anteriores no inscritas no prevalecen frente al embargo, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español.»

beneficiario acerca del derecho anotado²⁴. Dicho de otro modo: la anotación del embargo actúa en el ámbito de la inoponibilidad embebida en la fe pública registral como su aspecto o dimensión negativa; distinta, por tanto, a la inoponibilidad exclusiva y autónoma que en el sistema latino constituye el efecto protector ordinario y más propio de la publicidad registral²⁵. En los Registros acogidos al modelo germánico, la anotación preventiva, moviéndose en la órbita del principio de fe pública registral, impide la buena fe de eventuales terceros adquirentes y permite al titular del derecho anotado oponer a éstos, sin transmutarlo, ese mismo derecho (art. 71 LH); esto es: sin reforzarlo haciéndolo prevalecer sobre otros anteriores no inscritos, y sin mantenerlo en él cuando la finca o derecho sujeto a la anotación no pertenezca al deudor (arts. 593-204 LEC). En definitiva, pues: que, de acuerdo con lo dicho y según lo ya expuesto con mayor amplitud y detalle en otro lugar²⁶, la anotación de embargo no convierte al acreedor ordinario en tercero hipotecario, ni por la vía del artículo 32 ni por la del 34 de la Ley Hipotecaria: le falta la nota –necesaria en todo sistema de publicidad²⁷– de ser un tercero adquirente de algún derecho real. Diferente es la cuestión consistente en determinar si una vez consumado el procedimiento de embargo e inscrita la adquisición en él producida en favor del rematante o adjudicatario, podrá éste, de ser necesario y cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 34 LH, acogerse al efecto sanante de la fe pública registral. Nos ocuparemos de ello en su lugar oportuno²⁸.

Aquí, como último punto en la exposición del primer requisito exigido por el artículo 34 LH al acto adquisitivo del tercero, baste indicar que debe consistir éste en la realización completa o culminada del proceso que lleva a la adquisición y que en ella se consuma. El tercero a quien protege el artículo 34 es un tercero que *adquire*, no, solamente, un tercero con título suficiente para poder adquirir²⁹. El artículo 34 es

²⁴ DÍEZ PICAZO, «Las anotaciones preventivas», *RDN*, 1964, p. 25: «Esta eficacia, la eficacia esencial de las anotaciones preventivas, es puramente negativa. Consiste en enervar el posible juego de la fe pública del Registro por el adquirente de buena fe. La anotación preventiva impide que el tercero de buena fe alegue a su favor la eficacia de la fe pública. La anotación preventiva se presenta así como una circunstancia impeditiva u obstativa de la fe pública registral».

²⁵ Nos hemos referido a esa diferencia entre una y otra forma de inoponibilidad, en «El principio de inoponibilidad...», cit., pp. 538-539.

²⁶ De nuevo tenemos que remitirnos a *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 513-536.

²⁷ Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 180: «El protegido por el Registro es, por definición, un adquirente; el Registro sirve esencialmente para eso: para proteger a los adquirentes y evitar que sean defraudados. Todos los restantes efectos del Registro (presunciones en favor del titular inscrito, medios procesales específicos de defensa, etc.) son contingentes: faltan en unos tipos y se dan en otros con diversa intensidad, pero éste de hacer eficaces las adquisiciones *a non domino* tiene lugar siempre».

²⁸ *Infra*, en el apartado c) de este mismo acápite.

²⁹ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, pp. 430-431: «Determinado el título en que ha de apoyar su adquisición el tercero para ser protegido por la fe pública, queda por determinar otra cuestión: en los casos en que la exige

perfectamente coherente en esta exigencia con el peculiar significado de la palabra *título* en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria³⁰, con la necesidad impuesta en el mismo artículo 34 de que el tercero inscriba su derecho³¹, y, más generalmente, con la articulación del sistema adquisitivo del título y el modo con el mecanismo de la publicidad y con la función sólo publicadora asignada a la inscripción³².

B) ADQUISICIÓN DE QUIEN EN EL REGISTRO APARECE CON FACULTADES PARA TRANSMITIR

No basta al tercero adquirir un derecho real previamente inscrito. La *ratio* del principio de fe pública registral exige que lo adquiera –como literalmente impone el artículo 34 LH– de *persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*. En la

el artículo 609 del Código Civil, ¿deberá concurrir también la tradición para la adquisición del derecho real, o bastará simplemente el título y la inscripción? [...] Siendo la finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, dando a la adquisición *a non domino* [...] el mismo valor que si hubiera sido otorgada por el verdadero dueño, es indudable que fuera de esto han de aplicarse en todo lo demás los requisitos de una adquisición perfecta: título y tradición. Por esto, el artículo 34 se refiere a los que *hayan adquirido* el derecho del titular inscrito, y no solamente a los que *hayan contratado*, redacciones de alcance muy diferente».

³⁰ Sobre él, GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 250: aquí, a diferencia de lo que ocurre cuando se habla del sistema adquisitivo del título y el modo, por «título» se entiende *la escritura en la que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene «en» alguna cosa inmueble*. Cfr., también, ID, p. 255: «No deben confundirse los títulos a que la Ley llama aquí *traslativos de dominio*, porque son el documento que acredita la adquisición de la propiedad o del derecho real sobre la cosa inmueble, con las obligaciones en que sin hacer ninguna declaración de transferir de presente un derecho, sólo se ofrece hacerlo» (cvas. del a.).

³¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., pp. 600-601: «Tiene que ser un adquirente, es decir, adquirente por un título, en principio, *válido*, seguido de *tradición* [...] Y seguido de tradición porque sólo es posible la inscripción –necesaria para invocar el art. 34 L. H.– cuando el título es *traslativo*, es decir, cuando el contrato ha sido seguido de tradición» (cvas. del a.).

³² Debemos remitirnos de nuevo para estas materias a otros trabajos nuestros anteriores: «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», ADC, 1998, pp. esp. 521-544, y «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», ADC, 2001, pp. esp. 132-180. Para la distinción entre el pacto de exclusión del efecto jurídico-real traditorio de la escritura pública de venta (art. 1452 CC) y el de suspensión del cumplimiento de la obligación personal de entrega, *vid.* las Resoluciones de 16 de mayo de 1996, 25 de enero y 31 de marzo de 2001, y 8 de septiembre de 2005. De acuerdo con esta última: «[...] cuando el párrafo segundo del artículo 1462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impeditivo del hecho traditorio, pues la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, mas tal hecho deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar al comprador una cosa ya ajena al vendedor, y no como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo segundo del art. 1462) de tal efecto traditorio inherente a la escritura».

Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 se expresará esta misma idea advirtiendo que «a los efectos de la *fides publica*, no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral...»³³. El artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria, tanto en su redacción actual como en la originaria de 1861³⁴, es en este punto mucho más preciso y explícito que el § 892 BGB³⁵ y que el artículo 973 del Código Civil suizo, aunque en la redacción de este último se saque expresamente a flote la razón exigitiva del requisito y consiguientemente, en fuerza de ella misma, la concreción de su contenido material y el fundamento de su insoslayable necesidad³⁶. Es que lo que el principio de fe pública registral se propone no es otra cosa que la protección de la confianza puesta por el tercero en el Registro cuando para adquirir con seguridad y conforme a Derecho se deja guiar por lo que el mismo Registro publica. Núñez Lagos lo destacó certera y admirablemente al explicar la génesis del artículo 34 de nuestra originaria Ley Hipotecaria³⁷.

En la interpretación moderadamente dualista que venimos manteniendo, el requisito ahora indicado –diversamente denominado por los autores³⁸– es el que permite distinguir a los dos terceros protegidos por nuestro peculiar y mixto sistema de publicidad

³³ *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, III, p. 246.

³⁴ «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero...» decía el originario artículo 34 LH.

³⁵ Dice el precepto: «Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig ... Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist».

³⁶ Dice el precepto suizo: Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen.

³⁷ NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 241-243: «[...] si quien adquiere su derecho, confiando en que el Registro le dice quién es el verdadero dueño, pudiera perder lo adquirido, no obstante su fe en el Registro, por nulidad o resolución del derecho del transmitente, se puede decir que la ley del Registro no protege la propiedad. No se trata de proteger al tercero civil que inscribe frente a acciones extrarregistrales. Se trata de amparar a quien confió en una declaración positiva del Registro. Hay que proteger al tercero, pero al tercero basado en una inscripción precedente, determinado por una relación jurídica previamente inscrita [...]. Los autores de la Ley, por este camino sin precedentes, pero con una intuición maravillosa, formularon la doctrina en los siguientes términos: *Inter partes* el problema de título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho Civil [...]. No obstante, si el título inválido e inscrito, o mejor dicho, si el asiento claudicante que encierra un acto o contrato nulo ha inducido a error a un adquirente posterior, respecto de éste no se hace efectiva la nulidad o resolución del derecho de su causante o trasmittente [...]. Así lo consagra el artículo 34».

³⁸ «Legitimación registral del acto de adquisición», lo enuncian LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 182; «haber adquirido en función de Registro inexacto», en la formulación de ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 733; requisito de la «doble inscripción», en la exposición de NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, cit., p. 603.

registral³⁹; el que impide considerar tercero del artículo 34 al inmatriculante, incluso transcurrido el plazo de los dos años señalado por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria⁴⁰; y, finalmente –si no se quiere incurrir en la confusión de la inoponibilidad relativa y latina operada por el artículo 32 con la absoluta y germánica implícita en la fe pública registral como su aspecto o dimensión negativa–, el que autoriza a excluir del artículo 32 al tercero que trae causa de titular registral⁴¹.

Como legalmente formulado e íntimamente adentrado en la *ratio* del principio de fe pública, el requisito de que la adquisición por él protegida proceda de titular inscrito obtiene en nuestro Derecho el carácter de indiscutiblemente cierto. En torno a él, con todo, se plantean algunas cuestiones doctrinalmente controvertidas. La primera se refiere al modo de su explicación, o más concretamente si se quiere, a la indicación de la vía por la que llega la Ley al resultado consistente en la protección del tercero que adquiere confianza en el Registro. Como es bien sabido, por algunos se ha sostenido que si el tercero, no obstante haber adquirido de no dueño es mantenido en su adquisición, es porque la previa inscripción en favor del *causam dans* legitima a éste para disponer como si fuera efectivo y legítimo dueño⁴². Nosotros no compartimos esta explicación⁴³: el poder dispositivo va anejo a la propiedad, y la legiti-

³⁹ Contra poniéndolos entre sí, también en este punto NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., pp. 603-605, dejó brillantemente expresadas las diferencias que separan al tercero del artículo 32 frente al del 34: «Sin previa inscripción no entra para nada en juego el artículo 34. La previa inscripción genera y concibe al tercero específico del artículo 34; la siguiente inscripción lo alumbra y lo cobija. Ambas inscripciones tienen un inevitable aspecto constitutivo para ese tercero específico, que sólo existe *por* y *desde* el Registro... En el artículo 32 no hay previa inscripción: no integra el concepto de tercero ni forma parte de su aparato defensivo. El tercero del artículo 32 vive autónomo y aislado en su asiento registral, sin derivarse ni apoyarse para nada en el asiento precedente. El tercero del artículo 32 es un tercero civil... ni en la concepción ni en el alumbramiento tiene arte ni parte el Registro...».

⁴⁰ Hemos desarrollado este punto en *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 422-424.

⁴¹ A nuestro juicio, habiendo previa inscripción no puede ya hablarse de *tercero* del artículo 32. Lo contrario puede verse en NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude...*, cit., p. 603: «La previa inscripción que nos ocupa para el tercero del artículo 34 es un requisito *esencial*, un elemento constitutivo, el inicial; la misma previa inscripción para el tercero del artículo 32 es un elemento *accidental*: no hace falta ninguna, pero cuando existe produce sus efectos *positivos* (perjudica al tercero que después inscribe), pero no efectos *negativos* o excluyentes, que quedan circunscritos a la subsiguiente inscripción del propio tercero o última inscripción» (cvas. del a.).

⁴² Vid. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 382: «Este requisito [el de la inscripción en favor del transferente] deriva de la fuerza legitimadora de la inscripción, que, como vimos, atribuye al titular inscrito facultad para disponer válidamente del derecho, cualquiera que sea la realidad jurídica, concordante o no, con el Registro»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 259 y 260: «Este requisito responde al *fundamento* que ya hemos desarrollado anteriormente: a la *legitimación de disponer* por parte de quien figura como titular registral, que provoca la adquisición *a non domino* a favor del tercero que adquiere apoyado en esa legitimación de disponer que publica el Registro».

⁴³ En el mismo sentido, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 722: «De la redacción del artículo 34.1 de la ley se aprovechan aquellos autores que pretenden ver en este requisito un

mación registral aparente, lejos de ser una forma anómala de legitimación real, es sólo un supuesto de mera y en sí inconsistente apariencia de legitimación⁴⁴. Si el artículo 34 protege a quien adquiere de titular inscrito es porque la inscripción de tal titularidad le permite confiar en ella de buena fe. La previa inscripción no pasa, por tanto, de ser una *fattispecie* justificadora de la buena fe protegible del tercero adquirente.

Atendiendo a esta misma razón puede resolverse la segunda cuestión doctrinalmente a veces propuesta. Se ha planteado y sostenido, en efecto, que no sería necesario que la inscripción del derecho del *tradens* sea anterior a la realización del acto adquisitivo del tercero, sino que bastaría con que se la hubiera practicado antes de que este mismo tercero y causahabiente lleve al Registro su adquisición⁴⁵. Tampoco podemos compartir este criterio⁴⁶.

supuesto de legitimación registral para disponer, concedida por la ley al titular de la situación registrada, y que según LADARIA culmina en la posibilidad de enajenar un derecho por quien no le pertenece. Pero nosotros sostenemos que esta pretendida utilidad no existe».

⁴⁴ Hemos desarrollado este punto desde una perspectiva más general en *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1978, pp. 350-356.

⁴⁵ Así, principalmente, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 382: «Ahora bien: no debe ser interpretado [el requisito de la inscripción a favor del transferente] en el sentido de que el transferente del derecho ha de tener el suyo inscrito en el momento de realizar el acto o contrato de transmisión, cosa que literalmente parece exigir el artículo 34. Basta que el disponente sea titular inscrito en el momento en que el acto o contrato se inscribe, de forma que la cadena de transmisiones se desenvuelva normalmente, cumpliéndose el artículo 20, y que, remontando el título en virtud del cual tiene el derecho el transferente, se llegue a un titular inscrito [...]. Es, pues, indiferente que la previa inscripción se practique antes o después de realizarse el acto o contrato: únicamente es necesario que la inscripción se practique en forma normal y corriente». Indeciso en este punto, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 463 y 464: «Literalmente el artículo 34 parece exigir que la inscripción a favor del disponente o transmitente exista en el momento en que el tercero protegido contrata con él y perfecciona con él su negocio jurídico adquisitivo. Y ésta es, por ejemplo, la opinión de ROCA SASTRE. En cambio, otros autores, y entre ellos A. SANZ, opinan que para alcanzar la protección del artículo 34 basta con que el tercero protegido haya visto inscrito el derecho del transferente en el momento en que él inscribe su propia adquisición [...]. La deducción lógica del principio de fe pública—contratar o celebrar negocios jurídicos adquisitivos fundándose en la confianza y en la fe que el Registro inspira— parece colocarse en favor de la primera tesis. Sin embargo, hay que admitir que, partiendo de una inscripción registral vigente y pudiendo derivar de ella el derecho del disponente, hay también razones o argumentos de protección del tráfico jurídico que favorecen claramente la segunda tesis». En *obiter dictum* se refiere al problema, presentándolo como *quaestio controversa*, la STS de 11 de julio de 2005.

⁴⁶ En este sentido, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 182 y 183: «[...] De modo que dicho transmitente, al parecer, ha de ser ya titular registral en el momento de contratar con el adquirente, y ha de serlo *todavía*: de lo contrario, al tercero adquirente le faltaría un requisito para ser tercero *hipotecario*»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 603: «¿En qué momento ha de constar ya inscrito el derecho del transferente con facultades para transmitirlo? ¿En el de la transmisión? ¿En el de la inscripción que de la adquisición haga el tercero? Si al tiempo de la transmisión el transferente no tenía la inscripción a su favor, no puede invocarse, para la protección del tercer adquirente, la fuerza legitimadora del Registro. Así, pues, en el momento del contrato traslativo debe constar ya inscrito el derecho del transferente (SS de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962, 12 de noviembre de 1970 y 23 de enero de 1974)».

Entendemos que, además de no reparar en las diferencias que separan el principio organizador y adjetivo del tracto sucesivo respecto al principio sustantivo y material de fe pública registral⁴⁷, está en oposición con la *ratio* de este último: la previa inscripción es necesaria en tanto que sobre ella debe apoyarse la buena fe animadora y cualificadora del acto adquisitivo que el principio de fe pública registral va a proteger.

Y queda todavía una tercera cuestión: ¿es necesario que la titularidad del *tradens* esté efectivamente ya inscrita cuando adquiere el tercero, o basta con que se encuentre sólo presentada a inscripción? Se ha sostenido a veces que lo segundo es bastante⁴⁸. Nosotros no lo entendemos así. El asiento de presentación puede poner en guardia a los terceros y provocar la pérdida de su buena fe⁴⁹, pero no basta para fundamentar o servir de base y sustento a la buena fe. Sin pasar por el control de la calificación registral y llegar a constituir verdadera inscripción, la noticia registral, provisional todavía y no contrastada, no puede valer al tercero el efecto sanante de la fe pública registral⁵⁰.

⁴⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 724-727, especialmente, p. 725: «Este criterio [el sustentado por SANZ FERNÁNDEZ y otros] lo consideramos equivocado, por partir de la idea de que la previa inscripción del artículo 34.1 de la ley se identifica con la previa inscripción del artículo 20 de la misma. Para comprobar lo erróneo de tal idea basta tener presente que el principio de tracto sucesivo, por su carácter de *requisito formal*, admite el juego de la llamada doctrina de la *convalecencia* o *confirmación* que hace posible [...] que el título adquisitivo posteriormente inscrito tenga más antigüedad que el título adquisitivo del transferente. Pero nada de esto ocurre con la fe pública registral, en la cual la previa inscripción del transferente es verdadero *requisito material* para la actuación de aquélla» (cvas. del a.). Para una más amplia exposición y delimitación del principio de tracto sucesivo, y para la argumentación de su carácter adjetivo u organizador, tenemos que remitirnos a nuestro trabajo: «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, pp. 676-685.

⁴⁸ Así, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 724: «El artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria exige para la protección que establece, que *el tercero adquiera del titular según el Registro*, lo que presupone que al tiempo de la adquisición por el tercero ya ha de aparecer del Registro como titular del derecho enajenado, aunque no conste practicada la inscripción a su favor pero sí presentado su título adquisitivo y que éste llegue a inscribirse. El artículo 34.1 de la ley impone esta circunstancia, porque lo esencial es que el tercer adquirente confía en el Registro. Y como según el artículo 24 de la Ley Hipotecaria se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha de la presentación, ha de reputarse que el transferente ya devino titular registral al presentarse su título adquisitivo al libro Diario» (cva. del a.); GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 260: «En este supuesto [que el título intermedio esté ya presentado en el Registro cuando el tercero adquiere], si el título intermedio presentado llega a inscribirse, no hay problema a efectos del artículo 34 LH, pues el que adquiere ha partido de un asiento de presentación cuya fecha se integra en la inscripción previa a la del tercero».

⁴⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 597: «La Ley cumplió con su propósito: para su sistema bastaba que constara en las oficinas del Registro la presentación del título: ésta era la voz de alarma que daba a los terceros adquirentes». De nuevo, y más ampliamente sobre este punto, nuestro *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 604-606.

⁵⁰ En la doctrina suiza, DESCHENAUX, *Le Registre Foncier*, Fribourg, Suisse, 1983, p. 620: «En revanche, il n'existe pas de garantie que la réquisition formée aboutira à une inscription; le journal ne juit donc pas de la foi publique sous son aspect positif».

C) ADQUISICIÓN DERIVATIVA POR ACTO *INTER VIVOS*

No se encuentra expresamente formulado este requisito en la redacción del artículo 34 LH, pero viene indudablemente exigido por su *ratio* y fundamento. El tercero protegido por la norma debe adquirir de buena fe y de quien en el Registro aparece como dueño. Es tanto como decir que su adquisición ha de seguirse de un acto consciente y reflejamente puesto en obra como medio directamente ordenado al efecto pretendido de la adquisición⁵¹, y que esta adquisición debe obtenerse por transmisión de quien, por ser titular o dueño, puede proporcionarla en Derecho. La doctrina alemana se refiere a este requisito indicando que el tercero ha de adquirir por negocio jurídico o negocio del tráfico⁵²; entre nosotros, desaparecida en la actual redacción del artículo 34 la referencia al contrato como instrumento de la adquisición⁵³, se le hace valer entendiéndolo implícito en el requisito –éste sí subsistente– de la onerosidad de la adquisición⁵⁴; o simplemente, y distinguiendo este requisito del de la onerosidad, se le hace consistir en el carácter derivativo de la adquisición⁵⁵. En todo caso, quedan en nuestro Derecho claramente fuera de la protección dispensada por el principio de fe pública registral las adquisiciones

⁵¹ En la doctrina alemana, cfr. STAUDINGER-GURSKY, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12, neubearbeitete Auflage. Drittes Buch, Sachenrecht 1989, ad § 892 Rz 64: «Hier sind nämlich nur Rechtsgeschäfte gemeint, die unmittelbar die Übertragung oder Einräumung eines Liegenschaftsrechtes zum Gegenstand haben, bei denen sich der Parteiwille also exakt gerade auf die Verschaffung eines solchen Rechtes richtet».

⁵² WOLFF, en ENNECERUS-KIPP-WOLFF, cit., p. 271: «La fe pública del Registro inmobiliario sólo garantiza la validez de las disposiciones hechas por *negocio jurídico*» (cva. del a.); WEIRICH, H-A, *Grundstücksrecht*, 2. Auf., München, 1996, 192: «b) Über das Eigentum oder ein eingetragenes dingliches recht ist durch (wirksames) Rechtsgeschäft verfügt worden» y 193: «d) Die rechtsgeschäftliche Verfügung hat den Charakter eines Verkehrsgeschäfts».

⁵³ Se incluía, como es sabido en la originaria: «... los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello...».

⁵⁴ GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., p. 256: «Actualmente, el artículo 34 no emplea esas palabras, pero indudablemente, al referirse *al que adquiera a título oneroso*, no sólo comprende el requisito de la onerosidad, sino también la necesidad de una *adquisición derivativa o por negocio jurídico* [...] (cvas. del a.).»

⁵⁵ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 425 y 426: «B) *Adquisición derivativa del derecho*.—II. Conforme a la base esencial de nuestro sistema, la adquisición del tercero, para estar protegida por la fe pública, debe tener lugar en virtud de negocio jurídico [...]. Así lo exige la finalidad de fortalecer el comercio de inmuebles y asegurar el tráfico a que responde la fe pública. El artículo 34 de la Ley, en su redacción anterior a 1944, establecía este requisito hablando de los que *hubieren contratado* (cva. del a.) con el titular inscrito. La expresión, no muy exacta y tal vez excesivamente restrictiva, ha sido eliminada en el actual para hacer referencia directa a la adquisición por el tercero y correlativa transmisión por el titular inscrito anterior, esto es, a la adquisición derivativa del derecho real».

por sucesión *mortis causa*⁵⁶ y las que se obtienen por ocupación⁵⁷, accesión y usucapión⁵⁸.

El acotamiento al modo indicado del ámbito protector en que opera la fe pública registral no basta por sí mismo para resolver con seguridad si queda dentro del mismo un concreto supuesto respecto del cual se ha llegado finalmente en nuestro Derecho a una solución distinta –contraria habría que decir– a la que pacíficamente se sostiene para el suyo por la doctrina alemana. Nos referimos al de las adquisiciones producidas en subasta pública judicial⁵⁹.

En Alemania se la excluye porque se la considera como una forma de adquisición no negocial, extraña, por ello, al campo de las adquisiciones por negocio jurídico que, en cuanto instrumento de

⁵⁶ Las a título universal, además de por no consistir en actos del tráfico, por su característico modo de producirse: no fundamentando un título nuevo y autónomo en el adquirente, sino haciendo entrar a éste en la situación de titularidad del causante. En palabras de DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 632: «car un successeur à titre universel n'a pas la qualité de tiers», en la doctrina alemana, se excluyen estas adquisiciones por su carácter legal, incluso cuando el llamamiento sucesorio es testamentario: cfr. STAUDINGER-GURSKY: *op. cit.*, Rz 64: «Dies gilt insbesondere für den Erwerb durch Erbfolge [...]. Auch soweit in diesen Fällen dem Erwerb ein Rechtsgeschäft zugrunde liegt (wie Testament, Erbvertrag, Ehevertrag), kommt der Erwerb hier nicht "durch" Rechtsgeschäft iS des § 892 zustande». Las a título particular –además de por su gratuidad– por ser ajenas a la idea de acto del tráfico que sitúa y circunscribe los actos registralmente protegidos en el ámbito cuya seguridad se propone garantizar el Registro.

⁵⁷ Aparte la exclusión de la ocupación inmobiliaria en nuestro Derecho, por ser este modo de adquirir el prototipo de la adquisición originaria. Llama por ello la atención que para el Derecho suizo se admita su protección registral: cfr. DESCHENAUX, *op. et loc. ant. cit.*: «Mais l'art. 973 s'applique aussi à des acquisitions qui s'opèrent sans inscription au registre foncier: [...] par occupation». Al respecto, en nuestra doctrina, SERRANO Y SERRANO, I., «El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo», *Anales de la Universidad de Valladolid* 1933-1934, núm. 17, p. 37: «La adquisición por ocupación debe ser protegida, pues se funda en una inscripción que diga que la cosa carece de propietario». El mismo criterio favorable a la protección registral de la adquisición por ocupación se mantiene en la doctrina alemana por entenderse negocial este modo de adquirir. Cfr. STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, Rz 77: «Vom Wortlaut des § 892 Abs 1 S 1 gedeckt ist an sich der Fall der Aneignung eines herrenlos gewordenen Grundstück nach § 928 BGB, denn diese stellt im Gegensatz zur Okkupation beweglicher Sachen [...] ein einseitiges Rechtsgeschäft dar».

⁵⁸ Por el carácter originario y no negocial de estos modos de adquirir, respecto de los cuales debe además añadirse que aunque en el resultado adquisitivo de la accesión y de la usucapación ordinaria también interviene la buena fe, es muy claro que en ellas lo hace de modo distinto al propio de su intervención en la adquisición protegida por la fe pública registral. En ésta la buena fe se refiere a la titularidad del *tradens* que permite la eficacia de la adquisición consciente y directamente pretendida, la cual, por ello, se califica como adquisición de buena fe; en la accesión, por el contrario, la buena fe interviene animando un comportamiento cuyo resultado adquisitivo ni se conoce ni se pretende al tiempo de realizarse. En la usucapación ordinaria, aunque la buena fe arranque, en lo sustancial, del mismo supuesto en que la hace consistir el artículo 34 LH –creer que la persona de quien se va a adquirir es dueño y puede transmitir su derecho– su objeto actual e inmediato no es el acto pretendidamente adquisitivo y su motivación, sino la situación posesoria resultante del mismo y que finalmente desembocará en la adquisición. A diferencia de lo que ocurre en el artículo 34 LH, el 1950 CC no se refiere a la buena fe del adquirente, sino a la «buena fe del poseedor».

⁵⁹ Hemos adelantado nuestro juicio al respecto en «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», AC 2007, núm. 6, pp. 597-608.

la seguridad del tráfico, el Registro de la Propiedad se propone asegurar y proteger⁶⁰. Que no sea ésta una solución a la que necesariamente aboque la naturaleza de esta adquisición ni, sobre todo, la delimitación del ámbito de la protección registral, se comprueba con la sola observación de que en el Derecho suizo se entiende establecida justamente la contraria: el adquirente en subasta ejecutiva queda amparado por la fe pública registral⁶¹. ¿Qué hay sobre ello en nuestro Derecho?

La pura indicación del requisito de la adquisición onerosa —menos cuando se hablaba de adquisición por contrato oneroso— no depara criterio seguro, expreso y preciso de solución: se interponía entre ésta y la expresión literal de la Ley el problema de la naturaleza de la adquisición en subasta judicial. En tales condiciones, nuestra doctrina hipotecaria, haciendo gala una vez más de su inspiración y obediencia germánica, se vino manifestando contraria a la protección registral de estas adquisiciones⁶². La jurisprudencia, a su vez, —y desacertadamente, a nuestro juicio— llamaría en auxilio

⁶⁰ Cfr. NUSSBAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Trad. W. ROCES, Madrid, 1929, p. 45: «Quedan al margen de la fe pública todas las adquisiciones realizadas por la vía ejecutiva, puesto que aquélla se contrae a velar por la seguridad del tráfico *voluntario*» (cva. del a.); WOLFF, en ENNECCERUS, cit., pp. 271 y 272: «La fe pública del registro inmobiliario sólo garantiza la validez de las disposiciones hechas por *negocio jurídico*. No se protege: a) Al que adquiere un derecho en base a una *ejecución forzosa* o por *remate de un embargo*» (cvas. del a.); STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, Rz 63: «Nur der rechtsgeschäftliche Erwerb von Liegenschaftsrechten wird durch § 892 geschützt. Eine Ausdehnung des öffentlichen Glaubens auf kraft Gesetzes eintretende Rechtsänderungen haben die Verfasser des BGB nachdrücklich abgelehnt [...]. In der Tat wäre eine solche Ausdehnung durch den Gedanken des Verkehrsschutzes nicht mehr zu rechtfertigen, da bei kraft Gesetzes eintretenden Rechtsänderungen ein Vertrauen des Erwerbers auf die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes gar nicht mitspielen kann», y Rz 74: «Ausgeschlossen ist der Schutz des § 892 auch beim Erwerb durch Zwangsversteigerung [...]. Dem Ersteher hilft deshalb sein guter Glaube nichts, wenn das gepfändete Recht überhaupt nicht wirksam begründet worden war oder jedenfalls dem Schuldner nicht zustand». En nuestra doctrina, sobre la delimitación alemana del principio de fe pública, *vid.* GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, pp. 106 y 107: «En cambio, no se ha considerado necesario proteger de tal manera a las adquisiciones a título universal (sucesiones hereditarias) ni a las que se realizan por virtud de la ley (casos de subrogación legal, usufructos familiares, adquisición de la parte de bienes gananciales por un cónyuge frente al otro), ni a las declaraciones contenidas en la sentencia pronunciada contra el *no-titular*, ni a las adquisiciones de inmuebles en procedimiento ejecutivo».

⁶¹ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 632: «Mais l'art. 973 s'applique aussi à des acquisitions qui s'opèrent sans inscription au registre foncier: par [...] adjudication dans des enchères forcées».

⁶² GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, p. 163: «Quedan fuera también los adquirentes a título lucrativo y aún los que lo fueron por ministerio de la Ley o sentencia judicial, porque el sistema tiende primordialmente a favorecer la negociación inmobiliaria»; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a WOLFF, *op. cit.*, p. 282: «El artículo 34 de la LH y los que son mero corolario de la regla que establece (por ejemplo, el art. 37), sólo afectan a los que contratan a título oneroso con el titular inscrito. Ha de tratarse en todo caso de actos de negociación o de tráfico jurídico. Así, de la misma manera que, según el texto correlativo, no se protege al adquirente de un derecho que sea consecuencia de una ejecución forzosa o que resulte por remate de un embargo, igualmente sucede en Derecho español [...]».

de este criterio el artículo 33 LH: el procedimiento ejecutivo sería nulo si la cosa embargada no es propiedad del deudor. De acuerdo con ello, la adquisición de él derivada sería una adquisición aquejada de una nulidad que su inscripción no podría sanar⁶³: el adjudicatario que la inscribiera seguiría expuesto e inerme frente a la reivindicación del dueño, aunque éste no hubiera interpuesto oportunamente la correspondiente tercería de dominio⁶⁴.

Las cosas no son tan claras en nuestro Derecho como para que esta solución pudiera imponerse como una verdad axiomática. Contra ella militaba, en el terreno de su redundancia final, el desprestigio que arroja sobre las adquisiciones consumadas bajo la garantía del procedimiento judicial⁶⁵; y en el terreno de lo literalmente legal –al menos en la redacción actual del art. 34 LH– el hecho de que en el adquirente en pública subasta que inscribe su adquisición se cumplen todos los requisitos que la ley exige para el desencadenamiento del efecto protector del principio de fe pública registral⁶⁶. Se entiende, por ello, que Roca Sastre, propugnando el carácter contractual de esta adquisición⁶⁷, y posteriormente Díez-Picazo, calificándola como legal⁶⁸, hayan defendido y afirmado su

⁶³ Cfr., e. c., SSTS de 8 de marzo de 1993 y 31 de mayo de 1999; la primera, comentada por nosotros en *CCJC*, núm. 31, pp. 265-275.

⁶⁴ Por todos, y sobre la base del artículo 1533.II de la anterior LEC, *vid.* MORENO CATENA, en Valentín CORTÉS, *et alii: Derecho Procesal*, t. I, (vol. 2), Valencia 1987, p. 500.

⁶⁵ DE LA RICA Y ARENAL, «Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones atrasadas», *RCDI*, 1958, p. 785: «Sucediendo así las cosas ocurrirá que el rematante o el adjudicatario perderán la propiedad de la finca inscrita a nombre del tercer adquirente y el precio pagado bajo la garantía del poder judicial. Y resultará que un tercero de buena fe que haya pujado y comprado una finca en una subasta judicial, dentro de un procedimiento legítimo tutelado por el juez [...] se verá despojado de su adquisición y, seguramente, privado del dinero del precio, acaso pagado al mismo juez dentro del procedimiento [...]».

⁶⁶ Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, cit., p. 256: «[...] no se pueden excluir de la fe pública aquellos supuestos en que el Juez dicta el correspondiente auto de adjudicación derivado de una subasta judicial, pues el acto de la subasta determina la adquisición derivativa que requiere el artículo 34 LH, limitándose el auto judicial a constituir un acto formal de autoridad dentro de la vía de apremio o del proceso correspondiente para consumir la adquisición procedente de subasta. Por tanto, cumplen los requisitos para la aplicación del artículo 34 LH las adquisiciones en virtud de auto judicial de adjudicación en el procedimiento judicial sumario, en la vía de apremio o proceso de ejecución, sea por causa civil, laboral o penal o de la clase que sea, incluso la adjudicación notarial en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, que responde a la misma idea de consumación de la subasta pública».

⁶⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 593: «Respecto a los *adquirentes por resolución judicial* no cabe duda que si lo son a consecuencia de una realización ejecutiva de bienes, y lo mismo si la resolución es administrativa por ejecución fiscal, estamos ante una adquisición por negocio jurídico, pues el Juez, en unas, y el Agente Ejecutivo, en otras, enajenan a nombre del ejecutado».

⁶⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 461: «En la hipótesis del artículo 34 el tercero protegido lleva a cabo una adquisición del dominio o de otro derecho real, en virtud de un acto o negocio jurídico que lo relaciona con el titular registral. Puede tratarse –y será lo normal– de un negocio jurídico *inter partes*, pero puede tratarse también de un acto

inclusión en el ámbito protector del artículo 34. En todo caso, la adquisición del adjudicatario es una adquisición derivativa *inter vivos* y onerosa; y eso es lo que en nuestro Derecho basta para su protección registral. Esta tesis, secundada además por varios otros autores⁶⁹, es la que entre nosotros ha abierto el camino a la redacción del artículo 594 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁰. A partir de él es ya legalmente cierto que el mismo adjudicatario –no sólo el subadquirente que de él traiga causa– es un tercero adquirente alcanzado por el efecto protector del artículo 34 LH.

Se infravalora, a nuestro juicio, el artículo 594 LEC cuando se le presenta como una norma que no hace por sí misma irreivindicables los bienes adquiridos en pública subasta, sino que se limita a enunciar, tautológicamente, una irreivindicabilidad producida

jurídico no negocial, en virtud del cual derive su derecho el tercero. Por ejemplo: la finca que aparece inscrita a nombre de Ticio, como titular registral, es adquirida en subasta pública judicial por Cayo».

⁶⁹ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., p. 602: «La transmisión puede ser voluntaria (por ejemplo, por compra) o forzosa (por ejemplo, en subasta pública por ejecución judicial); REY PORTOLÉS, *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995, pp. esp. 532-536, aunque con la peculiaridad de fundamentar la protección del tercero en el artículo 32, no en el 34 LH (cfr. p. 534: «[...] el propio rematante o adjudicatario, una vez solos en el folio, pueden considerarse terceros latinos protegidos por los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 CC (trasuntos ambos del criterio que inspira el art. 1473 CC) frente al verdadero propietario que quisiera volver a la carga». Posteriormente, contando ya con el dato legal suministrado por la nueva LEC, TALMA CHARLES, JAVIER, *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001, p. 564: «Si el tercer adquirente en la subasta judicial cumple con los requisitos exigidos por el artículo 34 LH (en especial habrá que fijarse en su buena fe), entonces tal titular inscrito habrá adquirido una posición inatacable configurándose como un verdadero tercer hipotecario»; BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE, «El sujeto beneficiario de la protección registral», *RCDI*, 2003, p. 2639: «¿Por qué [...] se mantiene en su adquisición al adjudicatario de la subasta? Porque confió en un presupuesto material u objetivo, conformed por la información registral y la misma actuación judicial, apto para ser creído por el postor. Y como, además, concurrían los otros requisitos [...] que exige la doctrina de la apariencia jurídica para su aplicación, el rematante podrá perfectamente invocar esta institución, cuya eficacia consiste en provocar los mismos efectos sustanciales [...] que si la situación jurídica aparente hubiera sido real: si el embargo realmente hubiera recaído sobre cosa propiedad del ejecutado»; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero por el deudor ejecutado: ¿adquisición de la propiedad por el rematante? Comentario a la STS de 11 de junio de 2004» *RdP*, 15, 2005, p. 330: «Parece más lógico entender, con la doctrina de esta Sentencia, que la adquisición del adjudicatario en el procedimiento de apremio puede reunir los requisitos propios de la protección del Registro: adquiere de quien aparece en él como titular, mediante una contraprestación, sin que en el Registro figuren las causas que permitan dudar de la titularidad del transmitente y sin conocerlas de otro modo, y, finalmente, inscribe su derecho»; ID., anteriormente, *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2005, pp. 239-246.

⁷⁰ Como es sabido, su tenor literal es como sigue: «*Posterior transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado*.—II. El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercera de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación».

—cuando efectivamente deba producirse— *alio capite* y al margen de ella en razón de causas, principios y normas ajenas a aquél⁷¹. Es cierto que la irreivindicabilidad sancionada en este precepto no es una irreivindicabilidad absolutamente necesaria; pero el hecho de que así sea no resta un ápice de valor al mandato que la enuncia: es la simple y necesaria manifestación de que en la protección de la adquisición *a non domino* no es suficiente haber adquirido de quien no es dueño, sino que tal adquisición debe producirse siempre encuadrada en un conjunto de circunstancias sin las cuales no se justificaría su protección. Ello supuesto, el solo dato de que el precepto legal cuente con la posibilidad de que el adquirente de bienes embargados pueda adquirir irreivindicablemente —mucho más cuando expresamente se afirma que esa irreivindicabilidad puede venir de la mano del artículo 34 de la Ley Hipotecaria⁷²— basta para que se reconozca al artículo 594 LEC la importancia que corresponde a una norma que viene a declarar y sancionar ahora lo que hasta este momento sólo constituía una opinión discutible: que la adquisición en pública subasta entra en el campo al que alcanza el efecto sanante del principio de fe pública registral. El derecho que con carácter general dejaba a salvo el artículo 1533.II de la LEC de 1881 al dueño que no hubiera interpuesto oportunamente la tercería de dominio, queda hoy relegado ordinariamente a las acciones resarcitorias y de nulidad previstas en el segundo párrafo del vigente artículo 594. Se entiende, por ello, que la doctrina procesalista haya sostenido la novedad que hoy supone esta norma⁷³,

⁷¹ Así, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Barcelona, 2000, pp. 2866 y 2867: «A pesar de lo que parece decir el inciso segundo del artículo 594.1, la LEC [¿no?] se ha atrevido a hacer irreivindicables los bienes adquiridos en pública subasta (y por el solo hecho de que han sido adquiridos en pública subasta). [...] lo único que dice es lo que ya sucede y no puede dejar de suceder: que si el rematante o adjudicatario hubiera adquirido de modo irreivindicable bienes enajenados conforme a lo establecido en la legislación sustantiva, serán mantenidos en su adquisición. Lo que es tan evidente que cae en la tautología [...]».

⁷² Cfr. el mismo FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 2867: «Los bienes pueden haber sido adquiridos de forma irreivindicable si se adquirieron en las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; también, SALINAS MOLINA, F., en *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, vol. VI, BARONA VILAR, *et alii*, Valencia, 2001, p. 5141: «Cuando se trate de bienes inmuebles, los criterios generales de los que se ha de partir para determinar si la transmisión es o no irreivindicable, son los previstos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, teniendo en cuenta, en su caso, la posible aplicación de la presunción de buena fe que establece dicho precepto».

⁷³ Cfr., e. c., CORDÓN MORENO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, ed. Aranzadi, 2001, p. 290: «En cambio, bajo la normativa anterior, en la que no existía una norma semejante a la que comentamos [...]»; VEGA TORRES, en DE LA OLIVA SANTOS, *et alii: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas, 2001, p. 1035: «Desde esta perspectiva, la LEC supone una clara reacción frente a cierta jurisprudencia (de dudosa corrección, incluso en relación con la legislación anterior) que venía permitiendo, sin limitación alguna, que el verdadero dueño impugnara en juicio declarativo las enajenaciones forzosas basadas en embargos de bienes no pertenecientes al ejecutado».

y que a partir de ella la jurisprudencia, rectificando el rumbo marcado por sus anteriores pronunciamientos, venga ahora cobijando en el ámbito protector del artículo 34 LH a las adquisiciones efectuadas en pública subasta⁷⁴.

Nada de incorrecto y censurable hay, a nuestro juicio, en la novedad legalmente introducida en nuestro Ordenamiento por el artículo 594 LEC. La *venta* pública no deja, por ser pública, de ser venta. Venta *forzosa*, con lo que ello implica de violenta incrustación en su configuración de un elemento extraño a la noción pura del contrato. Pero la doctrina civilista tiene ya plenamente asimilada la figura del contrato forzoso. Podrá decirse que la venta en pública subasta no entra en el contenido nuclear de la inconcreta categoría de los «actos del tráfico»; pero lo que nunca podrá negarse es que en ella se produce una transmisión derivativa y onerosa cuya protección no repugna a la finalidad aseguradora y protectora del Registro de la Propiedad.

Por otra parte, es verdad que el procedimiento de embargo no puede supeditarse a la previa comprobación cierta y definitiva de que los bienes trabados pertenecen al deudor (de ahí, obviamente, la tercería de dominio), y que, en tales condiciones, dicho procedimiento no podría garantizar por sí mismo al adjudicatario la inmovible firmeza de su adquisición. Pero en el caso de que aquí se trata –aunque no sólo a él se refiera el art. 594 LEC– la situación producida no es pura y simplemente esa. Nuestra hipótesis implica que el bien subastado está registralmente inscrito a nombre del deudor. El conflicto de derechos que en ella se produce es, pues, el mismo que genéricamente la Ley Hipotecaria resuelve en favor del derecho inscrito frente al que dejó de inscribirse, y, más específicamente, el que se plantea entre el titular del derecho no inscrito y quien onerosamente y de buena fe lo adquiere de su titular registral. Nada de extraño, en consecuencia, que su solución se acoja al principio de fe pública registral.

Admitida, pues, en abstracto la posibilidad de que la adquisición en venta judicial entre en el ámbito de la protegibilidad registral, el obstáculo que concretamente podría alzarse contra la aplicación a ella del principio de fe pública registral es, obviamente,

⁷⁴ «... sin perjuicio de que si se realiza el embargo y, sin haberse inscrito una transmisión anterior, el adjudicatario inscribe su adquisición, éste sí estará protegido por la fe pública registral», encontramos *obiter dictum* en la STS de 19 de mayo de 1997. La misma tesis se expone en la de 22 de junio de 2001. En ella se fundan, a modo de *ratio decidendi*, los fallos de las de 13 de abril de 1993, 14 de junio de 2000 y 6 de mayo de 2004. La corriente contraria rebrota, de nuevo, en las de 10 y 16 de junio de 2003, 11 de junio de 2004, 30 de diciembre de 2005 y 25 de mayo de 2006. De interés, en su propósito de unificar y fijar doctrina y decidiéndolo en el sentido indicado en el texto, la STS de 5 de marzo de 2007 (P. Marín Castán).

el que a la validez del embargo –y al de la adjudicación subsiguiente– opondría la ajenidad de la cosa trabada respecto del deudor ejecutado. Es éste un problema que, naturalmente, no se produce en la ejecución hipotecaria: inherente la hipoteca a la cosa gravada (arts. 1876 CC y 104 LH), es del todo indiferente quién sea el titular de la misma⁷⁵; en el embargo, en cambio, es exigencia natural del procedimiento y de su desarrollo y consecuencia, que la cosa embargada pertenezca al deudor (art. 1911 CC). Pero es justamente en este punto donde el artículo 594 LEC se manifiesta tajante: *el embargo trabado sobre bienes que no pertenecan al ejecutado será, no obstante, eficaz*, y el rematante o adjudicatario puede adquirir irreivindicablemente los bienes así subastados. Supone esta norma la equiparación de esta transmisión con la que se produce en la enajenación voluntaria ordinaria: la ajenidad de la cosa transmitida no implica la invalidez del título de su adquisición (art. 1953 CC), aunque sí provoque el vicio en el modo de adquirir (*traditio* o elemento que en el procedimiento de ejecución hace sus veces) cuyo efecto invalidante (art. 433 CC) vienen a impedir las correspondientes figuras de aseguramiento de los derechos (usucapión ordinaria) o de protección del tráfico y de las adquisiciones de buena fe (adquisición *a non domino* y, más específicamente, principio de fe pública registral) genéricamente previstas en el Ordenamiento.

La transposición de este criterio desde el mecanismo de la transmisión voluntaria al propio de la forzosa resulta justificado, adecuado y legítimo⁷⁶. El procedimiento de ejecución, al igual que el contrato, tiene sus propios requisitos intrínsecos, y es la inobservancia de éstos lo que podrá provocar su nulidad. La titularidad de

⁷⁵ El problema que sí puede generarse, provocando entonces la misma cuestión, es el de la constitución de la hipoteca *a non domino*, por no serlo en la realidad quien como titular del bien hipotecado aparece en el Registro. En tal caso, la STS de 14 de junio de 2000 declara protegido por el artículo 34 LH al adjudicatario adquirente en el procedimiento de ejecución hipotecaria: «En estos límites se encuadra perfectamente la adquisición de aquella finca que en ejecución hipotecaria hizo don [...] y el mecanismo de atribución preferencial que para esta última adquisición, con respecto a la realizada por el recurrente, establece el artículo 1473 del Código, obra plenamente a falta de actuación maliciosa en el logro de aquellos presupuestos, tacha que aquí no se señala para dicho adquirente al que, en cambio, se niega la condición de tercero protegido por aquel artículo 34 cuando, en palmario contrasentido, se le está reconociendo la de adquirente, posterior a quien recurre y así invoca, mediante auto firme de adjudicación en subasta judicial con origen en lo que el Registro de la Propiedad pública, y en esa adquisición tiene que ser mantenido, desestimando los reseñados motivos del recurso».

⁷⁶ VEGA TORRES, *op. cit.*, pp. 1035 y 10036: «En el fondo, la LEC no hace otra cosa que confirmar que quien adquiere bienes de quien no es su dueño merece idéntica protección tanto si los adquiere en una ejecución como al margen de ella [...]. La diferencia de tratamiento entre uno y otro caso no tenía, en realidad, justificación, puesto que las razones por las que el Derecho protege a los adquirentes que confían en la apariencia de titularidad del transmitente se presentan en la misma medida en las enajenaciones fuera de la ejecución y en las que tienen lugar dentro de ella».

la cosa vendida o embargada y enajenada, más bien que requisito del mismo contrato o procedimiento, es presupuesto extrínseco de uno y otro, que, suplible en ambos, no desencadena su nulidad⁷⁷. Lo único que podrá impedir es la eficacia de la enajenación seguida de ellos cuando en el comprador o adjudicatario no se cumplan las condiciones necesarias para la protección de los terceros adquirentes de buena fe. Así se entiende que el artículo 594.2 LEC deje a salvo –aparte las indemnizatorias correspondientes– la acción de nulidad de la enajenación. Es una nulidad, ésta, que, en razón de lo establecido en el mismo precepto, no puede deber su causa a la ajenidad de la cosa respecto al deudor ejecutado, sino que tendrá que venir arrastrada de la nulidad del procedimiento de ejecución por haberse incumplido en él las normas y cautelas a que la Ley lo somete⁷⁸. Aquí es donde, en términos estrictamente hipotecarios, el artículo 33 LH habrá de impedir la protección del adjudicatario, y donde habrá de esperarse hasta la aparición del subadquirente para que el principio de fe pública registral pueda entrar en acción poniendo en movimiento la particular energía de su mecanismo protector.

Recapitulando, pues, teniendo a la vista todo lo anteriormente dicho, y pretendiendo reunir y sintetizar cuanto en nuestro Ordenamiento se dispone sobre el embargo y ejecución de bienes en su derivación hipotecaria, podemos terminar formulando las conclusiones siguientes:

1. El embargo no proporciona al acreedor embargante, ni por sí mismo ni por su anotación en el Registro, la protección que la publicidad registral depara a los terceros adquirentes. La razón nos es ya conocida: el embargo no muda la naturaleza personal del cré-

⁷⁷ Con anterioridad a la vigente LEC, CORDÓN MORENO, F., «Embargo (D.º Proce-sal)»: *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, 1995, p. 2694: «Pero el embargo trabado sobre el bien de un tercero no es nulo [...]»; tras ella, ID.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, ed. Aranzadi, 2001, p. 289: «[...] el embargo como del ejecutado de un bien que no forma parte de su patrimonio no afecta a la eficacia de la afección del bien a la ejecución». Cfr., también, VEGA TORRES, *op. cit.*, p. 1033.

⁷⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 2867: «La nulidad de la enajenación será posible conforme a las reglas generales, pero no porque el bien no sea de la propiedad del ejecutado, pues que el embargo trabado sobre bienes que no son del ejecutado es eficaz es lo primero que el propio artículo dice»; VEGA TORRES, *op. cit.*, p. 1036: «En cuanto a la nulidad de la enajenación, ha de entenderse, por coherencia con lo dispuesto en el apartado anterior, que sólo será viable esta acción cuando se base en causas distintas a la mera ausencia del requisito de pertenencia al ejecutado en el momento de la traba. La ausencia de este requisito no produce la nulidad de pleno derecho del embargo y, por tanto, no puede fundamentar una pretensión de nulidad de la enajenación. Esto no significa que la mención de la nulidad de la enajenación en el artículo 594.2 quede vacía de contenido: la acción de nulidad puede basarse, por ejemplo, en que los bienes trabados y posteriormente enajenados, con independencia de quién fuera su titular, eran inembargables o en que, habiéndose admitido a trámite una demanda de tercería de dominio, fueran enajenados, en contra de lo dispuesto en el artículo 598.1».

dito, y su anotación no puede, por tanto, conceder al acreedor anotante la protección registral que mediante la inscripción de su derecho obtiene el acreedor hipotecario ⁷⁹.

2. Los vicios intrínsecos del procedimiento ejecutivo impiden la protección registral de quien, por consecuencia de él, adquiere como adjudicatario; y en tesis reiterada de nuestra jurisprudencia no escapa a la condición de tal el cesionario del remate ⁸⁰. Habrá, pues, que esperar en tal caso a la aparición del subadquirente para que su adquisición pueda acogerse al efecto sanante de la fe pública registral ⁸¹.

3. Cuando el bien embargado no pertenece al deudor, puede su titular liberarlo de la traba haciendo valer su derecho mediante la tercería de dominio; pero ésta deberá ser interpuesta necesariamente antes de que se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta (art. 596.2 LEC) ⁸².

4. Si tal transmisión llega a producirse, el adjudicatario que en ella adquiere onerosamente y de buena fe de quien en el Registro aparece como dueño, al reunir los requisitos exigidos por el artículo 34 LH al tercero amparado por la fe pública registral, será mantenido en su adquisición; esto es: adquirirá irreivindicablemente ⁸³. Al

⁷⁹ Hemos desarrollado este punto en nuestro estudio «El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, 2004 (t. LVIII, fasc. II), pp. 513-536.

⁸⁰ Cfr. SSTS de 24 de junio de 2003 y 5 de mayo de 2005.

⁸¹ *Vid.*, en la reciente jurisprudencia, STS de 17 de julio de 2003.

⁸² SERRA DOMÍNGUEZ, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000, p. 85: «[...] para alzar el embargo habrá que acudir a la *tercería de dominio*, ya que, de no formularse, el rematante o adjudicatario de buena fe adquirirá el bien de forma irreivindicable, sin perjuicio de las acciones de enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación»; VEGA TORRES, *op. cit.*, p. 1034: «Una vez enajenados los bienes, la circunstancia de que éstos no pertenecieran al ejecutado en el momento de la traba no puede ser invocada por el verdadero dueño para impugnar la enajenación».

⁸³ Errónea e inoportunamente, en nuestra opinión, niega al adquirente en subasta judicial la condición de tercero hipotecario la STS de 11 de mayo de 2006. Erróneamente, decimos, por cuanto hasta ahora se ha argumentado en el texto; e inoportunamente, porque se trataba en el caso de una adquisición *a vero domino* de finca hipotecada en la que el adquirente pasaba a ocupar la posición del tercero poseedor de finca así gravada: «Es de aceptar dicho motivo –dice la sentencia– pues el “tercero” adquirente en pública subasta no es el “tercero hipotecario” a que se refiere el artículo 34 LH, sino que es el de buena fe que participa en ella, del artículo 114 LH como traducción del principio de publicidad, y de “no oponibilidad”, del artículo 32, por lo que el mismo sólo responde de la carga real en que consiste la hipoteca, y no de otras cargas personales del deudor, no garantizadas, sin alcance a tales terceros, ya que, según el indicado artículo 114, sus obligaciones se limitan, además de responder por el principal adeudado, sólo al pago también de los intereses, en principio de los dos últimos años y de la parte vencida de la anualidad corriente [...]». En el sentido del texto, y tratando de unificar y fijar doctrina («El panorama jurisprudencial que se acaba de describir –dice en su FD sexto– aconseja que para resolver el presente recurso, fundado en infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la jurisprudencia al respecto, se fije definitivamente la doctrina de esta Sala sobre si dicho precepto ampara o no las adquisiciones a *non domino*, especialmente cuando éstas se producen a consecuencia de procedimientos de apremio sobre bienes

verus dominus sólo quedarán las acciones resarcitorias o de enriquecimiento injusto que le reserva el artículo 594.2 LEC.

D) A TÍTULO ONEROSO

La onerosidad de la adquisición es requisito indudable en nuestro Derecho para la aplicación del principio de fe pública registral⁸⁴. Lo exige literalmente el artículo 34 LH⁸⁵, cuya redacción en 1944 vino a mantener, considerándolo como tradicional⁸⁶, el criterio expresado por primera vez en la reforma de 1877⁸⁷. ¿Vigente sólo a partir de entonces? Nosotros, apartándonos de la opinión más extendida⁸⁸ y haciendo nuestra la de Roca Sastre⁸⁹, creemos que no: el requisito de la onerosidad estaba ya implícitamente presente en la Ley de 1861. Lo sugieren así tanto el dato de que no fuera ajeno a la originaria Ley Hipotecaria el principio *qui certat de damno vitando anteponendus est*

embargados después de haberlos enajenado ya su titular registral»), como ya se ha indicado, la STS de 5 de marzo de 2007.

⁸⁴ En cuanto a su necesidad para el juego de esa otra forma de protección registral consistente en la pura inoponibilidad de lo inscribible no inscrito (art. 32 LH), nos remitimos aquí a lo ya dicho en «El principio de inoponibilidad...», ADC, cit., pp. 469-483. Lo allí desarrollado, y en cuanto trasciende el peculiar principio de que en cada caso se trate, sirva de fondo a cuanto ahora se va a razonar específicamente para la justificación de su exigencia en la aplicación del principio de fe pública registral.

⁸⁵ Con él concuerdan el 37.4.º a) y el 40, i. f., LH.

⁸⁶ Cfr. EM de la Ley de 30 de diciembre de 1944: «Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que el orden a la aplicación del predicho principio rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter *juris et de jure* a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes [...] por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren».

⁸⁷ En ella el artículo 34 se redacta como sigue: «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado *por título oneroso*, aunque después se anule o resuelva...».

⁸⁸ Cfr., e. c., GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 492, viendo en el cambio redaccional del artículo 34 en 1877 una «gravísima innovación»; NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., p. 609: «Las Leyes fundamentales del sistema de 1861 y 1869 no lo exigieron [el título oneroso]. Aparece por primera vez en la Ley de 17 de julio de 1877»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, I, cit., p. 399: «La Ley de 17 de julio de 1877 limitó la protección registral a los adquirentes a título oneroso, sin que sea muy claro el fundamento de la innovación»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 233: «Esto [que la protección del Registro sólo se concede a las adquisiciones por título oneroso] no era así hasta la Ley de 21 de julio de 1877 [...]»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales...*, VII, 4, cit., p. 464: «En la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 no se exigía el requisito de la onerosidad [...]. En la reforma hipotecaria de 1869 tampoco se añadió nada acerca de la onerosidad [...]. Fue en la reforma hipotecaria de 1877 cuando se implantó este requisito, pero únicamente en relación con el tercero del artículo 34, y no en relación con el artículo 32 [...]».

⁸⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 717: «En la Ley Hipotecaria de 1861, así como en la de 1869, el artículo 34 no distinguía entre terceros adquirentes a *título oneroso* y a título *lucrativo*, pero en el fondo en dichas dos primeras Leyes Hipotecarias, el carácter oneroso de la adquisición por el tercero protegido por el artículo 34 estaba implícito en ellas».

*ei qui certat de lucro captando*⁹⁰, como el de la finalidad sólo aclaratoria y redaccional de la reforma del artículo 34 en 1877⁹¹.

Lo que sí resulta hoy cierto es que la limitación de la protección registral sólo al adquirente por título oneroso singulariza a nuestro Derecho frente a los modelos comparados más significativos y próximos⁹². La inoponibilidad latina se brinda por igual a todo adquirente, sin reparar en la onerosidad o gratuidad del título de su adquisición, en Francia, a partir de la reforma de 1935⁹³, y, aunque

⁹⁰ Puede verse en las palabras de PERMANYER contestando a MARICHALAR en la discusión de la Ley ante el Congreso (cfr. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, I, ICN de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, cit., p. 218: «El heredero que lo es por título gratuito es ciertamente digno de respeto; pero bajo el aspecto moral, por no decir económico, bajo el aspecto moral, de acuerdo en esta parte con el económico, el derecho del heredero adquirente por título gratuito no es tan recomendable como el del adquirente por título oneroso. Si, pues, un poseedor que lo es con justo título, que lo es a título oneroso, como lo será, si no en todos los casos, en la mayor parte de aquellos a que se refería la impugnación del Sr. Marichalar; si ese adquirente con justo título, a título oneroso y de buena fe se presenta delante de la ley enfrente de otro adquirente que lo fuera a título gratuito, por más sagrado que sea su derecho adquirido como heredero testamentario [...] yo apelo a los sentimientos no sólo de los juristas, sino de los que no lo son, para que me ayuden a dar solución lógica y equitativa a ese problema, ¿puede hacer más la ley que optar por el que más se recomienda en el terreno de la moralidad y de la verdadera justicia?». Lo mismo, en las siguientes líneas de GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 650 y 651: «4. Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título lucrativo. [...] Fúndase la Ley en que en tal caso resultaría perjuicio considerable al que no teniendo ningún motivo para imaginar que la donación se hubiera hecho en fraude de acreedores adquiera la finca donada en una segunda enajenación por la que hubiese hecho un desembolso equivalente a su valor. No sucede lo mismo con el segundo donatario que recibe la finca que se le dio al primero: ningún sacrificio hizo éste por su parte; y constituida la ley en la necesidad de optar entre uno de los dos medios, a saber, que quede él privado de la finca, o que los acreedores pierdan lo que se les debe, se ha decidido con sobrada justicia a favor de éstos. Ni es infrecuente en el derecho dar preferencia al que va a sufrir un daño sobre el que sólo se propone un lucro».

⁹¹ Cfr. GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 492, aunque considerando desbordada tal finalidad por las Cortes al aprobar la propuesta de reforma: «Con posterioridad a la publicación de la LH de 1869, modificóse de nuevo el artículo 34. El Senador don Valerio Casanueva presentó en mayo de 1877 una proposición, con el objeto de aclarar algunas disposiciones de aquélla, completar otras y poner en armonía preceptos que se consideraban opuestos. Con relación al artículo 34, propuso que se substituyeran las palabras: *en cuanto a los que con aquella* (la persona que aparecía con derecho) *hubiesen contratado*; con lo cual indudablemente se conseguía disipar las dudas que, como dijimos en el § I.º de este Com., pudiesen surgir sobre quién era tercero para los efectos del mismo artículo.

No fue, pues, modificar, sino aclarar el 34, lo que se propuso el Sr. Casanueva; pero las Cortes no sólo aprobaron la propuesta, sino que introdujeron una verdadera e importante novedad [...]».

⁹² Lo destacan así, principalmente, CARRETERO, «Los principios hipotecarios...», cit., pp. 37 y 38, y GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 467: «En todo caso, como el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es terminante acerca de la exigencia del requisito de la onerosidad, ha de estarse al mismo en la legislación vigente, aunque constituya un islote dentro del Derecho comparado».

⁹³ MAZEAUD, *op. cit.*, p. 596: «Le décret-loi du 30 octobre 1935 –dont les dispositions ont été précisées par le décret de 1955–, en faisant du légataire particulier un tiers au sens du droit común, a rapproché les effets de la publication des donations et les effets de la publication des autres actes. Avant 1935, le legs particulier n'était pas soumis à publicité [...]». Para la originaria Ley de Transcripción, cfr. TROPONG, *op. cit.*, p. 313: «[...] nous croyons que le donataire qui a transcrit est sans action contre l'acheteur qui n'a pas encore transcrit. Ceci s'établit, et par les principes du droit civil, et par les règles du Code

con alguna excepción, en Italia⁹⁴; y lo mismo puede decirse en los sistemas germánicos de Alemania (§ 892 BGB)⁹⁵ y Suiza (art. 973 ZGB)⁹⁶ en cuanto al efecto protector de la fe pública registral. Singularización, pues, de nuestro Derecho en este punto: ¿para bien o para mal? En nuestra opinión, para bien. Constituye una clara manifestación de que nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria no se construye desde bases de pura lógica conceptualista y formal, sino atendiendo para el trazado de sus soluciones a la ponderación realista de los intereses en pugna. ¿Cuáles son las razones que justifican la negación del beneficio de la fe pública registral al adquirente por título gratuito? Una, y la primera: el viejo y conocido principio *qui certat...*, antes indicado⁹⁷. Y otra: que las adquisi-

Napoleón, auxquelles la loi du 23 mars 1855 n'a pas dérogé, en matière de transcription de donation, el par l'esprit même de cette loi, qui a été de favoriser le crédit foncier et de protéger ceux qui ont traité à titre onéreux».

⁹⁴ Por todos, FERRI, Luigi, *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto, Bologna-Roma, 1960, pp. 156: «Non rileva poi la gratuità od onerosità dell'acquisto. Anche il donatario può eccepire il difetto di trascrizione di un acquisto a titolo oneroso», y 234: «Quanto alla natura onerosa dell'acquisto diremo che essa non è richiesta salvo il caso particolare della trascrizione della domanda di revoca o annullamento, come meglio vedremo fra breve».

⁹⁵ Cfr. ENNECERUS-KIPP-WOLFF, III, 1, cit., p. 276: «El anterior derecho prusiano con razón sólo protegía al adquirente a título oneroso: el adquirente a título gratuito estaba en igual situación que el que obraba de mala fe. El CC ha rechazado este principio; la fe pública del registro ampara también al adquirente gratuito» (cvas. de los aa.).

⁹⁶ Cfr., por todos, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 632: «Il s'agit avant tout du transfert des immeubles ou de la constitution de droits réels limités sur un immeuble, moyennant inscription et sur la base d'un acte juridique. Peu importe la nature de cet acte, et si le titre d'acquisition est onéreux ou gratuit».

⁹⁷ Se invoca esta razón en la EM de 1944: «Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente». En la doctrina, a pesar de sus críticas o reservas respecto a la introducción del requisito de la onerosidad, admiten esta razón, GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 492 y 493: «Hay realmente una diferencia no pequeña entre el que adquiere por título lucrativo o gratuito una cosa, sin que nada dé en compensación, y el que adquiere por título oneroso, pagando el valor de lo adquirido, en otra cosa equivalente o en dinero, o en servicios, o sujetándose a cargas y condiciones que disminuyeron su patrimonio [...], y SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 427, «La Ley vigente, al mantener la exclusión de los adquirentes a título gratuito, la justifica en el preámbulo no por razones de carácter técnico o jurídico, sino por un fundamento de equidad: la necesidad de evitar un quebranto económico a aquellos que, mediante legítimas prestaciones, acrediten tener algún derecho sobre los bienes [...]. Esta razón de equidad justifica cumplidamente el sistema legal». Disiente en solitario GARCÍA GARCÍA, quien, criticando en general el «tópico» de la onerosidad y su aplicabilidad en el ámbito del artículo 32 LH (*Derecho Inmobiliario...*, II, cit., pp. 183-186), admite y fundamenta el requisito en el marco exclusivo del artículo 34 por razón distinta a la indicada en la EM. «Ahora bien, en relación con el tercero del artículo 34, que da lugar a una adquisición a non domino, estimamos justificado —dice (*op. cit.*, p. 286)— que el legislador exija el requisito de la onerosidad.

Pero ello no es por las razones que expresa la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1944 [...].

Se trata de que el artículo 34 LH contempla el supuesto especial de las adquisiciones a non domino, que constituyen una excepción al principio general de nulidad en cadena de los actos nulos y al principio *nemo dat quod non habet*. Y ante una situación de adquisición a non domino excepcional, es lógico que el legislador exija un requisito más, el de la onero-

ciones gratuitas son ajenas a la idea del tráfico jurídico cuya seguridad y tutela asume como tarea suya propia el Registro de la Propiedad⁹⁸. Un indicio del peso de estas razones puede observarse en el régimen alemán. Los presupuestos del sistema (oscurecimiento de la causa por efecto del mecanismo abstracto de la transmisión) llevan al BGB a apartarse del precedente prusiano que excluía de la protección del Registro al adquirente gratuito; pero la admisión de éste entre los beneficiarios de la fe pública registral obligará a la alteración del instrumento normal de recomposición de intereses exigido por la adquisición *a non domino*: mientras que en el caso de la adquisición onerosa el *verus dominus* deberá dirigir su reclamación personal-resarcitoria contra el enajenante *non dominus*, en la gratuita deberá hacerlo contra el adquirente (§ 816 BGB⁹⁹). En definitiva, pues: que tampoco en el BGB el adquirente gratuito (*qui certat de lucro captando*) prevalece completa y definitivamente sobre el *verus dominus* (*qui certat de damno vitando*). Pues bien, esa preferencia subrogatoria y final del *verus dominus* es la que nuestro Derecho establece, *in natura*, inicialmente y *recta via*, negando al adquirente por título gratuito la protección autónoma del Registro.

La protección autónoma del Registro, hemos dicho. Y es que, como el artículo 34 se encarga de advertir¹⁰⁰, «... Los adquirentes

sidad, expresivo de ese sacrificio que ha otorgado el adquirente, para un supuesto que desvirtúa la regla general de las adquisiciones, y dado que estamos ante casos de nulidad, resolución o inexistencia de negocios, en que la inscripción no los convalida (art. 33 LH)».

⁹⁸ Hemos visto expresada ya esta idea por TROPLONG, *op. cit.*, p. 313, en cuanto a la francesa Ley de Transcripción; en nuestra doctrina y para nuestro Derecho Registral se la puede ver, e. c., en ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 719: «[...] la protección del adquirente a título gratuito no la demandan propiamente las necesidades del tráfico jurídico, móvil fundamental de los sistemas inmobiliarios registrales»; COSSÍO, *op. cit.*, p. 222: «[...] si la finalidad del Registro es la seguridad del tráfico, la protección de las transmisiones gratuitas difícilmente podría justificarse a favor de quien nada ha dado y en daño de quien materialmente es verdadero titular del derecho, habiéndolo adquirido pagando el mismo una contraprestación»; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 461: «En rigor, la exigencia [de la onerosidad] se justifica por la falta de necesidad de protección especial para los adquirentes a título gratuito»; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «El principio de fe pública registral y su aplicación a la hipoteca de constitución unilateral. Los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, sus requisitos y su posible aplicación a este caso (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2003)», *ADC*, 2005, p. 1384: «[...] pues la protección del adquirente a título gratuito no la demanda el tráfico».

⁹⁹ Dice así su primer párrafo: «Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt». Sobre las dudas interpretativas planteadas a la doctrina alemana por este precepto, *vid.* ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, III, 1, cit., p. 276, nota 31.

¹⁰⁰ Advertencia severamente juzgada por ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 718: «Este precepto hasta cierto punto es inútil, pues lo que dispone se sobrentendería sin él, y, además, es incompleto, ya que lo que expresa de los adquirentes a título gratuito es aplicable a los adquirentes a título oneroso que no reúnan la condición de tercero hipotecario».

a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente». El sentido de la norma es claro: el adquirente por título gratuito no es una especie de sujeto indeseable o de proscrito registral al que el sistema niegue las ventajas de la publicidad. Simplemente ocurre que la ponderación de su derecho frente al que habría de ser sacrificado por efecto del principio de fe pública registral lleva a la Ley a privarle del efecto sanante de éste, aunque aquel adquirente –excluido, por hipótesis, el de la onerosidad– reuniera los demás requisitos exigidos por el artículo 34 LH. En definitiva, pues, y desde el punto de vista de la por Lacruz-Sancho llamada eficacia ofensiva de la inscripción –principios de inoponibilidad y de fe pública registral (arts. 32 y 34, respectivamente, de la Ley Hipotecaria)–: que el adquirente por título lucrativo no podrá adquirir *a non domino* donde y como normalmente adquiere un adquirente a título oneroso; pero sí podrá beneficiarse de la adquisición así obtenida por su transmitente ¹⁰¹. Desde el punto de vista, en cambio, del principio de presunción de exactitud o de legitimación registral, la inscripción de la adquisición gratuita produce el mismo efecto legitimador que el de la onerosa. Concretamente, quien adquiera de donatario inscrito y con los requisitos exigidos en el artículo 34 gozará en las condiciones normales los efectos sanantes de la fe pública registral. La constancia registral de la gratuidad del título del transmitente no arrastra hasta su causahabiente la inestabilidad de aquélla, a no ser que su causa conste concretamente en el Registro (art. 37.2 LH) o que, una vez operante y ejercitada, se haya anotado la demanda en el Registro de la Propiedad (art. 649 CC) ¹⁰². La inscripción del donatario no es, pues, una inscripción sospechosa que, como la de los

¹⁰¹ Cfr. sobre ello, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 429; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 191; Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 462.

¹⁰² En el sentido del texto, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 191: «La onerosidad es un requisito de la adquisición del tercero, pero no de las anteriores. Por tanto, el que compra a un donatario está a salvo de cualquier causa de resolución, salvo las señaladas en el artículo 37 LH». En sentido contrario se manifestaron GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 497 y 498: «Si puede asegurarse el dominio adquirido por título oneroso, de quien aparece dueño por título gratuito, notificándose a los anteriores poseedores. Hemos dicho que el que ha adquirido por título gratuito una porción de bienes, de quien aparecía en el Registro ser su dueño, no puede convalidar su derecho usando de la especie de liberación antedicha. Cuando la finca no pasa del primer adquirente, esto es llano; pero no pequeñas dificultades entraña cuando ha habido transmisiones posteriores. El sucesor o el donatario transfieren la propiedad a otro, y éste a un tercero, y el tercero a un cuarto, todos por título oneroso: ¿podrá cualquiera de ellos asegurar su derecho notificándose la inscripción hecha a nombre del transferente, a los que poseyeron en los anteriores veinte años? Aun cuando por las primeras palabras del artículo podría sostenerse la afirmativa, no es tal nuestra opinión, ya porque no reconociendo la LH validez en el título del que transfiere, no puede reconocerlo en el que procede de éste, salvo en los casos en que expresamente lo declare; ya porque la causa de la nulidad aparecía en el Registro, puesto que constaba haber recibido los bienes el otorgante por título gratuito; ya porque esta doctrina llevaría tras sí la anulación del precepto limitativo [...]. Por fin, siendo éste un recurso extraordinario, y no muy conforme a intrínseca justicia, ha de restringirse su interpretación en todo caso de duda».

derechos adquiridos por herencia o legado, provoque la suspensión por dos años de su efecto legitimador *quoad tertios* ¹⁰³.

Pues bien, justificada por la razón expuesta la exclusión de la adquisición gratuita respecto de la acción protectora de la publicidad registral en nuestro Derecho ¹⁰⁴, la introducción del requisito de la onerosidad ha sido a veces objeto de crítica en la doctrina ¹⁰⁵. Aparte esta crítica, podría plantearse si dicha introducción no deja algunas cuestiones abiertas a la controversia y, sobre todo, cuáles son los problemas que su aplicación viene a plantear. A cada uno de estos puntos debemos referirnos a continuación.

Por dos razones, sustancialmente, se niega justificación a la exigencia legal de la adquisición a título oneroso: porque en el plano de lo jurídico-real –el único que aquí interesaría– tan adquisición y tan legítima es la gratuita como la onerosa ¹⁰⁶; y porque

¹⁰³ Cfr. RDGRN de 14 de enero de 2006: «Alega el recurrente que el que compra una finca donada, cuando aún no se ha procedido a la partición de la herencia del donante, sabe que dicha donación puede estar sujeta a anulaciones o reducciones que se puedan derivar de la partición de la herencia. Sin embargo, no existe ningún precepto que (a diferencia del supuesto contemplado en el artículo 28 de la Ley Hipotecaria para las adquisiciones hereditarias) suspenda la fe pública registral respecto de quienes adquieren por compra bienes donados, ni que exceptúe la regla general de que la reducción de donaciones no puede producir efectos frente a terceros adquirentes que hayan inscrito sus títulos no constando en el Registro anotación de demanda alguna (cfr. arts. 647, 649 y 654 CC en relación con el art. 37 de la Ley Hipotecaria)».

¹⁰⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 719: «La diferencia de trato entre el adquirente a título oneroso y el adquirente a título gratuito, a los efectos de la fe pública registral, *la consideramos fundada en nuestro sistema*» (cva. del a.).

¹⁰⁵ Vid. GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 492 y 493, quienes califican la introducción del requisito en la reforma de 1877 como «gravísima innovación», pareciendo compartir las censuras de que fue objeto; NÚÑEZ LAGOS: «Tercero y fraude...», cit., p. 110: «La gratuidad por sí sola no es bastante motivo para negar una protección. La gratuidad elimina la protección únicamente cuando se obtiene provecho del fraude de que otro ha sido víctima»; CARRETERO: «Retornos...», II, cit., pp. 132 y 133, combatiendo la extensión del requisito de la onerosidad desde el artículo 34 al 32 LH, pero terminando por generalizar: «Se dirá que la Ley no puede darse en beneficio de los simuladores, pero cuando lo que hacemos es atacar una doctrina poco convincente, es lícito el argumento de que cuando hay tantas ventas hechas en escritura de donación y tantas donaciones hechas en forma de venta, una protección registral que no distinga, siempre será preferible»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, I, cit., p. 399: «La Ley de 17 de julio de 1877 limitó la protección registral a los adquirentes a título oneroso, sin que sea muy claro el fundamento de la innovación»; GARCÍA GARCÍA: *Comentarios...*, cit., pp. 465-467, donde expone sus razones contra el requisito de la onerosidad como exigencia de protegibilidad registral.

¹⁰⁶ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 493: «[...] suponiendo injusta esa distinción que deja en incierto los derechos de los adquirentes por título gratuito, que es al fin y al cabo tan respetable como el oneroso»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 399: «La Ley de 1861 no excluyó de la protección del artículo 34 los adquirentes a título gratuito [...] solución correcta conforme a los efectos del sistema, ya que en tal caso existe un acto dispositivo del titular inscrito, que por su naturaleza no exige la identificación de las situaciones jurídicas de transferente y adquirente»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 466: «2.º Que el sacrificio patrimonial que se realiza con motivo de la adquisición no es criterio adecuado para la adquisición o consolidación de los derechos reales, pues se trata de un aspecto meramente personal y no de carácter real, y, además, llevaría al absurdo de valorar la *cuantía de la contraprestación* para resolver conflictos entre titulares, lo que es absurdo y ningún sistema, ni siquiera el español, sigue tal criterio» (cva. del a.).

también el donatario puede resultar perjudicado por la pérdida, si la padece, de la que creyó su adquisición¹⁰⁷. Una y otra cosa pueden ser ciertas, pero ninguna de ellas justifica la crítica al requisito de la onerosidad. La primera, porque, sustituyendo el planteamiento realista de la Ley por el lógico-abstracto que absolutamente prescinde de la naturaleza o carácter que diferencia a la adquisición, parece desconocer el fundamento en que descansa el indicado requisito¹⁰⁸, y adopta en la crítica a la Ley una metodología ajena a la que sirvió de base a su inspiración. Y no sólo a la Ley Hipotecaria: el régimen general de la donación es el que permite diferenciar y destacar la peculiar debilidad de la causa gratuita¹⁰⁹. Y la segunda, porque el quebranto que pueda experimentar el frustrado adquirente a título gratuito, a diferencia de lo que ocurre en el que el artículo 34 LH trata de evitar a quien adquiere a título oneroso, es extrínseco al hecho mismo de la adquisición. Los compromisos o gastos que tras la adquisición, aunque contando con ella, puedan venir a pesar sobre el adquirente –gratuito u oneroso– quedan al margen de la adopción del criterio que aquí establece la Ley. Lo que cuenta desde el punto de vista de la delimitación del resultado protector del principio de fe pública registral es el daño que experimentaría el *verus dominus* por contrapartida necesaria –si se diera– de la adquisición del donatario. Es muy obvio que cuando esta diferencia no se advierte, la crítica al requisito de la onerosidad se construye sobre una confusión tan patente que abiertamente la descalifica.

Por otra parte: la fundamentación de la exigencia de la onerosidad en el principio *qui certat...*, según se razona en la Exposición de Motivos de 1944, ¿dejaría abierta la duda sobre su aplicabilidad cuando el *verus dominus* sacrificado por efecto de la protección del tercero hubiera a su vez adquirido gratuitamente?; ¿cuál podría ser

¹⁰⁷ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit., ibid.*: «[...] si bien el donatario o el heredero no desembolsaron cantidad alguna ni se privaron de nada al adquirir el inmueble, esta adquisición hizo variar su fortuna y contando con ella contrajeron acaso compromisos que no les sería fácil cumplir, originándoseles perjuicios incontestables, que no es justo sufran por la apatía del verdadero dueño»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 465 y 466: «1.º Que desde que una finca entra en el patrimonio de una persona, ello le sirve para realizar inversiones y operaciones crediticias, y podrán producirse grandes perjuicios tanto como daño emergente como lucro cesante».

¹⁰⁸ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 427: «La Ley vigente, al mantener la exclusión de los adquirentes a título gratuito, la justifica en el Preámbulo, no por razones de orden técnico o jurídico, sino por un fundamento de equidad [...]» y 428: «Partiendo de la razón de equidad en que se funda la exclusión de los adquirentes a título gratuito...».

¹⁰⁹ Cfr. CASTRO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, p. 263, enumerando las manifestaciones más importantes de la importancia práctica de la distinción entre título lucrativo y título oneroso: «1. La fragilidad de la relación negocial, de los derechos y correlativamente de las obligaciones nacidas de los negocios de causa gratuita (*minor causa*). La que, a su vez, se revela: a) En su relativa debilidad respecto a los derechos por título oneroso [...]».

en tal caso la explicación del requisito de la onerosidad¹¹⁰? En nuestra opinión, el artículo 34 LH, al no ceñir su mandato a la razón aducida en la Exposición de Motivos, impide considerar ésta como una cuestión abierta, en tanto que legalmente irresuelta. De hecho, las dudas que al respecto se han suscitado en nuestra doctrina han sido referidas, desde la concepción dualista, a la aplicabilidad del requisito de la onerosidad en el artículo 32, no en el 34 LH¹¹¹. Este último precepto exige la onerosidad en términos absolutos, y el hecho de que cuando el conflicto se plantea entre dos adquirentes a título gratuito, sin ser de aplicación el principio *qui certat...*, no pueda resolverse a favor del primero que, habiendo adquirido de buena fe y de titular inscrito, inscribe su adquisición, no significa –ni siquiera en este caso– que la solución legal quede desprovista de fundamento, ni, mucho menos, que entre en colisión con algún otro principio jurídico o criterio legal. La razón es sencilla: porque tanto la inoponibilidad (prioridad sustantiva) –en mentalidad latina– como la protección de la apariencia jurídica –en mentalidad germánica– se supeditan de suyo y en nuestro Derecho a la onerosidad de la adquisición del tercero protegible¹¹². Una y otra son medidas de protección del tráfico que, implicando el sacrificio ajeno, no deben ponerse al servicio de la adquisición gratuita (*locupletari nemo debet cum alterius iactura*). Evitada respecto a ésta la adquisición *a non domino*, el conflicto entre donatarios deberá resolverse mediante la aplicación del originario principio *nemo plus iuris...*¹¹³. El donatario anterior, a pesar de no haber inscrito, prevalece sobre el posterior que pudiera adelantarse a inscribir porque, mientras aquél, por hipótesis, adquirió efectivamente por

¹¹⁰ Vid. GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 466, argumentando «frente» al requisito de la onerosidad: «3.º Que no hay que olvidar tampoco que en el ámbito inmobiliario pueden aparecer en situación de conflicto un *verus dominus* a título gratuito y un tercer adquirente que inscribió su título gratuito, y entonces no se daría ya la razón que expresa la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 para mantener a todo trance el requisito».

¹¹¹ Tenemos que remitirnos de nuevo a lo dicho al respecto en «El principio de inoponibilidad...», cit., pp. 469-483.

¹¹² Para la inoponibilidad latina, *vid.*, de nuevo, TROPONG, *op. cit.*, pp. 313: «[...] nous croyons que le donataire qui a transcrit est sans action contre l'acheteur qui n'a pas encore transcrit. Ceci s'établit, et par les principes du droit civil, et par les règles du Code Napoléon, auxquelles la loi du 23 mars 1855 n'a pas dérogé, en matière de transcription de donation, et par l'esprit même de cette loi, qui a été de favoriser le crédit foncier et de protéger ceux qui ont traité à titre onéreux» y 539: «Une autre singularité de la matière des donations, c'est que le défaut de transcription ne peut être opposé par un donataire à un donataire [...]»; para la protección de la apariencia jurídica, nos remitimos a lo dicho en *La representación aparente...*, cit., pp. 454-459. Posteriormente, sobre este punto, BUSTOS PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, pp. 89-91.

¹¹³ TROPONG, *op. cit.*, p. 314: «[...] les donataires postérieurs ne sont pas reçus à se plaindre du défaut de transcription de la donation antérieure. On continue à suivre ici ces deux règles: 1.º *Potior tempore, potior jure*; 2.º Nul ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'ils n'en a lui-même».

haberlo hecho *a domino*, éste no puede adquirir por no ser dueño quien, al parecer, le transmite. En definitiva, pues, que el principio *qui certat...* da razón del requisito de la onerosidad en la hipótesis más frecuente y ordinaria, pero que la exclusión de la adquisición gratuita en la delimitación del ámbito de la fe pública registral se justifica también fuera de aquél por el solo hecho de ser ajena a la protección del tráfico dicha adquisición, y de no justificar, por consiguiente, el sacrificio del verdadero dueño en beneficio de quien para adquirir necesitaría la taumatúrgica intervención sanadora de la adquisición registral *a non domino*.

En plano diferente, no cuestionándose el requisito en sí ni su justificación, la exigencia de onerosidad ha provocado cuestiones y dificultades específicas en su aplicación a determinados supuestos negociales. Nos referimos al caso de la hipoteca y al de las figuras que *también* son donación (art. 619 CC), pero donación *con causa onerosa*, en la expresión del artículo 624 CC. De ambos supuestos, aunque sea muy brevemente, debemos ocuparnos a continuación.

Más sencillo nos parece el de la hipoteca¹¹⁴, tanto en sí mismo como por haber sido objeto de especial y más atenta consideración por la ley, no en su aplicación *in recto* a la adquisición registral *a non domino*, sino en el del tratamiento de los actos realizados en fraude de acreedores. ¿Es el acreedor hipotecario un adquirente a título oneroso?

La entrada en esta cuestión exige una indicación preliminar: que su planteamiento en el estudio del principio de fe pública registral, y en el supuesto normal de su aplicación, supone que la hipoteca ha sido otorgada *a non domino*, y que, ello no obstante, es todavía posible pensar en la posibilidad de su efectiva constitución y adquisición en interés del acreedor hipotecario que la inscribe en el Registro de la Propiedad. Efectivamente así es, a pesar de que, según el artículo 1857.2.º CC, sea *requisito esencial* de los contratos de prenda e hipoteca *que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca*. Debe quedar fuera de duda que tal requisito esencial lo refiere la ley a la adquisición normal de la hipoteca: a la que se gobierna por el general y ordinario principio *nemo plus iuris...* Por cauces distintos, obviamente, discurre su adquisición *a non domino*, que, fuera del punto de mira del artículo 1857, entra, en cambio, de lleno en la previsión del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y en el mecanismo del principio de fe pública registral. Lo que vale para la adquisición de

¹¹⁴ No lo estima así Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 462: «La cuestión es todavía mucho más difícil de resolver en la constitución de derechos reales de garantía y en particular en la hipoteca».

la propiedad, vale igualmente para la de los derechos y garantías de naturaleza real. Dicho de otra forma: la protección de la confianza en la apariencia jurídica no se limita a la adquisición solamente del derecho de propiedad. Superado el engañoso obstáculo del artículo 1857.2.º CC, y en acertada aplicación de la ley, la jurisprudencia ha admitido el efecto sanante de la fe pública registral; concretamente, en la adquisición de la hipoteca, tanto en el caso, e. c., de su constitución por representante aparente¹¹⁵ como en el que ahora más específicamente nos ocupa: el de su otorgamiento por titular aparente: concretamente, por titular registral de finca que en la realidad extra-registral le es ajena¹¹⁶.

Allanado, pues, el camino a la adquisición *a non domino* de la hipoteca, ¿se cumplirá en ella el requisito de la onerosidad? La pregunta puede parecer desconcertante y ociosa. Quizá ello explica el apodíctico y enérgico tono adoptado por la jurisprudencia en su respuesta¹¹⁷: ¿Cómo dudar de la onerosidad en una garantía que, como tal, es accesoria al contrato oneroso de préstamo hipoteca-

¹¹⁵ Cfr. STS de 27 de septiembre de 1995: «En realidad, la falta de cualquier concesión de poder al Presidente para hipotecar bienes de la Cooperativa es de una evidencia cegadora, y en este sentido existe infracción del artículo 1713 CC, que acarreará la nulidad absoluta de las hipotecas que gravitan sobre aquellos bienes y su libertad de tales cargas que indebidamente soportan. Pero no combatida adecuadamente en este recurso la afirmación de la sentencia recurrida de que la Caja prestamista actuó con buena fe, y con esa misma buena fe confió en los poderes que decía el Presidente de la Cooperativa le había concedido la Junta General, las hipotecas que constituyó han de mantenerse por la necesaria protección de la seguridad jurídica y del comercio, principio éste que orienta siempre la doctrina de esta Sala al juzgar sobre inexistencia de poderes, abuso o extralimitación de los mismos (SS de 21 de junio de 1943, 5 de diciembre de 1958 y 22 de junio de 1989, entre otras)».

¹¹⁶ Cfr. STS de 29 de enero de 1997: «[...] el motivo se desestima porque olvida el artículo 34 que protege, en las circunstancias que indica, al que adquiere de quien en el Registro de la Propiedad figura con facultades para transmitir (o para constituir, desde luego, derechos reales menores), aunque “se anule o resuelva” el derecho del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro. Si después de la enajenación, cuya validez no se discute, la vendedora hipotecó como si fuera verdadera propietaria civil, siendo así que sólo lo era para el Registro de la Propiedad, porque todavía figuraba inscrita a su favor esa propiedad, el tercero goza de la protección registral». También, la de 14 de junio de 2000.

¹¹⁷ De nuevo, STS de 29 de enero de 1997: «Es ostensible el olvido que se padece de los principios en que se asienta toda la legislación hipotecaria desde la primitiva Ley de 1861, que son el de hacer seguras las adquisiciones de inmuebles y garantizar a los acreedores que prestan sobre los mismos. El motivo excluye a estos últimos de la protección registral; no se necesitan más palabras para rechazar idea tan fuera de la realidad normativa». También la de 28 de noviembre del mismo año, refiriéndose a la anterior: «[...] la Sentencia de 29 de enero de 1997, en supuesto en que se negaba la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al acreedor hipotecario por no ser adquirente a título oneroso, dice que “la doctrina de esta Sala es justamente la contraria (Sentencias de 15 de marzo de 1958 y 17 de octubre de 1989), como no podía ser menos desde el momento en que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercute por su necesaria accesoria. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad jurídica de los préstamos [...]».

rio ¹¹⁸? Esta forma de enfocar y resolver la cuestión, compartida a veces por la doctrina ¹¹⁹, llevará ordinariamente a conclusiones acertadas ¹²⁰; pero, en sí misma, no da la clave completa de solución al problema ni garantiza la exactitud de su tratamiento. Es muy claro, de una parte, que la hipoteca no siempre funciona al servicio del contrato de préstamo; y, de otra, que el carácter oneroso o gratuito del préstamo no tiene por qué extenderse necesariamente a la hipoteca constituida en garantía de su devolución ¹²¹: onerosa será la hipoteca prestada para la obtención de un préstamo, aun gratuito, mientras que puede concederse gratuitamente hipoteca en garantía de préstamo simple con interés ¹²². Es que el contrato de garantía –concretamente el de hipoteca, por lo que a nosotros ahora interesa–, distinguible en sí frente al generador de la obligación asegurada, es causalmente neutro, en el sentido, obviamente, de que, según los casos, puede revestir carácter tanto oneroso como gratuito ¹²³. ¿Cuándo será oneroso y cuándo gratuito? Y, comple-

¹¹⁸ Cfr. STS de 17 de octubre de 1989: «El contrato de creación de préstamo hipotecario es oneroso, no gratuito. Así lo demuestra el hecho de que el prestatario debe pagar intereses del capital prestado junto con otras compensaciones económicas (comisiones, etcétera.), constituyendo operación habitual de una entidad financiera que obtiene beneficios económicos mediante el ejercicio de esa actividad empresarial». La misma argumentación, en la de 28 de noviembre de 1997.

¹¹⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 721: «Acerca de si la hipoteca concedida por tercero, es decir, la constituida por débito ajeno o hipoteca de fianza, hay que entender que en relación al acreedor la concesión de hipoteca por el tercero será a título oneroso o lucrativo según sea onerosa o gratuita la obtención del crédito garantizado, por imponerlo el carácter accesorio de la hipoteca».

¹²⁰ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 470: «La hipoteca, en los supuestos normales de constitución, representa la adquisición de un derecho real con *causa onerosa*. Así lo pone de relieve la importante *Sentencia de 29 enero 1997*, que destaca el carácter oneroso de la constitución de hipoteca, “como no podía ser menos desde el momento en que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito [...]”» (cvas. del a.).

¹²¹ LACRUZ, «La causa en los contratos de garantía», *RCDI*, 1981, p. 743: «El argumento no es convincente: el carácter accesorio o auxiliar de la garantía hace depender a ésta del crédito en cuanto a su existencia, pero distinta cosa es si el negocio constitutivo de hipoteca debe asumir la misma naturaleza gratuita u onerosa que el constitutivo de la obligación; lo esencial en este caso es ver si a cambio de la garantía en cuanto tal se prestó algo»; comparten la misma opinión, e. c., AMORÓS GUARDIOLA, *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990, p. 221: «[...] el carácter oneroso o gratuito del contrato originador del crédito simple no condiciona la causa –onerosa o gratuita– de la garantía hipotecaria», y CAPILLA, «Acción revocatoria o pauliana...» (Com. a STS de 28 de marzo de 1988), *CCJC*, núm. 16 (enero/marzo 88), p. 280: «A mi entender [...] debe entenderse que la constitución de hipoteca (o, en general, de garantías reales) por el propio deudor debe ser calificable como onerosa o gratuita, atendiendo al acto de constitución y con independencia de la causa onerosa o gratuita predicable de la obligación garantizada».

¹²² LACRUZ, *op. cit.*, p. 745: «La onerosidad se produce en tal caso tanto si el crédito es a título oneroso como gratuito (por ejemplo, préstamo sin interés)»; AMORÓS, *op. cit.*, p. 221: «Como ha dicho LACRUZ, el negocio de garantía no siempre y necesariamente es oneroso o gratuito según lo sea el crédito dependiente de él»; CAPILLA, *op. et loc. ant. cit.*: «[...] la hipoteca puede tener causa gratuita, aunque la obligación garantizada se integre en un negocio con causa onerosa, cuando el deudor constituyente de la misma no obtiene ventaja alguna por el hecho de otorgarla».

¹²³ *Vid.*, de nuevo, LACRUZ, *op. cit.*, p. 743, adoptando la terminología de PUGLIATTI.

tando la perspectiva desde el punto de vista de la inclusión de la hipoteca en el ámbito del principio de fe pública registral, ¿desde dónde debe fijarse su onerosidad o gratuidad?

Comenzando por la segunda pregunta: La calificación de la hipoteca debe hacerse desde el punto de vista del acreedor garantizado: es él quien realiza la adquisición que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria impone que sea a título oneroso ¹²⁴. La indicación resulta de interés en el caso de que la hipoteca, exigida por el acreedor para la concesión del préstamo, haya sido otorgada por tercero en puro beneficio del deudor garantizado, sin nada deberle y sin nada recibir de él a cambio.

Y en cuanto a la primera: ¿Cuándo será onerosa la hipoteca, y cuándo gratuita? La respuesta se ofrece sin dificultad. Será onerosa cuando a ella se condicione como exigencia *sine qua non* la concesión del préstamo; cuando a cambio de ella algo se obtiene ¹²⁵. Por el contrario, será gratuita cuando no es ése el caso, como ocurre en los supuestos llamados de superposición de garantía. Lo expresaba sintética y exactamente el artículo 40.4 de la originaria Ley Hipotecaria: se entenderán gratuitas *las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esta garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ellas las condiciones de la obligación principal* ¹²⁶. Es muy claro: *certat de lucro captando* el acreedor que recibe hipoteca en garantía de crédito concedido sin ella y cuyas condiciones no se modifican en beneficio e interés del deudor ¹²⁷. Da igual, desde este punto de

¹²⁴ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 462: «Sin embargo, entendemos [...] que la exclusión de la gratuidad hay que medirla no desde el punto de vista del constituyente, sino desde el punto de vista del adquirente, pues el título oneroso lo predica el artículo 34 de la adquisición»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 470: «Teniendo en cuenta que la onerosidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria ha de medirse en relación con el adquirente del derecho real [...]».

¹²⁵ LACRUZ, *op. cit.*, p. 743: «[...] lo esencial en este caso es ver si a cambio de la garantía en cuanto tal se prestó algo»; AMORÓS, *op. cit.*, p. 219: «En principio, la hipoteca será onerosa cuando el préstamo se conceda a cambio de la garantía que se ofrece, de manera que no hay préstamo si no nace la hipoteca. Ésta condiciona la concesión de aquél. La constitución de hipoteca actúa como contraprestación de la concesión del préstamo»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 423, nota 2: «La constitución de hipoteca es [...], ordinariamente, una transmisión con causa onerosa (se transmite la hipoteca al acreedor porque presta dinero) [...]»; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «El principio de fe pública registral y su aplicación a la hipoteca de constitución unilateral. Los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, sus requisitos y su posible aplicación a este caso (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2003)», *ADC*, 2005, t. LVIII, fasc. III, julio-septiembre 2005, p. 1348: «[...] cuando, como ocurre en el caso de la sentencia comentada, la hipoteca es elemento determinante de la concesión del crédito, en atención a la cual se otorga, no puede aquélla en modo alguno calificarse como gratuita».

¹²⁶ «Cuando estas condiciones se agravan –decía GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 684–, ya no puede considerarse la hipoteca como resultado de un título gratuito, sino un acto oneroso».

¹²⁷ *Vid.* la antigua y tan citada STS de 14 de enero de 1935: «[...] los terceros favorecidos con la garantía hipotecaria, concedida graciosamente, actuaron *de lucro captando*,

vista, que la hipoteca sea otorgada por tercero garante o por el mismo deudor¹²⁸.

Bastan, a nuestro parecer, estas indicaciones para dejar establecido en términos generales cuándo en la hipoteca se cumple el requisito de la onerosidad exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la entrada en acción del efecto sanante de la fe pública registral, pero, ¿qué decir cuando de lo que se trata es de adquisiciones mixtas, ni enteramente gratuitas ni completa y propiamente onerosas?

Más difícil, a nuestro juicio, es dar un criterio cierto y seguro de solución al problema que plantean estas formas mixtas de donación. Quizá sea su infrecuencia lo que explique que ni la doctrina ni la jurisprudencia le hayan dedicado mayor atención. ¿Cuál debe ser, desde el punto de vista del principio de fe pública registral, el tratamiento de estas adquisiciones ni totalmente gratuitas ni enteramente onerosas?

Es bien conocido que como, criterio general, el artículo 622 CC ordena descomponer entre sus diferentes ingredientes estas formas de donación, sometiéndolas en su parte gratuita al régimen específico de la donación pura, y en su componente oneroso al general de los contratos. Es ésta la primera y más común forma doctrinalmente propuesta para la solución del problema aquí planteado¹²⁹; y si bien en su apoyo puede alegarse que es la que más directamente conecta con la ordenación de la ley, sin embargo inmediatamente se advierte que en su aplicación al tratamiento de la adquisición registral *a non domino* llevaría a soluciones indeseables en sí mismas y desde el mismo sistema legal. La descomposición de la donación y su sometimiento *pro parte* a regímenes diferentes se presta más al tratamiento de los aspectos divisibles del régimen obligacional de la donación que al efecto unitario de su resultado adquisitivo. ¿Es razonable pensar que, sin indicación alguna del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en tal sentido, y siendo nuestro ordenamiento tan poco proclive a las situaciones de copropiedad,

ya que sus créditos ganaron jerarquía al transformarse de ordinarios en privilegiados, sin contraprestación que beneficiase al deudor [...]».

¹²⁸ Para una exposición analítica y sistemática de los distintos casos atendiendo al tiempo de constitución y al sujeto otorgante de la hipoteca, *vid.* LACRUZ, *op. cit.*, pp. 744-750, y AMORÓS, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

¹²⁹ *Vid.*, e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 429 y 430: «En el supuesto de que concurran el título gratuito y el oneroso, como sucede, por ejemplo, en caso de donación onerosa, el fundamento del diverso trato de uno y otro obliga a mantener al adquirente en su adquisición en la parte adquirida con este último carácter y a ceder ante el verdadero dueño en el resto. Esta doctrina se desprende en el ejemplo citado del artículo 622 CC»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. de 1968), p. 234: «Tratándose de donaciones remuneratorias y, aún más, onerosas, puesto que de algún modo concurren en estos casos el título gratuito y el oneroso, habría de aplicarse la norma del artículo 622 CC [...]»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 720 y 721, remitiéndose a LACRUZ.

el principio de fe pública registral hubiera de llevar a una adquisición parcial, generadora de una comunidad indeseada en la que el donatario adquirente y el *verus dominus*, hasta entonces titular exclusivo, pasaran a ser copropietarios *pro parte*¹³⁰? Con razón, nos parece, se ha dicho que en este punto nos encontramos ante una laguna legal¹³¹; lo que significa admitir que el artículo 622 CC no es norma que directamente y por sí sola contenga el criterio de su solución.

¿Por dónde puede venir, entonces, tal solución? A veces se la ha apuntado desde la interpretación restrictiva y rigurosa de la gratuidad excluyente de la protección registral de la adquisición lucrativa: en la medida en que las donaciones remuneratorias u onerosas, aunque no sean propia y netamente onerosas tampoco son gratuitas, la adquisición que las mismas provocan debe entenderse registralmente protegible por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹³². Así, sin más, expresado el criterio, parece chocar tanto con la indicación del artículo 619 CC (las donaciones remuneratorias y onerosas son *también* donaciones), como con la letra del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: «los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transmitente»; y, sobre todo, en lo que implica de concepción unitaria de estas donaciones, el indicado criterio entra en oposición con la visión separada que de las mismas reluce en el artículo 622 del mismo Código Civil.

¹³⁰ Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., p. 289: «Lo que no parece posible, tratándose del artículo 34 LH, es dar lugar a una adquisición *a non domino* sobre una parte indivisa, manteniendo otra titularidad en otra porción, lo que daría lugar a situaciones antieconómicas y de gran conflictividad, poco deseables y no suficientemente fundadas».

¹³¹ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 468: «[...] lo cierto es que el párrafo último del artículo 34 de la Ley Hipotecaria demuestra que el legislador sólo ha pensado en la contraposición con la adquisición gratuita propiamente dicha, por lo que se produce una laguna legal que ha de cubrirse a través de los medios de interpretación».

¹³² COSSÍO, *op. cit.*, p. 222: «El problema pudiera, en cambio, suscitarse cuando se trate de un «negotium mixtum cum donatione». Estimamos que aun en este caso beneficiaría al tercero la fe pública registral»; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 462: «La exigencia de onerosidad en el artículo 34 debe entenderse a nuestro juicio como exclusión de la protección especial derivada de su propia inscripción en favor de los adquirentes a título gratuito. Decimos esto porque puede haber adquisiciones que no sean genuinamente onerosas, pero que, en la medida en que no resultan gratuitas, debe considerarse que quedan protegidas. La onerosidad y la gratuidad no resultan difíciles de establecer en los actos traslativos del dominio, aunque pueden aparecer algunas hipótesis marginales, como son las llamadas donaciones onerosas o algunas transmisiones *mortis causa* no propiamente gratuitas». Para la interpretación de este párrafo, cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, cit., p. 291: «La frase subrayada «en la medida en que no resulten gratuitas», parece dar a entender que DÍEZ-PICAZO se inclina por la tesis de la diferenciación de partes del bien donado a efectos de la aplicación del artículo 34 LH. Pero también puede significar sencillamente que es íntegra la aplicación del citado precepto a estas donaciones, por no ser acto estricta y totalmente gratuito».

Quizás por ello la mejor solución sea la que, sin perder de vista la inspiración de dicho artículo 622, atiende decisivamente a lo establecido en el 821 CC para dar salida al problema de la reducción del legado consistente en una finca que no admita cómoda división¹³³. La preponderancia del elemento oneroso, o gratuito, decantaría el criterio de solución de la adquisición mixta. Si prepondera en ella lo gratuito, el adquirente no gozará autónomamente de la protección registral, y, al tener que padecer la evicción, podrá exigir del donante *non dominus* el saneamiento de la cosa donada hasta la concurrencia del gravamen (art. 638 CC). En caso distinto, esto es: si la donación es onerosa en su mayor parte, la adquisición del así donatario gozará de la protección registral, y el *verus dominus*, al perder lo que en realidad era suyo, podrá dirigirse en regreso contra el donante, aunque sólo en la parte a que alcanza el preponderante ingrediente oneroso de la donación; el resto deberá reclamarlo del adquirente *a non domino*, donatario en parte pero protegido en la totalidad de su adquisición. Un atisbo de este criterio cuantitativo, aunque referido no a la donación parcial sino a la hipoteca parcialmente gratuita, podía ya verse en Gómez de la Serna al puntualizar la regla por la que no se consideraba gratuita la hipoteca posterior a la obtención del crédito pero justificada por la agravación de la obligación garantizada: «Mas debe cuidarse –advertía¹³⁴– de que en esto no haya nuevo fraude, lo que sucedería, entre otros casos, cuando la agravación de la obligación fuera muy inferior a la importancia de la hipoteca que se constituye».

E) LA VALIDEZ DE LA ADQUISICIÓN: EL ARTÍCULO 33 Y SU ENCAJE EN EL SISTEMA DE LA LH. PRECISIONES ULTERIORES SOBRE EL TERCERO HIPOTECARIO

El tercero protegido por el principio de fe pública registral debe haber adquirido mediante acto o contrato válido. No está recogida esta exigencia en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero su declaración legal, expresa y autónomamente formulada en precep-

¹³³ Al menos como una posibilidad, la propone GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 469: «Pues bien, en ambos casos [donaciones remuneratorias y modales] caben (sic) seguir uno de los dos criterios siguientes: [...] b) O bien, para evitar la desarticulación de un negocio único en su causa y efectos, podría aplicarse por analogía lo dispuesto en los artículos 1446 y 821 CC, aplicando íntegramente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la parte del gravamen o de los servicios dé lugar a una valoración superior a la parte exclusivamente gratuita». Más decididamente, antes, en *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., pp. 289 y 290.

¹³⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 684.

to diferente, constituye el objeto del artículo 33¹³⁵: *La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*¹³⁶.

Considerada en su sustancia y desde un planteamiento general y *a priori*¹³⁷, la norma debe resultarnos familiar y fácilmente comprensible y justificable. Desempeña en cuanto al título de la adquisición registral *a non domino* la misma función que el artículo 1953 CC en la usucapión ordinaria¹³⁸: *El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido*. Se siguen de ahí dos consecuencias importantes. La primera: que, referida al título, la nulidad de que habla el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no puede ser –en el sentido tan amplio en que legal y doctrinalmente se emplea el término *nulidad*– la derivada del defecto de poder o libertad dispositiva del *tradens*¹³⁹: en la usucapión ordinaria se exige dicha validez no obstante faltar tal poder, por hipótesis, en el transmitente. Y, la segunda: Que, residenciada normalmente en el título aquella misma nulidad, el efecto no convalidante de la inscripción que la norma declara debe entenderse ordinariamente referido –a salvo lo que después distinguiremos con mayor detalle– a la relación instaurada entre quienes en el otorgamiento del contrato nulo intervinieron como

¹³⁵ Para el Registro Mercantil se la formula, en idénticos términos, en el artículo 20.2 del Código de Comercio: *La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes [...]*.

¹³⁶ Con redacción prácticamente igual, en la originaria Ley de 1861: *La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes*. En la reforma hipotecaria de 1944-46, el Proyecto suprimió el precepto, pero su discusión en Las Cortes, lo recuperó, llevándolo al artículo 34 como su primer párrafo, y así apareció en la Ley; aunque, finalmente, el Texto Refundido volvió a separarlo devolviéndole su original autonomía.

¹³⁷ Valga en apoyo de la licitud de tal planteamiento la siguiente observación de GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 620, nota (a) en el comentario al precepto: «En nuestra legislación anterior a la Ley Hipotecaria, y en las legislaciones extranjeras no encontramos disposiciones expresas que se refieran a lo que especialmente se ordena en el artículo 33, si bien tanto en aquella como en éstas, prevalece la regla que en él se establece como consecuencia de los principios generales del derecho».

¹³⁸ También en SERNA, *op. cit.*, p. 634 puede verse el paralelo entre la norma del artículo 33 de la Ley Hipotecaria y lo establecido para el régimen de la usucapión ordinaria: «Que la Ley Hipotecaria en su artículo 33 clara y terminantemente establece que un título ilegítimo, como es el de B en el presente caso, por haber adquirido por una confabulación criminal la cosa del que sabía no era su dueño, y por lo tanto sin buena fe, ni justo título, requisitos indispensables para adquirir con el tiempo el dominio de las cosas que se nos transmiten, no convalida, a pesar de su inscripción en el Registro, los actos o contratos que como el de que se trata, son nulos con arreglo a las leyes».

¹³⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 182: «[...] el Registro no sirve para convalidar los contratos que a él acuden, sino para hacer adquirir, al que inscribe, una finca de la que no era dueño su transferente, pese a figurar como tal en los libros [...]. La validez del acto de adquisición se exige en el mismo sentido que la validez del título en la usucapión. No se pide, naturalmente, un acto eficaz, pero sí un acto celebrado con todos los requisitos materiales y formales exigidos por la Ley para su perfección»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 600 y 601: «Tiene que ser un adquirente, es decir, un adquirente por un título, en principio, *válido* seguido de *tradición*. Válido, porque el único defecto que purifica el Registro es la falta de facultades dispositivas en el transferente [...]» (cvas. del a.).

partes. El artículo 33 de la Ley Hipotecaria no es, pues, una «norma de tercero»¹⁴⁰. Desde este mismo planteamiento *a priori*, añadamos todavía, el criterio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos responde a una máxima que, trascendiendo los dos grandes modelos, viene a reconocerse doctrinalmente tanto en el sistema latino¹⁴¹ como en el germánico¹⁴².

Sin embargo, ese mismo criterio, una vez positiva y normativamente enunciado en el artículo 33 de nuestra Ley Hipotecaria, y en su aplicación a nuestro sistema, peculiar y mixto, de publicidad registral inmobiliaria, ha provocado los más dispares juicios, interpretaciones y problemas. Convendrá, por ello, que a continuación y separadamente nos ocupemos de ellos.

1.º *Razón de ser del precepto y justificación de su declaración normativa*

Comencemos por el de su fundamento: ¿cuál es la base y razón de ser del principio de que la inscripción no sana los actos y contra-

¹⁴⁰ CAMPUZANO, *op. cit.*, pp. 426-426: «[...] y de aquí que, si bien ese principio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos puede admitirse de una manera absoluta entre los otorgantes, no puede aplicarse más que en una forma relativa cuando se trata de terceros, pues entonces, como siempre, se anima el espíritu de la Ley Hipotecaria [...]»; NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 243: «Los autores de la Ley [...] formularon la doctrina en los siguientes términos: *Inter partes* el problema del título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho Civil [...]»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 484-485: «Hay, pues, que distinguir dos cuestiones, que en nuestra legislación anterior a 1944 aparecían equivocadamente confundidas: a) El problema de la causa de la transmisión en sí misma considerada, esto es, el de la validez del acto o contrato, única a que se aplica el artículo 33, y que queda limitado a las relaciones *inter partes* [...]»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 177: «[...] la inscripción en el Registro no hace al negocio, *inter partes*, de mejor o peor condición de la que tenía»; BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario...», *cit.*, p. 2598: «[...] el artículo 33 alude y se refiere a las partes del acto o contrato nulos».

¹⁴¹ Por todos, TROPLONG, *op. cit.*, pp. 354: «La transcription ne corrige pas les vices de l'acte revêtu de cette formalité; elle le fait connaître; elle le promulgue, sans rien ajouter à sa validité», y 382: «La transcription fait connaître les actes, mais elle ne les garantit pas contre les vices intrinsèques qui peuvent les faire annuler».

¹⁴² Para la doctrina que explica el régimen alemán, STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, § 892, Rz. 104: «Das Verfügungsgeschäft selbst muß –von der fehlenden Existenz des Verfügungsobjektes oder der fehlenden Rechtsmacht des Verfügenden abgesehen– wirksam sein; es dürfen also keine sonstigen gesetzlichen Tatbestandsmerkmale oder Wirksamkeitsvoraussetzungen fehlen». Para la que comenta el suizo, entre nosotros, SERRANO SERRANO, *op. cit.* (AUV oct-dic 1933, núm. 17), p. 37: «El inscrito injustificadamente no se puede acoger al 973 sino sólo el tercero que adquiere del inscrito injustificadamente, pues la inscripción no suple el vicio del título jurídico, sino que proporciona a su titular la facultad de disponer con relación a los terceros de buena fe»; en Suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 591: «Mais qu'en est-il entre les parties directement impliquées dans une opération d'acquisition? - Il va de soi, pour le législateur, que l'inscription qui se fonde sur un titre inexistant ou nul ne procure pas le droit: il est encore moins question à cet égard de force créatrice du registre foncier»; ID., pp. 611: «L'inscription indue ne produit en principe pas d'effet, ni entre les parties ni à l'égard des tiers» y 634: «La protection du tiers acquéreur de bonne foi d'un droit réel suppose que l'acquisition visée par l'art. 973 [...] soit pour elle-même valable».

tos nulos? Nuestra doctrina –tampoco la extranjera– no se ha ocupado detenidamente de este punto. Se merodea generalmente sobre él, pero no se le hace objeto de una reflexión separada y a fondo. Se ha dicho en la doctrina que su fundamento consiste en el principio de legalidad material¹⁴³; pero, en nuestra opinión, no es ésta una explicación que pueda ser considerada suficiente. Es cierto, en efecto, que el sistema exige la validez del acto inscribible como presupuesto para su legítima inscripción; pero, ello supuesto y admitido, *iterum quaestio*: ¿por qué y cómo explicar que la inscripción del acto indebidamente registrado en nada afecte a la suerte y consecuencias del mismo? Queremos decir –y la aclaración seguramente resulte innecesaria– que una cosa es la validez del acto inscrito, y otra el problema de la incidencia que éste, tanto *inter partes* como frente a terceros, pueda tener por efecto de su irregular inscripción. Y el principio de legalidad material se limita a exigir aquella validez para poder proceder regularmente a la inscripción, pero no resuelve necesariamente cómo debe ser jurídicamente tratada ésta cuando de hecho se la ha obtenido siendo nulo el acto inscrito¹⁴⁴.

En nuestra doctrina, la norma del artículo 33 de la Ley Hipotecaria se hace descansar a veces, o al menos se la conecta, con el carácter no constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho¹⁴⁵ y

¹⁴³ En la suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 590 ss.; concretamente, en pp. 611 y 612: *Les conséquences du principe de la légalité matérielle*. Ces conséquences sont inscrites dans sa notion même. *L'inscription induit* ne produit en principe pas d'effet, ni entre les parties ni à l'égard des tiers [...]. Mais il faut réserver la protection des tiers de bonne foi [...]; en la nuestra, CAMPUZANO, *op. cit.*, pp. 622 y 623: «De aquí se infiere que en pureza de principios el haberse o no inscrito una determinada relación de derecho, no debe añadir ni quitar a la misma relación ninguna validez. Mucho más si se tiene en cuenta que una de las bases en que descansa nuestro sistema hipotecario es el principio de legalidad en virtud del cual es condición ineludible de los actos o contratos que se acogen a su régimen, la de que se hallen adornados de todas las formalidades, circunstancias y requisitos que las leyes exigen para su validez».

¹⁴⁴ De ahí la crítica de RÍOS MOSQUERA (cfr. CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 432, nota 1) al artículo 33: «[...] el artículo 33 de nuestra Ley Hipotecaria, “tal y como se halla redactado, constituye un absurdo en una ley que se refiere a la ordenación jurídica de la propiedad, por medio de asientos formalizados en libros oficiales, y como tal debiera desaparecer de la misma, porque decir que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos quiere decir que la inscripción no concede fuerza a lo que no la tiene, al título nulo; pero no que los asientos extendidos en el Registro, en virtud de un título nulo, carezcan de toda eficacia, porque después de publicada la edición oficial de 1909, de la ley, el artículo 24 no permite prescindir ni obrar como si no existieran esos asientos, y esa misma doctrina se deduce del estudio del artículo 34 de la ley. Decir eso el artículo 33 y no decir nada es lo mismo, y decir el 34, *no obstante* ese precepto [...] no equivale a decir que el título nulo produce efecto por sí, sino que la inscripción, con independencia del documento que la produce, crea o establece relaciones que el legislador considera dignas de protección”».

¹⁴⁵ DE LA RICA, *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*. Madrid, 1945, pp. 91 y 92: «Tal principio es obligado en los sistemas que, como el nuestro, no conceden a la inscripción ni valor constitutivo ni eficacia *inter partes*, ni fuerza de cosa juzgada»; CASSO ROMERO, Ignacio de, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed. revisada, ampliada y actualizada. Madrid, 1951, p. 381, nota 2: «Es consecuencia del

con el mecanismo extra-registral de nacimiento de los derechos reales en nuestro ordenamiento mediante el sistema del título y el modo ¹⁴⁶; con el causalismo de nuestro sistema adquisitivo ¹⁴⁷, o con la valoración de la inscripción como *modo* alternativo de adquisición y transmisión de los derechos reales, necesitado, por ello, del complemento del título para que efectivamente pueda llevarse felizmente a término su propia función ¹⁴⁸.

Siendo así que el principio de que la inscripción no sana los contratos nulos trasciende los peculiares mecanismos adquisitivos y campea por igual en los contrapuestos modelos latino y germánico, es evidente que en ninguna de las razones ahora indicadas puede situarse su genuino y más propio fundamento. Su razón debe encontrarse en algo que es común a los sistemas actuales comparados: el rehúse del extremoso e injustificable recurso de la llamada inscripción sustantiva. Ni lo exige la seguridad del tráfico a cuyo servicio se instaura la publicidad registral, ni la padece la justicia por la que siempre debe velar la norma jurídica ¹⁴⁹. En nuestra doctrina y para nuestro sistema de inscripción sólo publicadora pero de eficacia aseguradora máxima, expresó muy bien Gómez de la Serna cuál es el fundamento y alcance del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. La inscripción no sana los actos ni contratos nulos —«ni aumenta ni disminuye el valor de los títulos»— porque su objeto no es dar

carácter *no constitutivo* de la inscripción en nuestro sistema, así como de la repudiación por el mismo del presupuesto «de consentimiento» y consecuente valor predominante del acto causal».

¹⁴⁶ GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, I, Madrid, 1941, p. 170: «Como nuestro sistema hipotecario se apoyó, no en la teoría del consentimiento y de la inscripción constitutiva sino en la teoría del título y el modo, y no hizo la adecuada separación entre el acto causal de la inscripción y los efectos reales de la misma, hubo necesidad de establecer el precepto contenido en el artículo 33 de la Ley [...]».

¹⁴⁷ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 395: «La configuración *causal* y *no abstracta* del sistema inmobiliario español justifica también el precepto del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Supone, en definitiva, destacar la necesidad de la *validez del acto o contrato inscribible*, dado que la inscripción no purifica los vicios intrínsecos de dicho acto o contrato. Y ello porque el acto o contrato constituye la *causa* de la inscripción [...]. Por tanto, el artículo 33 constituye un mentís al sistema abstracto».

¹⁴⁸ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 474: «La inscripción es modo de adquirir respecto de terceros, y no puede suplir la falta de título [...]»; VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», *RCDI*, 1949, p. 313: «La adquisición contractual requiere en nuestro régimen título y modo; dos elementos que tienen que ser válidos con arreglo a las leyes para que haya adquisición; la inscripción es el modo, y el título es el acto o contrato, y, naturalmente, si éste es nulo, aunque la inscripción sea válida no existen los dos elementos que son esenciales para que haya adquisición».

¹⁴⁹ *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley sobre la Reforma y Adición de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, aprobada por las Cortes el 3 de diciembre de 1896, ICN de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, I, Madrid, 1974, p. 481: «Para que esto no sucediera habría sido preciso conceder a la inscripción el efecto de convertir en ciertos o legítimos los actos o contratos que fueren falsos o nulos, y esto se halla fuera de los límites de la justicia y de la conveniencia pública. Por esto en el artículo 33 de la Ley de 1861 se declara que la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes».

fuerza a los actos que por sí mismos no la tienen, sino publicarlos para que sobre ellos no pueda ser inducido a error quien no fue parte en su otorgamiento¹⁵⁰. He aquí la explicación del artículo 33 en su inevitable proyección a terrenos del 34. La inscripción ni añade ni quita al derecho inscrito en la relación *inter partes*, pero respecto a los terceros del artículo 34 viene a constituir, en todo caso, el fundamento de una confianza merecedora de ser jurídicamente protegida. La publicación, o la inscripción, diríamos hoy, no crea el derecho inscrito o publicado, pero constituye la apariencia jurídica de su existencia; y por lo mismo que la apariencia no cuenta *inter partes* sino para terceros, la inscripción deja inalterada *inter partes* la situación inscrita, pero crea y configura para los terceros una apariencia en la que legítimamente pueden confiar.

En los modelos latino y germánico, desechado igualmente el exceso de la inscripción sustantiva, se explica también el principio de que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos; pero en ellos se hace patente, de una parte, el exceso germánico respecto a la vocación publicadora de la inscripción registral, a la que innecesaria y forzosamente se la involucra en el mecanismo de la adquisición negocial de los derechos reales; y, de otra, las carencias y la incoherencia latina. Carencias, porque en el sistema latino, como es sabido, la confianza en la inscripción no asegura al tercero la adquisición registral *a non domino*¹⁵¹; y la incoherencia, porque para evitar que la adquisición protegible en la hipótesis de la doble venta entre en colisión con el principio de que la inscripción no sana los actos nulos, tiene que recurrirse a la negación del valor transmisivo de la venta anterior no inscrita, a pesar del proclamado sistema de transmisión puramente consensual y del afirmado carác-

¹⁵⁰ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 619 y 620: «El objeto de la inscripción no es dar fuerza a los actos que por sí mismos no la tienen, bien sea por defecto en su parte intrínseca, o en su forma, sino sólo hacerlos públicos para que no pueda ser inducido a error el que no ha sido parte en ellos. Consecuencia de esto es, que la inscripción ni aumenta ni disminuye el valor de los títulos».

¹⁵¹ *Vid.* TROPLONG, *op. cit.* p., entre otras, 205: «[...] il faut laisser aux parties le soin d'examiner la régularité des titres d'acquisition et la capacité des contractants. Elles le peuvent; et la loi ne doit pas substituer à la diligence des particuliers [...]»; 391: «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pendant une période de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi». En la doctrina posterior, RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil III*. París, 1958, p. 134: «La publicité d'un acte ou d'un jugement n'a pas pour conséquence d'établir à l'égard des tiers l'existence du droit créé ou transmis. Celui qui traite avec un vendeur, après avoir constaté que le vendeur a lui-même transcrit son acte d'acquisition, n'a pourtant pas la certitude que ce vendeur soit propriétaire. La transcription ne couvre pas le défaut de droit. Il reste toujours à examiner la valeur des actes publiés». Al respecto, y comparando el sistema francés con el alemán, dirá hoy THERY, Ph., *Sûretés et publicité foncière*, París, 1988, p. 386: «Le livre foncier prouve la propriété. La publicité foncière –telle qu'on la connaît en France– ne peut, au mieux, créer qu'une présomption».

ter declarativo de la inscripción¹⁵². El artículo 33 de nuestra Ley Hipotecaria, en su conexión con el 34, pone de manifiesto la peculiar coherencia y superioridad de nuestro sistema registral respecto a los modelos comparados en la concepción y desarrollo de un ordenamiento en el que la publicidad es plena y solamente lo que por su vocación aseguradora del tráfico de buena fe debe ser: la instancia publicadora de la realidad registrable, o configuradora, en su caso, de su apariencia jurídica protegible¹⁵³.

Entroncado, pues, el fundamento del artículo 33 en la misma razón de ser de la publicidad registral, pasamos a continuación a la cuestión siguiente que sobre él se ha suscitado en nuestra doctrina: ¿Se justifica su formulación normativa expresa y en precepto separado? La doctrina lo ha discutido, a veces con desproporcionada pasión¹⁵⁴. En tono más sereno y abierto se había pronunciado Gómez de la Serna al explicar la Ley Hipotecaria e inaugurar sus comentarios: sin paralelo en el Derecho Comparado, y como derivada de los Principio Generales del Derecho¹⁵⁵, la norma de que la inscripción no convalida los contratos nulos no necesita estrictamente ser objeto de expresa declaración normativa, pero para la evitación de posibles dudas e indeseables cavilaciones, resulta conveniente dejarlo expresamente declarado¹⁵⁶.

Seguramente es ésta una posición inobjetable en su doble afirmación, y, en su conjunto, la más acertada y razonable. En rigor, el

¹⁵² TROPLONG, *op. cit.*, pp. 354 y 355: «La transcription ne corrige pas les vices de l'acte revêtu de cette formalité; elle le fait connaître; elle le promulgue, sans rien ajouter à sa validité. Il est vrai qu'elle protège un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur; et alors elle fait disparaître le moyen radical, autorisé par le Code Napoléon, contre celui qui a acheté *a non domino*. Mais cela n'a rien de contraire à la règle que nous posons ici; car, dans le système de la loi du 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis *a non domino*».

¹⁵³ Para el desarrollo de esta idea, nos remitimos a nuestro anterior trabajo: «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica». *ADC*, XLVII, II, abril-junio 1994, pp. 21-81.

¹⁵⁴ Una detallada relación de las opiniones al respecto, en ROCA SÁSTRE, *op. cit.*, pp. 829-832.

¹⁵⁵ Cfr. la nota, ya citada, de SERNA, *op. cit.*, p. 620, en el comentario al artículo 33: «En nuestra legislación anterior a la Ley Hipotecaria, y en las legislaciones extranjeras no encontramos disposiciones expresas que se refieran a lo que especialmente se ordena en el artículo 33, si bien tanto en aquella como en éstas, prevalece la regla que en él se establece como consecuencia de los principios generales del derecho».

¹⁵⁶ SERNA, *op. cit.*, p. 620: «Tampoco puede ser dudoso el motivo por qué se ha consignado expresamente esta regla, que no faltará quien califique de innecesaria. Conveniente era escribirla para que saliese al encuentro de la cavilosidad y malas artes de los que, faltos de conciencia, quisieran sacar las leyes de quicio para hacerlas servir a sus torcidos fines [...]. Puede por lo tanto considerarse este artículo como escrito con el objeto exclusivo de evitar dudas infundadas». Repiten este juicio GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 475: «Por eso, aunque a algunos pareció innecesario el artículo 33, nosotros lo creemos en sumo grado oportuno, porque en materia de tal importancia como los efectos de la inscripción, es cuando menos conveniente, prevenir las dudas que pudieran suscitarse».

artículo 33 de la Ley Hipotecaria no sería imprescindible, pero su formulación expresa en el cuerpo de la Ley merece ser considerada como muy oportuna y conveniente; tanto, al menos, como la de la exigencia de título verdadero y válido para la usucapción ordinaria, proclamada en el artículo 1953 CC, cuya utilidad nadie ha puesto en duda, y en cuya interpretación y aplicación –¡ay!– se han deslizado con alguna frecuencia errores y tropiezos parecidos a los que se han generado en la aplicación del 33 de la Ley Hipotecaria ¹⁵⁷.

Y es que la función pedagógica pretendida por Gómez de la Serna con la formulación del precepto, quedó muy lejos de lograr el resultado perseguido. Pretendía con ella Serna conjurar de una vez por todas en nuestra doctrina el fantasma de la inscripción sustantiva ¹⁵⁸. Pero esa finalidad –motivo por el que Galindo y Escosura aplauden con entusiasmo al art. 33 ¹⁵⁹– no apuntaba certeramente al frente por donde habrían de venir la incompreensión, a veces, de nuestro sistema registral, las dudas en cuanto a la ubicación en él del artículo 33, y las confusiones, en fin, que empañarían la exacta captación de su significado. Los problemas que efectivamente van a producirse vendrán por otro camino: por el de la integración del artículo 33 con el 34 en la delimitación del juego del principio de fe pública registral. Es muy llamativo, en este sentido, que el Tribunal Supremo haya venido hablando de la existencia de una contradicción entre estos preceptos, no explicada por la doctrina ¹⁶⁰; o, lo que es más grave, que haya negado la protección de la fe pública registral a quien adquiere de titular inscrito y en las con-

¹⁵⁷ Permítasenos la remisión en este punto a nuestro comentario a la STS de 17 de julio de 1999: «Sobre el ámbito de la usucapción: ¿Usucapción *inter partes* frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? (Comentario a la STS de 17 de julio de 1999), ADC, 2000 (II), pp. 703-721.

¹⁵⁸ Cfr. SERNA, *op. et loc. ant. cit.*: «Conveniente era escribirla para que saliese al encuentro de la caviliosidad y malas artes de los que, faltos de conciencia, quisieran sacar las leyes de quicio para hacerlas servir a sus torcidos fines, y pretendiesen que actos nulos en sí mismos se considerasen purgados del vicio que entrañaban por el solo hecho de inscribirlos. Es verdad que ni aun remotamente puede presumirse que semejante artificio prosperara en los tribunales, aunque la Ley callara, pero esto no evitaría los inconvenientes y disgustos que causan los pleitos a aquel contra quien se promueven, por más que tenga la esperanza, y si se quiere la probabilidad y aun seguridad de ganarlos. He aquí la razón que hubo para hacer esta declaración. Y era tanto más conveniente, cuanto que la importancia y fuerza que la Ley da a las inscripciones, y la extensión de los efectos que producen, podría influir para que alguno no perito en derecho, creyera fundado lo que en su daño se fraguase, y desistiese por ello de las reclamaciones a que sin duda tendría derecho en el silencio de la Ley, según los principios generales de la legislación».

¹⁵⁹ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 473-475: «Si a la inscripción se concediese tal fuerza que no pudiera ser cancelada por lo nulo del título, el árbitro de la propiedad sería el Registrador; todos los títulos para adquirir se reducirían a uno: el asiento en el Registro [...]: la inscripción no es el agua del Jordan, que borra toda mancha [...]».

¹⁶⁰ *Vid.*, e. c., STS de 10 de febrero de 1983: «aunque el rigor aplicativo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria parece estar en contradicción con lo dispuesto en el precedente artículo 33, contradicción que la doctrina patria no resuelve».

diciones requeridas por el artículo 34, alegando que, al no ser dueño en la realidad quien en el Registro aparecía inscrito como tal, el contrato adquisitivo del tercero está afectado de una nulidad que, según el 33, no puede ser salvada por su inscripción ¹⁶¹.

Como puede verse, el artículo 33 se ha visto involucrado en el juego del principio de fe pública registral a modo de pieza incómoda y no bien encajada, obteniendo así un polémico protagonismo que ha llevado a calificarlo de «famoso» ¹⁶² y que ha concitado sobre él los más opuestos juicios: «ridículo» ¹⁶³, supérfluo, inútil y suprimible ¹⁶⁴, para unos, es considerado por otros conveniente ¹⁶⁵, necesario ¹⁶⁶ y hasta fundamental ¹⁶⁷, por contenerse en él un principio cardinal de nuestro ordenamiento ¹⁶⁸.

En realidad, a nuestro juicio, el principio cardinal de que la inscripción nada cuenta en la relación *inter partes*, aunque reluce especialmente en el artículo 33, trasciende a este precepto. Conecta con las bases de nuestro ordenamiento inmobiliario que hace nacer los derechos reales a través del mecanismo del título y el modo, y que, al servicio del aseguramiento del tráfico de buena fe, predispone la publicidad no constitutiva de los derechos reales. Por otra parte, es cierto que ya en 1861 el artículo 79. 3 de la Ley Hipotecaria suponía el criterio proclamado por el 33 ¹⁶⁹, y que, en tal

¹⁶¹ Así, sorprendentemente, STS de 25 de julio de 1996, comentada por CUENA CASAS, en los *CCJC*, núm. 43, pp. 109-128, que niega la protección registral al adquirente de titular inscrito en las condiciones requeridas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque, al haber dispuesto previamente el *tradens* en favor de donatario que no inscribió, el acto adquisitivo del tercero se ve alcanzado por la nulidad a que se refiere el artículo 33. Con más frecuencia se aplica esta doctrina, como ya vimos, a las adquisiciones en procedimientos de embargo recaído en cosa no perteneciente al deudor, aunque ésta aparezca inscrita como suya en el Registro de la Propiedad; cfr. al respecto, entre las recientes, SSTS de 10 y 16 de junio de 2003.

¹⁶² DE CASSO, *op. cit.*, pp. 380 y 381: «Pues bien: esto lo declara expresamente la LH en su famoso artículo 33».

¹⁶³ DEL HOYO, Francisco, «Otra vez el concepto de tercero», *RCDI*, 1949, p. 569: «Este ridículo precepto, que, como muy bien sostienen [*sic*] la mayoría de los autores, debió haber salido de la Ley Hipotecaria [...]».

¹⁶⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 829.

¹⁶⁵ DE CASSO, *op. cit.*, p. 382, nota 4: «Entendemos que, aun cuando la norma del artículo 33 sea una *consecuencia lógica* de nuestro deficiente sistema registral, no por ello es inútil e inconveniente su formulación en la Ley» (cva. del a.).

¹⁶⁶ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 474 y 475: «No; es imposible borrar de la Ley el artículo 33, guarda única de la propiedad, que de otro modo se convertiría en patrimonio del más astuto o del más perverso».

¹⁶⁷ GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., p. 257: «Por ello, el artículo 33 es un precepto fundamental en el sistema hipotecario español [...]» (cva. del a.).

¹⁶⁸ DE LA RICA, *Comentarios...*, cit., p. 92: «La actual reforma, que no modifica las esencias de nuestro sistema, ni se lo propuso, tenía que respetar principio tan cardinal, y por ello lo ha consignado al frente del artículo 34».

¹⁶⁹ Decía así literalmente el precepto: «Podrá pedirse, y deberá ordenarse en su caso, la cancelación total: [...]. 3.º Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho la inscripción».

sentido, hacía innecesaria la expresa formulación de este último. Lo mismo puede decirse tras la reforma de 1944-46 a propósito del artículo 40.d) ¹⁷⁰: la previsión en él contenida hace innecesario, por redundante, al 33 ¹⁷¹. De todas formas, la ya indicada vigencia del principio de que la inscripción no sana los contratos nulos tanto en los sistemas latinos como en los germánicos, hace inconsistente la crítica a su formulación expresa en el artículo 33 por considerarla inapropiada rémora del sistema de transcripción en nuestro ordenamiento de desenvolvimiento técnico y de publicidad positiva ¹⁷². Por el contrario, la enunciación principal de que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos es, en nuestra opinión, oportuna en nuestro Derecho, y acertado el lugar de su formulación: en íntima conexión con el precepto que más señaladamente proclama y regula el funcionamiento del principio de fe pública, permitiendo en tal forma distinguir con nitidez el distinto valor de la inscripción ya practicada según sobre su valor se inquiera en la relación instaurada *inter partes* por el título inscrito (e incluso frente a terceros *scientes*) o frente a terceros que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. De este modo, el artículo 33 contribuye muy favorablemente a la delimitación del ámbito subje-

¹⁷⁰ «La rectificación del Registro [...] se practicará con arreglo a las siguientes normas: [...] d) Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento [...]».

¹⁷¹ Así, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 831: «Desde hace mucho tiempo, consideramos que el artículo 33 de la ley Hipotecaria es un *precepto inútil* [...] por constituir una norma de innecesaria formulación, no sólo por su evidencia, sino por presuponerla ya, desde la Ley Hipotecaria de 1861, su artículo 79, 3.º [...] Hoy además conduce a ese mismo resultado el artículo 40, letra d), de la Ley Hipotecaria vigente». Discrepa de este juicio GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., pp. 391 y 392: «Pero a pesar de que dicho artículo 79, 3.º de la Ley Hipotecaria es uno de los preceptos fundamentales que ha de ponerse en relación con el artículo 33, no lo sustituye, sino que se refiere únicamente a la *cancelación* de la inscripción, como operación registral específica del supuesto del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, por lo que es complementario de éste y no a la inversa. [...] Pero de ahí [de que el artículo 40.d) considere la nulidad del título inscrito como una de las causas de inexactitud del Registro] no se desprende la inutilidad del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, sino la necesidad de complementarlo con el artículo 40.d) de la propia Ley Hipotecaria, pues éste, al igual que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se refiere a la inoperación de la nulidad del título inscrito respecto al tercero que reúna los requisitos del mismo, pero no al adquirente que no los reúna ni tampoco reúna los del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que es precisamente el ámbito propio del artículo 33 de la Ley Hipotecaria».

¹⁷² Argumento reiterado en su crítica por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 832 y 833: «Al tratar de *caracterizar* el artículo 33 de nuestra Ley Hipotecaria es fácilmente comprobable que el mismo responde a la tónica de los *sistemas de transcripción* más bien que a la de los *sistemas de exactitud del contenido del Registro*, pues a éstos el que responde es el artículo 40, letra d), de la propia ley Hipotecaria, de lo cual resulta el contrasentido de coexistir en ésta dos preceptos de inspiración o signo completamente diverso. El artículo 33 que examinamos es expresión del criterio de los *sistemas de transcripción*, pues en los *sistemas de exactitud del contenido del Registro*, entre los cuales hay que situar el español, la nulidad o anulabilidad de un acto inscribible inscrito es tratado como uno de los varios casos o supuestos de *inexactitud registral* y, por tanto, predispuestos a ser objeto de *rectificación* del contenido inexacto del Registro» (cvas. del a.).

tivo y objetivo en que actúa la fe pública registral¹⁷³. La inscripción del contrato nulo, en cuanto que configura una apariencia jurídica protegible, sólo puede venir en auxilio de terceros; es decir, de quienes no fueron parte en el contrato inscrito, no obstante su nulidad. Y, por otra parte, la apariencia jurídica registral, en cuanto tendente al mantenimiento del tercero en su adquisición a pesar de la falta de derecho o de poder dispositivo del titular indebida o inexactamente inscrito, sólo salva en favor de tal tercero este defecto. Si, aparte de él, en la estructura del contrato adquisitivo del mismo tercero hubiera algún otro vicio que lo invalide (art. 1261 CC), la inscripción no impedirá que entre los otorgantes (el tercero y su *causam dans*) ese mismo contrato pueda ser impugnado. Entendemos, por ello, que aunque otros preceptos permitan rastrear en la Ley Hipotecaria el criterio que expresa el artículo 33, su formulación separada, expresa y destacada en las proximidades del 34 y en conexión con el mismo¹⁷⁴, es acertada y muy oportuna en nuestro Derecho.

Es más: supuesta la coincidencia parcial en la vigente Ley Hipotecaria del artículo 33 con el 40.d), nos parece posible atribuir hoy al primero un contenido más delimitado y preciso que el que, acaso, en su versión originaria pudiera tener. Coincidencia parcial, hemos dicho, y es que evidentemente el artículo 40.d) es más amplio que el 33: mientras éste se refiere sólo a los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, aquél abarca, además de la falsedad y nulidad, cualquier otro defecto del título, y, más en general, cualquier otra causa de inexactitud registral no especificada anteriormente en dicho precepto. La diferencia es evidente; y también debe serlo la perspectiva en que uno y otro artículo se ocupa de su materia: el 40 se refiere, en general a la rectificación del Registro inexacto; el 33, negativamente, al principio de fe pública registral, sometiendo su juego al requisito de la validez del título adquisitivo, en paralelo perfecto con lo que respecto a la usucapación ordinaria dispone el artículo 1953 CC. Quizá en 1861, sin una norma similar a la del actual artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, esta delimitación del artículo 33 no pudiera obtenerse con la

¹⁷³ GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, cit., II, pp. 257 y 258: «Por ello, el artículo 33 es un precepto fundamental en el sistema hipotecario español, en tanto en cuanto, aparte de dar claridad a los efectos del sistema, tiene dos funciones muy importantes: 1.ª) Delimita el ámbito de actuación del artículo 34 LH, que es el campo propio de la nulidad del negocio (ampliado por el art. 34 a la resolución que provoca inexactitud) y el campo de los terceros, como una excepción al artículo 33 [...]. 2.ª) El artículo 33 LH también delimita el concepto de tercero hipotecario del artículo 34 [...]» (cvas. del a.).

¹⁷⁴ Como es sabido, la Ley de Reforma de 1944 hizo del originario artículo 33 el primer párrafo del 34, constituyendo, pues, con él un solo precepto; pero el Texto Refundido de 1946 volvió a darle autonomía propia.

misma nitidez y seguridad que hoy es posible ¹⁷⁵; pero, en la actualidad, contando con los artículos 33 y 40.d), resulta más fácil y hacedero circunscribir el ámbito del primero y atribuirle, supuesta dicha duplicidad, su más genuina función: su función hoy exclusiva. El artículo 33, lejos de resultar en la actualidad redundante, obtiene así el refrendo de su justificación como norma separada y distinta, y, en atención a ella, provee al intérprete de una clave más ajustada a la exactitud de su interpretación.

2.º Problemas exegéticos que plantea

Vistos, pues, el fundamento del artículo 33 y la justificación, originaria y actual, de su formulación normativa, corresponde a continuación entrar en las cuestiones que su exégesis puede suscitar.

He aquí el primero: cuando el precepto habla de *actos o contratos* que sean nulos, ¿se está refiriendo sólo al presupuesto obligatorio de las adquisiciones inmobiliarias –el título en la teoría del título y el modo– o se extiende también al acto de entrega –*traditio*– que, en condición de *modo*, determina e inmediatamente produce la adquisición?

La pregunta no tendría sentido, obviamente, en los sistemas de transmisión *solo consensu*, pero en el nuestro, de título y modo, se hace necesaria, por más que nuestra doctrina, hablando en términos generales, sin planteársela expresamente pero con intuición muy certera, la haya dado por resuelta refiriendo el dictado del artículo 33 a la invalidez o nulidad del contrato en sus distintas formas. Sólo, que sepamos, Peña Bernaldo de Quirós ¹⁷⁶, un tanto de refilón, y más detenidamente Bustos Pueche ¹⁷⁷ lo han extendido más

¹⁷⁵ De hecho, en la enumeración de casos que ejemplificativamente GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 620, incluía en el ámbito del artículo 33 se comprendían supuestos cuya «nulidad» respondía a etiologías muy diferentes, algunos de ellos relacionados más con la insuficiencia de poder dispositivo que con la validez estructural del contrato transmisivo. He aquí sus palabras: «El menor que vende sin poder hacerlo, el guardador que sin observar las leyes que establecen la manera de verificar la enajenación de los bienes inmuebles del huérfano o del menor cuya tutela o curaduría ejerce, los cede a otro, el que traspasa a un tercero lo que posee estando sujeto a restitución, el que por descuido del Registrador llega a obtener la inscripción de una escritura que, atendidas sus formas extrínsecas, no sea fehaciente, nada adelantan con que la inscripción se haya hecho».

¹⁷⁶ PEÑA, *op. cit.*, p. 596: «El acto traslativo realizado por el no dueño es, en cuanto tal, nulo. No produce, en principio, ningún efecto ni entre las partes, ni en cuanto a terceros. La sola inscripción ulterior «no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes» (cfr. art. 33 Ley Hipotecaria)».

¹⁷⁷ BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario...», cit. pp. 2597 y 2598: «Importa otra precisión más en torno al significado de la expresión acto o contrato nulo. Como es sabido, la adquisición de derechos reales por contrato sigue en Derecho español [...] el mecanismo complejo integrado por dos elementos, título y modo. [...] Ahora bien, siendo esto así, puede concurrir el vicio de cualquiera de los dos elementos: puede ser nulo –en el sentido

allá, incluyendo en él el defecto de poder dispositivo del *tradens* y, por consiguiente, la ineficacia del *modo* de adquirir.

Nosotros nos inclinamos aquí por la común opinión. Aunque el artículo 33, sin limitarse al contrato, hable también de *actos*, y aunque el defecto del *modo* por consecuencia de la falta de legitimación dispositiva del *tradens* introduzca en el mecanismo de la adquisición una patología que la inscripción, por sí misma, no puede sanar, lo cierto es que la inclusión de la ineficacia de la entrega o *traditio* en el artículo 33 lleva necesariamente a él una cuestión de terceros que le hace perder su característica de ser norma llamada a ser aplicada en la relación *inter partes*. A nuestro juicio, así pues, es preferible entender referida al contrato la nulidad que dicho artículo declara no sanada por la inscripción. No por ello queda sin previsión legal, ni sin régimen, la ineficacia de la adquisición debida al defecto de poder dispositivo del *tradens*: cuando se inscribe, de ella se ocupa el artículo 40.d), tratándola como uno de los supuestos de inexactitud registral, que, a salvo los derechos del tercero de buena fe, permite solicitar la rectificación del Registro.

La segunda cuestión que la exégesis del artículo 33 puede suscitar es la concerniente al significado que en él obtiene el término «nulos». ¿Se refiere el precepto a los contratos propia y rigurosamente nulos, o abarca también a los afectados por cualquier otra forma de ineficacia o invalidez negocial? Si, cuando posteriormente aparezca, el Código Civil va a rubricar con la palabra «nulidad», sin distinguir terminológicamente entre sus distintas formas, el régimen de la ineficacia de los contratos¹⁷⁸; y si algo similar podía observarse al tiempo de la preparación y aparición de la Ley Hipotecaria en el Proyecto Isabelino¹⁷⁹, todo lleva a entender que cuando el artículo 33 habla de contratos «nulos» está pensando en los contratos que –por cualquier causa y, en función de ella, de distinta forma– pueden ser o resultar ineficaces. En una palabra: el término «nulos» no debe entenderse referido en el artículo 33 a la nulidad como específico y particular régimen de inva-

amplio que manejamos aquí– el negocio traslativo, por ejemplo, la compraventa. Pero también puede serlo, en igual sentido, el modo, cuando quien intenta entregar la cosa o ponerla a disposición del *accipiens*, resulta que no es titular del derecho real sobre aquella que pretende transmitir, o carece de capacidad, o no tiene su libre disposición. Pues bien, la inscripción no convalida ni los vicios que afectan al título, ni los que afectan al modo. Acto o contrato nulo, por tanto, no se refiere exclusivamente al título, al acto o contrato traslativo, sino también, cuando de esta causa de adquirir estemos hablando, al modo. Si se prefiere, en este campo de la adquisición de derechos reales por contrato y *traditio*, el artículo 33 LH hay que leerlo como que la inscripción no convalida la nulidad del mecanismo complejo adquisitivo, lo que puede producirse por ineficacia del título, del modo, o, incluso de ambos elementos».

¹⁷⁸ Vid. la rúbrica que precede a los artículos 1300-1314: «De la nulidad de los contratos». Al recurrir en el texto al término «ineficacia» nos hemos atendido a la terminología empleada por DE CASTRO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, pp. 461-469.

¹⁷⁹ Vid. rúbrica que precede a los artículos 1184-1195.

lidez negocial, sino como indicador genérico de una ineficacia que puede comprender formas distintas en razón de sus diferentes causas y caracteres. Lo confirma el comentario de Gómez de la Serna al precepto: *los contratos o actos pueden ser atacados del mismo modo que si hubieran dejado de inscribirse. La nulidad en unos casos, la anulación en otros, será el resultado necesario de la demanda que se entable*¹⁸⁰. La doctrina más próxima a la aparición de la Ley enseguida desdobló el término nulidad para referirse especialmente a la falsedad del título¹⁸¹, que también hoy distingue, por cierto el artículo 40.d)¹⁸²; de nuestros días –y al igual que ella, la jurisprudencia– suele entender comprendidas en la nulidad no sanada por la inscripción las diferentes formas comúnmente distinguidas de la ineficacia negocial: inexistencia, nulidad y anulabilidad¹⁸³. Algo similar puede observarse en la doctrina extranjera: la inscripción no sana la nulidad de los contratos, sea ésta absoluta o relativa¹⁸⁴.

Sin que sea este el momento de entrar a escudriñar en las distintas formas de la ineficacia negocial¹⁸⁵, pensamos que es así como debe interpretarse el dictado del artículo 33 en su referencia a los contratos nulos: para cualquiera de las formas y supuestos de ineficacia o invalidez de los contratos vale lo que el precepto establece. Y

¹⁸⁰ SERNA, *op. cit.*, p. 620.

¹⁸¹ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 474 y 475: «Y siguiendo estos principios, y para que el sistema fuera completo y lógico por fuerza, la de las inscripciones habría de extenderse también a los títulos falsos que registrados y transferido en su virtud el dominio, no habrían de perjudicar al tercero, aunque después se declarase el delito que les había dado vida [...]. Al com. del artículo 34, íntimamente ligado con éste, remitimos a nuestros lectores, ciñéndonos ahora a recordar que bajo el nombre de títulos nulos se comprenden también los falsos [...]».

¹⁸² «Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título [...], dice el precepto.

¹⁸³ Cfr., e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 834: «Sin embargo, dentro del concepto de nulidad que emplea este precepto hay que comprender los supuestos de *inexistencia*, de *nulidad radical* y de *anulabilidad* del acto o contrato, o negocio jurídico inscritos» (cvas. del a.); DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 430: «En lo que aquí nos interesa, el concepto de nulidad utilizado por el legislador puede ser puesto en conexión con el concepto técnico de ineficacia de los negocios jurídicos. La ineficacia puede estar basada en una razón de inexistencia [...], en una razón de nulidad absoluta [...] o en una razón de anulabilidad»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 389: «Por último, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria se refiere a los “actos y contratos nulos”, lo que permite incluir dentro del ámbito del precepto los supuestos de inexistencia, nulidad y anulabilidad». En la jurisprudencia reciente, *vid.*, sentencias de 17 de julio de 2003 y de 8 de febrero de 2005, que, con citas de otras anteriores, repiten la misma expresión: «[...] pues si el acto adquisitivo es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria [...]».

¹⁸⁴ Cfr. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 601: «L’inscription ou la radiation est faite *sans cause valable*, lorsque’elle repose sur un acte juridique nul, de nullité absolue ou de nullité relative ou unilatérale, ou sur un acte annulable déclaré nul par le juge ou une autre autorité compétente (cf. art. 230 CO)» (cva. del a.).

¹⁸⁵ Nosotros lo intentamos en nuestro trabajo «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 935-983.

es que –de nuevo Serna¹⁸⁶– *el objeto de la inscripción no es dar fuerza a los actos que por sí mismos no la tienen; por ello dicha inscripción ni aumenta ni disminuye –cualquiera que sea– el valor de los títulos.*

Sobre la base de esta exégesis, y al hilo de lo que en su desarrollo y aplicación puede verse respectivamente en la doctrina y en la jurisprudencia, nos parece conveniente apuntar algunas observaciones.

La primera: Acerca del contrato anulable, por ser éste inicialmente válido, se ha sostenido a veces la posibilidad de su inscripción no obstante la tacha de su anulabilidad¹⁸⁷; y se ha afirmado que tal contrato anulable puede servir como justificante de la adquisición del *tercero* porque su impugnación está reservada a la parte que sufrió el vicio o defecto, y mientras no se impugne es válido¹⁸⁸. La primera afirmación, que durante algún tiempo pudo contar con el apoyo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario¹⁸⁹, nos parece hoy difícilmente admisible. El sistema (principio de legalidad y calificación registral) impone entender que la admisión del contrato a inscripción exige, de suyo, la validez del mismo; y que si, de hecho, se produce la inscripción de un contrato inválido, es porque su invalidez no fue detectable o detectada en la calificación registral. Concretamente en cuanto a la anulabilidad, siendo tan distintas sus diferentes causas, no parece adecuado seguir hoy extrayendo del régimen de una de ellas –por cierto, muy peculiar: el acto de la mujer casada sin licencia marital¹⁹⁰– un criterio generalmente aplicable a todas. Baste ver que en la vigente regulación registral acerca de los bienes de los cónyuges y de la socie-

¹⁸⁶ SERNA, *op. cit.*, pp. 619 y 620, respectivamente.

¹⁸⁷ Así, e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 841: «No entra en el ámbito del artículo 33 de la ley Hipotecaria el supuesto previsto por el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, ni tampoco el que es objeto del artículo 98 del mismo, porque en ambos *la ley tolera su inscripción y la anulabilidad o nulidad en su caso del acto o contrato inscrito lo [sic] revela claramente el Registro*, de suerte que del contenido de éste aparece clara una causa de anulabilidad o nulidad» (cvas. del a.); LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 178: «Mas los actos y contratos meramente anulables no se hallan totalmente fuera del ámbito del artículo 33. Su condición es peculiar. De una parte, el acto impugnado es uno *provisionalmente válido*, aunque claudicante, y en principio surte sus efectos propios. Por consiguiente, debe ser inscribible por el mismo título que el contrato bajo condición resolutoria y siempre que sea cognoscible la posibilidad de impugnación»; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 430: «En principio, los actos inexistentes y los nulos no deben tener acceso al Registro. Tampoco, por principio deben tenerlo los actos anulables o, cuando menos, debe expresarse en la inscripción la posible causa de anulación, advirtiendo al tercer adquirente del bien afectado, que puede perder su derecho, si se entabla con éxito la acción de impugnación».

¹⁸⁸ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 182: «En cuanto a los actos anulables, sin duda pueden servir como justificante de la adquisición del *tercero* mientras no sean anulados, porque su impugnación está reservada a la parte que sufrió el vicio o defecto (excepcionalmente, a alguna persona más), y mientras no se impugnen, son válidos» (cva. de los aa.).

¹⁸⁹ En la redacción que le dio el Decreto de 14 de febrero de 1947 rezaba del siguiente modo: «Serán inscribibles los actos y contratos otorgados, sin licencia del marido, por mujer casada; pero el Registrador hará constar en la inscripción la falta de licencia en los casos en que ésta fuere necesaria».

¹⁹⁰ Sobre la peculiaridad de dicha anulabilidad, nos remitimos a nuestro trabajo «Nulidad, anulabilidad e inexistencia...», *cit.*, pp. 973 y 975.

dad conyugal, el régimen parece ser el contrario: la anulabilidad del acto inscribible tiende a ser evitada¹⁹¹; y que, en general, la capacidad de los otorgantes, una de las típicas y tradicionales causas de anulabilidad, es objeto expreso de la calificación registral (art. 18 LH). Y en cuanto a la afirmación de que, por la relatividad de la acción de impugnación, el contrato anulable puede servir a la adquisición del *tercero*, sólo habrá que observar que, al hablarse literalmente de *tercero*, se está saliendo del ámbito *inter partes* propio del artículo 33 para entrar en terrenos del 34 o del 40.d). Distinto es decir que si en el acto inscrito concurre la disposición *a non domino*, de una parte, y causa de anulabilidad, de otra, el titular del derecho inscrito puede lucrar frente al *versus dominus* el efecto sanante de la fe pública registral mientras su adquisición, por no haber sido temporáneamente atacada por la contraparte, pueda considerarse proveniente de un contrato adquisitivo válido¹⁹². Pero mientras no transcurra el plazo de ejercicio de la anulabilidad, y en la relación *inter partes*, el adquirente por contrato anulable está sujeto a la eventualidad de la anulación. Esto es lo que resulta del artículo 33; lo otro deriva del 34 y porque el contrato anulable no efectivamente anulado deviene contrato adquisitivo válido.

Segunda observación: A veces, en la doctrina, el desdoble de la nulidad en las consabidas inexistencia, nulidad y anulabilidad se ha extendido más allá, haciendo llevar al artículo 33 los supuestos de revocabilidad, rescindibilidad, o resolubilidad legal de los contratos, o incluso el de los contratos transmisivos sometidos convencionalmente a condición resolutoria¹⁹³. Podría entenderse que a

¹⁹¹ Vid. artículos 91.1; 93, 2 y 4; 94, 3; y 95, 4.

¹⁹² Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., p. 259, imaginando el caso del tercero que adquiere por título anulable de quien previamente inscribió su adquisición nula, e invocando la STS de 17 de octubre de 1989.

¹⁹³ Así, BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 2595 y 2596: «Pero en un sentido amplio o extenso, nulo vale como ineficaz y, entonces, será nulo el acto o contrato no sólo en los supuestos anteriores [cuando carece de alguno de sus elementos esenciales o vulnera frontalmente una norma imperativa] sino también en los de anulabilidad, por vicios del consentimiento; rescisión, en los pocos casos en que la lesión puede provocar la ineficacia del negocio; o resolución, por incumplimiento o actualización de una condición o término de esta naturaleza, incorporado al negocio por voluntad de las partes». GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., p. 259: «En consecuencia, el contrato en el que interviene como parte el tercero hipotecario del artículo 34 ha de ser válido en sí mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 LH. Este requisito comprende en realidad los tres aspectos en que se mueve el artículo 34: por una parte, la validez derivada de que no haya causa de nulidad absoluta o inexistencia del negocio; por otra, la validez derivada de que no haya causa de anulabilidad; y en tercer lugar, la eficacia derivada de que no exista en el propio negocio causa de resolución que permita a la otra parte instar tal resolución, aunque no resulte del Registro, por cuanto respecto a ella, el adquirente no es tercero sino parte» (cvas. del a.); aunque posteriormente, al comentar el artículo 33 (*Comentarios...*, cit., p. 389), dice: «Por último, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria se refiere a los “actos y contratos nulos”, lo que permite incluir dentro del ámbito del precepto los supuestos de inexistencia, nulidad y anulabilidad. Por lo que se refiere a otros supuestos de ineficacia, como la revocación, rescisión y resolución de los negocios jurídicos, su tratamiento legal resulta del artículo 37 de la Ley Hipotecaria [...]».

ello invita el texto del artículo 34 cuando, en su contraposición con el 33, protege al tercero que adquiere de titular inscrito, aunque después *se anule o resuelva* el derecho del otorgante por causa que no conste en el Registro; y el del artículo 37 cuando deja a salvo al tercero que haya inscrito su título respecto de las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias que pudieran amenazar su adquisición.

Nosotros no seguiríamos esta opinión. Admitimos, como no puede ser de otra forma, que una vez inscritos estos contratos, su condición no mejora en la relación *inter partes* por consecuencia de su inscripción. Pero negamos que los supuestos indicados pertenezcan al campo de la nulidad negocial, materia que es la propia del artículo 33. Lo que estos contratos provocan es una situación de inestabilidad en la titularidad que por ellos se transmite y adquiere; inestabilidad que, obviamente, entre transmitente y adquirente puede hacerse valer, dada su causa, mientras no transcurra el plazo señalado por la ley a tal efecto. En cambio, si la cosa así transmitida pasa al tercero que el Código Civil denomina simplemente tercero de buena fe, y cuyos requisitos completa y concreta expresamente en el ámbito inmobiliario el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en tal caso, decimos, el tercero adquirirá en firme y definitivamente, «será mantenido en su adquisición», a pesar de la inestabilidad del derecho del transmitente. Que esto ocurra es pura consecuencia del principio de fe pública registral; que ocurra lo primero es efecto de que tal principio no juega *inter partes*. Es verdad que el artículo 33 ha venido a ser el exponente *princeps* de esta segunda afirmación cuando la proclama en relación con los efectos del contrato nulo; pero aquí no se agita cuestión alguna de nulidad, y el dictado del artículo 33 –recuérdese lo dicho por Serna– puede fundarse sin él y más allá por tanto de su propio y particular supuesto, en pura aplicación de los principios generales que sirven a la inspiración del sistema.

Y, tercera observación, tan segura ésta y tan cierta, que, de no ser por la desconcertante jurisprudencia que a veces la ha contradicho, ni siquiera sería necesario enunciarla: Lo que de ninguna manera se puede incluir en la nulidad a que se refiere el artículo 33, es la ineficacia del acto adquisitivo por consecuencia del defecto de titularidad del *tradens*. Por varias razones: Primero, porque dicho defecto no afecta a los elementos estructurales del contrato en cuanto título transmisivo, haciéndolo nulo, sino al presupuesto necesario de legitimación exigido para la eficacia traslativa del posterior acto de entrega o *traditio* que, como *modo*, debe seguirle

para completar el mecanismo adquisitivo¹⁹⁴. En segundo lugar, porque ese mismo defecto provoca *eo ipso* y de forma inmediata un conflicto *de tercero*, ajeno por ello al ámbito *inter partes* característico del artículo 33. La cosa es muy clara: la transmisión *a non domino* concita en cuanto al objeto que se pretendió transmitir los intereses contrarios del comprador, pretendido adquirente, y del *verus dominus*, ajeno al acto de la transmisión. Y, finalmente, porque es justamente ese defecto de titularidad, y en ese su necesario ámbito *erga omnes* o *de terceros* –el propio de la efectividad de los derechos reales– lo que la fe pública registral se propone suplir en interés de la seguridad del tráfico de buena fe y en favor del tercero que reúna los requisitos exigidos el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹⁹⁵. Aplicar, pues, a este caso el artículo 33, argumentando que el contrato transmisivo *a non domino* es un contrato nulo y que en tal contrato el tercero adquirente es *parte*, viene a ser tanto como sumar confusiones para terminar suprimiendo o desactivando el artículo 34, precisamente el que concentra la principal y más característica función aseguradora y protectora de la publicidad registral¹⁹⁶. Y no se nos objete que el acto transmisivo *a non domino* es,

¹⁹⁴ Cfr., e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 484 y 485: «Hay, pues, que distinguir dos cuestiones, que en nuestra legislación anterior a 1944 aparecían equivocadamente confundidas: a) El problema de la causa de la transmisión en sí misma considerada, esto es, el de la validez del acto o contrato, única a que se aplica el artículo 33, y que queda limitado a las relaciones *inter partes*. b) El problema de la transmisión misma o de preexistencia del derecho en el enajenante, regido exclusivamente por la Ley Hipotecaria y el principio de fe pública, para el que no tiene aplicación el artículo 33, y se aplica únicamente el 34»; CARRETERO, «Retornos...», II, cit., p. 101: «Cuando el artículo 33 dijo que la inscripción no convalida el contrato nulo, en ningún momento, pensaban en la nulidad del contrato procedente de la falta de poder dispositivo del transmitente [...]. Estamos aquí con el mismo bizantinismo surgido en torno al artículo 1953 [...]. Se trata de la nulidad del acto o contrato por vicios intrínsecos del mismo [...]»; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 461: «El acto o negocio jurídico en virtud del cual adquiere el tercero, ha de ser un negocio jurídico válido, aunque sería carente de eficacia sin la protección registral por falta de titularidad del disponente»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 400: «Pero hay otros supuestos, como el de la venta de cosa ajena, que no son propiamente supuestos de nulidad, sino de *ineficacia por falta de legitimación dispositiva civil* del transmitente, y en tales casos no opera el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, sino el 34 [...] (cva. del a.)». En la doctrina italiana, MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, 3.ª ed. Milano 1975, pp. 183-184: «Il titolo deve essere esente da vizi intrinseci, sia di forma che di sostanza, cioè deve essere, come si suole dire, astrattamente idoneo a trasferire o a costituire il diritto di cui trattasi: l'avverbio "astrattamente" allude appunto a una valutazione del titolo in se stesso, astrazione fatta dal difetto di legittimazione dell'alienante, che impedisce in concreto l'efficacia del negozio sotto il profilo dispositivo. Se il titolo è nullo (e sempreché la nullità non dependa esclusivamente dalla carenza di titolarità nell'alienante), la tutela del terzo acquirente è senz'altro esclusa».

¹⁹⁵ PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 600: «Tiene que ser un adquirente, es decir, adquirente por un título, en principio, *válido* [...]. Válido porque el único defecto que purifica el Registro es la falta de facultades dispositivas en el transferente» (cva. del a.).

¹⁹⁶ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 401: «El sistema inmobiliario registral se creó precisamente para cubrir, a través de la legitimación registral, la posible falta de legitimación civil de los transmitentes en relación con los adquirentes que, confiados

de suyo, un acto ineficaz, cuya ineficacia no puede sanar la inscripción cuando el adquirente no sea un tercero de buena fe, porque ello, que indudablemente es cierto, no sirve para llevar el supuesto al artículo 33, sino simplemente para no incluirlo en los artículos 34 y 40. La publicidad registral sólo protege a los terceros que reúnen los requisitos impuestos en estos preceptos; a los demás, aunque sean «terceros», los deja a su suerte. Sólo así puede decirse –como sin necesidad de artículo alguno paralelo al 33 de nuestra Ley Hipotecaria se ha dicho– que la inscripción indebida o inexacta no produce efectos, de suyo, ni *inter partes* ni respecto a terceros. No los produce, en general, respecto a terceros, hay que decir, pero añadiendo inmediatamente, a excepción de los terceros que pudieron confiar en su exactitud¹⁹⁷.

3.º *La relación entre los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria*

Y, de la exégesis del artículo 33, pasamos al último punto que va a suscitarnos su estudio: el que provoca su colocación sistemática en el conjunto de la Ley Hipotecaria. Un dato es cierto al respecto: que el precepto aparece en ella simultáneamente con el artículo 34¹⁹⁸, en conexión evidente con él, y estableciendo un criterio o norma general respecto de la que éste se entiende ser una excepción: *No obstante lo declarado en el artículo anterior...*, comenzaba diciendo el artículo 34. A partir de este dato y durante mucho tiempo ha sido opinión común en nuestra doctrina lo que del mismo texto de la Ley parece desprenderse: que el criterio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos constituye la norma general respecto de la cual el principio de fe pública registral se limita a ser una excepción¹⁹⁹. Sin el apoyo que a esta opinión ofrecía en nuestro Derecho la sistemática y la literalidad de la

en la previa inscripción de las fincas a nombre de los mismos, adquirirían fincas o concertaban préstamos hipotecarios, haciendo posible la circulación de los bienes y la seguridad de las adquisiciones y de los créditos. Por eso, una aplicación desmedida del artículo 33 sin tener en cuenta el artículo 34 [...] supondría el desmoronamiento de la seguridad del tráfico».

¹⁹⁷ DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 611 y 612: «*L'inscription induit ne produit en principe pas d'effet, ni entre les parties ni à l'égard des tiers [...]. Mais il faut réserver la protection des tiers de bonne foi si et dans la mesure où ils peuvent se fier à l'inscription [...]*»

¹⁹⁸ Lo explica y documenta NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español» y «Tercero y fraude...», ambos trabajos ya citados, pp., respectivamente, 240 y 243, 598 y 601: «Un buen día aparecen redactados los artículos 33 y 34 [...]».

¹⁹⁹ Así, e. c., GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 170; DE LA RICA, *Comentarios...*, cit., p. 92; DE CASSO, *op. cit.*, p. 381; CARRETERO, «Retornos...», II, cit., p. 102; BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario...», cit., p. 2599.

Ley Hipotecaria, idéntico juicio puede verse a veces en la doctrina extranjera²⁰⁰.

Entre nosotros, no obstante, la afirmación de la relación indicada no agota el sentir de la doctrina acerca del significado del artículo 33. Hay, en efecto, quienes entienden que el contenido de este precepto no constituye en la Ley el enunciado de un principio independiente y autónomo. La relación entre regla y excepción –se dice desde ciertos planteamientos dualistas– debe partir de más lejos: la regla general en nuestra Ley Hipotecaria sería la que expresaba el originario artículo 23, actual 32, respecto del cual, sucesivamente y en cascada, serían excepción el 33 y el 34²⁰¹. La discrepancia otras veces se limita a alterar el significado de los artículos 33 y 34 en su recíproca relación: hipotecariamente, se indica, el artículo 34 es la regla, y el 33 la excepción²⁰². Pero lo más frecuente en la actualidad quizá sea poner en duda, o negar decididamente, que el artículo 34 sea una excepción a lo dispuesto en el 33²⁰³. Dejando para

²⁰⁰ Vid. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 615: «La foi publique, telle qu'elle se dégage déjà de cette analyse, tient en échec le principe de la légalité matérielle dès que se produit une acquisition par un tiers de bonne foi. Le principe général est que nul ne peut transférer ce qu'il n'a pas («nemo plus juris transferre potest quam se ipse habet»), ni ne peut constituer des droits sur ce qui ne lui appartient pas».

²⁰¹ Así, NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», y «Tercero y fraude...», *cits.*, pp., respectivamente, 241 y 242, 599 y 600: «Se acordó fijar un límite a la eficacia del artículo 23 declarando que “la inscripción no convalida los actos y contratos nulos”. La Comisión, sin embargo, vio que la limitación al artículo 23 (hoy 32) podía dejar a la propiedad sin garantías. Había que limitar la limitación»; ID: «La evolución del principio de publicidad», *AAMN*, XIV, 1965, p. 106: «No obstante tal opinión, se redactaron los artículos 33 y 34. El 33 –la inscripción no convalida– como limitación o excepción del 23, y el 34, a su vez, como excepción del 33»; VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema...», *cit.*, p. 313: «Pero el hecho de ponerse en la Ley el artículo 33, como excepción a la regla general comprendida en el artículo 32, ambos oriundos del sistema francés, al estar nuestra Ley influida también por el régimen germánico, era necesario, para ser más perfecto nuestro sistema que el francés, establecer una excepción al contenido del artículo 33, que se halla en el artículo 34, apoyado en el principio de fe pública registral»; ID.: «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción», *RCDI*, 1960, p. 370: «El artículo 33 lo agregaron al Proyecto de Ley los de la Comisión, estableciendo una excepción a la regla general contenida en el artículo 23; tal excepción consistía: “La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”. Pero esta negación podía dar lugar a dejar sin firmeza el sistema hipotecario, y para evitar esto los de la Comisión añadieron otro artículo, el 34, como excepción al artículo 33, que decía [...]»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 413 y 414: «Desde el punto de vista de ordenación sistemática de preceptos, tiene plena lógica lo que ya señaló NÚÑEZ LAGOS, el artículo 32 [...] tiene su excepción o restricción en el artículo 33, y éste, a su vez, [...] tiene las excepciones o modalidades de los artículos 34 y 35 de la Ley Hipotecaria».

²⁰² CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 432 «Por lo que se refiere a la forma, la legislación española sienta en la ley hipotecaria el principio general de que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos y después formula las excepciones a esta regla. Tratándose de legislar en orden al Registro de la Propiedad, el camino más seguro y acertado hubiese sido, sin duda alguna, el contrario; es decir, se debía establecer en primer lugar, que el contenido del Registro era válido y sentar luego las excepciones con arreglo a las cuales la inscripción no convalidaba los actos o contratos nulos».

²⁰³ Quien más insiste y razona la negativa es SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 378, 390 y 391, 484 y 485. La misma opinión, naturalmente, en ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 828,

después el problema de la relación del artículo 33 con el 32, pasamos inmediatamente a ocuparnos de estas otras dos opiniones.

Los artículos 33 y 34, uno norma general y otro excepción, pero ¿cuál de ellos es verdaderamente la regla, y cuál la excepción? La razón de dudar cuando se discrepa de la común opinión se funda en la adscripción de cada uno de estos preceptos a campos y disciplinas distintas: el artículo 33 –se dice– es norma civil, mientras que el 34 es norma hipotecaria, y, ello supuesto, en lo hipotecario es el artículo 34, el principio de fe pública registral, el que obtiene el rango de norma general²⁰⁴. Nosotros no podemos compartir esta visión del problema, porque tampoco admitimos la premisa que la sustenta. El llamado Derecho Hipotecario es parte del Derecho Civil, y, por ello mismo, Derecho Civil en sentido propio y estricto. Precisamente por ello en nuestro Derecho Civil campea hoy, como en el Hipotecario, el principio general de protección de los terceros de buena fe; y por esa misma razón sería imposible un Derecho Hipotecario construido al margen o en contra de los principios civiles²⁰⁵. Y justo porque no puede obtener rango de norma general en Derecho Hipotecario lo que en Derecho Civil es excepción, nuestro legislador no quiso formular el artículo 34 sin la previa declaración contenida en el 33 y como un límite a la misma. Y no sólo nuestro legislador: cualquier sistema hipotecario bien concebido habrá de contar con el principio de lógica universal del *nemo plus juris...*, respecto del cual la adquisición *a non domino* fundada en el principio de fe pública registral vendrá a significar, al menos a primera vista, una excepción²⁰⁶.

a partir de su decidida y apasionada crítica a la pervivencia del artículo 33 en la Ley. «En la ley de reforma hipotecaria de 1944, pasado el artículo 33 a formar el primer párrafo del 34, el segundo párrafo de éste prescindió de iniciarlo con las palabras “No obstante lo declarado en el artículo anterior”, por cuanto estas palabras fueron eliminadas, haciendo perder a este artículo 34 el sentido de excepción al artículo 33, lo cual –dice– fue un acierto, dentro del afán de mantener el contenido de este precepto» (la misma idea, en p. 832); CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, 2.^a ed. Madrid, 1989, p. 361, siguiendo a SANZ: «[...] únicamente incurrió la Ley en el error de estimar que dicha regla y la del artículo 34 se referían a una misma materia, y que, por consiguiente, éste debía ser considerado como excepción del 33, siendo así que en realidad, se refieren a supuestos diferentes»; MIQUEL, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *RdP* (Aranzadi), 1998, núm. 1, p. 50: «Por eso el artículo 34 LH no es una excepción al artículo 33 LH, porque el requisito de la propiedad del transmitente es lo que subsana el primero, y ese requisito no es de validez del título». Menos tajante, Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 429: «En la Reforma de 1944-46 el nexo de unión entre los dos artículos ha desaparecido y uno y otro han quedado deslindados. Ambos se refieren a supuestos distintos y hoy no puede decirse que el artículo 34 suponga una excepción al artículo 33, aunque no puede todavía hoy ocultarse la existencia de una posible relación o colisión entre ambos».

²⁰⁴ Cfr. CAMPUZANO, *op. et loc. ant. cit.*

²⁰⁵ Nos remitimos en este punto a nuestro epílogo al estudio «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales...», cit., pp. 685 y 694.

²⁰⁶ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 592: «Ainsi, dans le système de la loi et en dépit de l'ordre des articles, c'est le principe de la légalité matérielle (art. 974) qui est premier, et

Pero –y pasamos así al punto siguiente– ¿hay propia y realmente relación de regla y excepción entre los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria? La Ley, en su originaria redacción, lo expresaba claramente: *no obstante lo declarado en el artículo anterior...*, decía el 34; y así lo vino admitiendo y repitiendo dócilmente la doctrina. ¿Por qué ahora se niega tal relación? Sanz Fernández, quien con mayor detenimiento ha razonado la negativa, argumentaba su discrepancia diciendo que los artículos 33 y 34, al referirse a supuestos y situaciones distintas, constituyen normas independientes y autónomas: el 33, norma civil, afronta el problema de la causa de la transmisión, mientras que el 34, norma hipotecaria, se refiere al problema de la transmisión, y en él, concretamente, al de la preexistencia en el *tradens* del poder de disposición²⁰⁷.

Nosotros no podemos menos de reconocer tal diferencia de campos y materia; pero creemos que ella no es óbice para considerar al 34 como excepción a lo dispuesto en el 33: Porque la inescindible conexión en nuestro Derecho del título y el modo tiene necesariamente que llevar a entender que donde no hay título válido a favor del *tradens* tampoco hay posibilidad de que éste adquiera –él mismo– válidamente; ni, por consiguiente, de que pueda eficazmente transmitir. Y porque el fracaso de tal adquisición y transmisión tiende de suyo a propagarse en cadena afectando indefinidamente a eventuales terceros subadquirentes²⁰⁸. Por ello, el

c'est le principe de la foi publique (art. 973) qui est second. Le principe de la légalité tient lui-même en échec la règle de l'inscription, dans le domaine du principe dit absolu (art. 971/972) comme dans celui du principe dit relatif. La protection des tiers de bonne foi se présente à son tour comme un correctif de la légalité matérielle».

207 SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 484-485: «Hay, pues, que distinguir dos cuestiones, que en nuestra legislación anterior a 1944 aparecían equivocadamente confundidas: a) El problema de la causa de la transmisión en sí misma considerada, esto es, el de la validez del acto o contrato, única a que se aplica el artículo 33, y que queda limitado a las relaciones *inter partes*. b) El problema de la transmisión misma o de preexistencia del derecho en el enajenante, regido exclusivamente por la Ley Hipotecaria y el principio de fe pública registral, para el que no tiene aplicación el artículo 33, y se aplica únicamente el 34. La separación de ambas cuestiones pone de manifiesto el error en que incurrió la antigua Ley al presentar el artículo 34 como excepción del 33».

208 SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 487: «La determinación de los efectos del acto o contrato nulo frente a posteriores adquirentes corresponde, en principio, al Derecho Civil, conforme al cual, tanto la nulidad como la mera anulabilidad, cuando es declarada, les afectan e impiden adquirir ningún derecho, porque no lo tenía su transferente»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 839: «La inoperancia o *carencia absoluta de efectos* específicos de los actos o contratos inexistentes o nulos, así como de los anulables cuando sean anulados, tiene lugar no sólo entre las partes, sino respecto de *terceros*; incluso en cuanto al *tercer adquirente* de la cosa que fue objeto de aquellos. Por tanto, en el orden civil, la acción de nulidad surte efectos *en perjuicio de terceros subadquirentes*, lo cual hay que destacar en la materia que estudiamos» (cvas. del a.); Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 429: «Esta falta de efectos convalidantes surte todas sus consecuencias, sin duda alguna, entre las mismas partes del negocio nulo, y, también sin duda, respecto de los causahabientes de las partes del negocio nulo que carezcan de la condición de terceros a tenor del artículo 34»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 596: «La sola inscripción posterior “no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes” (cf. art. 33 Ley Hipotecaria). Esta

aseguramiento del tráfico hace necesario que al artículo 33 se añada, con carácter justamente de excepción, el 34. El artículo 34 no es norma contraria a la del 33: no es norma, en efecto, que venga a convalidar el título adquisitivo del *tradens*, ni siquiera cuando éste haya dispuesto en favor de tercero subadquirente²⁰⁹. De ahí que, incluso después de tal subadquisición –a salvo siempre el tercero protegible– aquel título pueda ser cancelado [art. 40.i), f) LH]²¹⁰. El artículo 34 es norma que viene a poner tope o marcar límite al artículo 33²¹¹. La nulidad del título que la inscripción no convalida afecta desde luego a quienes fueron parte en su otorgamiento, y, eventualmente, a terceros *scientes*; pero no al tercero que reúne los requisitos exigidos por el artículo 34. El engarce entre los artículos 33 y 34, no obstante la diversidad de materia y ámbito en que se mueven uno y otro, resulta, según lo dicho, de la misma letra del 34: el tercero es mantenido en su adquisición, aunque después *se anule* el derecho del otorgante. La raíz de la patología de la adquisición del tercero se sitúa, pues, en tal caso en la nulidad del título del *tradens*; de ella arrancaba el defecto de poder dispositivo en aquél. Sin contradicción, por tanto, entre el artículo 33 y el 34, pero superando éste lo que según el primero debería ser tratado como nulo, la diversidad de ámbitos y relaciones en que actúan uno y otro precepto es lo que permite cohonestarlos mutuamente en calidad, –*primo intuitu*, al menos– de regla y excepción. Al titular que inscribe su derecho la inscripción no le convalida el título si éste es nulo. Y esto, que vale también para el tercero que inscribe cuando adquiere simultáneamente de no dueño y por acto nulo, es lo que se impone *siempre* en la relación *inter partes*, esto

nulidad –como en general la nulidad de los negocios jurídicos– determina una cadena de nulidades: la de todos los negocios posteriores que partan de la validez de un negocio que es nulo».

²⁰⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 177: «Por supuesto, el subadquirente, esto es, el que compra mediante contrato válido al titular registral que lo fue en virtud de un acto nulo, sí está protegido por la fe pública, lo cual no convalida el acto anterior, pese a que ha servido de puente para la última transmisión. He aquí un ulterior significado del artículo 33». Nos parece más ortodoxa esta opinión que la que se sigue de las siguientes palabras de GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., pp. 398 y 399: «[...] el artículo 34 establece otra regla distinta, pero relacionada con aquella [la del 33], en el sentido de que, respecto a tercero hipotecario del principio de fe pública registral, sí se convalidan por su inscripción, junto a los demás requisitos ya clásicos, los actos y contratos nulos».

²¹⁰ Cfr., e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 842; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 202; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 488; CHICO ORTIZ, *op. cit.*, pp. 363-364.

²¹¹ De límite, más que de excepción, habla NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», pp. 241 y 242, «Tercero y fraude...», cit., pp. 599 y 600, y «La evolución del principio de publicidad», *AAMN*, XIV, 1965, p. 106, cuando explica el origen y razón de ser del artículo 33. El mismo concepto que para explicar la relación entre los artículos 33 y 34 emplea COSSÍO, *op. cit.*, p. 203: «Aunque en principio, y según establece el artículo 33 de la LH “la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”, de donde se sigue la posibilidad de su impugnación en cualquier momento, la Ley establece una limitación a tal general principio, al disponer en su artículo 34 que [...]».

es: mientras la cosa o el derecho adquirido permanece en el patrimonio de quien actuó como parte en el proceso de la adquisición; y es, también, lo que se sigue imponiendo *eventualmente* cuando tal cosa o derecho pasó a manos de un tercero *sciens* o no protegible. Hasta aquí, el artículo 33. Ahora bien, cuando traspasamos el ámbito *inter partes* y la cosa inicialmente *non rite* adquirida pasa a manos de un tercero protegible –artículo 34–, entonces tal tercero, adquirente por título en sí mismo válido, es mantenido en su adquisición. Aquí es donde se cumple la función aseguradora que la publicidad está llamada a desplegar en favor de los terceros que de buena fe confían en la apariencia jurídica: confían en la inscripción que, sin dejar traslucir la nulidad del título del transferente, acreditaba a éste como dueño con facultades para transmitir. Y así es como los artículos 33 y 34 se compaginan y encajan entre sí, y como, sumados o en su conjunto, expresan la idea y la razón de ser de la fe pública registral. No es que la inscripción haga válido lo que en sí y por sí mismo es nulo, sino que ampara y protege la confianza del tercero en la apariencia de su validez.

Pero, todo lo anterior supuesto y jurídicamente hablando, ¿es, efectivamente, el artículo 34 una norma excepcional frente a la regla general contenida en el 33? En sentido lógico es claro que el artículo 34 constituye una excepción al 33, respecto de cuyas rigurosas consecuencias excluye al llamado tercero hipotecario²¹². En sentido jurídico-normativo, en cambio, no lo es tanto. No deja de ser sintomático que incluso quienes entienden que la protección de los terceros de buena fe sigue siendo hoy un recurso excepcional frente al principio o norma general del *nemo plus juris...* tienen, con todo, que admitir que dicha protección no puede en la actualidad ser tenida como un criterio jurídico excepcional y de interpretación restrictiva²¹³. Nosotros mantuvimos y seguimos entendiendo que en el actual Derecho la protección de los terceros de buena fe, de la cual la fe pública registral es una de sus más características aplicaciones, puede convivir con alcance de auténtico Principio

²¹² No es óbice a ello, en nuestra opinión, lo alegado por MIQUEL, «El Registro inmobiliario...», cit., p. 50: «Por eso el artículo 34 LH no es una excepción al artículo 33 LH, porque el requisito de la propiedad del transmitente es lo que subsana el primero, y ese requisito no es de validez del título». Concedido que la propiedad del transmitente no es requisito de validez del título que éste pueda otorgar, el lo cierto que quien adquirió por título nulo, cuya nulidad no sana la inscripción (art. 33), al no haber *rite* adquirido (art. 609 CC), tampoco puede transmitir; y es justamente este obstáculo legal a la transmisión lo que supera o sortea el artículo 34.

²¹³ Así, MENGONI, *op. cit.*, p. 31: «La maggiore frequenza dei casi in cui prevale la direttiva di tutela dei terzi non è un argomento sufficiente per affermare che essa si è consolidata in un principio sistematico (o assiomatico). Vero è soltanto che le norme in cui tale direttiva si svolge non possono essere ritenute eccezionali nel senso dell'art. 14 delle preleggi, non sono norme soggette al divieto di applicazione analogica».

General del Derecho con la regla lógico-jurídica, e igualmente general, del *nemo plus juris*²¹⁴. Basta con asignar a una y otra su propio campo de actuación. En el suyo propio, el aseguramiento del tráfico, ha elevado a Principio General la protección de los terceros de buena fe. Ese es, respecto al tráfico inmobiliario, el carácter del principio de fe pública registral.

Y queda ya sólo por examinar el punto anteriormente aplazado de la relación entre el artículo 33 y el vigente 32 de la Ley Hipotecaria. En nuestra doctrina se ha sostenido, como vimos, que la relación de preceptos mutuamente relacionados entre sí debe arrancar en el originario 23, actual 32, norma que comienza a declarar el efecto protector de la inscripción; de ella sería excepción el artículo 33, a su vez excepcionado por el 34. Naturalmente, esta forma de interpretar el sistema legal implica el reconocimiento de la autonomía normativa del vigente artículo 32, que, lejos de confundirse con el 34 en condición de exponente en negativo del principio de fe pública registral, sería la norma que, en clave francesa o latina, comenzaría a indicar el resultado protector de la inscripción ceñido al principio de prioridad sustantiva o de inoponibilidad. En una palabra: el planteamiento de la cuestión ahora propuesta supone obviamente la interpretación dualista de nuestro sistema hipotecario.

Pues bien, fue Núñez Lagos quien, en su peregrina interpretación del originario artículo 23, estableció la relación entre este precepto y los artículos 33 y 34 como excepciones sucesivas al mismo. El artículo 23, hoy 32, inmunizaba a tercero que inscribe contra las acciones hipotecarias y confesorias dimanantes de derechos no inscritos, pero dejaba irresuelto el problema de la acción reivindicatoria. Los artículos 33 y 34 serían los llamados a dar expresa respuesta a este problema: la inscripción inmuniza o protege frente al ejercicio de las acciones reales menores antes indicadas, pero no ante la reclamación del dueño (art. 33), a no ser que la cosa reivindicada haya sido subadquirida por tercero de quien en el Registro aparecía inscrito como dueño (art. 34)²¹⁵. Con razón, y muy fácil-

²¹⁴ Nos remitimos a *La representación aparente...*, cit., pp. 435 y 440. En cambio, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 806, entiende la relación entre el principio *nemo plus juris* y el de protección de los terceros en términos de sustitución del uno por el otro: «Ello no obstante –dice– cabe pensar que la evolución última del ordenamiento jurídico ha llevado a la sustitución del principio normativo *nemo plus jura* por otro principio de igual rango que es el de la tutela de los adquirentes de buena fe y a título oneroso como consecuencia necesaria de la tutela del interés colectivo en la seguridad de la circulación de los bienes».

²¹⁵ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., pp. 241 y 242: «Un buen día aparecen redactados los artículos 33 y 34. Tengo el indicio de que tal vez fue el agente provocador un discurso de Permanyer. El problema fue éste: si se interpreta con rigor el precepto de que los títulos sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito, ¿queda o no queda fuera de combate la acción reivindicatoria derivada de títulos no inscritos? Si quedan ineficaces las acciones confesoria e hipotecaria, ¿por qué no la

mente, pudo refutarlo Carretero: el artículo 33 nada tiene que ver con el 32, porque el tratamiento del defecto de poder dispositivo del *tradens*, implícito en la doble venta cuando se lleva a cabo la segunda, es cuestión que había quedado ya resuelta en el originario 23. Sin conexión con él, el artículo 33 vendrá a formar bloque con el 34²¹⁶.

Nosotros compartimos esta segunda opinión, pero entendemos que con ella no se da completa solución al problema, ya que, según hemos venido distinguiendo, una cosa es el artículo 33 en la coyuntura y *ratio* de su formulación, y otra las exigencias del principio de legalidad, el valor no sustantivo de la inscripción y la vocación *ad tertios* de la publicidad, razones todas que son las que sirven de fundamento, en nuestro sistema y en los comparados, al criterio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos. En razón de esta distinción, y con independencia de su concreta formulación y plasmación en nuestra Ley Hipotecaria –volcado el artículo 33 sobre el 34 y engarzado adversativamente éste en aquél– hay que preguntarse, pues, si también para el efecto protector del principio de inoponibilidad (art. 32) vale en nuestro sistema la necesidad de validez del título inscrito, y, consiguientemente, si dicho efecto no se detiene en el supuesto de su nulidad. Concretamente, y para el caso *princeps* del artículo 32: el de la doble venta de finca no inmatriculada donde la inscripción decide en favor del comprador que se adelanta en su práctica, ¿es exigible la validez

reivindicatoria? Pero si el artículo 23 (hoy 32) incluía en su ámbito y, por tanto, excluía a la reivindicación, resultaba que la inscripción se hacía inatacable por títulos anteriores, no inscritos, ni de posible inscripción por el artículo 17. En la inmensa mayoría de los casos vendría a resultar que la inscripción convalida los títulos inválidos frente a acciones de nulidad derivadas de títulos anteriores no inscritos. El artículo 23 (hoy 32) vendría a sentar el principio de integridad de la inscripción en un Registro de títulos: Los títulos no inscritos no existen. Únicamente cuentan los títulos inscritos para el tercero. Al plantearse el problema en la Comisión se dijo que había que aclararlo [...]. Gómez de la Serna, basándose principalmente en la Ley belga, sostenía que sin aclarar nada en la nueva Ley se lograba igual resultado que en Austria. No obstante, podía *aclararse* que la reivindicación no se detenía nunca ante el Registro. Se acordó fijar un *límite* a la eficacia del artículo 23 declarando que “la inscripción no convalida los actos y contratos nulos”. La Comisión, sin embargo, vió que la limitación al artículo 23 (hoy 32) podía dejar la propiedad sin garantías. Había que limitar la limitación [...]. Hay que proteger al tercero, pero al tercero basado en una inscripción precedente, determinado por una relación jurídica previamente inscrita» (cvas. del a.).

²¹⁶ CARRETERO, «Retornos...», II, pp. 98 y 102, de las que entramos: «No estamos conformes con todo esto [se refiere a las conjeturas de Núñez Lagos] [...] para los autores de la Ley estaba claro que en el caso de la doble venta no era posible anular la segunda inscrita por virtud de la primera no inscrita, porque los artículos 33 y 34 para nada afectaban al juego del 23. Ni siquiera cabe decir que esto ofreciese dudas [...]. Cuando el artículo 33 dijo que la inscripción no convalida el contrato nulo, en ningún momento, pensaban en la nulidad del contrato precedente de la falta de poder dispositivo del transmitente sólo a medias perdido por la venta o enajenación anterior no inscrita [...]. El artículo 33 no es un tope al 23, sino la entrada en otro mundo, en otro campo, en el campo de la protección del tercero subadquirente y hay que relacionarlo con el 34».

del título, o viene la inscripción también a sanar los vicios determinantes de su nulidad?

La respuesta no puede ser dudosa. También la protección registral sustanciada en la inoponibilidad del título anterior no inscrito se limita a inmunizar al segundo comprador que inscribe respecto del defecto de poder dispositivo padecido por el *tradens* a consecuencia de la transmisión anterior no inscrita. Si, aparte este defecto, el contrato adquisitivo inscrito es intrínsecamente nulo, la inscripción –por las razones de fondo antes indicadas– no lo convalida²¹⁷. Ahora bien, siendo ello así, más que decir que el artículo 33 es una excepción al 32²¹⁸, lo que procede es afirmar que el 32, en su materia, como el 34 en la suya, viene a constituir un límite o una excepción al 33, o al requisito de la validez, comprendiendo en él la eficacia del título adquisitivo: aunque la inscripción no convalida los contratos nulos, sirve para suplir el poder dispositivo que, por efecto de la transmisión anterior, vino a perder el vendedor sucesivo de una misma cosa. Es la excepción al requisito de la validez que en la doctrina francesa incomoda a Troplong hasta llevarlo a negarla aduciendo que el segundo comprador que inscribe adquiere válidamente porque, a pesar de la venta anterior no inscrita, adquiere a *vero domino*²¹⁹. Nosotros, que ya hemos rechazado esta forma de entender la protección registral al segundo comprador que primero inscribe²²⁰, comprobamos ahora, de nuevo, cómo entre las dos formas de eficacia ofensiva de la inscripción consagradas en nuestro Derecho, aunque hay importantes diferencias de fundamento y efectos, no existen esos abismos conceptuales que a veces tratan de ahondar los más exacerbados dualistas.

Pero, dicho esto, y si queremos hacer justicia a nuestro sistema, tenemos que continuar en el tratamiento de este punto. Dijimos que

²¹⁷ Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968), p. 201: «En definitiva, el artículo 32 limita su acción al conflicto entre un título inscrito y otro no inscrito, pero no protege contra la nulidad del propio título que se inscribió [...]»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 414: «[...] el principio de inoponibilidad parte de la validez de los dos actos o contratos en conflicto, siendo la inscripción la que resuelve la plena eficacia del acto o contrato inscrito frente al que no se inscribió».

²¹⁸ Así, actualmente y en la línea marcada por Núñez Lagos, GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 388: «[...] el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no sólo tiene relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que representa una excepción al artículo 32 de la Ley Hipotecaria [...]».

²¹⁹ TROPLONG, *op. cit.*, pp. 354 y 355: «La transcription ne corrige pas les vices de l'acte revêtu de cette formalité; elle le promulgue, sans rien ajouter à sa validité. Il est vrai qu'elle protège un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur [...]. Mais cela n'a rien de contraire à la règle que nous posons ici; car, dans le système de la loi 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis *a non domino*».

²²⁰ Lo hicimos en nuestro anterior estudio: «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», ADC, 2001, pp. 5 y 256, esp., 180 y 210.

la doble venta de finca no inmatriculada cuyo segundo comprador se adelanta a inscribir es el supuesto *princeps* del artículo 32, en cuanto distinto al 34, y del campo de juego del principio de inoponibilidad, en cuanto distinto al principio de fe pública registral. El supuesto *princeps*, sí, pero no el único. En el restante, y desde el punto de vista del problema ahora planteado, destaca el de las resoluciones relativas a la capacidad dispositiva y de obrar del titular inscrito (arts. 2, 4.º y 42, 5.º LH). Vimos ya en estudios anteriores²²¹ cuál fue la razón de su inclusión en el conjunto de la materia publicable, y cuál el efecto pretendido con su publicación. Se trataba de asegurar al adquirente contra las incapacidades ocultas, porque *para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales* –decía la Exposición de Motivos de 1861– *no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectados a otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido*. Nuestro Registro de la Propiedad va a ser por ello –así lo indicará Gómez de la Serna²²²– un Registro «de derechos e incapacidades». En virtud de ello, la originaria redacción del artículo 23 refirió expresamente el efecto protector de la inoponibilidad a todos los títulos que en la relación del artículo 2.º de la Ley constituían el objeto de la publicidad registral. Don Jerónimo González, como es sabido, impugnó el sistema: bastaba el artículo 33, decía, para comprender su incorrección²²³. He aquí cómo, extraído este último precepto del contexto que lo impone como una necesidad intrínseca –el de la adquisición *a non domino* en virtud del principio de fe pública registral– se va a desvirtuar el efecto pretendido con la inscripción de las resoluciones limitadoras de la capacidad dispositiva y civil mediante la absolutización de un principio o criterio –el de la validez del título– que la misma Ley venía a excep-

²²¹ «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, 1998, pp. 423 y 632, esp., 544 y 595; y «El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, 2004, pp. 381 y 547, esp., pp. 493 y 500.

²²² SERNA, *op. cit.*, p. 221.

²²³ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, p. 349: «Frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, se estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada».

cionar expresamente²²⁴. De nuevo, pues, no es el artículo 33 el que excepciona al 32, sino el 32, en su materia, como el 34 en la suya, el que excepciona al 33. Pero con una importante diferencia en este caso: que mientras en el principio de fe pública registral el efecto protector de la publicidad se produce en favor de tercero y respecto de la nulidad del contrato adquisitivo anterior al suyo, de la cual resulta el defecto o la inestabilidad de la titularidad del *tradens*; ahora, en el de la inoponibilidad de las resoluciones limitadoras de la capacidad, tal efecto se produce en la relación *inter partes*, sanando el contrato adquisitivo de quien contrató con el oculto incapaz, y protegiendo al inmediato adquirente, no contra el defecto de poder dispositivo del *tradens*, sino contra la posibilidad de que su título adquisitivo pueda ser impugnado o anulado. En nuestra doctrina se ha intentado llevar estos casos –concretamente, el del contrato del pródigo– a terrenos del artículo 34²²⁵. Nosotros creemos que por la vía aquí indicada se resuelven mejor.

4. LA INSCRIPCIÓN DEL PROPIO ACTO ADQUISITIVO

Para lucrar el efecto sanante de la fe pública registral no basta al tercero haber llevado a cabo un acto adquisitivo en las condiciones hasta ahora indicadas; es menester, además, que lo inscriba: que inscriba «su derecho», en la expresión utilizada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Es lógica esta nueva exigencia legal. «La Ley Hipotecaria –dirá Serna²²⁶– sólo considera los actos con relación a la inscripción: cuando ésta no se ha verificado [...] quedan los actos y contratos dentro de sus condiciones naturales». ¿Cómo va a proteger el Registro a quien no acoge a él su propio derecho²²⁷? Cuando, en

²²⁴ Convenimos con GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 414, en que «lo que no puede admitirse es que el artículo 33 sirva para la neutralización o exclusión absoluta de los efectos del artículo 32 de la Ley Hipotecaria».

²²⁵ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 412: «En consecuencia, el adquirente del pródigo que no conociera la demanda o la sentencia de prodigalidad, ni estuviera anotada o inscrita en el Registro de la Propiedad, es un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria protegido frente a la anulabilidad de los actos del pródigo, porque aun siendo parte en el contrato celebrado con el pródigo, es ajeno a la demanda o resolución judicial de prodigalidad no anotada ni inscrita. Si se sigue esta interpretación, el contrato celebrado por el pródigo con un adquirente de buena fe [...] no puede ser atacado por causa de prodigalidad, ni siquiera alegando que la inscripción no convalida el acto o contrato nulo ni el anulable, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, dado que el supuesto hace tránsito al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al tratarse de tercer adquirente, que es tercero respecto a la situación jurídica de prodigalidad y a la demanda no anotada».

²²⁶ SERNA, *op. cit.*, p. 622.

²²⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 733: «La exigencia de este requisito es lógica: el sistema debe proteger la adquisición cuyo título acude a él y no a la que lo rehúye»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 190: «Es presupuesto evidente de la adquisición registral a *non domi-*

interés de la seguridad del tráfico inmobiliario la Ley trata de implantar el Registro de la Propiedad y de promover e incentivar la inscripción, ¿cómo va a brindar su protección al adquirente que se deja guiar por la información que le proporciona el Registro, pero que se desinteresa de contribuir a su exactitud publicando en él su propia adquisición²²⁸? Con razón pudo decir Núñez Lagos que el tercero del artículo 34 es un tercero de doble inscripción o de «sobreinscripción»: la previa o de su causante, lo genera o concibe; la suya propia, lo alumbró y cobija; es un tercero que sólo existe *por y desde* el Registro²²⁹.

Desde esta su lógica propia –y aunque con sus paralelos sistemáticos en otras formas de adquisición *a non domino*, mobiliaria e inmobiliaria²³⁰–, el requisito de la inscripción es un añadido *registral* a las exigencias esenciales de la protección de la apariencia jurídica en su planteamiento general y abstracto. De acuerdo con ella bastaría al tercero haber actuado confiando en lo que objetivamente aparece como expresión o manifestación de la realidad. Aquí se exige algo más²³¹. No es que se niegue o se prescinda de la

no la inscripción del adquirente, llave de la eficacia del Registro, cuya protección se concede exclusivamente al titular inscrito. Frente al no inscrito valen, evidentemente, cualesquiera títulos (S. 7 marzo 1981)».

²²⁸ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 432: «El fundamento de este requisito es de toda evidencia: si el supuesto jurídico, necesario para la aplicación de este efecto de la inscripción, es la adquisición del dominio o derecho real con arreglo al Registro, es indudable que no puede afirmarse que haya adquirido, según él, quien no inscribió su título de adquisición [...]. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la consideración de que el Registro no debe amparar a aquellos que no se sujetaron a su régimen manteniendo sus títulos fuera de la inscripción».

²²⁹ NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», *cit.*, p. 603: «Que el enajenante esté registrado –asiento transmitente, “previa inscripción”– y que el adquirente llegue a estarlo. No basta para proteger al tercero, como en los artículos 13 y 32, una sola inscripción, que sirva de parapeto frente a la embestida de relaciones jurídicas no inscritas (teoría del “burladero” de GONZÁLEZ PALOMINO), sino que son ineludibles dos inscripciones: la del enajenante, que contiene la relación jurídica determinante y claudicante, y que llamo “previa inscripción”, y la del adquirente, que cobija al tercero, y que llamo “subsiguiente inscripción”. Es, pues, este tercero un tercero, no de inscripción, sino de sobreinscripción [...]. Sin previa inscripción no entra para nada en juego el artículo 34. La previa inscripción genera y concibe el tercero específico de dicho artículo 34; la siguiente inscripción lo alumbró y lo cobija. Ambas inscripciones tienen un inevitable aspecto constitutivo para ese tercero específico, que sólo existe *por y desde* el Registro [...]» (cvas. del a.).

²³⁰ Recuérdesse que en la mobiliaria, tanto el artículo 464 como el 1473, I CC exigen al tercero haber entrado en la posesión de la cosa, y que en la inmobiliaria, en defecto de inscripción, es la prioridad en la posesión material o efectiva (art. 1473, III) la que decide.

²³¹ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 453 y 464; literalmente, en la primera: «Para obtener la protección registral no basta que el tercero contrate confiando en el Registro. Es preciso que una vez que ha contratado siga confiando en la institución registral y acuda a ella inscribiendo su adquisición». De contradicción con el juego normal de la protección de la apariencia, habla, extremosamente en nuestra opinión, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas», *ADC*, 1949, pp. 1236-1237: «No obstante, esta tesis produce determinadas anomalías. En primer lugar, contradice el juego normal de las adquisiciones de buena fe, para las que basta, como dijimos, el acto adquisitivo con validez intrínseca y apoyado en la apariencia jurídica, en su doble aspecto».

necesidad de adquirir al amparo de una apariencia creíble de titularidad; es que, tal necesidad supuesta, se añade o adjunta un ulterior y complementario requisito que adviene al presupuesto de la protección del adquirente no tanto de la protección de la apariencia en sí misma, cuanto de su plasmación y concreción normativa como específica apariencia registral. Nos hemos referido ya a este punto y no vamos a insistir en él otra vez²³².

Lo que sí puede ser de interés es destacar cómo en nuestro sistema inmobiliario esta nueva exigencia adquiere y reviste un significado e interés particular. En los sistemas comparados de fe pública registral, la inscripción del propio derecho es también condición necesaria para alcanzar de la Ley la protección registral; pero la elevación de ella en éstos a elemento de constitución del derecho adquirido impide en tales sistemas la pluralidad de varias adquisiciones extra-registrales en pugna cuyo desenlace venga a decidir la inscripción. En nuestro Derecho, en cambio, donde como se sabe la constitución y transmisión de los derechos reales se produce sin intervención registral y mediante el mecanismo del título y el modo, y donde la inscripción –de acuerdo con su propia función– es sólo publicadora, dicha pugna sí que es posible. El titular inscrito puede haber transmitido sucesivamente a varios una misma finca o derecho, que, al haber sido adquiridos, por hipótesis, con igual buena fe, podrían ser todas tenidas por acabadas, perfectas y eficaces mientras no se descubra el hecho de su incompatibilidad. ¿Cuál puede ser el criterio para resolver sobre ellas? Obviamente, el de la prioridad temporal; pero, tratándose de derechos inscribibles y supuesta la inscripción de alguno de ellos, el de la prioridad en la inscripción²³³. Resultado de ello: que en nuestro sistema de inscripción no constitutiva y simplemente publicadora, el juego del principio de prioridad sustantiva o de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, se adentra en el de fe pública registral y se entrevera en el funcionamiento de éste²³⁴. Al tercero «confiado» del artículo 34 no le basta con haber confiado en lo que el Registro publica acerca de la titularidad del

²³² Cfr. nuestro anterior estudio: «El principio de fe pública registral (I)», 2, a).

²³³ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 472 (previamente, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., p. 297): «El requisito de la inscripción del tercero determina también para él un efecto de prioridad respecto a otras adquisiciones o situaciones jurídicas, conforme a las reglas generales del principio de prioridad».

²³⁴ Al juego entreverado de los principios de fe pública y de prioridad, aunque para llegar a soluciones que no compartimos sobre el momento en que es necesaria la buena fe al tercero, se refiere especialmente GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, quien –*op. cit.*, p. 1241– resume así su pensamiento: «Por tanto, el esquema de actuación de la protección registral al tercer adquirente es el siguiente: 1.º El tercero ha de realizar el acto adquisitivo con los requisitos propios de las adquisiciones de buena fe: validez intrínseca del acto, apariencia objetiva, buena fe y, en este caso, que se trate de adquisición por negocio jurídico ínter vivos y a título oneroso. Conforme intentamos demostrar antes, el tercero no adquiere más de lo que hubiera adquirido por Derecho civil puro; pero sí se coloca en una especial situación que le hace apto para anteponerse, por la inscripción, a los actos que pueden perjudicarle y que no hayan sido

derecho que se propone adquirir; es necesario, además, que sea un tercero «activo»²³⁵; tan diligente como el tercero del artículo 32²³⁶. No en vano argumentaban y justificaban Cárdenas y Gómez de la Serna el efecto protector de la fe pública registral en clave, también, de prioridad y diligencia²³⁷.

Obvio en su fundamento, y con peculiar significado y carácter en nuestro Derecho, el requisito de la inscripción del propio acto adquisitivo ha suscitado entre nosotros el planteamiento de varias cuestiones. He aquí las principales:

Se discute, en primer lugar, si el indicado requisito es el último de los que la Ley Hipotecaria exige para hacer posible la adquisición registral *a non domino* en aplicación del principio de fe pública registral, o si no es, más bien, el único de entre los necesarios para el juego de dicho principio, que debe cumplirse, no obstante, una vez producida aquella adquisición. Ha sido Roca Sastre quien con mayor énfasis ha sostenido esta segunda opinión. Sería la que se sigue de la redacción del artículo 34: «será mantenido en su adquisición» y del sistema de inscripción declarativa y adquisición mediante el mecanismo del título y el modo adoptado por nuestro Derecho. En esta interpretación, la inscripción de la adquisición del tercero reviste el carácter de simple *conditio juris* para el mantenimiento de aquella, cuya eficacia se retrotrae al momento de la misma²³⁸. No creemos

aún inscritos al tiempo de esa inscripción del adquirente (prioridad), y cuya causa no constara registrada al tiempo de verificarse el acto adquisitivo (fe pública)».

²³⁵ Para la contraposición entre tercero *activo*, o del artículo 32, y *confiado*, o del artículo 34, *vid.* VILLARES PICÓ, «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción», *RCDI*, 1966, p. 373.

²³⁶ *Cfr.* ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 733: «El que no inscriba su adquisición sabe a lo que se expone y obliga a pensar que no quiere ampararse en la protección hipotecaria por contentarse con las defensas estrictas que el Derecho civil puro le brinda. Y de no ser esto, deberá entenderse que su proceder de abstención responde a una evidente falta de diligencia». En la jurisprudencia, la STS de 14 de junio de 2000 se refiere a la protección otorgada por la fe pública registral como «garantía de quien, confiando en la exactitud del contenido registral y sin conocimiento de realidades que pudieran desautorizarlo [...], adquiere a título oneroso el derecho así registrado y lo inscribe para sí mereciendo por ello la protección inherente a su buena fe y cuidado que regula el artículo 34 de la expresada Ley».

²³⁷ CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación», *RGLI*, 1871, (XXXVIII), p. 171: «Si una sentencia judicial fundada únicamente en este documento no registrado, privara de su derecho al que lo adquiriera después bajo la fe del Registro, inscribiéndolo con oportunidad, resultaría que un título no inscrito por morosidad o indolencia, perjudicaría al tercero cuidadoso que inscribiera el suyo, para favorecer al indolente»; GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 623: «No sería justo que el derecho anterior no inscrito fuera anulado por el posterior que tampoco lo estuviese». En la doctrina moderna, COSSÍO, *op. cit.*, pp. 224-225: «d) *Haber inscrito su derecho*.—Ello es perfectamente natural, ya que la protección registral únicamente debe ofrecerse a quien haya desenvuelto el mínimo de actividad necesaria para merecerla, y si su justificación ética radica en el descuido o negligencia del que pudiendo inscribir no lo hizo, es indudable que sólo al que haya inscrito su derecho puede atribuirse la cualidad privilegiada de tercero hipotecario».

²³⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 729-733, de las que entresacamos: «A diferencia de los demás tres requisitos exigidos por el artículo 34.1, para la protección del tercero, el que ahora nos ocupa sólo puede ser cumplido normalmente después de efectuada la adquisi-

que sea ésta la mejor interpretación del requisito de la inscripción. Por varias razones. La principal y más obvia: porque la adquisición que es efecto de la protección deparada al tercero por el principio de fe pública registral, al no ser una adquisición derivativa ordinaria, no puede ser gobernada y determinada por el mecanismo del título y el modo. Es, por el contrario, una adquisición especial *a non domino* y, como tal, queda sometida al cumplimiento de los requisitos que le impone el artículo 34, de los cuales, el de la inscripción viene a ser el último²³⁹. Pero es que, además, la tesis de Roca Sastre impone atribuir a la inscripción, una vez practicada, una eficacia retroactiva que va más allá de la que la Ley puede coherentemente admitir. De acuerdo con ésta, no hay más retroacción de la inscripción que la que se detiene en el momento, también registral, del asiento de presentación (art. 24 LH)²⁴⁰. Es pura y elemental consecuencia del principio de

ción, salvo en la hipoteca [...]. El mismo artículo 34.1, de la ley demuestra la verdad de este aserto al expresar que el tercero “será *mantenido en su adquisición* una vez que haya inscrito su derecho” (p. 730); «Nosotros entendemos que hay que distinguir entre el momento de la adquisición del dominio o derecho real inmobiliario y el inicio de la protección registral derivada de la fe pública. El momento de la adquisición hay que referirlo al tiempo en que se realizó el acto adquisitivo [...] (p. 731)». Le sigue, VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública registral», *Estudios sobre derechos de cosas* I, Madrid, 1985, pp. 435: «A nuestro parecer [la inscripción] no representa más que un requisito *a posteriori* para que se mantenga una adquisición realizada anteriormente [...]. Así resulta de los propios términos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: *será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito*. La adquisición se operó antes de la inscripción; ésta es sólo una *conditio juris* para que la eficacia de aquella sea mantenida»; 440-441: «Y la inscripción del adquirente no es más que una *conditio juris* para mantener y afianzar *ex post facto* una transmisión ya operada», y 447: «Todo ello se opera, repetimos, en el instante en que el transferente otorga el correspondiente título, con valor de tradición, a favor del adquirente que tuvo fe en el contenido registral. La inscripción a favor de éste es sólo una *conditio juris*, posterior, que hace definitiva la adquisición ya operada. Así resulta de los propios términos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: “será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito su derecho”».

²³⁹ Así, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 466: «[...] conviene tener presente que el artículo 34 no protege una adquisición cualquiera derivada del titular inscrito, sino solamente la que tenga lugar *según el Registro* [...]; la aplicación de los principios del Registro, y especialmente la protección del artículo 34, sólo existe cuando se da entrada al título en el mundo hipotecario. Una adquisición según Registro, requiere la inscripción del título del adquirente. [...] Este efecto [la adquisición *a non domino*] se opera únicamente por la inscripción del título del adquirente: el momento de la adquisición, en tal supuesto, no es el del título, sino el de la inscripción»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., pp. 471-472: «La adquisición *a non domino* del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, además de ser *ex lege* [...], es una adquisición *inscriptionis causa*, es decir, que se produce *por causa y a partir de la inscripción*. La inscripción no es simplemente un requisito de *eficacia*, ni una simple *conditio juris*, que sería incompatible con el efecto que pretende el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que no pretende aplicar el efecto retroactivo propio de la *conditio juris*, sino que la adquisición sólo tiene *eficacia* y se mantiene como tal *una vez inscrita*, lo que demuestra que la inscripción determina el momento fundamental de la adquisición. Ésto es así porque se trata de una adquisición *a non domino* [...]» (cvas. del a.).

²⁴⁰ STS de 30 de noviembre de 2004: «La protección registral que los recurrentes propugnan es verdad que se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente en el que concurran los demás requisitos que el artículo 34 señala, pero únicamente se retrotrae a la fecha del asiento de presentación, como se previene en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, y no al momento en que se haya verificado la adquisición».

prioridad registral: el acto extra-registral anterior sucumbe ante el posterior anteriormente inscrito, y tanto éste como aquél sólo cuentan para el Registro desde que a él accedieron (art. 17 LH). Desde estas razones, finalmente, argumentar invocando la expresión legal «será mantenido en su adquisición» supone atribuir a la literalidad de la Ley una fuerza dogmáticamente decisoria ajena a su intención y que la misma ni exige ni padece²⁴¹. La inscripción del propio derecho que el artículo 34 exige al tercero es, así pues, requisito necesario para su adquisición, previo lógicamente a la misma aunque simultáneo a ella en el tiempo; nunca posterior a la misma. Si el efecto de la fe pública registral se cifra y consiste en operar la adquisición en favor del tercero, no se ve cómo sería posible que tal adquisición se hubiera producido antes de que la fe pública hubiera podido desencadenar su efecto. Una vez más Gómez de la Serna expone aquí y lacónicamente fundamenta la exacta doctrina: «sólo cuando el título posterior ha sido inscrito, y desde que lo ha sido, tiene lugar este artículo. La Ley Hipotecaria sólo considera los actos con relación a la inscripción»²⁴².

Discutido resulta igualmente el carácter que a la inscripción debe atribuirse en este supuesto: ¿declarativa, de acuerdo con su valor ordinario en nuestro sistema, o excepcionalmente constitutiva? De lo anteriormente dicho parecería que habría que responder lo segundo. Porque la adquisición registral *a non domino* discurre por cauce distinto al del título y el modo, y porque en ella la inscripción es requisito legal de la adquisición, la toma de razón registral debería ser aquí considerada constitutiva. Así se ha defendido en nuestra doctrina, a veces sin más²⁴³, a veces señalando la diferencia que media entre esta forma de ser constitutiva la inscripción y el modo normal de serlo en el sistema germánico²⁴⁴. Nosotros no

²⁴¹ «Mantener» significa en Derecho –cfr. RAE– «amparar a uno en la posesión o goce de una cosa». Por otra parte, la originaria redacción del artículo 34 –como tampoco posteriormente el § 892 BGB– no empleaba esta expresión, que parece inspirada en el texto del artículo 973 CC suizo, más perfilado y exacto en su versión alemana: «ist in diesem Erwerbe zu schützen».

²⁴² GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 622.

²⁴³ GARCÍA GARCÍA, *op. et loc. ant. cit.*: «Por tanto, la inscripción opera aquí como un supuesto de inscripción constitutiva [...]».

²⁴⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 612: «La inscripción es constitutiva cuando es uno de los requisitos esenciales (una forma esencial) de la adquisición o modificación del derecho real. Son supuestos excepcionales de inscripción constitutiva: 1.º La adquisición amparada en el artículo 34 Ley Hipotecaria», aunque añadiendo en nota: «No en el sentido de que la inscripción sea elemento del negocio transmisivo sino en el sentido de que sin la inscripción tal adquisición no estará protegida»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 246: «Inscripción constitutiva.–Tiene este valor la inscripción en nuestro sistema, con carácter general, en cuanto es preciso para el crédito y la seguridad del tráfico inmobiliario, es decir en el caso en que sea necesario proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante, teniendo por ello carácter constitutivo o, más exactamente, convalidante de la inscripción. Este carácter

compartimos esta opinión. Una cosa es que la inscripción sea necesaria –entre otros requisitos– para la adquisición y otra que, por serlo, cambie en su propio carácter y se eleve a la condición de constitutiva. La inscripción exigida por el artículo 34 no deja de ser en él tan publicadora como normalmente la entiende nuestro Derecho. Ciertamente es necesaria para adquirir, pero ello no la convierte en co-elemento necesario del normal mecanismo de transmisión de los derechos reales. Mantener lo contrario supone desenfocar el concepto técnico de la inscripción constitutiva, confundir los efectos del principio de inscripción con los del principio de fe pública registral²⁴⁵, y atribuir en exclusiva a la toma de razón registral una función que la Ley Hipotecaria asigna conjuntamente a la concurrencia de todos los requisitos a los que el artículo 34 somete a la adquisición registral *a non domino*. La inscripción es, pues, requisito, en conjunción con otros, de tal adquisición, pero, en buena técnica, no por ello cambia su naturaleza, pasando de ser publicadora a convertirse –ella por sí sola– en constitutiva²⁴⁶.

Finalmente, se interroga también la doctrina si, a los efectos del requisito de la inscripción, es necesario que sea ésta la que se practique o si se le podría tener también por cumplido cuando la toma de razón registral haya consistido en el asiento de presentación o en una anotación preventiva. La respuesta no parece difícil. En línea de principio es necesaria la inscripción, y sólo ella permite entender cumplido el requisito legal. Otra cosa es que el efecto de la inscripción, una vez practicada, deba remontarse a la fecha del asiento de presentación por ser éste el que, de acuerdo con la diligencia del presentante, sirve para fijar la prioridad registral (art. 24 LH); pero un asiento de presentación que no lleve a una efectiva inscripción no puede, obviamente, proporcionar al presentante los efectos de la fe pública registral²⁴⁷. Y lo mismo vale decir, en sustancia, de las anotaciones preventivas llamadas a con-

stitutivo de la inscripción, derivado de la función convalidante de la misma, es completamente distinto del concepto de inscripción constitutiva al modo alemán y suizo [...]».

²⁴⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 216: «Creemos que se incurre en una lamentable confusión al involucrar en el ámbito de las inscripciones constitutivas, en el sentido propio, al actuar dentro de la esfera del principio de inscripción, unos resultados que son privativos del principio de fe pública registral».

²⁴⁶ Algo más detenidamente, y en su contexto propio, nos hemos ocupado de este punto en nuestro estudio «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», cit., ADC, 2001, pp. 210-213.

²⁴⁷ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 433: «Respecto del asiento de presentación, su carácter rigurosamente provisional y su falta de sustantividad propia e independiente obliga a distinguir: 1.º Si el título presentado se inscribe en definitiva, los efectos de la fe pública se producen desde la presentación (art. 24 de la Ley). 2.º Si no se inscribe y caduca, claro es que no produce efecto alguno. De aquí que, propiamente hablando, no puede decirse que la sola presentación protege al tercero, pues en el primer caso los efectos no derivan de este asiento, sino de la inscripción».

vertirse en inscripción: cuando ésta se obtenga, y sólo entonces, surtirá su efecto, aunque desde la fecha de la anotación (art. 70 LH), que, a su vez, vendrá determinada por la del asiento de presentación²⁴⁸. La inidoneidad de las demás anotaciones –incluida la más polémica anotación de embargo²⁴⁹– al efecto aquí planteada resulta lisa y llanamente de la peculiar vocación de este típico asiento. No es lo suyo provocar el efecto de la fe pública registral en favor del anotante, sino permitir a éste oponer a eventuales terceros adquirentes el derecho o la pretensión que, gravitando sobre la finca que van a adquirir, les es cognoscible por medio de la anotación (art. 71 LH)²⁵⁰. Sólo cabe hacer aquí, con la Ley, una excepción: la anotación del crédito refaccionario surtirá respecto de éste todos los efectos de la hipoteca (art. 59, II LH). La anotación del crédito equivale aquí a la inscripción de la hipoteca²⁵¹.

III. EL EFECTO PROTECTOR DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL

1. EL MANTENIMIENTO DEL TERCERO EN SU ADQUISICIÓN: HIPÓTESIS DISTINGUIBLES DE PROTEGIBILIDAD DE LA ADQUISICIÓN EN FUNCIÓN DE LA INEXACTITUD REGISTRAL DESCONOCIDA POR EL TERCERO

La originaria redacción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria expresaba el efecto de la fe pública registral afirmando que, no obstante lo declarado en el artículo 33, los actos o contratos que se

²⁴⁸ Así, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Principio de publicidad», *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, I, Madrid, 1948, pp. 385-386: «Tampoco garantiza [la «Fides Publica»] al adquirente de una acción protegida por medio de una anotación preventiva; pero si este asiento se refiere a un derecho real de titulación imperfecta, es decir, si desempeña el papel de una inscripción provisional, la solución sería la contraria»; COSÍO, *op. cit.*, p. 225: «[...] si se trata, por el contrario, de una anotación susceptible de convertirse en una inscripción definitiva, surtirá esta última todos sus efectos, a tenor del artículo 70 de la LH, a partir de la fecha de la anotación».

²⁴⁹ Nos remitimos aquí a lo ya dicho en *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 513-536.

²⁵⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO, «Las anotaciones preventivas», *RDN*, 1964, pp. 7-28, esp. p. 21, donde define a las anotaciones preventivas como «unos asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles»; p. 25: «Esta eficacia, la eficacia esencial de las anotaciones preventivas, es puramente negativa. Consiste en enervar el posible juego de la fe pública del Registro por el adquirente de buena fe»; p. 26: «El anotante no es tampoco un tercero hipotecario».

²⁵¹ DÍEZ-PICAZO, *op. ult. cit.*, p. 28: «La anotación preventiva únicamente otorga plenitud de rango en lo que se refiere al crédito refaccionario. La anotación surte la misma eficacia que la inscripción de la hipoteca (arts. 59 LH; 1923, 3.º; 1927, 2.º CC)».

ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, *no se invalidarán en cuanto a tercero*, una vez inscritos... En su formulación actual –evidentemente inspirada en la del art. 973 CC suizo– se le indica diciendo que el tercero que adquiere en las condiciones que exige el precepto *será mantenido en su adquisición*. En realidad, aunque enfocado el problema desde perspectivas distintas, el resultado es el mismo. Se trata en ambas fórmulas de hacer inatacable y firme la adquisición del tercero hipotecario: el tercero –se vendrá a decir en algún pasaje de la Exposición de Motivos de 1861– por tener su derecho inscrito y ser adquirente de buena fe, *podrá defenderse de la reivindicación*²⁵².

Indica compendiadamente este texto el efecto del principio de fe pública registral en su inescindible conexión con los requisitos que exige y la *ratio* en que se sustenta. Se trata con él de dar satisfacción a la legítima confianza del tercero en lo que el Registro publica, haciendo de su pretendida adquisición una adquisición inatacable²⁵³. La expresión de la Ley apunta a la adquisición *a non domino* como el supuesto global y el efecto ordinario de la fe pública registral; pero tales supuesto y efecto no coinciden estrictamente con dicha forma anómala de adquisición²⁵⁴. Las distintas posibilidades de inexactitud registral respecto a las cuales el principio de fe pública va a proteger al tercero pueden llevar a adquisiciones en las que al menos no todo sea adquisición *a non domino*²⁵⁵. Convenimos por ello en que se expresa mejor el efecto de este principio cuando se dice que por medio de él se garantiza al tercero una

²⁵² Literalmente, E. M., p. 258, respecto a la anotación de legados: «[...] Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es por lo menos que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación».

²⁵³ Cfr. Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 465: «Se trata, pues, de defender la situación creada en favor de quien ha llevado a cabo el acto adquisitivo confiando en la publicidad del Registro. Quien ha celebrado el negocio adquisitivo confiando en la veracidad y en la exactitud del Registro, debe verse protegido, convirtiendo para él la expectativa creada por la confianza en una presunción *juris et de jure* de veracidad y su adquisición en una adquisición inatacable».

²⁵⁴ En la doctrina y respecto a la formulación legal suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 613-614: «C'est ce qu'énonce, dans une formule d'ailleurs incomplète, l'art. 973 [...]. Cette disposition vise apparemment le cas le plus important, celui de l'acquisition *a non domino* [...]. Au-delà de sa lettre, l'art. 973 vise aussi à protéger le propriétaire d'un immeuble grevé, en faveur duquel une personne indûment légitimée comme titulaire par l'inscription, consent à la radiation du droit réel: à l'acquisition d'un droit réel il faut assimiler l'«*acquisitio libertatis*». Enfin, le législateur entend encore garantir l'acquéreur de bonne foi d'un immeuble *contre l'existence de droits réels* qui le grevent sans être inscrits au registre foncier [...]».

²⁵⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 747: «De la índole o medida que alcance la inexactitud registral resultará que el tercer adquirente *mantenido en su adquisición* por efecto de la fe pública plasmada en el artículo 34 de la ley Hipotecaria, habrá efectuado una *adquisición "a non domino"*, o una *adquisición parte "a non domino"*, y parte *"a domino"*, o una adquisición *"a domino"*» (cvas. del a.).

adquisición en todo coincidente con lo que resulta de la publicidad del Registro. En esta línea se produce su formulación en el § 892 del BGB: en favor del tercero, lo que el Registro publica vale como si fuera exacto (*gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig*). Ese valer como exacto –la presunción *juris et de jure* de exactitud que el Registro genera en beneficio del tercero adquirente– es lo que permite y garantiza a éste esa equiparación inmediata y definitiva entre apariencia y realidad en que generalmente consiste el efecto de la protección de la apariencia jurídica²⁵⁶. El tercero que adquiere en las condiciones previstas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, adquiere inmediata y definitivamente el derecho que figuraba inscrito como perteneciente a su transmitente y en los mismos términos en que el Registro lo publicaba.

En esta indicación del efecto del principio de fe pública registral, claramente más amplia y abierta que la que lo hace consistir en la adquisición *a non domino*, pueden y deben distinguirse supuestos distintos. Básicamente serían los que a continuación pasamos a exponer.

a) *Adquisición radicalmente a non domino, cuando la inexactitud del Registro consiste en señalar como dueño a quien no lo es.* Es ésta la hipótesis en la que, por ser más radical y completa la inexactitud del Registro, con mayor intensidad tendrá que actuar el efecto protector y sanante de la fe pública registral. Entra aquí sin duda alguna el supuesto de la doble venta de finca ya inscrita. A partir de la primera, seguida de la tradición, el hasta entonces dueño dejó de serlo; sin que el dato de que, a pesar de ello, siga apareciendo como tal en el Registro, venga a modificar en nuestro Derecho la realidad de que ya no lo es²⁵⁷. Nuestra doctrina, tanto la más temprana como la actual, trae este supuesto al corazón de la fe pública registral como el caso más ordinario y frecuente de su actuación²⁵⁸. Respecto de él, aunque ya nos resulten muy conoci-

²⁵⁶ Así expresamos el efecto de la protección de la apariencia jurídica, en *La representación aparente...*, cit., pp. 442, 452, 453 y 479.

²⁵⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 566: «Desde que el enajenante en virtud del contrato que celebra traspasa la finca a otro, poniéndole en posesión de ella, éste adquiere su dominio, y aquel que ha perdido el que tenía, no puede hacer segunda enajenación a favor de un tercero: separarse de esta línea de conducta es faltar a la buena fe, es cometer un estelionato, una estafa para emplear la denominación que a este delito contra la propiedad da el Código Penal [...]» y 568: «[...] el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro».

²⁵⁸ Por todos, en la primera doctrina, SERNA, en la glosa al artículo 34, *op. cit.*, p. 622: «Se refiere [el artículo que comentamos] al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un contrato o acto transmite la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, cuando existe un título anterior

das, acaso convenga apuntar de nuevo dos observaciones. La primera: que la traída de este caso a la fe pública registral constituye una de las peculiaridades de nuestro sistema de eficacia máxima aunque sin inscripción constitutiva. El carácter constitutivo de la inscripción impide en Alemania y Suiza la posibilidad de una enajenación extra-registral *inter vivos* respecto a la cual se haga necesario proteger al tercero que inscribe. Y la segunda: que, en razón de tal peculiaridad, no es coherente con nuestro sistema la tendencia a explicar la protección del tercero restando en su propia fuerza el valor de la transmisión anterior no inscrita y, correlativamente, intensificando en sí mismo el valor de la inscripción por la que accede al Registro la que la Ley va a proteger. En nuestro Derecho la inscripción queda al margen del mecanismo adquisitivo regular u ordinario, y si en la adquisición registral se convierte en elemento necesario no es porque en ella resida intrínsecamente su fuerza y razón, sino porque, comprendida en un conjunto integrado, además de por ella, por otros requisitos (buena fe y onerosidad), determina, o bien su preferencia sobre otra adquisición anterior ya producida (inoponibilidad *relativa ex arts. 32 LH y 1473, II CC*), o bien –por lo que ahora interesa– hace posible la *absoluta* adquisición *a non domino* que en aplicación del principio de fe pública registral el artículo 34 de la Ley Hipotecaria viene a sancionar²⁵⁹.

Pero el caso del desprendimiento de su propio derecho por parte del titular inscrito como consecuencia de una enajenación no inscrita, no es el único, obviamente, en el que el Registro puede publicar una titularidad inexistente. Lo mismo ocurrirá siempre que en él aparezca como dueño alguien que no lo es, bien porque nunca lo fue, bien porque, sin anterior transmisión *inter vivos*, haya dejado de serlo. Nunca fue dueño quien en el Registro aparece como tal en razón de la inscripción de un título falso (la hipótesis que alimentó la alarma inicial y las destempladas y extendidas protestas contra el art. 34), o radicalmente nulo²⁶⁰; también nunca fue dueño quien como tal aparece en el Registro a consecuencia de una inscripción errónea en la indicación del titular. Y fue dueño, pero no lo era ya al tiempo de la transmisión, quien, a pesar de continuar apareciendo como titular en el Registro, había con anterioridad perdido su derecho por efecto, e. c., de

no inscrito [...]»; en la actual, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968) pp. 256-257, analizando la mecánica de la adquisición *a non domino* amparada por la fe pública registral sobre el caso paradigmático de la doble venta.

²⁵⁹ Para el tratamiento detenido de estas cuestiones tenemos que remitirnos a lo dicho en «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», cit., ADC, 2001, pp. esp., 180-225.

²⁶⁰ Cfr. SERNA, *op. cit.*, p. 654, delimitando el objeto del originario artículo 38: «No necesitamos recordar aquí lo que tan repetidamente hemos dicho acerca de que la nulidad y la anulabilidad y rescisión son cosas diferentes».

una usucapión *contra tabulas* (art. 36 LH) o por haber quedado éste anulado, revocado o resuelto –igualmente antes de su transmisión al tercero– sin que de tales anulación, revocación o resolución diera noticia el Registro²⁶¹. Finalmente, en este primer grupo puede incluirse, aunque sólo sea parcialmente, el caso en que el Registro publique como titular exclusivo a quien en la realidad lo es sólo en parte o *pro quota*²⁶².

b) *Adquisición estable de dueño con titularidad claudicante, cuando la inexactitud del Registro consiste en silenciar la inestabilidad del derecho del transmitente.* En esta segunda hipótesis se produce, como en la anterior, una inexactitud registral²⁶³, pero ésta no consiste ahora en la radical carencia de titularidad de quien en el Registro aparece como dueño, sino en la defectuosa publicación de la misma: la que en la realidad es una titularidad inestable o claudicante, se publica como estable o firme. Se pone de manifiesto en este caso el aspecto negativo de la fe pública registral²⁶⁴, o, como también se le puede indicar, la presunción de integridad de la inscripción. La buena fe consiste ahora, obviamente, en el desconocimiento del dato registralmente omitido: la inestabilidad del derecho del titular inscrito²⁶⁵; y la protección del tercero se cifrará en su inmunización respecto a la lógica del *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis*.

²⁶¹ En términos parecidos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 747: «Adquirirá “a non domino” el tercero cuando lo verifique de un titular registral que carezca totalmente de derecho sobre la finca o derecho real limitado adquirido, sea porque la anterior inscripción del transferente se practicó por error equivocando el Registro los nombres del mismo; o por haber el transmitente dejado de ser titular registral [*sic*] por efecto de una enajenación, sin que el adquirente inscribiera su título; o por cuanto ya se había extinguido por nulidad, resolución, rescisión, revocación, caducidad, renuncia, liberación, expropiación, confiscación, etcétera» (cva del a.).

²⁶² ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 748, hace de este supuesto caso aparte, integrándolo con el de la transmisión de derecho gravado pero inscrito como libre en un segundo grupo de adquisición mixta: «Adquirirá parte “a non domino” y parte “a domino” el tercero cuando lo verifique de un titular registral que solamente tenga en la realidad extarregistral una cuota sobre la finca o derecho real y también cuando siendo titular de la totalidad de la finca o derecho, aparece en el Registro *libre de cargas* (usufructos, dominios directos, derechos de superficie, censos reservativo o consignativo, hipotecas, etc.), cuando en realidad está gravado» (cvas. del a.).

²⁶³ No lo entiende así ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 780: «No es el caso de estricta inexactitud registral ya examinado, en el que la inexactitud del Registro ya existe al tiempo de efectuar el tercero protegido su adquisición, sino actuante en su función protectora ulterior a la adquisición por dicho tercero, por haberse derrumbado posteriormente tal titularidad. Se está, por tanto, ante un derrumbamiento, aniquilación o claudicación del derecho que el titular registral transmitió antes al tercer adquirente protegido por el artículo 34, 1, de la ley».

²⁶⁴ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 411.

²⁶⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 781: «[...] pero hay que entender que aquí la buena fe adopta el sentido amplio de *desconocimiento de la causa que haga posible la claudicación del título o derecho del transferente*» (cva. del a.).

Es éste un capítulo que, con algún reflejo más débil en los sistemas latinos francés²⁶⁶ e italiano²⁶⁷, está llamado a jugar en nuestro Derecho con amplitud sensiblemente mayor al que le está permitido en los sistemas germánicos alemán y suizo. La adopción en uno y otro del criterio del *numerus clausus*, con la consiguiente imposibilidad de que los derechos reales puedan ser configurados en su extensión y condiciones por el título de su constitución y transmisión, y, particularmente en Alemania, la independización del acto transmisivo respecto del título obligacional que lo fundamenta, tienen que llevar necesariamente a una uniformidad y rigidez en las condiciones y estabilidad del derecho inscrito que nada tiene que ver con la variabilidad que en cuanto al mismo permiten de consuno en nuestro Derecho el sistema transmisivo del título y el modo y la adopción del criterio de la libre conformabilidad de los derechos reales al amparo del sistema del *numerus apertus*²⁶⁸.

²⁶⁶ Cfr. sobre ello, en nuestra doctrina, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 149: «La publicidad de estas causas es muy deficiente en el Derecho francés, como consecuencia del criterio de excluir de la publicidad los problemas de titularidad de los derechos reales. Puede afirmarse que normalmente están exceptuadas del régimen de publicidad y producen sus efectos con absoluta independencia de él». En Francia, y por lo que hace a la Ley de Transcripción, *vid. TROPLONG, op. cit.*, pp. 397-398: «Voyons, maintenant, les effets et la sanction du défaut de mention di jugement, qui prononce la nullité, la rescision ou la resolution d'un acte transcript. On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, a l'égard des tiers, qui tiennent des droits reals de celui don't la propriété est annulée ou résolue. Le législateur est parti de ce principe, que le jugement, étant déclaratif, n'est pas sujet à la transcription; il n'a donc pu vouloir que sa validité fût subordonnée à sa publicité [...]. Toute l'économie de la loi prouve, d'ailleurs, que les tiers ne peuvent pas se prévaloir du défaut de mention, pour échapper aux conséquences de la décision judiciaire. C'est pourquoi le législateur, cherchant une sanction à ses prescriptions, punit par une amende la négligence de l'officier ministériel qui a obtenu le jugement, et qui ne l'a pas fait mentionner en marge de la transcription. Aurait-il eu recours à cette mesure exceptionnelle, s'il avait placé une sanction dans l'inefficacité meme du jugement?». En la reforma de 4 de enero de 1955 (art. 30, 1 i. f.) se someten estas causas a la típica inoponibilidad relativa francesa («sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur»): «La résolution ou la revocation, l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1.º de l'article 28, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si la cause réside dans la loi». Sobre ello, *vid.* en Francia, MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 535-536; MALAURIE-AYNÈS, *Sûretés. Publicité foncière*, 9.ª ed. París, 1998, p. 241; en nuestra doctrina: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, pp. 772-773.

²⁶⁷ *Vid.* artículo 2652 del Codice Civile, especialmente nn. 5 y 6, sobre transcripción de demandas de revocación por fraude de acreedores o de nulidad o anulación de actos sometidos a transcripción: [...] *La sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso da terzi di buona fede in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente a la trascrizione della domanda*; [...] *Se la domanda è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda* [...]. Sobre ellos, e. c., FERRI, *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto. Bologna-Roma, 1960, pp. 230-262; MENGONI, *op. cit.*, pp. 256-292.

²⁶⁸ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 367-368, en cuanto al sometimiento de los actos inscribibles al juego de la condición: «En este punto existe una disparidad total de criterio

Está por ello sobradamente justificado, a nuestro juicio, que nuestra Ley Hipotecaria no sólo se ocupe expresamente de este segundo supuesto²⁶⁹, sino que lo destaque muy señaladamente llevándolo al corazón del artículo 34 –*aunque después se anule o resuelva el [derecho] del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro*– y desarrollando su tratamiento en el artículo 37²⁷⁰, heredero de los originarios 36 a 40, cuyo contenido sintetiza y condensa. En la expresión general de estos preceptos, la anulación o resolución que por razón del título pudiera amenazar la estabilidad del derecho inscrito, no impedirá la adquisición del mismo como estable y firme si la causa de aquellas no constaba en el Registro; y las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Son expresiones lo suficientemente generales como para poder dar cobijo a cualquier otro supuesto en que el derecho del *tradens*, sin la adecuada constancia registral, esté sometido a cualquier eventualidad que lo haga inestable²⁷¹.

entre el sistema alemán y el español. En el Derecho alemán los derechos condicionales no son susceptibles de inscripción, si bien los posibles efectos de la condición pueden asegurarse mediante una anotación preventiva a favor del favorecido con una expectativa de adquisición como consecuencia de aquella [...]. En nuestro Derecho se admite sin dificultad la inscripción de los actos y contratos condicionales [...]. Hemos desarrollado ampliamente lo afirmado en el texto en nuestro estudio «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», cit., *ADC*, 1998, pp. esp., 445-521.

²⁶⁹ En sentido contrario, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 780: «Es el supuesto que propiamente contempla la segunda parte del primer párrafo del artículo 34 de la ley Hipotecaria actuante con carácter *complementario* de lo dispuesto en la primera parte de este precepto, lo cual incluso en caso de silenciarla el precepto la misma se sobreentendería, como se sobreentiende en las legislaciones alemana y suiza [...]. Ya hemos visto antes que en rigor huelga esta previsión, porque en lo más cabe lo menos; pero el afán detallista originario todavía persiste en la ley Hipotecaria actual y la conduce a prever ostensiblemente este supuesto en el propio artículo 34, 1, de la misma».

²⁷⁰ La conexión del vigente artículo 37 con el 34, y, a través de él, con el principio de fe pública registral, es afirmación del común de la doctrina (cfr., e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 387; COSSÍO, *op. cit.*, p. 203; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 171; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 846; CHICO ORTIZ, *op. cit.*, p. 365; DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 465-469; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 604); la sostenía GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 654, poniendo en conexión el originario artículo 36 con el 30: «Este artículo que comentamos es explicación y aclaración del 30 [...]». La excepción en este punto viene constituida por la opinión de NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., pp. 581: «Leyendo en serie todas las andanzas de la redacción de los preceptos referentes a la acción pauliana, resulta claro, puesto que el artículo 34 no existía, que *los autores de la Ley tuvieron el artículo 36 como una aplicación del artículo 23*» (cva. del a.), y 622: «No cabe duda que el artículo 37 es calco del 32. El tercero a que se refiere el 37 es el mismo tercero del 32, precisamente para confirmarle su inmunidad o, en su caso, suprimírsela si es cómplice en el fraude». No obstante, en «El Registro de la Propiedad español», cit., pp. 221-222, había afirmado la existencia de «un tipo terciario de inmunidad frente a acciones reivindicatorias, revocatorias o resolutorias, que no consten en el Registro y que se concretan en el mal llamado principio de fe pública encerrado en el artículo 34 de la Ley, aunque en relación con el 36».

²⁷¹ Piénsese, por ejemplo, en las titularidades sometidas a preferencias adquisitivas o a embargo. De ambos supuestos nos hemos ocupado en «El objeto de la publicidad...», cit., pp. 508-521, y «El principio de inoponibilidad...», cit., pp. 513-536.

La economía y el tono de estas páginas nos impiden detenernos en la exégesis del artículo 37 y en el estudio de las distintas cuestiones que el mismo puede suscitar. Nos limitaremos, pues, al bosquejo de dos puntos: uno relativo a lo que en él se dispone sobre las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, y otro, más general, sobre el ámbito del precepto en razón de la naturaleza de las acciones cuyo tratamiento hipotecario en él se dispone.

Consiste el primero de estos puntos en la añeja polémica –tópico hipotecario, la considera García García²⁷²– acerca de si el adquirente inmediato del deudor enajenante es «tercero» protegido como tal por la Ley Hipotecaria, o si para la aparición de tal «tercero» es necesario esperar a la segunda enajenación y, con ella, a la existencia de un subadquirente²⁷³. La cuestión se suscitó ya a raíz de la originaria redacción del artículo 37, no obstante referirse éste expresamente a la «segunda enajenación»; y la reforma de 1944-46, a pesar de haber suprimido esta referencia, no ha logrado sofocarla²⁷⁴. En realidad, desde el punto de vista práctico y como se observó hace tiempo, la polémica se reduce a una «tempestad en un vaso de agua»²⁷⁵. Resuélvase el problema como se resuelva, el adquirente inmediato del deudor queda a salvo de la rescisión siempre que, siendo la enajenación onerosa, no sea cómplice en el *consilium fraudis*²⁷⁶. La cuestión queda entonces reducida a una mera discusión teórica: ¿queda a salvo porque también a él se extiende la protección que al tercero de buena fe otorga la Ley Hipotecaria, o, más bien, porque, no siendo él partícipe en la finalidad fraudulenta, no se dan los presupuestos de la acción que –si lo fuera– contra el mismo podría ejercitarse? Dicho de otra forma, y sirviéndonos de los términos que suelen utilizarse en la doctrina: la inmunidad de ese adquirente inmediato de buena fe, ¿proviene de la protección registral al tercero adquirente de buena fe, o de la regulación civil de la acción pauliana? En rigurosa técnica hipotecaria, la respuesta, a nuestro juicio, debe decantarse por la segunda posibilidad. A ello responde la exi-

²⁷² GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 506.

²⁷³ Para una autorizada presentación de tal polémica, *vid.* ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 874-890. De interés en su tratamiento monográfico, GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, «La acción pauliana y la Ley Hipotecaria», *AAMN*, VII, 1953, pp. 193-236.

²⁷⁴ Como muestra de la polémica doctrinal, véase, por una parte, la concepción de ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 881-887, decidido partidario de excluir del ámbito del artículo 37 al adquirente inmediato del deudor, por no considerarlo hipotecariamente tercero, y la de GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 480, para quien en dicho artículo, y repitiendo la expresión de GONZÁLEZ PALOMINO, «*tan tercero es el primer adquirente como el “decimonono”*» (cva. del a.).

²⁷⁵ La expresión es de GIMÉNEZ-ARNAU, *La acción pauliana...*, cit., p. 236.

²⁷⁶ Coinciden en ello, aunque discrepen en la interpretación del artículo 37 aquí planteado, GIMÉNEZ-ARNAU, *op. cit.*, p. 235; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 886, nota 1; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 410; NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude...*, cit., p. 623.

gencia de la segunda enajenación en la primera redacción del artículo 37, explicada además y justificada en perfecta ortodoxia hipotecaria por Gómez de la Serna: la Ley Hipotecaria no se extiende a la primera enajenación, *porque se limita a tratar de los terceros, y por lo tanto de las segundas enajenaciones*²⁷⁷. Era, además, lo coherente con la letra del 34: «... aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de [...] causas que no resulten claramente del mismo Registro». Tal derecho intermedio o del otorgante no puede ser otro que el que obtuvo el adquirente inmediato del deudor enajenante. ¿Debe variar el sentido de esta solución por el hecho de que en la vigente redacción del artículo 37 —«desgraciada», en la consideración de Roca Sastre²⁷⁸— se haya suprimido la referencia a la segunda enajenación? En nuestra opinión, no: lo impide la técnica de la delimitación del «tercero hipotecario». Lo que sí cabe decir es que en la versión del vigente artículo 37, el régimen de la acción pauliana viene sustancialmente a coincidir con el de su regulación civil²⁷⁹; algo que, por otra parte, puede ser perfectamente comprensible y explicable: en uno y otro la ley protege al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe. Y tercero adquirente de buena fe lo es tanto, civilmente, el tercero (respecto al acreedor defraudado) que, *in scius fraudis* adquire del deudor, como, hipotecariamente (respecto al deudor defraudante) el tercero que, igualmente desconocedor del fraude, trae causa del adquirente inmediato de tal deudor. Por una vía o por otra, ambos obtienen la protección de la ley y son mantenidos en su adquisición.

De mayor transcendencia y enjundia es el segundo de los puntos antes anunciados: el del ámbito del artículo 37 en razón de las acciones que en él se regulan. El problema es ahora, también, más confuso y complejo. La confusión le viene por la brumalidad y polémica que históricamente envolvió la delimitación entre las acciones reales y las personales²⁸⁰; la complejidad, por la abun-

²⁷⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 652, a propósito del cómputo del plazo de ejercicio de la acción: «Esta es la regla que tendrá lugar siempre que sea la primera enajenación aquella de cuya rescisión se trate, porque a ella no se extiende la Ley Hipotecaria que se limita a tratar de los terceros, y por lo tanto de las segundas enajenaciones».

²⁷⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 887: «[...] después de una desgraciada redacción dada al precepto por la ley de reforma hipotecaria de 1944 [...]».

²⁷⁹ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 410: «Tratándose de transmisiones inscritas en el Registro, el problema se rige fundamentalmente por la Ley Hipotecaria, que ofrece soluciones casi idénticas a las del Código Civil para el primer adquirente»; DE LA RICA, *Comentarios...*, cit., p. 109: «Conviene subrayar que esta modificación altera profundamente la doctrina anterior para someterla a las normas del Código Civil sobre la acción Pauliana»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 888: «Mas si ya por Derecho civil los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso quedan inmunes a los efectos rescisorios de la acción Pauliana, ¿a qué viene la ley Hipotecaria a repetirlo?».

²⁸⁰ Puede verse ello, a propósito de la acción revocatoria o Pauliana, en NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., pp. 622-623: CUIATIO, VULTEIO y LAUTERBACH —nos

dancia y variedad de los diferentes supuestos encuadrables entre las acciones «rescisorias, revocatorias y resolutorias» a que se refiere el precepto.

Ello advertido, y para entrar en la respuesta al punto planteado, se hace preciso partir de la constatación del *status quaestionis* de su tratamiento en la doctrina actual. Está en ella muy extendida la tendencia a distinguir, en el conjunto de las acciones antes indicadas, entre unas que serían de naturaleza real y otras de naturaleza personal, o, quizá más matizadamente, unas desencadenantes de efectos reales y retroactivos o *ex tunc*, frente a otras de efectos personales y no retroactivos, o *ex nunc*. Las primeras –se añade a veces²⁸¹– discurrirían por el cauce del artículo 34; las segundas, por el del 37. Entre las primeras, a grandes trazos, se encontrarían las de resolución del negocio de adquisición con precio aplazado y pacto de ley comisorio²⁸², y la de revocación de donaciones por incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas al donatario (art. 647 CC)²⁸³; entre las segundas, las rescisorias²⁸⁴, las revocatorias de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos y por ingratitud del donatario²⁸⁵, y la resolutoria por incumplimiento de obligaciones recíprocas (art. 1124 CC)²⁸⁶.

A nosotros, la anterior distinción nos parece, de entrada, artificiosa y problemática. Fundamentada en las arenas movedizas de

dice–, la consideraron real, mientras que DONELLO, FABRO y VOET la trataron como personal. De esta última forma la entiende NÚÑEZ LAGOS.

²⁸¹ Cfr. CHICO y ORTIZ, *op. cit.*, p. 325: «Respecto a las acciones rescisorias a las que se refiere el artículo 37 es necesario señalar que no puede entrar en juego el artículo 34, ya que por puro Derecho civil, estas acciones, aunque provocan un aniquilamiento de la titularidad del transferente, solamente actúan *in personam* o *ex nunc*, sin efectos retroactivos»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 481: «El artículo 37 LH es un precepto que debe diferenciarse y al propio tiempo relacionarse con el artículo 34 LH. La doble naturaleza de las acciones que contempla dentro de las rescisorias, revocatorias y resolutorias, lleva precisamente a esa diferenciación y a esa relación. En tanto en cuanto el artículo 37 LH hace referencia a acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias de efectos obligacionales, nada tiene que ver con el artículo 34 LH, pues este último precepto se refiere las acciones de nulidad, anulabilidad y resolución de *eficacia real, retroactiva y ex tunc*» (eva. del a.); *ID.*, p. 519.

²⁸² Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 421; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 535-547; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 854-855, quien trae a este caso el comiso enfiteútico (art. 1648 CC) y asimila a él el de los bienes sujetos a reserva o a sustituciones fideicomisarias.

²⁸³ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 531-533; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 856, quien asimila a este caso el de incumplimiento del modo («modos casualizados») impuestos al heredero o legatario (arts. 797 y 798 CC);

²⁸⁴ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 850-851, quien incluye en ella la acción pauliana (pp. 859-890) por considerarla «acción de carácter personal y de tipo rescisorio» (p. 874). Discrepa de esta inclusión, por considerar a la pauliana como «acción de efecto restitutorio real, retroactivo y *ex tunc*», GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 480 y 499-517.

²⁸⁵ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 851-853, quien añade en este grupo la reversión de donaciones (art. 812 CC) y la reducción de las inoficiosas (arts. 654 ss CC); GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 527-531.

²⁸⁶ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 853-854; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 421; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 547-549.

una de esas «sutilezas y ápices del Derecho» que el legislador decimonónico se propuso desechar como base de sus determinaciones normativas²⁸⁷, resulta omitida e indetectable por completo –no obstante su pretendida transcendencia dogmática y práctica– en el artículo 37; se revela, al mismo tiempo, contraria al espíritu y ámbito de la Ley Hipotecaria, que hace objeto central de su atención los derechos de carácter real y, consiguientemente, las acciones derivadas de los mismos; y, finalmente, implicaría la posibilidad de que, en función de su constancia registral –y sin el carácter de excepción con que ello ocurre en el caso de los arrendamientos inmobiliarios y del retorno arrendaticio, sino al amparo de un precepto que es puro desarrollo del artículo 34– las acciones que se dicen personales puedan llevarse más allá del ámbito relativo al que se ciñe la eficacia de lo meramente obligacional²⁸⁸. ¿Por qué, si son personales, se ocupa de estas acciones la Ley Hipotecaria²⁸⁹? ¿En razón de qué puede desbordar la relación *inter partes* lo que proviene de una relación personal, y cómo se lo puede extender hasta terceros «de mala fe» cuando simultáneamente se niega que el conocimiento de lo obligacional pueda impedir la buena fe hipotecaria del tercero²⁹⁰? La artificiosidad de la distinción que

²⁸⁷ Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., III, pp. 415 y 463-464. En la primera, y a propósito del retracto convencional: «Por esto en el artículo 1439 se corta la inútil y sutilísima cuestión de Derecho Romano y Patrio, sobre si la acción del vendedor es meramente personal contra el comprador, o personal y real, de modo que pueda ejercitarse contra el tercero poseedor de la cosa»; en las segundas, a propósito de la oponibilidad del arrendamiento inscrito al tercero que adquiere la finca arrendada: «La ley Romana se fundaba en sutilezas y en ápices de derecho riguroso. El arrendatario no adquiere sino una acción personal contra el arrendador, no derecho alguno *real* en la cosa [...]. ¿Pero no es un principio de equidad y de jurisprudencia universal que nadie pueda transmitir a otro más derecho del que él mismo tiene? El arrendador que por escritura pública, o de fecha legalmente cierta, se ha desistido por un tiempo del uso y goce de su cosa [...] ¿puede acaso vender o legar a un tercero la propiedad, libre de esta obligación?» (cva. del a.).

²⁸⁸ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 491: «Hay que diferenciar, por un lado, las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias que no tienen efectos contra terceros –salvo los de mala fe–, porque son por su propia esencia, acciones personales entre las partes que no pueden afectar a tercero, sea civil o hipotecario. Y por otro lado, existen acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias de efectos reales, retroactivos o *ex tunc*, que afectan retroactivamente a los actos jurídicos realizados, es decir, afectan a los terceros civiles, si bien quedan a salvo los terceros hipotecarios protegidos por la Ley Hipotecaria» (cvas. del a.).

²⁸⁹ Cfr., respecto a la revocatoria o Pauliana, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 890: «A modo de resumen de lo que llevamos expuesto resulta: En rigor es impropio pretender hablar de los efectos hipotecarios de la acción Pauliana, pues por su naturaleza de acción rescisoria no tiene repercusión en sus efectos en perjuicio de terceros, dado que es una acción *in personam* con eficacia *ex nunc* o no retroactiva, por cuya razón no podrá surtir efectos hipotecarios o contra terceros subadquirentes sino a través de la anotación preventiva de demanda correspondiente».

²⁹⁰ Así. e. c., GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 116, acerca de la inscripción del aplazamiento del pago del precio: «Pero si no se constituyó hipoteca ni medió el indicado pacto [que la falta de pago dará lugar a la rescisión] ... la simple consignación en la inscripción de que el pago del precio se aplazó, no puede surtir efecto contra tercero, puesto que la acción para reclamarlo, como personal que es, sólo tiene eficacia entre las partes»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 497: «Se añade un inciso que dice: «El simple conocimiento de

aquí tratamos vuelve a aparecer, creemos, cuando para sortear estos escollos se recurre, por medio de la anotación preventiva, a la noción tan polémica como evanescente del *ius ad rem*²⁹¹.

Nosotros creemos más conforme a la concepción de la Ley Hipotecaria otra inteligencia de su artículo 37. Lo sugiere el párrafo final de éste, en paralelo perfecto –nos parece– con la indicación de Gómez de la Serna al comenzar el comentario del precepto. Advertía Gómez de la Serna: «... en la Ley Hipotecaria sólo pueden comprenderse las acciones rescisorias o resolutorias que se refieren a que quede sin efecto algún derecho real en cosa inmueble, restituyéndose las cosas al estado que tenían antes de que el mismo derecho real se constituyera»²⁹². Y termina el precepto –hoy, como en 1861, con la sola salvedad destacable de omitirse en la redacción originaria del artículo 36 la referencia expresa a las acciones revocatorias²⁹³, introducida, como se sabe, en la reforma de 1944-46–: «En el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan». Se refiere evidentemente la Ley al supuesto en que las acciones de que se ocupa el precepto, pudiendo de suyo alcanzar a terceros, resulten impedidas o paralizadas cuando la protección registral ampare la adquisición de tales terceros. La introducción de Gómez de la Serna y el párrafo final del artículo 37 no distinguen, pues, dentro de las acciones reguladas en éste, entre unas que sean reales y que, por serlo, puedan alcanzar a terceros, y otras que sean personales y que, como tales, sólo sean ejercitables entre las partes. Consideran reales y con proyección *erga omnes* todas las acciones de las que aquí se ocupa la Ley Hipotecaria; y declara, naturalmente, abierto *inter partes* el camino de la acción personal cuando la real se topa con el obstáculo legal de la

haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude». Este apartado vale no sólo para la acción pauliana, sino también para la acción resolutoria del artículo 1.124 cuando no se haya pactado la llamada condición resolutoria explícita a que se refiere el artículo 11 LH» (cvas. del a.).

²⁹¹ En polémica con SANZ FERNÁNDEZ, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 523: «En definitiva, que el artículo 37 LH hace bien en aludir a las acciones rescisorias, no sólo porque dentro de ellas están las de la clase de fraude de acreedores, que requieren una normativa hipotecaria de protección a los terceros hipotecarios frente a los simples terceros civiles, sino porque, aun dentro de las demás acciones rescisorias de efectos obligacionales, el artículo 37.1 LH prevé que la causa de la rescisión conste en el Registro y afecte a tercero, supuesto que sólo puede ser el de la anotación de demanda de la acción rescisoria, y esto puede ser útil para dar cobertura legal a la interpretación amplia que la DGRN viene dando al artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, sobre la base de que, aun siendo personal la acción rescisoria, tiene un futuro efecto restitutorio, de carácter de *ius ad rem*, que permite garantizar mediante la anotación de demanda» (cvas. del a.).

²⁹² SERNA, *op. cit.*, p. 647.

²⁹³ Expresa, decimos, porque de las acciones revocatorias referidas a las donaciones se ocupaba expresamente el originario artículo 38. 1.º, paralelo al actual 37.1.º

protección registral del tercero²⁹⁴. Con razón, pues, la doctrina entendió que los autores de la Ley Hipotecaria concibieron como dotadas de efectos reales las acciones de que hoy se ocupa el artículo 37 de la misma²⁹⁵.

A nuestro juicio, nada impone hoy apartarse de una tal concepción²⁹⁶. Como ejercitables *erga omnes* por su carácter real pueden y deben seguir siendo consideradas las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias de que se ocupa la Ley Hipotecaria, y por las mismas razones que inicialmente fundamentaban su consideración como tal. Si hoy, como entonces, pueden llevarse más allá de la relación *inter partes* en que se desenvuelve y agota el vínculo obligacional, no es porque en su régimen nuestro legislador —como ocurre en el caso de los arrendamientos con acceso al Registro— haya sustituido las «sutilezas y ápices del Derecho ríguoso» por medidas de política legislativa fundadas en principios de equidad²⁹⁷, sino por la razón de que en nuestro Derecho el dominio nunca se ha entendido, ni actualmente se le entiende, abstractamente o como desligado de la configuración que concretamente le

²⁹⁴ Cfr. SERNA, *op. cit.*, pp. 670-671: «La Ley Hipotecaria se limita a la fijación del derecho real, y de ningún modo hace alteración en las acciones personales, circunscribiéndose sólo a declararlas subsistentes para evitar las malas interpretaciones a que podría dar lugar su silencio. Así sucede en el presente caso. El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía, y ha procurado defenderlo contra ellos. Más justo es que él sea quien sufra el perjuicio que el tercero, que fue por su falta inducido a error. Pero esto no debe impedir la acción personal para conseguir su completa indemnización del que con mala fe y faltando a deberes que no podía desconocer, le causa el perjuicio; a esta indemnización está obligado ya en virtud del contrato que tenía celebrado, ya por el delito que puede haber cometido [...]».

²⁹⁵ OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido, *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892, p. 541: «Todas estas acciones tenían el carácter de *mixtas* de reales y personales, porque no sólo se daban contra el que había infringido el precepto o dejado de cumplir la obligación, habiendo adquirido con tales condiciones resolutorias tácitas la finca o derecho, sino contra los terceros poseedores de los mismos inmuebles»; NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude...*, cit., p. 623: «Esta analogía de la acción pauliana con las rescisorias, resolutorias o revocatorias, es la que pesa sobre los autores de la Ley de 1861 y modela sus artículos 36 y siguientes. La acción pauliana es personal *ex parte actoris*; pero al igual que la acción resolutoria es real *ex parte rei*. Para el tercero del artículo 37, para el poseedor *pro tempore* de la cosa, tiene efectos reales».

²⁹⁶ Discrepamos, por ello, de la opinión sostenida por GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 480: «Las causas de estas dificultades interpretativas del artículo 37 LH derivan de la amalgama que él mismo hace de la multiplicidad de acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias, como consecuencia de mantenerse la primitiva estructuración del precepto que arranca de la Ley Hipotecaria de 1861, dictado en una época en que existía cierta uniformidad de efectos en cuanto a terceros de todas las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias, pero esto no es así actualmente», y 491-497. A nuestro juicio, la única reforma relevante en este sentido es la del artículo 11 LH —y nueva redacción del 37, 4.º, b), *i. f.*— llevada a cabo en la Ley de 1944, pero su alcance no es tal que obligue a modificar el criterio global acerca del régimen hipotecario de las acciones reguladas en el artículo 37. Volveremos sobre este punto algo más adelante.

²⁹⁷ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, III, cit., pp. 463-464.

imprimen las partes al otorgarlo²⁹⁸, o de la finalidad y destino al que lo somete la ley (fraude de acreedores, reservas hereditarias ...). Es esta conformación o destino del dominio el que, afectándolo de forma inmediata, objetiva e intrínsecamente, justifica en Derecho que las acciones tendentes a hacerlos efectivos, puedan llegar a terceros.

Es cierto, sin embargo, que en el juego y oponibilidad a terceros de estas acciones puede admitirse, aunque accidental, una diferencia: que unas, constando en el título inscrito y naciendo inmediata y exclusivamente de él, pueden operar automáticamente una vez dada su causa²⁹⁹; mientras que otras, proviniendo genéricamente de la ley, supeditadas a la verificación de su presupuesto de hecho y pudiendo ser renunciadas³⁰⁰, requieren ser positivamente ejercitadas para que su efecto resolutorio llegue a producirse efectivamente. Son las que la Ley Hipotecaria distinguió y calificó como «rescisorias»: las que Serna diferenciaba por la nota de que su efectividad necesita el recurso a la autoridad judicial³⁰¹; las que, por consiguiente, exigen la anotación preventiva como cauce normal de su cognoscibilidad registral³⁰². Cauce normal, hemos dicho, y de cognoscibilidad registral: porque el conocimiento extra-registral de la demanda, al impedir la buena fe del tercero, permite que

²⁹⁸ SERNA, *op. cit.*, pp. 514-515: «Las condiciones resolutorias expresas no tienen otro límite que la voluntad de los contrayentes, que debe ser respetada mientras no traspase las prescripciones del derecho y de la moral [...]. Por la expresión de ellos [de los pactos por los que se establecen] en el Registro, ya sabrán a qué atenerse los que compran bienes que están sujetos a tales condiciones, y no podrá quejarse el que compró de que quede resuelta la adquisición [...]. Lo mismo puede decirse del pacto de ley comisoria que, como los anteriores, sigue a la cosa cualesquiera que sean las personas a que pase [...]. La Ley por medio del Registro les advierte el peligro, les aconseja en cierto modo que sean cautos, y hace por ellos todo lo que puede: los que no se aprovechan de estos avisos, no merecen la protección que se les dispensa».

²⁹⁹ SERNA, *op. cit.*, p. 518: «Cuando un contrato o acto está subordinado a una condición resolutoria expresa, las obligaciones que nacen directamente del contrato, quedan *ipso jure*, de pleno derecho, extinguidas tan luego como se verifica la condición».

³⁰⁰ Cfr. en SERNA, *op. cit.*, p. 657, el texto de la E. M. de 1861, en cuanto a la revocabilidad de las donaciones por ingratitud del donatario: «Sigue en este punto a la ley romana que lo estableció, y cuyos fundamentos son que al adquirente de buena fe no debe perjudicar el castigo justo que se impone a la ingratitud del donatario, que la traslación hecha por éste da al tercero un derecho absoluto no sujeto a actos ajenos, y que en el hecho de no haber reclamado el donante, da una prueba de haber remitido la ofensa».

³⁰¹ SERNA, *op. cit.*, p. 517: «Las resolutorias tácitas no surten efecto sino en virtud de declaración judicial, *ex officio judicis*: el contrato conserva toda su fuerza hasta que se solicita su resolución, y sólo desde el día en que atendidas las circunstancias se señala en la sentencia [...]. ¿Podrá dimanar de esta diferente manera de producir su efecto las condiciones resolutorias, que haya nacido esa doble denominación tan general de condiciones *restitutorias* [sic] y *rescisorias*, por más que no las encontremos en las leyes ni en los jurisprudenciosos? Esto nos parece lo probable: explicaremos los motivos» (cvas. del a.).

³⁰² Cfr. E. M. de 1861, en SERNA, *op. cit.*, p. 649: «Así, al tratar de la rescisión de las obligaciones a instancia de acreedores, se fijaron algunas reglas respecto a las cosas inmuebles, que han sido sustancialmente adoptadas por la Comisión. Según estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el Registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación [...]».

sin anotación preventiva, pueda hacerse valer contra él la condición o destinación legal del dominio. Admitida esta diferencia, y advertido su carácter accidental, hay que concluir afirmando que las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias de que se ocupa el artículo 37 son todas, sustancialmente iguales³⁰³, y que su tratamiento hipotecario, en consecuencia, es sustancialmente el mismo: pueden hacerse llegar hasta el tercero que efectivamente conozca su posibilidad o que registralmente esté advertido de ella, sin que sea decisivo que tal advertencia le llegue por medio de las estipulaciones que configuran el título inscrito del transmitente o a través de la anotación preventiva³⁰⁴.

Valga lo dicho, se nos podría decir, respecto a la penetración de estas acciones en el ámbito *erga omnes* que obliga a los terceros a padecerlas, una vez que se las ejercita, pero ¿y respecto al tiempo anterior al de la posibilidad de su ejercicio? ¿*Quid* mientras la acción, por no haberse producido su causa desencadenante, es más una eventualidad jurídica que una realidad actual? Aquí es donde la situación puede variar; y donde la evitación de esa variación es todavía posible. Cuando de la causa resolutoria o revocatoria está advertido el tercero por estar ésta prevista con su propio alcance en el título inscrito de su transmitente, es obvio que deberá afectar al tercero adquirente: registralmente le consta que adquiere un derecho sometido a la eventualidad de su revocación o resolución³⁰⁵. En cambio, cuando sin tan constancia registral, la inestabilidad del derecho que adquiere es tan sólo una posibilidad de futuro así prevista genéricamente en la ley y dependiente de la verificación de un hecho no necesario ni todavía producido, habría de entenderse que el tercero desconocedor adquiere firmemente cuando lo hace antes de la producción de tal hecho³⁰⁶. Pero incluso esta diferencia,

³⁰³ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 513: «Si tuviéramos que atenernos a un tecnicismo riguroso, difícil sería sostener esta doble denominación [resolutorias y rescisorias], porque en realidad no representa más que una sola idea, la de los acontecimientos futuros e inciertos cuyo cumplimiento deja sin efecto los actos y contratos a que afectan restituyendo las cosas a su estado anterior».

³⁰⁴ Lo expone más simplificadaamente, y a propósito de las revocatorias de donaciones, la E. M. de 1861 (en SERNA, *op. cit.*, p. 656): «[...] pero sí está la Comisión en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta a los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria a que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio, u obtiene sobre ella algún derecho real. Y esta regla sólo podía ser la de que no estando inscrita la condición rescisoria, no perjudicará a tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido».

³⁰⁵ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., p. 415: «Esta cláusula o pacto [...] ha de ponerse en el mismo contrato de venta para que surta los efectos de los artículos 1439 y 1449: puesta después, no perjudicaría a los derechos adquiridos en el intermedio por un tercero».

³⁰⁶ Contra el parecer de LUZURIAGA, éste es el criterio que hoy sigue la Dirección General de los Registros en materia de reducción de donaciones. Decía al respecto LUZURIAGA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852,

decíamos, es evitable: basta para evitarla llevar concretamente al título como contenido convencional del mismo lo que genéricamente dispone la ley en orden a la suerte y destinación del derecho que se va a transmitir³⁰⁷.

La constancia en el título, digamos ya para terminar este punto, ha de ser «explícita» –que conste explícitamente en el Registro, exige el artículo 37.1.º–. Lo justificaba Gómez de la Serna: «para evitar que a título de inducciones se suponga registrado lo que no lo está»³⁰⁸. Explícita, sí; pero no expresa, en la genuina inspiración de la Ley Hipotecaria. La constancia registral del aplazamiento del pago en la compraventa, sin necesidad del añadido del pacto de ley comisorio, bastaba para que el tercero tuviera que padecer los efectos de la resolución por incumplimiento³⁰⁹. Era lo coherente con el carácter de

p. 193: «Los donadores son también equiparados al vendedor por algunas legislaciones respecto de los derechos que la ley les reserva; pero en nuestro proyecto hemos seguido el ejemplo de otras leyes hipotecarias que los pasan en silencio, y para ello nos hemos fundado en que las acciones del donador y sus herederos para revocar o reducir las donaciones, cuando nacen de la ley, son notorias a todo el que contrata con el donatario, puesto que en el Registro público constará que el título de la propiedad de este último es una donación, y la ley advierte a todo el mundo que la propiedad de este origen está sujeta a la revocación o reducción para todos y en unos mismos casos, de modo que el Registro no podrá ser sino una segunda edición de la ley; por lo demás el proyecto hace necesaria la inscripción para las acciones reales reservadas al donador por la voluntad de los contrayentes, así como la de la demanda por causa de ingratitud que es completamente voluntaria» [cva. del a.]; he aquí, en cambio, el criterio de la Resolución de 14 de enero de 2006: «Alega el recurrente que el que compra una finca donada, cuando aún no se ha procedido a la partición de la herencia del donante, sabe que dicha donación puede estar sujeta a anulaciones o reducciones que se puedan derivar de la partición de la herencia. Sin embargo, no existe ningún precepto que (a diferencia del supuesto contemplado en el artículo 28 de la Ley Hipotecaria para las adquisiciones hereditarias) suspenda la fe pública registral respecto de quienes adquieren por compra bienes donados, ni que exceptúe la regla general de que la reducción de donaciones no puede producir efectos frente a terceros adquirentes que hayan inscrito sus títulos no constando en el Registro anotación de demanda alguna (cfr. artículos 647, 649 y 654 Código Civil en relación con el artículo 37 de la Ley Hipotecaria)».

³⁰⁷ E. M. de 1861 (en SERNA, pp. 656-657): «No es esta reforma [la que establece la regla general de que «no estando inscrita la condición rescisoria, no perjudica a tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido] tan grave como a primera vista parece, si se atiende a que son pocos los ejemplos que se presentan de revocación de donaciones por ingratitud o por superveniencia de hijos. Pero aun en el caso de que el Proyecto pase a ser ley, podrán seguir gozando los donantes de los beneficios hasta aquí establecidos, sin más que expresar en las donaciones que éstas quedarán revocadas en los casos referidos o en otros que estimen conveniente». Contrario a este criterio, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388: «[...] pues parece indudable que tal pacto no puede alterar el alcance legal de la acción de revocación»; favorable, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 531: «[...] el donante es libre de pactar con el donatario como *carga para éste*, alguno de los supuestos de ingratitud, como, por ejemplo, el de darle alimentos. También pueden establecerse *condiciones resolutorias sobre la supervivencia o superveniencia de hijos*, en cuyo caso la inscribibilidad y afectación real a terceros de tales cláusulas, serían factibles, por esas vías [...]. En mi opinión este párrafo [se refiere al de la E. M. 1861] permite una interpretación amplia tal como hemos hecho, pero *a través de las vías indicadas* y no por mera remisión a lo dispuesto en la ley, pues no se puede alterar por pacto el efecto legal obligatorio, pero sí articular el supuesto de modo que este efecto real se consiga».

³⁰⁸ SERNA, *op. cit.*, p. 648.

³⁰⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 481-482: «No nos parece que pueda ponerse en duda, aun en el estado actual de nuestra legislación, que el vendedor tiene el derecho de

condición resolutoria tácita o implícita que el Código Civil atribuye a la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas (art. 1124). Es que, sin necesidad de tener que expresarlo, la supeditación de la voluntad de transmitir al cumplimiento de la obligación de pago del precio se entraña en la esencia y economía del contrato³¹⁰, de tal forma que cuando dicho pago no se produce, la obligación de transmitir queda sin causa (art. 1274 CC). Contra la exquisita ortodoxia de este régimen civil e hipotecario³¹¹, en su redacción actual el artículo 11 de la Ley Hipotecaria dispone –por lo que aquí interesa– que la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero a menos que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. La doctrina extraerá de este dato el carácter personal de la acción resolutoria en tal caso. Pero habría que preguntarse de nuevo: ¿cómo, si la acción es personal, sus consecuencias pueden llevarse hasta los terceros no protegidos por la Ley Hipotecaria (art. 1124, i. f. CC)? En la previsión de Gómez de la Serna la proyección *erga omnes* de esta acción sólo queda truncada cuando las partes la impiden disimulando su causa: esto es, cuando, confesando el vendedor recibido el precio aún no pagado, la encierran en el ámbito de lo obligacional³¹².

que quede sin efecto el contrato cuando, aplazada la obligación, no le satisface el comprador, mientras éste sea el poseedor de la cosa vendida [...] Mas puede suceder que el adquirente haya traspasado la finca a un tercero, y en este caso, si no existiera escrito en el Registro que estaba aplazado el pago, el ejercicio de la acción resolutoria sería imposible, porque la Ley en su artículo 36 establece que las acciones de esta clase no se den contra tercero que haya inscrito su derecho, de cuya disposición hace el artículo 37 algunas excepciones, entre las cuales ocupa el primer lugar la que se refiere a las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. En consecuencia de esto, el artículo 38 en su disposición tercera añade, que no se rescindirán ni anularán los contratos por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta de la inscripción haberse aplazado el pago, a lo que es consiguiente que siempre que esto aparezca en la inscripción, queda a salvo la acción que tiene el vendedor de pedir la resolución del contrato, y por lo tanto, que puede quedar sin efecto el dominio transferido, aunque no se haya estipulado expresamente el pacto de resolución, porque en el hecho de estar inscrito el aplazamiento, se sobreentienden todos los derechos que son su consecuencia legal. La Ley quiere, pues, solamente que por el silencio del Registro no se dé lugar a creer que el precio está satisfecho, que es lo que debería deducirse si nada relativo al aplazamiento se expresara en él, porque de otro modo faltaría al espíritu dominante en toda la Ley, que no permite que se convierta en perjuicio del tercer adquirente ninguna responsabilidad a que esté afecta la finca, cuando no pueda éste tener de ella conocimiento, por carecer de la publicidad que le da el Registro».

³¹⁰ SERNA, *op. cit.*, p. 515: «[...] el que se obliga en virtud de otra obligación simultáneamente contraída, sólo presta su consentimiento por el beneficio o servicio que en remuneración de los suyos espera: cuando cesa esta reciprocidad falta el consentimiento, y por lo tanto, queda el contrato destruido en su fundamento más esencial».

³¹¹ Para el tratamiento más detallado de este punto nos remitimos a nuestra anterior estudio «El objeto de la publicidad...», ADC, 1998, cit., pp. 489-493.

³¹² SERNA, *op. cit.*, pp. 664-665: «En lugar de tales cláusulas irritantes [...] se ha sustituido otra significativa y que es una prudente advertencia al que confiesa el recibo, de que cuando la finca pase a manos de un tercero quedará libre de toda responsabilidad respecto al pago del precio o de la parte del que quede por satisfacer, por más que tenga medios de probar que no es cierto lo que se declaró en la escritura. Respecto del tercero se

c) *Adquisición de dueño con derecho gravado o limitado, cuando la inexactitud registral consiste en silenciar la inscripción el límite o gravamen del derecho inscrito.* El mantenimiento del tercero en su adquisición, tal como ésta era previsible y pretendida en razón de la publicación registral del derecho del *tradens*, hace aquí entrar de nuevo en juego el principio de fe pública en su aspecto negativo. Para el tercero adquirente la presunción de exactitud implica la de integridad del Registro³¹³. En el artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria –al igual que ocurre en el 973 CC suizo³¹⁴– no se recoge expresamente este supuesto, pero su cobertura por el principio de fe pública registral es indudable³¹⁵. El tercero adquirirá como libre el derecho que como tal aparece en el Registro, aunque en la realidad se encuentre limitado o gravado por algún derecho real en cosa ajena no inscrito o indebidamente cancelado³¹⁶. La fe pública habrá operado ahora en favor del tercero una especie de *acquisitio libertatis*. Contra el rigor del *nemo plus juris...*, se adquiere como libre y pleno el derecho que en cabeza del transmitente era un derecho gravado o limitado.

Pues bien, distinguidas al modo visto los tres grandes supuestos en que la adquisición del tercero necesita del auxilio del principio de fe pública para que dicho tercero sea efectivamente mantenido en ella –adquisición de no dueño, adquisición de dueño con titularidad amenazada e inestable, y adquisición de dueño con titulari-

introduce aquí la presunción *juris et de jure* de que la entrega se ha verificado, mas se dejan subsistentes las acciones personales que puedan corresponder al vendedor que con imprudencia confesó lo que no era cierto y tanto le perjudicaba».

³¹³ A esa unión de exactitud e integridad en la presunción *juris et de jure* que la fe pública establece en favor del tercero nos referimos en nuestro anterior estudio «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, pp. 612-613, nota 258. En la doctrina alemana, STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, Rz 181: «Nach der negativen Seite wird dem Erwerber die Vollständigkeit des Grundbuchs gewährleistet in Ansehung aller eintragungsfähigen Rechte, die nicht durch besondere gesetzliche Vorschrift (s Rz 39) der Wirkung des öffentlichen Glaubens entzogen sind».

³¹⁴ Cfr. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 614: «Au-delà de sa lettre, l'art. 973 vise aussi à protéger le propriétaire d'un immeuble grevé, en faveur duquel une personne indûment légitimée comme titulaire par l'inscription, consent à la radiation du droit réel: à l'acquisition d'un droit réel il faut assimiler l'«*acquisitio libertatis*». En fin, le législateur entend encore garantir l'acquéreur de bonne foi d'un immeuble contre l'existence de droits réels qui le grèvent sans être inscrits au registre foncier. Si donc une servitude a été indûment radiée sur l'immeuble grevé et qu'elle existe juridiquement encore, le tiers de bonne foi acquiert l'immeuble sans la servitude. C'est la foi publique dans son aspect négative, que n'exprime pas non plus directement l'art. 973».

³¹⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 748, incluye este caso entre aquellos en que el tercero adquiere «parte a *non domino* y parte a *domino*»: «[...] y también cuando siendo titular de la totalidad de la finca o derecho, aparece en el Registro *libre de cargas* (usufructos, dominios directos, derechos de superficie, censos reservativo o consignativo, hipotecas, etc.), cuando en realidad está gravado».

³¹⁶ STAUDINGER-GURSKY, *op. et loc. ant. cit.*, «Der redliche Erwerber erlangt das Recht also frei von sämtlichen eintragungsfähigen (und nicht unter die betreffenden Ausnahmenvorschriften fallenden) Belastungen, die zu Unrecht gelöscht worden oder außerhalb des Grundbuchs entstanden und bisher nicht in Grundbuch eingetragen worden sind».

dad gravada por derecho real o carga oculta— interesa pasar a continuación al estudio de la naturaleza, alcance y momento de su adquisición.

2. NATURALEZA Y MOMENTO DE LA ADQUISICIÓN EN LOS ANTERIORES SUPUESTOS

El análisis de la adquisición *a non domino* viene monopolizando en la común doctrina el estudio y tratamiento del resultado protector del principio de fe pública, e indudablemente no puede dejar de reconocerse que es en tal adquisición donde principalmente se manifiesta y cifra el más importante efecto de la protección registral³¹⁷. Ahora bien, supuesta la distinción de hipótesis anteriormente expuesta, forzoso será admitir que el tercero cuya adquisición protege el Registro no es necesariamente ni siempre un adquirente de quien radical y absolutamente no es dueño; y que cuando ello ocurre, la explicación del efecto protector que llevará al mantenimiento de su adquisición no puede seguir siendo la de la adquisición *a non domino*. En el desarrollo, pues, del estudio de la adquisición registralmente protegida, y sin perjuicio de la centralidad que en él corresponde a la adquisición *a non domino*, tendremos entonces que ocuparnos también de estos supuestos. Ello advertido, comenzaremos por la hipótesis central, trataremos de estudiar en su naturaleza, caracteres y circunstancias la adquisición registral *a non domino*, y a continuación haremos una referencia a esos otros casos de protección registral en los que el tercero adquiere de titular registral y dueño verdadero pero obteniendo su derecho en condiciones distintas a las que lo delimitaban en cabeza del transmitente.

1. DE ACUERDO CON LO DICHO, EMPEZAMOS POR LA ADQUISICIÓN A NON DOMINO, Y, TRATANDO DE PROCEDER CON ORDEN, RESPECTO DE ELLA Y A MODO DE CUESTIÓN PREVIA, HABREMOS DE OCUPARNOS DE UN PRIMER PUNTO:

a) ¿Verdadera adquisición a non domino, o mera irreivindicabilidad?

«... Tercero que, por tener inscrito un derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación»

³¹⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 748: «La adquisición *a non domino* constituye pues un concepto central de la fe pública registral y, concretamente, de sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario [...]» (cvas. del a.).

ción»³¹⁸. Un texto como éste –aislado, además, entre tantos otros de la Exposición de Motivos de 1861 a los que después tendremos que aludir– no daría base bastante al planteamiento del problema que aquí tenemos que abordar³¹⁹. Es más: su planteamiento debería quedar excluido de raíz si, conscientes del germanismo de nuestro sistema, admitimos en lo que tiene de exacto la afirmación de que la mera irreivindicabilidad es la consecuencia propia de la protección registral latina, en tanto que la adquisición *a non domino* traduce el efecto protector de la publicidad en los Registros de inspiración germánica³²⁰. Si, con todo ello, se nos impone el estudio de la cuestión propuesta es porque en nuestra doctrina la suscitó y le dio carta de naturaleza la prestigiosa autoridad de Núñez Lagos. Imposible es hoy no hacerse cargo de su tesis y tratar de pronunciarse sobre ella.

Pero es el caso que dicha tesis –en la que, por otra parte, Núñez Lagos no ha logrado seguidores³²¹– ha sido propuesta por su autor en forma poco desarrollada, muy confusa y con ciertas dosis de incoherencia justamente señaladas por la doctrina, como veremos.

³¹⁸ Exposición de Motivos de 1861, p. 258, a propósito de la anotación preventiva de legado.

³¹⁹ De irreivindicabilidad habla también a veces la jurisprudencia, pero no excluyendo la adquisición *a non domino*, sino considerándola su consecuencia. Cfr., e. c., STS de 17 de julio de 2003: «La jurisprudencia ha contemplado el supuesto de adquisición «*a non domino*» por el demandado que impide el éxito de la acción reivindicatoria, en virtud de la protección que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria dispensa al tercer adquirente de buena fe que cumple los requisitos exigidos por dicho precepto».

³²⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), pp. 254-255: «En los Derechos latinos, que enfocan la protección del Registro desde el punto de vista meramente negativo de la irrelevancia de los títulos no registrados frente a tercero, la mayoría de los autores afirma que no existe propiamente una adquisición del titular inscrito, sino una posición privilegiada del mismo, en virtud de la cual no pueden ejercitarse contra él las acciones reivindicatoria, rescisoria, etc.: en suma, un supuesto de irreivindicabilidad [...]. Los autores alemanes, suizos, bastantes latinos y casi todos los españoles, parten, por el contrario, del supuesto de que el tercero, merced a la protección que le dispensa el Registro, una vez que inscribe se hace dueño de la finca adquirida». En nuestra opinión, no es del todo exacto y ajustado hacer de la irreivindicabilidad el exponente o la clave del efecto protector de la publicidad latina. Es cierto que en tal sistema se bloquea la acción del primer comprador que no inscribió contra el segundo o posterior que sí lo hizo, pero no lo es menos que en el mismo sistema, y superpuesta la hipótesis de la doble venta a la de la transmisión por no dueño, o simplemente producido este caso, el tercero que inscribe no queda protegido contra la reivindicación del *verus dominus*; para llegar a adquirir y convertirse en dueño necesita culminar el largo camino de la usucapión: es que el Registro no le garantiza la titularidad de su transmitente. Cfr. sobre ello, TROPLONG, *op. cit.*, p. 391: «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pendant une période de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi»; RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil III*, París, 1958, p. 134: «La transcription ne couvre pas le défaut de droit. Il reste toujours à examiner la valeur des actes publiés». Con razón, y comparando sistemas, ha podido decir más recientemente THERY, Ph., *Sûretés et publicité foncière*, París, 1988, p. 386: «Le livre foncier prouve la propriété. La publicité foncière -telle qu'on la connaît en France- ne peut, au mieux, créer qu'une présomption».

³²¹ Sobre el eco de su opinión en la doctrina, *vid.* GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 358-364.

En su difícil y voluntarioso intento de sistematización de los precedentes históricos germánicos, parte Núñez Lagos de la muy problemática distinción de dos supuestos cauces por los que habría discurrecido el Derecho Hipotecario de esta tendencia o inspiración³²²: el del principio de publicidad, caracterizado por la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de terceros (*Drittwirkung*), y el del principio de inscripción sustantiva (*Grundbuchsystem, Prinzip der formalen Rechtskraft, Grundbuchstandesprinzip*), en el que el texto del asiento se sobrepone a todo: los asientos son la verdad única, la verdad impuesta (*fe pública absoluta*). En el último tercio del siglo XIX –dice– una mentalidad de jurisprudencia salomónica concilió las dos tendencias dentro del *Grundbuchsystem* y creó el sistema de las leyes prusianas de 1872 y del BGB: la inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung* a convertirse en elemento constitutivo pero acto aparte y necesitado para su validez de la *Auflassung* que la precede o le sigue. La verdad del Registro es entonces una verdad meramente supuesta o presunta *erga omnes*. La *Auflassung* prevalecerá sobre ella salvo el caso de que al asiento registral claudicante haya seguido otro a favor de un adquirente a título oneroso y de buena fe. Pero en tal caso, el asiento anterior, en beneficio del tercero adquirente, se cristaliza y recobra la fe pública que tenía en el *Grundbuchsystem*. Respecto y para el tercero, el asiento precedente se ha convertido en un asiento del sistema de la inscripción sustantiva, con exactitud e integridad en su *narratio*³²³. No ocurren así las cosas en nuestro Derecho³²⁴: nuestra fe pública registral, a diferencia de la del BGB, no procede de la corriente del *Grundbuchsystem*, sino del de la *Drittwirkung*; en ella el asiento del transmitente, aunque sin perjuicio de tercero, puede desaparecer por nulidad de fondo (art. 33 LH) o de forma (art. 31), o por ser declarado inexacto (art. 40). La fe pública registral del artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria no niega la existencia de derechos reales que graven la finca, y tampoco los excluye, mientras que la fe pública del BGB convierte en exacto e íntegro, *juris et de jure*, el asiento del transmi-

³²² Más lisa y crudamente, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 366: «La tesis de la «irreivindicabilidad» de NÚÑEZ LAGOS es en realidad fruto de la imaginación de su autor, pues no hay rastro de ella en los preceptos vigentes».

³²³ NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, pp. 244-246.

³²⁴ Tampoco, en opinión de NÚÑEZ LAGOS, en el Derecho de Austria y Suiza: «En los Derechos austriaco, suizo y español –dice: *op. cit.*, p. 249–, no hay *directamente* adquisición *a non domino*. Únicamente, por vía de *consecuencia* y rebote de la *negatio actionis*. Sólo en el Derecho alemán existe la *adquisición a non domino* entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una *consecuencia* en el BGB; y un *principio* en Austria, Suiza y España» (cvas. del a.). Con todo, para la admisión de la *adquisición a non domino* en Suiza, *vid.* DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 614: «Cette disposition [el art. 973 CC] visse apparemment le cas le plus important, celui de l'acquisition *a non domino*: transfert d'un immeuble ou constitution d'un droit réel sur celui-ci, par une personne inscrite comme propriétaire mais qui ne l'est pas».

tente. En consecuencia –y mediante la sugestiva contraposición de un par gramatical sin paralelo técnico jurídico– llegamos así al final o desenlace de la tesis: la fe pública del BGB es un modo de adquisición de la propiedad *a non domino*, en tanto que la de nuestra Ley Hipotecaria es un modo de *retener o mantener*³²⁵. En definitiva, pues: que la protección que del Registro en nuestro Derecho obtiene el tercero no pasa de ser una forma *sui generis* e intermedia de irrevindicabilidad, que no es la irrevindicabilidad latina pero que tampoco llega a la genuina y auténtica adquisición *a non domino* consagrada en el BGB³²⁶. Y es que en nuestro sistema, al igual que no hay inscripción sustantiva, no puede haber verdadera y propia fe pública registral, ni por tanto, rigurosa adquisición *a non domino*³²⁷.

La singular opinión de Núñez Lagos no tendría mayor trascendencia si todo en ella se redujera a la disquisición teórica acerca de la relación de anterioridad o posterioridad existente entre la irrevindicabilidad y la adquisición *a non domino*, sea ésta auténtica y genuina o peculiar e impropia; esto es, a determinar si por consecuencia de la adquisición *a non domino* el anterior dueño pierde la posibilidad de reivindicar, o si, por el contrario, es la irrevindicabilidad la que provoca la adquisición *a non domino*³²⁸. Pero las cosas

³²⁵ NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 248: «La fe pública del BGB es un modo de adquirir (*a non domino*). La de la ley española un modo de *retener o mantener*». Con todo, la doctrina ha tenido que señalarlo, el criterio de NÚÑEZ LAGOS es inseguro en este punto; por indicar sólo un texto, en «Realidad y Registro», *RGLJ*, 1945, p. 422, nota 1, tratando este mismo tema y manteniendo la misma tesis, había afirmado: «La inscripción es únicamente modo de adquirir en las adquisiciones *a non domino*, convalidadas por la FIDES pública en beneficio del tercero del artículo 34 de la Ley». Sobre tal inseguridad de criterio en los distintos lugares en que el autor se refiere a este punto, cfr. más detalladamente, JORDANO BAREA, «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *ADC*, III (1950), p. 694, nota 70, y ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 750.

³²⁶ Así, como una tesis intermedia, se presenta en nuestra doctrina la posición de NÚÑEZ LAGOS. Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, «El Registro y la realidad jurídica», *AAMN*, XIV, 1965, p. 434: «Mantiene en nuestra Patria una posición intermedia NÚÑEZ LAGOS [...]»; LACRUZ-SANCHO, *op. ult. cit.*, p. 255: «En España mantiene esta tesis [la de la irrevindicabilidad], en cierta medida, NÚÑEZ LAGOS».

³²⁷ NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», *cit.*, pp. 605-606: «En Derecho español los efectos sustantivos podrían situarse en el artículo 1875 del C. c. –la llamada inscripción constitutiva de la hipoteca– y en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria –la también llamada adquisición *a non domino*–. En rigor técnico no hay ni la una ni la otra [...]. Sin embargo, es indiscutible que tanto la inscripción de la hipoteca como la irrevindicación que engendra el artículo 34 son efectos típicamente sustantivos, materiales o de Derecho Civil». ID, *ib.*, pp. 603-604 y 608; en las primeras se considera el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como una «resonancia inarmónica de los auténticos sistemas de fe pública en un Registro de títulos como el nuestro»; en la última, y acerca del efecto protector del artículo 34 en su redacción actual: «Este efecto es idéntico al de la fe pública o literalidad del asiento... antes de desaparecer ese mismo asiento o previa inscripción por la nulidad del artículo 33, y ser sustituido judicialmente por otro (art. 53 del Reglamento), lo que revela que no existe tal literalidad o fe pública. La supuesta fe pública en el Registro español es el canto del cisne. Esta sustitución judicial se produce en la auténtica fe pública por *falsedad* –civil o criminal–, pero no por *nullidad*» (cvas. del a.).

³²⁸ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 248: «Es decir, se puede hablar [en España] de adquisición *a non domino* como consecuencia de la

no son así. En la estimación de la doctrina común³²⁹, y concretamente en el pensamiento de Núñez Lagos³³⁰, adquisición *a non domino*, de una parte, y mera irreivindicabilidad, de otra, llevan a resultados prácticos distintos. En la segunda, cuando la cosa aparentemente adquirida sale de manos del tercero protegido sin ir a parar a las de otro tercero igualmente protegible –particularmente, cuando vuelve al *tradens non dominus*–, la acción reivindicatoria del verdadero dueño queda desbloqueada, haciéndose entonces posible a éste la recuperación de aquella³³¹. Ahora bien, es justamente en la afirmación de esta diversidad de consecuencias –diversidad, por otra parte, sin la cual no se justificaría en la realidad la distinción entre adquisición *a non domino* e irreivindicabilidad– donde la tesis de Núñez Lagos encuentra su más patente desmentido legal. No sólo ni principalmente porque los artículos 34, 40 y concordantes de la Ley Hipotecaria hablen lisa y llanamente de adquirir y de adquisición³³², sino porque en tales preceptos estas

irreivindicabilidad; como en Alemania se puede hablar de irreivindicabilidad como efecto de la adquisición *a non domino*»; ib., p. 249: «La irreivindicabilidad es una consecuencia en el BGB; y un principio en Austria, Suiza y España» (cvas. del a.). Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 466: «De aquí se deduce que hay una irreivindicabilidad [...]. La irreivindicabilidad lleva sin embargo a consumir una verdadera adquisición. No tiene sentido pensar que el tercero ostenta una situación irreivindicable y que no ha adquirido definitivamente el derecho».

³²⁹ Para una cuidadosa exposición de este punto, *vid.* SANZ FERNÁNDEZ, «El Registro...», *cit.*, pp. 437-441.

³³⁰ NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 249: «El asunto tiene importancia práctica. De entre los muchos ejemplos de Ewald, por su sencillez, escojo el siguiente: A. entrega en depósito su bicicleta a N., quien la enajena a Z., teniendo éste buena fe. Después de algún tiempo, Z. entrega la bicicleta otra vez a N. (no importa con qué motivo). Se presenta A. en casa de N. y reclama y recibe su bicicleta. ¿A quién pertenece la propiedad? Según el sistema alemán de adquisición *a non domino*, y por consecuencia de esta adquisición perfecta de Z., A. perdió la propiedad y la acción reivindicatoria. Z. tiene acción reivindicatoria, pues la entrega de N. a A. no fue una enajenación, sino una mera devolución de depósito. Según el sistema austriaco y suizo de irreivindicabilidad frente a tercero, Z. será mantenido en su adquisición, pero no adquirió la propiedad en ningún momento. Únicamente A. había perdido la acción reivindicatoria, pero exclusivamente frente a Z. Ahora A. no readquiere de N. su propiedad, porque A. ya la tenía, sino solamente la posesión. El mismo mecanismo de readquisición de la propiedad se puede dar en el Registro a través de las transmisiones fiduciarias de fincas».

³³¹ Cfr. al respecto SANZ FERNÁNDEZ, *op. ant. cit.*, pp. 440-441: adquiriendo plenamente el tercero protegido, ni siquiera cuando el objeto de su adquisición vuelve al *tradens* revive la situación jurídico-real extrarregistral que murió por la aplicación de la fe pública. Fuera de esta regla sólo quedan los casos de readquisición en virtud del mismo título que tenía el titular del asiento inexacto (venta con pacto de retro, e.c.), actuación fraudulenta del posterior adquirente, y ejercicio por el titular extra-registral de acción personal de rescaramiento todavía viva estando ya de nuevo la cosa en manos del *tradens*.

³³² Argumento utilizado, e. c., por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 749-750: «El artículo 34, 1, no emplea el concepto de *irreivindicabilidad*, que es característico de la *negatio actionis* y, como tal, es recogido en el artículo 464.1 CC sino que utiliza las palabras de que «el tercero que ... *adquiera...algún derecho* de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será *mantenido en su adquisición...*» de tal derecho, lo que demuestra que la ley quiso consagrar en tal precepto una verdadera *adquisición a non domino*»; LACRÚZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 255: «En el terreno de la argumentación literal, el artículo 40 parece presuponer la eficacia traslativa de la inscripción al hablar de

palabras se utilizan en su significación más rigurosa y propia. Lo demuestran cumplidamente, ya en 1861³³³, los textos de la Exposición de Motivos, y, actualmente, la redacción del párrafo tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La realidad propiamente adquisitiva del efecto protector de la fe pública es el resultado natural de la finalidad pretendida con la publicidad registral, según se la expresa en la Exposición de Motivos de 1861. Se persigue con ella asentar *la propiedad* en las bases más firmes³³⁴, permitir al tercero *adquirir* con pena seguridad, sin temor a perder *lo adquirido*³³⁵. Para lograrlo, el legislador introducirá alguna novedad importante en el sistema adquisitivo, modificando la legislación anterior en materia de *adquisición* y *transmisión de la propiedad* y demás derechos reales³³⁶. El cambio legal por el que se garantiza su adquisición al tercero registralmente protegido consistirá principalmente en que, respecto de éste, en tanto

«los derechos adquiridos por tercero», como si el comprador *a non domino* hubiera recibido la propiedad. Dígase lo mismo del artículo 34, cuando habla de «mantener en la adquisición», o, sobre todo, del artículo 1473 CC, que emplea las palabras *adquirir la propiedad*, absolutamente inequívocas»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 366: «Como dice LACRUZ, el artículo 40 habla de *los derechos adquiridos por tercero*; y el artículo 34 se refiere a que el tercero *será mantenido en su adquisición*, todo lo cual significa que existe una “adquisición” ya firme a favor del tercero, y no una mera situación de “irreivindicabilidad”» (cvas. de los aa.).

³³³ Nos remitimos a lo dicho en «El principio de fe pública registral» (I), ADC, 2006, II, pp. 512-517, sobre el momento en que nuestro ordenamiento inmobiliario registral introduce y consagra, ya plenamente, el principio de fe pública. La doctrina que sostiene una cierta gradualidad o desarrollo en tal admisión, entenderá, por el contrario, que hasta la reforma de 1944-46 no se puede comprobar inequívocamente consagrada en el artículo 34 la adquisición *a non domino*. *Vid.*, e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *El Registro ...*, cit., pp. 434-435: «Nuestras leyes hipotecarias anteriores a 1944 adoptaron el sistema negativo de la protección de la fe pública: no consistía ésta en una verdadera adquisición del derecho, sino en un caso de irreivindicabilidad. Sin embargo [...] en la propia Exposición de Motivos de 1861 hay un destello de la concepción de la fe pública como adquisición del derecho por el tercero» y 439: «Yo creo que después de la reforma de 1944-46, se impone la admisión de la solución germánica»; ID, en *Instituciones...*, cit., pp. 403-404; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 366: «A diferencia de la inspiración latina del artículo 32 LH y sus concordantes, es evidente la inspiración germánica del artículo 34 LH, sobre todo después de la reforma hipotecaria de 1944-46, que ha redactado el precepto a imagen y semejanza de lo que establecen los códigos alemán y suizo. Pues bien, en estos sistemas predomina la teoría de la adquisición *a non domino*» (cva. del a.).

³³⁴ E. M., p. 225: «la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad».

³³⁵ E. M., p. 226: «... el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislación hipotecaria, el de adquirir sin temor a perder lo adquirido»; p. 243: «Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos [...]. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente».

³³⁶ E. M., p. 237: «Y aquí debe con franqueza exponer la Comisión el gran cambio que acerca de este punto introduce el Proyecto en los principios generales del Derecho actual»; pp. 239-240: «... el Proyecto cambia profunda y radicalmente es sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas [...]: el Derecho Civil experimenta alteraciones transcendentales: apenas hay una de sus instituciones a que no afecte la innovación: en el orden [...] de la propiedad y de los demás derechos en la cosa [afecta] a su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones».

se considera constituido o traspasado el dominio en cuanto conste su inscripción en el Registro³³⁷. Cuando estén, por tanto, en juego los derechos de un tercero, sólo se considerará transmitido el dominio desde su inscripción. Si se plantea, pues, la pugna entre dos compradores, la Ley resolverá decidiendo que *la propiedad pertenece* al que haya inscrito antes³³⁸, con el ineludible efecto de que el anterior titular no inscrito habrá de padecer la pérdida de su derecho. La articulación de esta novedad legislativa en un sistema que por lo demás sigue atenido a la teoría del título y el modo, llevará a la necesidad de distinguir ámbitos y perspectivas: en la relación *inter partes*, donde la publicidad no cuenta, sigue íntegramente vigente el sistema tradicional del título y el modo; ahora bien, en cuanto la perspectiva se abra a terceros y comience a intervenir la inscripción, el tercero amparado por ésta es quien adquiere, haciéndolo, además, respecto a todos³³⁹. El derecho adquirido funciona en sus manos con la «tercivalencia» propia de todo derecho real. Es sólo en la relación *inter partes*, intocada por la publicidad y extraña al ámbito de su efecto protector, donde el derecho inicialmente *rite* adquirido, se va a ver privado de su natural oponibilidad *erga omnes* apenas entre en conflicto con otro proveniente de una adquisición inscrita³⁴⁰. El transmitente de quien procedía tal derecho, lo perdió al transmitirlo, y, por efecto de tal transmisión, lo adquirió el causahabiente que no lo inscribió³⁴¹. Pero este tal adquirente no

³³⁷ E. M., p. 237: «... para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo».

³³⁸ E. M., p. 253: «Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio. Admitido el principio, no pueden negarse sus corolarios rigurosos. [...] cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título».

³³⁹ E. M., p. 237-238: «Así, una venta que no se inscribe ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»; p. 333: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro».

³⁴⁰ E. M., p. 238: «si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»; p. 314: «Esto es consecuencia del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejan de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes».

³⁴¹ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 567: «Veamos la innovación [...] si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo, dando lugar a que otro engañado por el silencio del Registro comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió,

podrá oponerlo al tercero que al adquirirlo lo inscribió. Es más: cuando por efecto de la protección registral el tercero llega a adquirir, el anterior titular extra-registral *pierde su derecho* ³⁴².

En la anterior descripción del efecto protector de la publicidad en favor del tercero, como inspirada en la Exposición de Motivos de 1861 y muy apegada a su lenguaje, podrá denunciarse, sin duda, la presencia entremezclada y confusa de los resultados, distintos, de los principios de mera inoponibilidad (consecuencia del valor publicador pero no constitutivo de la inscripción registral) y de fe pública registral (consecuencia de la protección de la adquisición, además de inscrita, llevada a efecto en la confianza depositada en una inscripción anterior), cobijados uno y otro en el que entonces se denominaba, indistintamente, como principio de publicidad. Pero, por encima de ello, lo que no podrá negarse es que en la explicación de la Exposición de Motivos la protección del tercero se entiende traducida en una verdadera y propia adquisición; la cual, como tal, supone la pérdida del derecho, incompatible con ella, del titular extra-registral. Como decía la misma Exposición de Motivos, el sistema adquisitivo y transmisivo de los derechos reales ha sido modificado por la Ley Hipotecaria. Lo que en ella se viene a establecer es un nuevo modo de adquirir: justo, por lo que aquí interesa, el que sanciona y consagra la adquisición *a non domino* en favor del tercero protegido por la fe pública registral ³⁴³. Adquisición y pérdida del derecho es lo que aquí está en juego, y a ellas, no a la mera inatacabilidad-irreivindicabilidad, se extiende el efecto protector de la publicidad registral.

Y es esta misma conclusión la que de forma completamente inequívoca y extraída del cuerpo mismo de la Ley podemos obtener hoy del tercer párrafo del artículo 34. *Los derechos adquiridos*

este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el Registro»; ID, p. 568: «La resolución adoptada en este segundo caso por las leyes de Partida, tan lógica atendido el principio general en que se fundaba, está modificada por el artículo de la Ley Hipotecaria objeto de este comentario, porque el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro».

³⁴² E. M., p. 318: «Así, el que pierde por causa de un registrador algún derecho real...».

³⁴³ El texto de la E. M., p. 333, ya citado, es el que quizá con mayor claridad refiere al presupuesto de la fe pública registral el efecto adquisitivo de la protección registral: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro».

a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente. La gratuidad impide a este adquirente gozar autónomamente los efectos protectores de la fe pública registral; ¡pero no le impide acogerse a los obtenidos por su transmitente! Es la prueba más clara y diáfana de que el efecto protector gozado por éste se tradujo, para él, en una adquisición, que por serlo verdadera y efectiva, le permitirá transmitir; y que, simultáneamente y en correlación necesaria, privará al extitular extra-registral de la facultad de reivindicarla cuando el derecho o la finca ha pasado de manos del tercero protegido a las de otro tercero que no reúna las condiciones de protegibilidad exigidas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria³⁴⁴. El efecto protector de la fe pública registral no se cifra, pues, en la provocación de una situación subjetiva, personal y no transmisible de inatacabilidad, sino en la instrumentación del mecanismo de una efectiva adquisición jurídico-real cuyo objeto, por tanto, una vez adquirido, queda sustraído a la posibilidad de ser reivindicado por su titular anterior, y que, en tal condición, puede ser transmitido a tercero.

En definitiva y para concluir en este punto: que, en atención a la seguridad del tráfico³⁴⁵ y a la protección de la apariencia jurídica, el artículo 34 viene a consagrar en nuestro ordenamiento inmobiliario el mecanismo de la adquisición *a non domino*. Así lo entiende entre nosotros la común doctrina³⁴⁶. El tercero que adquiere de

³⁴⁴ Certeramente, MIQUEL, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», RdP (Aranzadi), 1998, núm. 1, p. 48: «En ocasiones en vez de adquisición *a non domino*, es decir, en vez de entender que por el artículo 34 LH se produce una verdadera adquisición de la propiedad, a pesar de no ser propietario el transmitente, se ha hablado de irreivindicabilidad. Mas no debe aceptarse que la protección del Registro al tercero del artículo 34 signifique sólo que el propietario no tenga acción contra él, pero sí pueda tenerla contra ulteriores adquirentes [...]. Una vez que un tercero haya sido protegido por el artículo 34 por reunir las condiciones exigidas por este precepto, los ulteriores causahabientes del mismo gozan de protección tal como resulta ya del artículo 34.2 [sic] LH».

³⁴⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 759, «El fundamento político de la adquisición *a non domino*, en cuanto, al menos, es mantenida por la fe pública registral en materia inmobiliaria, radica en el interés público de la seguridad del tráfico jurídico, aunque ello pueda entrañar el sacrificio de algún interés individual» (cvas. del a.); PEÑA BERNANDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 605: «Se trata de un supuesto más en que la apariencia produce los efectos de la realidad en beneficio de la seguridad del tráfico».

³⁴⁶ Cfr., e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 748: «La adquisición *a non domino* constituye pues un concepto central de la fe pública registral [...]»; CARRETERO, *Retornos...*, II, cit., p. 104: «Queda así la idea de la adquisición *a non domino* derogadora del romano *Nemo plus juris...*, centrada exclusivamente en la especial protección al tercero del principio germánico de fe pública registral»; VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe...*, cit., pp. 445 ss.; PEÑA, *op. et loc. ant. cit.*: «1. Se trata de una verdadera adquisición [...]. 3. La adquisición se produce *a non domino*»; Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 466: «No tiene sentido pensar que el tercero ostenta una situación irreivindicable y que no ha adquirido definitivamente el derecho. Por eso, la generalidad de la doctrina llega a la conclusión de que en la hipótesis del artículo 34 se consuma en favor del tercero una adquisición *a non domino*. Esta conclusión nos parece que es exacta [...]»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. esp. 365-366; MIQUEL, *op. cit.*, p. 50: «También es causa [la compraventa y los demás contratos traslati-

quien en el Registro aparece inscrito como dueño y con facultades para transmitir, es mantenido en su adquisición. Cuáles sean los caracteres de esta adquisición es lo que corresponde examinar a continuación.

b) *¿Adquisición negocial o ex lege?*

Desde dos puntos de vista, o en dos pasos lógicos sucesivos, se ocupa nuestra doctrina de la naturaleza jurídica de la adquisición operada como efecto de la protección registral: más radicalmente: *¿negocial o ex lege?*; y en un momento lógicamente posterior, *¿derivativa u originaria?* Atendamos ahora al primero.

Preguntar sobre la naturaleza negocial o legal de la adquisición registral *a non domino* es tanto como indagar sobre el fundamento que la justifica y sustenta en Derecho. Situándonos en el elenco de causas que formula el artículo 609 CC: *¿trae su fuerza y valor del contrato seguido de la entrega o lo obtiene por vía diferente de la disposición de la ley?* La respuesta, a nuestro juicio, no puede ser dudosa. Si la intervención del principio de fe pública registral se hace necesaria para salvar la adquisición del tercero por él protegido, implícito está que el mecanismo adquisitivo del título y el modo —al cual previamente hubo de someterse la adquisición protegida— no fue bastante para sustentar jurídicamente su validez de forma real y objetiva. Y la razón de que así sea resulta patente: nadie puede adquirir del transmitente lo que éste no tiene; la entrega *a non domino* no puede transmitir el dominio³⁴⁷.

Con razón, pues, puede sostener la común doctrina el carácter *ex lege* de la adquisición registral *a non domino*³⁴⁸. Aunque, necesario es decirlo, no todos los autores comparten esta opinión. Concretamente en Lacruz-Sancho se la considera como voluntaria o negocial. *¿Por qué?* Porque la ley exige al tercero adquirente haber adquirido por título, y, más concretamente, por título válido. Significaría ello, en su opinión, que la exigencia del título se impone aquí por la ley en tanto que requisito fundamentador *a se* de la adquisición, y no sólo como simple elemento del complejo presu-

vos] de la adquisición *a non domino* instantánea, en los casos en que por ejemplo la establece la Ley Hipotecaria (art. 34)».

³⁴⁷ GAYO, *Instituciones*, II, 20, *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

³⁴⁸ Por todos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 765: «Nosotros situamos en la ley, en la norma jurídica, la razón suficiente de la adquisición *a non domino*, más bien fundados en las dificultades de catalogar este tipo de adquisición en el artículo 609.2 CC, dentro del modo de adquirir la propiedad “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”, lo que impele a situar la *causa efficiens* de tal adquisición en la *norma legal*» (cvas. del a.).

puesto de hecho necesario para la protección registral. El título –dicen– es igualmente causa de la adquisición tanto en la adquisición negocial como en la *ex lege* ³⁴⁹.

Nosotros creemos que esta opinión no puede ser compartida. Por lo pronto, parece minar el fundamento de la distinción entre adquisiciones negociales y adquisiciones *ex lege*; pero, sobre todo, da muestras de descuidar la distinción entre los diferentes conceptos en que el negocio adquisitivo válido puede ser exigido por el ordenamiento como requisito necesario para la adquisición. Normalmente lo será en su condición de fundamento remoto, título o causa de la adquisición; pero a veces puede serlo como requisito, uno entre otros, de un supuesto adquisitivo no negocial. La usucapción ordinaria es aquí el exponente más claro e indiscutible: exige título válido en el adquirente, pero tal título no es la causa de la adquisición. Para que ésta llegue a causarse será necesario, además de su buena fe, la situación posesoria del que finalmente se convertirá en adquirente, mantenida en concepto de dueño y prolongada en el tiempo hasta culminar el plazo legalmente exigido al efecto. Sólo cuando dicho plazo se cumpla habrá adquirido el poseedor, y entonces lo habrá hecho por vía distinta y mecanismo diferente al de la adquisición negocial. A uno y otro se refiere separadamente, como es natural, el artículo 609 CC.

El examen de la adquisición registral *a non domino* permite apreciar que, al igual que en la usucapción ordinaria, el título válido de la adquisición es exigido por la ley en forma y con carácter distinto a como se le necesita en la adquisición negocial ordinaria. Si estuviéramos ante una válida adquisición negocial, el adquirente no necesitaría la intervención sanadora del principio de fe pública registral; ni siquiera le sería necesario inscribir su adquisición para que ésta se entendiera eficazmente operada en Derecho. Si el título adquisitivo válido no basta a este efecto; si, éste supuesto, para que la adquisición se produzca es necesario que en su causación se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipo-

³⁴⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968), p. 258, haciendo suya la opinión de CRISTÓBAL MONTES, «La adquisición, ¿es legal o negocial? [...]». Y en verdad, si el derecho deriva *ex lege* de su anterior y desapercibido titular, lo cierto es que la adquisición tiene lugar *ex negotio*. Pero mediante un negocio que no regula todas las relaciones producidas a consecuencia de él, por lo que acaso es preferible hablar de una cooperación entre él y la ley». Y añade en nota 6: «El negocio juega, así, el mismo papel en una adquisición *a domino* o *a non domino*; es otra parte del supuesto de hecho de la transmisión –la legitimación del *tradens*– la que falta en estas segundas, y la que la ley, dándose ciertas circunstancias, suple a favor del adquirente inscrito. El negocio, en uno y otro caso, es la *causa* de la adquisición (no un simple elemento de hecho, en cuyo caso no sería preciso apreciar ni aun la existencia de vicios de la voluntad, que no puede tener relieve en un elemento fáctico); causa cuya virtualidad transmisiva se halla impedida, en el caso de falta de legitimación, bien hasta que tal causa cese, bien hasta que se perfeccione el equivalente jurídico».

tecaria, es porque sin ellos –no siendo dueño quien aparentemente transmite– no puede llegarse al resultado de la adquisición. En la adquisición registral *a non domino*, y en muy claro contraste con lo que ocurre en la adquisición por título y modo, el tercero adquiere no porque su transmitente o causante sea dueño, sino a pesar de que no lo es³⁵⁰; no porque su título adquisitivo fundamente por sí mismo su adquisición, sino porque legalmente resulta exigido como requisito legal de protegibilidad en cuanto supone en el tercero la actuación necesaria para haber adquirido como pensaba y se proponía hacerlo, esto es: válida y eficazmente, por creer dueño a quien le transmitía³⁵¹. Porque en realidad no lo era, el título seguido de entrega no puede servir de fundamento a su adquisición. Tan sólo será para él uno de los requisitos necesarios para el milagro que en su auxilio va a hacer la ley: el de la sanación de una adquisición intrínsecamente irregular e incapaz en sí misma de sostenerse en Derecho. La adquisición del tercero hipotecario es, pues, una adquisición *ex lege*; una adquisición eficaz pero que no es consecuencia de un válido proceso de *transmisión*³⁵². Es verdad que el tercero creyó adquirir negocialmente, y que efectivamente adquirió; pero en la realidad no lo hizo negocialmente a través del mecanismo del título y el modo sino *alia via* y porque la ley, velando por la seguridad del tráfico y excepcionando el rigor del *nemo plus juris...*, vino eficazmente en su auxilio³⁵³.

c) *¿Originaria o derivativa?*

La anteriormente argumentada naturaleza *ex lege* de la adquisición registral *a non domino* bastaría para fundamentar, *ea ipsa*, el

³⁵⁰ VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe...*, cit., p. 431: «La adquisición del tercero deriva de la ley misma [...]. Es una adquisición que, como las derivadas de la usucapión o de la ocupación, no dimana de poder dispositivo alguno»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 605: «Es una adquisición originaria ex lege. Aunque se exige título y modo, la Ley hace operar la adquisición no porque el transferente sea dueño sino a pesar de que no es el dueño».

³⁵¹ GÓMEZ-ACEBO, «La buena y la mala fe en el Código Civil», *RDP*, 1952, p. 225: «La energía creadora en las adquisiciones provocadas por la apariencia deriva directamente de la ley. Es la norma la que atribuye a ciertas situaciones, preñadas de antemano, eficacia adquisitiva [...]. El título traslativo no tiene ni puede tener valor negocial alguno; el título sólo desde un punto de vista formal o externo legitima la adquisición y hace posible la *bona fides*» (cvas. del a.).

³⁵² VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 432: «No hay transmisión, sino sólo adquisición *a non domino*» (cva. del a.); JORDANO BAREA, «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *ADC*, III (1950), p. 692: «También aquí no existe transmisión, sino una adquisición *a non domino*».

³⁵³ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 380: «Al ser una excepción al citado principio, la adquisición *a non domino* se explica por ser una adquisición por *ministerio de la Ley*, y por ello la denominamos *ex lege*, habiéndola implantado la Ley por razones de seguridad jurídica y de confianza en la apariencia registral, base del tráfico inmobiliario» (cvas. del a.).

carácter originario de la misma. En efecto, si no es el dato de la inexistencia anterior del derecho el que sirve, en todo caso y como criterio único, para calificar como originaria una adquisición, sino que a dicha calificación debe igualmente llegarse cuando el derecho –previamente existente, en tal caso– se adquiere sin la intervención transmisiva de quien, por ser suyo, podía transmitirlo³⁵⁴, entonces, forzosamente se impone concluir que la adquisición registral *a non domino*, obtenida sin intervención alguna del titular del derecho adquirido, y salvada –no obstante este defecto– por disposición especial de la ley, tendrá que ser una adquisición originaria. La doctrina, con todo, dista mucho de ser pacífica en tal calificación. La presencia, de nuevo, del título y, sobre todo, el dato de que el tercero no adquiere a través de este peculiar mecanismo el derecho virgen o en la plenitud del contenido correspondiente a su configuración originaria abstracta sino en la concreta y quizás limitada en que se encontraba en el patrimonio de su anterior y aparente titular, contribuyen a revestir esta forma de adquisición de una apariencia aporéticamente ambivalente –el tercero contrata con uno y adquiere de otro³⁵⁵– que dificulta su cómodo encaje en uno u otro de los tipos contrarios de la adquisición originaria o derivativa y que en ocasiones ha llevado a pensar en la posibilidad de situarla en otra tercera o *mixta* forma de adquisición³⁵⁶. En nuestra opinión, ni es necesario llegar a este último desdoblamiento, ni la forma de ser de la adquisición registral *a non domino* es tan complicada o ambivalente que dificulte o impida su inclusión en la categoría de la adquisición originaria.

Hemos comenzado este punto afirmando que la calificación como *ex lege* de la adquisición registral *a non domino* debería llevar lógicamente a su consideración como adquisición originaria. Ahora debemos añadir que nuestra doctrina no siempre se atiene a tal lógica. Autores que la califican como debida a la ley sostienen,

³⁵⁴ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, p. 408: «Un modo de adquirir es derivativo cuando el derecho que se adquiere depende de otro anterior que corresponde al transmitente y en razón de ello pasa al adquirente. Un modo de adquirir es originario cuando falta la transmisión»; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VIII, 1.º, Madrid, 1987, p. 2: La adquisición es derivativa «cuando al hacer suyo el derecho el adquirente, se apoya o basa en que lo recibe *porque* le viene de quien lo tenía, que se lo traspasa [...]» (cva. del a.).

³⁵⁵ Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 212.

³⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de Publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 385: «Discuten los especialistas si esta adquisición es originaria, derivativa o mixta, porque así como en el primer momento se destaca la sucesión a título particular *inter vivos*, es decir, el carácter derivativo de la adquisición, después resulta éste inconciliable con la afirmación de que por virtud de la Ley ingresa en el patrimonio del adquirente una facultad jurídica y un valor económico que no se hallaban en el patrimonio del transferente». Lo mismo, en Cossío, *op. cit.*, p. 202.

no obstante, su carácter derivativo³⁵⁷. García García, quien con mayor extensión se esfuerza por explicarlo, recurre para ello a la legitimación registral del causante no dueño. Aunque éste no sea titular, resulta revestido por la inscripción registral de una legitimación dispositiva que le faculta para disponer como si lo fuera, y que, por consiguiente, permite entender como derivativa la adquisición del tercero³⁵⁸. En nuestra opinión, esta argumentación no es concluyente. La legitimación registral, como toda forma de legitimación aparente, no pasa de ser justamente eso: la modalidad de una apariencia de legitimación que nunca deberá confundirse con la efectiva realidad de una legitimación verdadera³⁵⁹. ¿Cómo va a ser real una legitimación que se derrite ante la mala fe como la manteca ante el sol³⁶⁰? El titular inscrito pero *non dominus*, justo por no ser dueño, carece de poder dispositivo o de legitimación real, y, por ello mismo, la transmisión por él atentada tiene que verse abocada a su frustración³⁶¹. Si, a pesar de ello, el Derecho la sana y la salva es porque en interés del tercero adquirente le permite jugar como elemento codeterminante de la adquisición origina-

³⁵⁷ Así, principalmente, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 768: «Asimismo, la adquisición *a non domino* puede ser *derivativa* o bien *originaria*; pero en la materia que aquí interesa, o sea, a los fines del artículo 34 de la ley Hipotecaria, hay que inclinarse por la *derivativa*, por decisiva que sea en ello la fuerza de la ley actuando como *jus singulare*» (cvas. del a.); y, con algún matiz, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 367-377.

³⁵⁸ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 370, en su crítica a las concepciones que la interpretan como originaria: «Creemos que estas posiciones que parten de la adquisición "originaria" derivan de no comprender suficientemente lo que significa la *legitimación de disponer concedida en base a la apariencia registral*, que implica no una adquisición *ex novo*, sino apoyada exclusivamente en esa apariencia» (cvas. del a.). A la tesis de la legitimación dispositiva del titular inscrito se adhiere, e. c., Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 465: «Esta es la tesis o el punto de vista que nosotros mantenemos». Para una sucinta presentación de las variantes de la teoría de la legitimación externa o formal, vid. GÓMEZ-ACEBO, *op. cit.*, pp. 223-224.

³⁵⁹ Más extensamente desarrollamos esta idea en *La representación aparente...*, cit., pp. 350-356.

³⁶⁰ REGELSBERGER, «Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten», *Iherings Jahrb.*, 1904, p. 363: «Kann man noch von einer Rechtsmacht sprechen, wenn vor dem schlechten Glauben einer anderen Person zersießt wie die Butter an der Sonne?»; en nuestra doctrina, VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», *Estudios...*, I, cit., p. 431: «Pero no tiene [el titular inscrito] ningún poder dispositivo de carácter sustantivo. Fijémos en que no surten efecto sus enajenaciones a título lucrativo ni las hechas a favor de un adquirente de mala fe o que no inscriba su adquisición. Eso por sí solo ya hace sospechar que la adquisición *a non domino* del tercero protegido por la fe pública no deriva de un poder dispositivo del titular inscrito, sino de algo independiente de la voluntad de éste».

³⁶¹ Con don Jerónimo GONZÁLEZ, *op. et loc. ant. cit.*, hay que convenir en que el carácter derivativo de la adquisición registral *a non domino* resulta «inconciliable con la afirmación de que por virtud de la Ley ingresa en el patrimonio del adquirente una facultad jurídica y un valor económico que no se hallaban en el patrimonio del transferente»; en la doctrina alemana, REGELSBERGER, *op. cit.*, p. 377: «Läßt das Gesetz das Eigentum in der Person des redlichen Erwerbers entstehen, weil es bisher ein anderer hatte? Ich glaube nicht, daß man diese Frage hier oder bei der Ersitzung oder beim Funderwerb bejahen kann. Mit der Verneinung ist aber der Auffassung der Boden entzogen, daß diese Erwerbe abgeleiteter Natur seien».

ria del tercero³⁶². La buena fe de éste –en concurrencia con los demás requisitos legalmente exigidos, pero preponderando sobre ellos–, es el fundamento de la intervención legal protectora, tendente en nuestro ordenamiento a una protección del tráfico no ciega y abstractamente concebida, sino dirigida y limitada a las transmisiones y movimientos concretamente merecedores de la tutela y amparo del Derecho³⁶³.

No es óbice a la calificación como originaria de la adquisición registral *a non domino* el dato cierto de que mediante ella el tercero adquiere su derecho en las condiciones –esto es: con las limitaciones y cargas– con que en el Registro aparecía inscrito a favor del transmitente. Ni para explicarlo es menester recurrir a expedientes tan artificiosos como el que en el caso propuesto distingue entre una adquisición derivativa de la apariencia y otra originaria del derecho³⁶⁴, o entre una adquisición originaria respecto al verdadero dueño y otra derivativa respecto al titular registral que transmite³⁶⁵. Basta simplemente entender que, muy en consonancia con la

³⁶² Cfr. JORDANO BAREA, «La teoría del heredero aparente», cit., p. 693: «El heredero aparente no tiene poder dispositivo alguno de carácter sustantivo sobre las cosas ajenas; se trata [...] de un poder o posibilidad de facto de provocar con su actividad, por vía de consecuencia, la adquisición originaria del tercero, que se explica por la pérdida del derecho del antiguo dueño (heredero real) ante la necesidad ineludible de proteger al adquirente de buena fe (*negatio actionis* –extinción del dominio–, adquisición originaria de la propiedad)». Curiosamente, LACRUZ-SANCHO, partidarios del carácter derivativo de la adquisición registral *a non domino* –cfr. *op. cit.*, (ed. 1968) p. 258: «La adquisición del tercero, no obstante la intervención de la ley, es derivativa»–, admiten este modo de explicar su mecanismo: «Aun inscrito un derecho –dicen, *ibid.*, p. 256– cuando su titular lo enajena, queda enteramente despojado de él. Nada importa que el *accipiens* no inscriba su adquisición. Al enajenarlo no le queda ningún poder de disposición de carácter sustantivo sobre las cosas ajenas, y sí sólo, como dice JORDANO, un poder o posibilidad *de facto* de provocar con su actividad, por vía de consecuencia, la adquisición del tercero».

³⁶³ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 431, para la indicación de los requisitos necesarios: «Está basada [la adquisición del tercero] en la publicidad del Registro (elemento o dato material), en la buena fe, o fe en la verdad del contenido del Registro, del adquirente a título oneroso (elemento espiritual impulsivo) y en el cumplimiento por éste de la formalidad de la inscripción (requisito a posteriori para que se mantenga definitivamente la adquisición)», y pp. 440-441 para la preponderancia de la buena fe: «La inscripción a favor del transferente no concede a éste poder dispositivo alguno: sólo es un dato material, una apariencia legitimadora suficiente para servir de apoyo a la buena fe del adquirente. Y la inscripción del adquirente no es más que una *conditio juris* para mantener y afianzar *ex post facto* una transmisión ya operada». Conviene en la preponderancia de la buena fe, e. c., en nuestra doctrina, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 764, en la italiana, FERRI, *op. cit.*, p. 254; la niega, en cambio, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 382-387. Al significado de la buena fe en la teoría de la protección de la apariencia nos referimos nosotros en *La representación aparente*, cit., pp. 290-301.

³⁶⁴ Así, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 406. «Hay que entender, por tanto, que existe una adquisición derivativa de la apariencia jurídica, que se opera en virtud del título inscrito. Una adquisición originaria del derecho mismo, que tiene lugar en virtud de la Ley, como consecuencia directa de la inscripción; por ello no se adquiere el dominio de una manera libre y absoluta, como correspondería a una adquisición originaria, sino sujeto a todas las cargas y limitaciones que consten en el Registro».

³⁶⁵ Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 374-377, concluyendo en ésta: «Esta teoría parece la más convincente de todas, pues efectivamente, *el tercero adquiere derivativa-*

filosofía subyacente a la protección de la apariencia, el ordenamiento finge o trata *como* derivativa esta adquisición, no obstante su carácter originario. ¿Por qué? Porque es lo que se aviene a la finalidad de la protección dispensada a la adquisición de buena fe. El tercero se propone adquirir –y cree hacerlo– derivativamente; pretende adquirir el derecho de cuyo contenido y límites le informa el Registro. Al tutelarle en dicha creencia, lógico es que el ordenamiento le haga adquirir *como si* su derecho derivara realmente de quien en apariencia se lo transmite. El tercero, se ha dicho, adquiere su derecho *ex novo*, pero con idéntico contenido al que tenía en su causante³⁶⁶; o adquiere *ex novo* una titularidad calcada sobre el modelo de la precedente³⁶⁷. Nosotros expresamos esta idea calificando como originaria la adquisición del tercero protegido por la teoría de la apariencia jurídica y añadiendo a dicha calificación la nota de su peculiar configuración y contenido: se trata de una adquisición originaria en su ser pero *ad instar derivativae* en su funcionamiento³⁶⁸.

d) *Momento de la adquisición*

In obliquo tuvimos que referirnos a este punto cuando anteriormente nos ocupábamos de la dimensión temporal de la necesaria buena fe del tercero y al tratar del requisito de la inscripción de su propio acto adquisitivo³⁶⁹. Procederemos por ello ahora con la mayor brevedad posible.

Al problema aquí planteado se refiere expresamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria con la expresión ya conocida: *será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho*. La mera literalidad de la norma no ha servido para resolver por sí misma el problema. Aunque la referencia temporal inicial, «una vez que haya inscrito», suscita la idea de que el efecto protector del principio de fe pública se produce sólo a partir del momento de dicha inscripción, el empleo por la Ley del ambivalente «mantener», referido a la adquisición: «será mantenido en su adquisición»,

mente del transmitente respecto al contenido registral a través del negocio jurídico; pero adquiere originariamente respecto al “verus dominus”, que no tiene ningún ligamen ni relación con él» (cvas. del a.).

³⁶⁶ GÓMEZ-ACEBO, *op. cit.*, p. 225: «El derecho que el tercero adquiere no es el mismo que el que ostentaba el titular legítimo; es otro distinto, surgido “ex novo”, aunque de idéntico o inferior contenido» (cva. del a.).

³⁶⁷ JORDANO BAREA, Recensión a MENGONI, Luigi, «L’acquisto “a non domino”. Milán. Vita e pensiero, 1949», *ADC*, III (1950), p. 786: «[...] adquiriendo *ex novo* una titularidad calcada sobre el modelo de la precedente».

³⁶⁸ *La representación aparente...*, cit., pp. 346-347.

³⁶⁹ *Vid.* nuestra anterior entrega «El principio de fe pública registral (I)», *ADC*, LIX, (abril-junio 2006), pp. 630-650 y, en ésta, *supra*, II, 4.

puede abrir la puerta a interpretaciones diferentes. Si «mantener» se entiende en su acepción jurídica de amparar³⁷⁰, es perfectamente posible interpretar que el efecto protector de la ley, como el mismo precepto literalmente enuncia, sólo comienza una vez que el tercero haya inscrito su derecho; esto es: a partir de la inscripción. Pero si el mismo verbo «mantener» se entiende en su sentido más usual y ordinario de conservar o dar permanencia a algo ya producido, entonces cabría interpretar que la adquisición en que tras su inscripción se mantiene al tercero es algo ya realizado con anterioridad a dicha inscripción y, consiguientemente, con fundamento o sustento ajeno a la misma.

A esta segunda idea se atiene la opinión doctrinal más extendida en nuestra doctrina; opinión que, por otra parte, se arroja en el dato indiscutiblemente cierto de que en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva de la mutación jurídico-real que por medio de ella el Registro publica. Esta es la tesis mantenida por Roca Sastre, para quien, como sabemos, la inscripción de su propio acto adquisitivo es el único requisito que el principio de fe pública registral exige al tercero con posterioridad a su propia adquisición³⁷¹, y por Vallet de Goytisoló, para quien esa misma inscripción es sólo una *conditio juris*, posterior, que hace definitiva la adquisición ya operada³⁷². Algo más moderadamente pero coincidiendo en lo sustancial con esta misma opinión, se pronuncia Lacruz: el tercero resulta protegido y, por tanto, adquiere, cuando inscribe su adquisición, ya que sólo entonces se cumplen los requisitos legalmente exigidos para su protección, pero cabe pensar —añade³⁷³— que tal adquisición se retrotrae temporalmente al momento de la tradición instrumental, pues es entonces, según la misma inscripción, cuando se produce el cambio real. Frente a esta forma de interpretar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de situar temporalmente la adquisición del tercero en él protegido, la doctrina minoritaria —señaladamente Sanz Fernández³⁷⁴, primero, y después García García³⁷⁵— entiende que, no explicándose por el normal mecanismo del título y el modo y siendo necesario para su protección el requisito de la inscripción, la adquisición mantenida por el principio de fe pública registral sólo se produce al tiempo de practicarse dicha inscripción, la cual, en consecuencia, ni es requisito posterior

³⁷⁰ Cfr. RAE, 8. *Der.* Amparar a uno en la posesión o goce de una cosa.

³⁷¹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 729-733.

³⁷² VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», *cit.*, p. 447.

³⁷³ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 257; en la edición de 1984 omite éste y otros matices.

³⁷⁴ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 466.

³⁷⁵ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 296-297.

a la misma, ni admite más retroacción que la que adelanta su efecto a la fecha del asiento de presentación.

A nuestro juicio, es esta última interpretación la que se atiene a la lógica de la adquisición registral *a non domino*. Mientras el acto adquisitivo no se haya presentado a inscripción, queda en sus condiciones naturales. Por eso –venía a decir Gómez de la Serna³⁷⁶– sólo cuando ha sido inscrito, y desde que lo ha sido, tiene lugar lo dispuesto en el artículo 34: La Ley Hipotecaria sólo considera los actos en relación con la inscripción. Es la explicación coherente con la naturaleza *ex lege* de la adquisición *a non domino* –resultado de la disposición especial de la ley y sin fundamento posible en la mecánica del título y el modo– y de su carácter originario –no derivada del dueño anterior aunque con contenido calcado en el del derecho de éste–. Es claro que no pueden llegar coherentemente a ella quienes entienden la adquisición registral *a non domino* como negocial y derivativa (Lacruz), ni quienes la interpretan como derivativa aunque *ex lege* (Roca Sastre, García García). En esta última explicación –contradictoria, a nuestro juicio– la adquisición debería ser conectada, como hemos visto en Roca Sastre, con el contrato que, como elemento de tránsito, hace pasar el derecho del patrimonio del *dominus* no otorgante al del tercero adquirente, situando en la fecha del contrato el momento de la adquisición; con mayor razón, incluso, si se sostiene que en ella la decisiva y cualificadora intervención de la ley se ciñe a salvar el defecto de poder dispositivo del *tradens non dominus* mediante la legitimación registral del otorgante no dueño pero sí titular inscrito. Contaríamos así con un negocio transmisivo en sí mismo válido y con una legitimación dispositiva, registral y real, supletoria de la normal o directa, propia del dueño o titular. La adquisición se produciría en tal caso de acuerdo con el sistema del título y el modo. Pero ni así es posible entender lógicamente el mecanismo y el momento de la adquisición. No puede considerarse derivativa la que no ha sido otorgada por el *verus dominus*. La lógica exige aquí el engarce del origen *ex lege* de la adquisición con su carácter originario y, en consecuencia, la fijación del momento de su producción en el de la fecha de su inscripción; requisito, ésta –la inscripción–, el último de los que la ley exige para la adquisición, pero no posterior a la misma. La retroactividad de la inscripción a la fecha del asiento de presenta-

³⁷⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 623. Literalmente: «Una vez inscritos.–Sólo cuando el título posterior ha sido inscrito y desde que lo ha sido, tiene lugar este artículo. La Ley hipotecaria sólo considera los actos con relación a la inscripción: cuando ésta no se ha verificado, o al menos no se ha presentado el título para que se inscriba, quedan los actos y contratos dentro de sus condiciones naturales. No sería justo que el derecho anterior no inscrito fuera anulado por el posterior que tampoco lo estuviese».

ción (art. 24 LH) no es una retroactividad sustantivamente nacida de la adquisición, ni proyectable a momento extra-registral alguno; es, por el contrario, una retroactividad de origen y justificación registral, exigida por el procedimiento en que se tiene que producir la toma de razón, y referible al momento del asiento que la provoca. Con el ingreso en los libros del Registro, y desde entonces, nace para el tercero la adquisición registral *a non domino*.

2. EN LAS OTRAS HIPÓTESIS ADQUISITIVAS

Hemos visto ya anteriormente (*supra* III, 1) las distintas hipótesis de protegibilidad registral del tercero adquirente en razón de la concreta inexactitud con que el Registro publique el derecho de su causante. Examinado ya el caso en que tal inexactitud consiste en publicar como dueño a quien no lo es, procede hacer ahora al menos una referencia a las restantes. En ellas no hay adquisición radical y completamente *a non domino*: ¿en qué se traduce entonces y cómo funciona la protección registral del tercero? Recordando que estas otras hipótesis se producen, *grosso modo*, cuando la publicidad registral no refleja la inestabilidad del derecho de quien aparece inscrito como titular (*aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro*, art. 34) o cuando no da noticia de las cargas o limitaciones del derecho inscrito (art. 13 LH), y ateniéndonos al orden seguido en el análisis de la adquisición registral plenamente *a non domino*, distinguiremos de nuevo:

a) ¿Verdadera adquisición o mera irreivindicabilidad?

La peculiaridad de los supuestos ahora en estudio obliga a modificar parcialmente los términos del interrogante. ¿Inmunidad –habría que decir– frente a las acciones resolutorias o rescisorias del derecho adquirido, o frente a la acción confesoria del titular del derecho real limitado de cuya existencia no daba noticia el Registro, o, más bien, verdadera y plena adquisición del derecho no completa y exactamente descrito en la inscripción merecedora de la confianza del tercero? Sigue valiendo aquí para responder la afirmación general de que la simple inmunidad frente a las acciones de que se trate sin el reconocimiento del resultado adquisitivo efectivo es un sin sentido³⁷⁷. La lógica del artículo 34 de la Ley

³⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 466: «No tiene sentido pensar que el tercero ostenta una situación irreivindicable y que no ha adquirido definitivamente el derecho».

Hipotecaria exige más bien lo contrario. Porque para el tercero la información registral vale como exponente fiable de la realidad, porque lo publicado vale para él como cierto, el tercero adquiere el derecho inscrito en las condiciones de estabilidad y extensión con que el Registro lo publicaba. Y es justamente esa adquisición la que provoca el fracaso de las acciones resolutorias o confesorias tendentes a dejarla sin efecto o a limitarla.

La diferencia que en estas hipótesis se produce respecto a la anterior es que en ellas el milagro jurídico realizado por el principio de fe pública registral no consiste en la operación de una íntegra y completa adquisición *a non domino*, ya que el derecho que adquiere el tercero no inexistía radical y completamente en el *tradens*. En estos casos se adquiere sustancialmente *a domino*, pero la adquisición se realiza en condiciones de estabilidad o extensión que exceden las que, sin reflejo registral, realmente reunía en cabeza del titular inscrito. Es coherente y hasta obligado que en un sistema de transmisión causal y de inscripción no constitutiva sino meramente publicadora, el Registro proteja no sólo frente al radical defecto de titularidad sino también respecto a las condiciones que, en razón de su causa, lo inestabilizan, y respecto a las limitaciones y cargas que, existentes en la realidad aunque no inscritas, lo recortan y limitan.

b) *¿Adquisición negocial o ex lege?*

No salvando el principio de fe pública registral el defecto completo y total de titularidad sino tan sólo sus condiciones de estabilidad o las limitaciones de su contenido, es a estos aspectos a los que hay que circunscribir la pregunta. El *nemo dat quod non habet* no se refiere ahora a la sustancia del derecho transmitido sino al *quale* y al *quantum* del mismo. Se va a imponer, por ello, la distinción entre aspectos diferentes y la admisión del carácter mixto de la adquisición. *Nemo*, en efecto, *plus juris transferre potest quam ipse habet*. El *tradens* tiene, en este caso, el derecho que transmite; pero no lo tiene tan firme y completo como el tercero que se atiene al Registro cree que lo tiene. Es en estos aspectos donde el mecanismo de la transmisión negocial o voluntaria deberá ser complementado por la ley. Sin necesidad de la intervención complementadora de la ley podrá el tercero adquirir negocialmente del dueño el derecho que éste tenía en la cosa; pero para adquirirlo en las condiciones de estabilidad y extensión con que el Registro lo publicaba será preciso que, a través del principio de fe pública registral, la ley mejore o complete las circunstancias de estabilidad y extensión en

que el dueño podía transmitirlo. Sólo en estos aspectos su adquisición necesitará descansar en el mecanismo legal extraordinario o especial del principio de fe pública registral. En el resto se le podrá entender sustentado por el funcionamiento ordinario de la adquisición negocial o por título y modo. Para adquirir en lo sustancial el derecho transmitido no necesita el tercero el milagro jurídico de la fe pública registral.

c) *¿Originaria o derivativa?*

Por esta misma razón y en estas mismas hipótesis, la adquisición del tercero deberá ser calificada en parte como derivativa y en parte como originaria. Hasta allí donde alcanzan las condiciones de titularidad de *tradens*, la adquisición del tercero será derivativa; más allá deberá ser considerada como originaria. El tercero adquirente no podrá derivar de su causante unas condiciones de estabilidad y extensión en el derecho adquirido que excedan las que éste tenía en el transmitente. El milagro por el que quien confió en la exactitud del Registro es mantenido en su adquisición *como si* el Registro efectivamente fuera fiel reflejo de la realidad deberá, pues, limitarse a estas condiciones. Son ellas las que, excediendo el derecho del *tradens*, no podrán ser transmitidas por éste. Si efectivamente las obtiene el tercero será por efecto de la intervención sanadora de la ley que le permite adquirir *plus juris quam dominus habebat*. En el límite, en cambio, de sus condiciones de estabilidad y extensión, el dueño podrá hacer derivar al adquirente su propio derecho.

d) *Momento de la adquisición*

Lo que hasta ahora podría parecer una distinción puramente conceptual se nos manifestará en la contundencia de su efectiva realidad cuando referimos la anterior distinción al momento en que la fe pública desencadena su efecto sanante en favor del tercero adquirente. Mientras éste no inscriba su adquisición, aunque haya realmente adquirido, lo habrá hecho en los estrictos límites a que estaba y continúa sujeto el derecho que fue de su transmitente. Es que hasta entonces sólo recibió de él lo que el mismo *tradens* podía transmitir y el adquirente obtener por medio del mecanismo transmisivo de la adquisición negocial derivativa. A partir de ella el adquirente será dueño, pero con titularidad tan inestable y recortada como la del dueño transmitente. Será sólo a partir de la inscripción cuando dicha titularidad adquiera en Derecho la firmeza y

extensión con que la publicaba el Registro. La posibilidad de anulación o resolución del derecho del transmitente cuya causa no aparecía inscrita, no podrá perjudicar al derecho del tercero que, desconociéndolas, inscriba su adquisición; y lo mismo vale, obviamente, decir de la limitación o el gravamen que lo recortaba o sujetaba. La distinción, pues, acerca de la naturaleza y caracteres de la adquisición del tercero beneficiado por la fe pública registral se nos revela ahora en su verdadera dimensión: más que constituir la sutileza de una disquisición teórica o de una distinción meramente lógica o conceptual, consiste en la realidad de dos formas de adquirir, cada una de ellas con diferente contenido y efectividad real.

3. REINTEGRACIÓN DEL TITULAR SACRIFICADO A LA PROTECCIÓN DEL TERCERO ADQUIRENTE

Se desenfocan algo las cosas –nos parece– cuando se recurre a la figura de la expropiación para indicar o describir el efecto protector del principio de fe pública registral³⁷⁸; y no se apunta con acierto cuando se sugiere su inconstitucionalidad por imponerla la ley en él sin su correspondiente y complementaria secuela indemnizatoria³⁷⁹. La expropiación es concepto que hoy remite a la técnica del Derecho Público, mientras que el desplazamiento de la propiedad provocado por la adquisición registral *a non domino* se mantiene rigurosamente en terrenos del Derecho Privado, no menos que el que se puede seguir del mecanismo de la accesión, cuya consumación, por cierto, y al igual que ocurre en el juego del principio de fe pública, no se consagra en la ley sin el complemento de los expedientes reintegradores que, en función de sus distintas modalidades o circunstancias, procedan. Reduciendo las cosas a su supuesto arquetípico, la adquisición registral *a non domino* implica, ciertamente, el sacrificio del *verus dominus*; pero el menoscabo padecido por éste, valdrá al mismo como título o causa para su justa reintegración³⁸⁰.

³⁷⁸ Lo hacen, e. c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, sistemas y fuentes)*, Madrid, 1924, p. 219; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 212; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 465.

³⁷⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, p. 138: «Por otra parte, el principio es en sí de dudosa constitucionalidad, pues el propietario real (material) de la finca es expropiado sin indemnización».

³⁸⁰ Tenemos que discrepar, por ello, de la crítica formulada por DE CASSO ROMERO, Ignacio, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed. revisada, ampliada y actualizada, Madrid, 1951, p. 173, al modo en que nuestro ordenamiento consagra el principio –«presupuesto», en su terminología– de fe pública: «Debe notarse también –dice– que el presupuesto de “fides publica”, como presunción *juris et de jure*, a favor del tercero, sin el contrapeso de la indemnización asegurada, *en todo caso*, para el perjudicado, puede

Dos sistemas de organización y logro de tal reintegración nos depara el Derecho comparado. En los ordenamientos de inspiración germánica –sin perjuicio de que llegue a alcanzar a los particulares– se la pone directamente a cargo del Estado³⁸¹: el mal funcionamiento del Registro, provocador de su inexactitud, compromete su responsabilidad. En los latinos, por el contrario, corre exclusivamente de cuenta de los particulares³⁸². Aunque para el nuestro y en nuestra doctrina no falten partidarios del primer sistema³⁸³, creemos que al mismo se aviene mejor el segundo. El carácter no constitutivo y voluntario que en él se atribuye a la inscripción registral traerá como normal consecuencia que la inexactitud registral consista en la mayoría de los casos en la falta de inscripción del derecho efectivamente existente en la realidad extra-registral; y en ella, obviamente, habrá mucho más de incuria del titular que no inscribe que de mal funcionamiento del Registro. Los supuestos –aunque no imposibles, sí, desde luego, mucho

implicar injusticia. Ésta debe siempre evitarse, ya que por encima de la llamada *seguridad jurídica*, a favor de tercero, se halla siempre la misión peculiar del Derecho, que consiste en realizar la justicia» (cvas. del a.).

³⁸¹ Cfr., por todos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 779, texto y nota 1. Con todo, para el Derecho alemán y en cuanto a la implicación de los particulares en la reintegración del *verus dominus*, vid. § 816 (1) BGB: «Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlagten verpflichtet [...]». Para el Derecho suizo, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 645: «L'ayant droit lésé ne dispose que de moyens de nature obligationnelle pour se faire dédommager. Le cas échéant, il pourra exercer l'action en responsabilité contre le canton en raison d'un acte de mauvaise gestion du conservateur du registre foncier (art. 955 [...]). Il pourra songer à rechercher l'auteur de l'acte de disposition qui a procuré l'avantage juridique au tiers de bonne foi. Il est possible qu'il soit engagé dans des liens contractuels avec se disposant. Sinon, il pourra éventuellement exercer contre lui l'action en dommages-intérêts de l'art. 41 CO. Si le disposant a reçu une contre-prestation, il peut être exposé à l'action pour enrichissement illégitime».

³⁸² Incluso cuando la inexactitud registral provocadora de la confianza del tercero sea imputable al Registrador. Cfr., sobre ello, en Francia, MALAURIE-AYNÈS, *op. cit.*, p. 236: «[...] En contrepartie, la responsabilité civile du conservateur est personnelle – l'Etat ne se substitue pas à lui–; elle relève de l'article 2197, et son appréciation est confiée aux tribunaux de l'ordre judiciaire»; en Italia, FERRI, *op. cit.*, p. 342: «Di fronte al privato danneggiato risponde il conservatore personalmente e non la pubblica amministrazione di cui pure è organo. La pubbl. amm. non risponde, nè in via diretta, nè in via sussidiaria».

³⁸³ Vid., DE CASSO, *op. cit.*, p. 200: «Si bien esta inexactitud registral puede producir daño o despojo, será sacrificado el que los sufra, en aras de la *seguridad* del tráfico, bien por su negligencia en inscribir o por otras causas. El remedio debe buscarse en la *indemnización estatal*, como se hace, según se ha dicho, en los sistemas registrales bien organizados (alemán, suizo, australiano)» [cvas. del a.]; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 645: «Lo único que puede estimarse vulnerable en nuestro sistema, es que en estos casos de falsedad del título inscrito (o de falsificación de la inscripción del transferente), el Estado no *indemnice supletoriamente* al perjudicado por la falsedad o falsificación, en la medida en que no pudiera el mismo resarcirse por efecto de la medida que establece el artículo 37, párrafo último, de la ley Hipotecaria, pues se trata de un siniestro producto del mecanismo registral del que el Estado se vale para proteger el interés general o colectivo del tráfico jurídico-inmobiliario y del crédito territorial y, por tanto, es justo que él, como representante de los intereses generales del país, coadyuve subsidiariamente a reparar un fallo técnico del mecanismo registral, del que se sirve para su función de desarrollo de la economía de la nación».

menos frecuentes— de inexactitud imputable al Registrador o al Notario pueden quedar suficientemente cubiertos mediante la responsabilidad de éstos (arts. 299 LH, 23 LN y 146 RN), asegurada además, como se sabe, mediante el sistema de fianza obligatoria legalmente impuesta a estos profesionales para el desempeño de sus funciones. Así concebido, nuestro sistema viene funcionando satisfactoriamente, sin que nada haga sentir, de hecho, la necesidad de cambiarlo por el contrario³⁸⁴; el cual, por otra parte, se avendría mal con la finalidad y naturaleza exquisitamente civil pretendida para el Registro de la Propiedad en nuestro Derecho³⁸⁵.

Ahora bien, admitido y explicado el sistema legalmente adoptado entre nosotros para la reintegración del titular sacrificado a la protección del tercero, lo que no puede negarse es el laconismo de nuestra Ley Hipotecaria al consagrarlo. La doctrina, a veces, no detecta más alusión en ella a este punto que la referencia contenida en el último párrafo del artículo 37 a las acciones personales que, por efecto de la imposibilidad de dirigir contra el tercero protegido la resolutoria, revocatoria o rescisoria, se podrán ejercitar entre las partes³⁸⁶. En realidad, no es ésta la única norma dedicada por la Ley Hipotecaria a la reintegración del titular que padece la pérdida de su derecho a consecuencia de la protección del tercero hipotecario; alguna otra hay, como veremos, entre las que se dedican a la responsabilidad de los Registradores (arts. 296 ss). De todos modos, es cierto que la Ley se muestra parca en la materia; aunque con una parquedad justificada en el parecer de sus autores y efectivamente inocua para el tratamiento del problema. Justificada, en efecto, porque, como indicaba Gómez de la Serna, es lo que se aviene a la específica vocación de la Ley Hipotecaria: «La Ley Hipotecaria —decía— se limita a la fijación del derecho real, y de ningún modo hace alteración en las acciones personales, circunscribiéndose sólo a declararlas subsistentes para evitar las malas interpretaciones a que podría dar lugar su silencio»³⁸⁷. E inocua en el tratamiento del

³⁸⁴ Así, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 411: «La responsabilidad del Estado puede afirmarse que no es sentida en nuestra Patria y sería inútil establecer un sistema sin ambiente y sin responder a una necesidad real, aunque lo hayan establecido algunas legislaciones comparadas».

³⁸⁵ Cfr. E. M. 1861, p. 236: «No es esta la opinión de la Comisión: sin negar que los registros de la propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir en auxilio de la Administración en las arduas tareas que, para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los registros, distrayéndolos de su verdadero objeto que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediamente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo accesorio».

³⁸⁶ *Vid.*, Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 469.

³⁸⁷ SERNA, *op. cit.*, pp. 670-671.

problema, porque, a pesar de ella, doctrina y jurisprudencia no han dudado en sostener el derecho a la reintegración del titular sacrificado de acuerdo con los principios generales del sistema; más concretamente, mediante la acción de enriquecimiento injusto y, en su caso, la de indemnización de daños y perjuicios³⁸⁸. En un plano más general, con todo, el artículo 594.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ha venido hoy a suplir el laconismo de la Ley Hipotecaria y a refrendar su integración por la doctrina: la adquisición del tercero de buena fe se produce sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto que asisten al que era verdadero titular de la cosa que le es ya irreivindicable. De acuerdo con ello, pues, dicho titular dispondrá, *siempre*, de la acción de enriquecimiento mediante la cual podrá reclamar del *tradens non dominus* lo percibido a cambio de ella como precio³⁸⁹. Si, como

³⁸⁸ Por todos, en nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO, *op. et loc. ant. cit.*: «La Ley Hipotecaria no determina cuáles son las consecuencias que de ello deben derivar, pero se deducen de los principios generales del sistema. Si el disponente *non dominus*, aunque titular registral, actuó con dolo o mala fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puede haber incurrido, deberá resarcir al verdadero titular extrarregistral el daño o perjuicio que le cause, puesto que se lo causa por culpa. Si el disponente *non dominus*, aunque registral, actuó sin culpa ni negligencia, no por eso el *verus dominus* se ve desprovisto de acción, puesto que la hipótesis es, dado el carácter oneroso del negocio, un supuesto de enriquecimiento sin causa, en el que el disponente resulta enriquecido y el *verus dominus* empobrecido»; en la suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 645: «L'ayant droit lésé ne dispose que de moyens de nature obligationnelle pour se faire dédommager. Le cas échéant, il pourra exercer l'action en responsabilité [...]». Si le disposant a reçu une contre-prestation, il peut être exposé à l'action pour enrichissement illégitime». En la jurisprudencia, SSTS de 4 de marzo de 1988: «[...] quedando a salvo los derechos de orden personal del primer adquirente burlado en la adquisición de la propiedad que se había propuesto, contra el vendedor, que habrá en su día de responder según las circunstancias concretas en que se haya producido esa eventualidad [...]», y 5 de marzo de 2007: «[...] y desde luego siempre sin perjuicio de las acciones personales, e incluso penales, que procedan contra el vendedor [...]».

³⁸⁹ Es la prevista para el Derecho alemán en el § 816 BGB. Sobre su procedencia en el nuestro, *vid.* SSTS de 3 de julio de 1981, aunque entremezclando la idea del enriquecimiento con la de la responsabilidad aquiliana: «Que la misma suerte desestimatoria merece el motivo noveno [...] a causa de que la sentencia recurrida, en cuanto a dichos aspectos indemnizatorios, evidentemente parte del reconocimiento de un ilícito civil derivado de ventas de cosa ajena, determinantes de adquisiciones *a non domino* prevalentes en razón al principio de buena fe (*fides publica registral*), por existencia de terceros hipotecarios legalmente amparados en la adquisición, que al ser impeditivo de devolución por el vendedor [...] de la cosa indebidamente vendida por él a dichos terceros hipotecarios protegidos, conduce a la consiguiente declaración indemnizatoria a la que la resolución recurrida llega con indudable acierto, al imponerlo el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse indebidamente a costa de otro, ya que ciertamente la citada vendedora [...] vería enriquecido su patrimonio con el precio obtenido de tales ventas [...]». Sin tal mezcolanza, la de 21 de marzo de 2006, en el caso de quien se aprovecha de la indebita cancelación de una anotación preventiva: «En el caso concurren los tres requisitos [exigidos por la jurisprudencia para aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto]; porque, no habiendo una previsión normativa que lo excluya, obtiene la devolución del aval, constituido como condición necesaria para que la reparcelación fuera aprobada; aval que debía haber ejecutado en beneficio de los titulares de las anotaciones de embargo, lo que no hizo al aprovecharse de la negligencia del Registrador, y un empobrecimiento correlativo de la actora, en tanto que ha venido a incrementar la masa pasiva de la quiebra en el importe que debió haber pagado dicha entidad, sin la garantía de la finca».

será la hipótesis –aunque no necesaria³⁹⁰– sí más frecuente, tal *tradens non dominus* actuó de mala fe, podrá, además, exigir del mismo la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Admitida, pues, la posibilidad de reintegración del titular sacrificado y la doble vía de su justificación, interesa ahora concretar algo más los supuestos y circunstancias que contribuyen a perfilar la legitimación activa y pasiva en las acciones tendentes a su reclamación.

Activamente legitimado estará –utilizando la expresión del artículo 40 LH– «el lesionado por el asiento inexacto», provocador del juego del principio de fe pública registral. Son muy varias las hipótesis encuadrables en esta indicación. Caben en ella tanto el que por falsificación del título inscrito pierde su derecho, como el que sufre este mismo efecto a consecuencia de no haberlo inscrito; el que se ve impedido de ejercitar la acción para reclamarlo y recuperarlo, por no constar en la inscripción la causa que permitiría la anulación o resolución del derecho del otorgante, como el que lo ve minorado por efecto de alguna carga o gravamen impuesta sobre él por el titular registral *non dominus*, o por la renuncia de éste a alguna servidumbre voluntaria constituida a favor del fundo; cabe igualmente el caso de quien como consecuencia de la cesión del crédito hipotecario tiene que seguir padeciendo sobre su finca la carga de una hipoteca ya extinguida pero no oportunamente cancelada (art. 144 LH)...³⁹¹.

El único problema que aquí puede plantearse es el de la legitimación del titular que, por no inscribir, provoca la inexactitud determinante de la protección del tercero y, *eo ipso*, la pérdida de su propio derecho. En nuestra doctrina, e invocando la autoridad de la Exposición de Motivos de 1861, lo niega Sanz Fernández: la incuria del titular que no inscribe hace recaer sobre él el perjuicio que la omisión de la inscripción pueda causarle³⁹². No es esto lo que se sigue de la invocada Exposición de Motivos ni del carácter no constitutivo ni obligatorio de la inscripción en nuestro siste-

³⁹⁰ Para la posibilidad de hipótesis de buena fe en el *tradens non dominus*, concretamente en el supuesto arquetípico de la doble venta, *vid.* RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, 1994, p. 121.

³⁹¹ Puede verse un esbozo de identificación y presentación de estas posibles hipótesis en SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 409-410, y en DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 644-645.

³⁹² SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. «En el primer caso [por no haber inscrito su título], el perjuicio recae directamente sobre el verdadero titular, que pierde su derecho sin posible repetición contra nadie. En este supuesto, que en nuestro derecho puede ser muy frecuente, por el sistema de voluntariedad de la inscripción, el fundamento de recaer sobre él el perjuicio lo puso de relieve la Exposición de Motivos de 1861 y es indiscutible: la incuria del propietario que no cuidó de salvaguardar debidamente sus derechos mediante la inscripción en el Registro. Todo propietario sabe, o debe saber [...], que no inscribiendo sus títulos puede verse privado de sus derechos; si aun así no inscribe, él sólo debe sufrir el perjuicio que se le ocasione por su negligencia».

ma³⁹³. Lo explicaron Cárdenas³⁹⁴ y De la Serna en términos que excluyen toda posibilidad de duda: la pérdida del derecho por efecto de su no inscripción –decía Gómez de la Serna³⁹⁵– «no debe impedir la acción personal para conseguir su completa indemnización del que con mala fe y faltando a deberes que no podía desconocer, le causa un perjuicio». Es que –de nuevo– «la Ley Hipotecaria se limita a la fijación del derecho real, y de ningún modo hace alteración en las acciones personales, circunscribiéndose a declararlas subsistentes para evitar las malas interpretaciones –la que ahora concretamente se refuta– a que podría dar lugar su silencio».

Pasivamente legitimado estará siempre el injustamente enriquecido por la operación en que se ampara al tercero adquirente de buena fe, y, además, habiendo culpa o dolo en la iniciativa de tal operación, el que en dicha forma la concierta y lleva a cabo. Al primero podrá reclamarse la reintegración de lo que, sin causa, le enriquece: el precio percibido por lo que no era suyo³⁹⁶. Al segundo, la indemnización del daño experimentado por consecuencia de su pérdida e irrecuperabilidad. Lo dicho, por su propia elementalidad y por remitir al tratamiento general sus respectivas materias, apenas necesita ahora ser minuciosa y detalladamente desarrollado. Nos limitamos, por tanto, a formular sobre ello las siguientes indicaciones:

Primera.—Que en ningún concepto, ni como injustamente enriquecido ni como causante de daño resarcible, podrá dirigirse aquí la acción contra el tercero protegido en su adquisición por el principio de fe pública registral³⁹⁷. La ley no puede quitarle con una mano lo que le entrega con otra. La onerosidad de su adquisición y

³⁹³ Para la libre voluntariedad de la inscripción y su carácter de condición o *carga* para la obtención de los efectos que de su práctica hace depender la ley, nos remitimos a lo dicho en «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», ADC, 2001, pp. 49-70, esp., p. 68.

³⁹⁴ CÁRDENAS, *Vicios y defectos...*, cit., pp. 38-39: «Siendo esto así, lo que debe procurar la ley es que el perjuicio sea el menor posible, tanto en intensidad como en extensión; y esto se consigue dando efecto a la inscripción anterior sobre la posterior, sin perjuicio del derecho del adquirente engañado para reclamar la correspondiente indemnización [...]. Con estas precauciones, entre dos adquirentes de igual buena fe, se limita el daño al menos diligente, y se compensa con el resarcimiento y el proceso criminal contra el culpable».

³⁹⁵ SERNA, *op. cit.*, pp. 670-671.

³⁹⁶ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 779: «[...] Al que resulte beneficiado por consecuencia de la adquisición *a non domino*, la cual, en caso de haber procedido de buena fe, se tratará de una simple restitución de lo lucrado».

³⁹⁷ En la doctrina suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 645: «En aucun cas, l'ayant droit lésé ne peut s'en prendre au tiers de bonne foi avantagé; l'art. 973 constitue un trite d'acquisition suffisant pour le protéger contre des prétentions tirées du fait que le registre foncier n'est pas en accord avec la situation juridique véritable».

el necesario dato de su buena fe, le hacen inmune respecto a las acciones de que dispone el titular sacrificado³⁹⁸.

Segunda.—Que por efecto del requisito de la onerosidad de la adquisición del tercero protegido, su *causam dans*, el titular registral *non dominus*, estará siempre sometido a la acción de enriquecimiento injusto, mediante la cual podrá exigírsele la reintegración del precio percibido por lo que en realidad no era suyo³⁹⁹. A la misma acción quedará sujeto el titular de finca gravada con carga no inscrita, o indebidamente cancelada, que la venda como libre y por precio no minorado en razón de tal carga. En tal caso, obviamente, la acción de reintegración corresponderá al titular que padece la pérdida de la carga o del derecho real de que se trate o de la acción para reclamarlo, y su objeto quedará reducido a la parte del precio correspondiente al importe de este derecho y no descontada en el efectivamente pagado al vendedor⁴⁰⁰. El fundamento de la acción en estos casos es el lucro que el precio provoca, en todo o en parte, al vendedor no dueño que lo percibe, y, correlativamente con él, el empobrecimiento que causa al verdadero titular de la cosa vendida o de la carga o derecho real que lo grava o limita.

Tercera.—Que, con fundamento distinto, consistente en concreto en la obligación resarcitoria del que culpablemente causa daño a otro, podrá el titular sacrificado dirigir su pretensión contra quien le irroga o contribuye a irrogarle la pérdida de su derecho. Entran aquí tanto el titular registral que sabiéndose no dueño vende lo ajeno al tercero⁴⁰¹, como el Notario o el Registrador que provocan la defectuosa documentación del título inscribible o su inexacta

³⁹⁸ No lo niega JUÁREZ TORREJÓN, A., *Principio de fe pública registral versus tutela aquiliana de los titulares de derechos no inscritos sobre bienes inmuebles*, Madrid, 2005 (p. 104), quien, no obstante, sobre la base de una muy discutible interpretación del artículo 1473 CC, y excluyendo al segundo comprador que inscribe del ámbito de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (p. 81), afirma (pp. 34-35) que en la doble venta «no existe ningún impedimento teórico ni práctico para que aquel sujeto [el comprador anterior] pueda dirigirse frente a este otro cuya situación prevalece sobre la del primero por la vía del artículo 1902 CC, siempre y cuando se den los presupuestos que tanto doctrina como jurisprudencia exigen para declarar la responsabilidad extracontractual, y que no corresponde ahora explicar».

³⁹⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 469.

⁴⁰⁰ Sería este vendedor, y no el tercero protegido, el «favorecido» al que se refiere el artículo 302 LH. En la STS de 21 de marzo de 2006 lo es el que «obtiene la devolución del aval, constituido como condición necesaria para que la reparcelación fuera aprobada; aval que debía haber ejecutado en beneficio de los titulares de las anotaciones de embargo, lo que no hizo al aprovecharse de la negligencia del Registrador [provocando] un empobrecimiento correlativo de la actora, en tanto que ha venido a incrementar la masa pasiva de la quiebra, en el importe que debió haber pagado dicha entidad, sin la garantía de la finca».

⁴⁰¹ Es la única y central indicación que al respecto hacen LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 213: «Por supuesto –dicen–, el adquirente o titular de mala fe que al enajenar a uno de buena fe crea el *tercero* y hace irrecuperable la finca por su verdadero titular, está obligado a indemnizar a éste (S de 3 de julio de 1981)» (cva. de los aa.).

inscripción⁴⁰². Los artículos 300, 301 y 302 de la Ley Hipotecaria establecen en este punto una desigual solidaridad entre la responsabilidad del Registrador causante de la inexactitud registral y la del particular que por consecuencia de ella resulta favorecido viéndose libre de alguna carga o limitación jurídico-real. Todo parece indicar que en tales preceptos no se diferencian como sería debido lo estrictamente reintegrador en razón del enriquecimiento injustamente experimentado y lo propiamente indemnizatorio del daño irrogado al titular que en aras de la protección del tercero tiene que padecer la pérdida de su derecho.

IV. DETERMINACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL Y EXCEPCIONES LEGALES A SU APLICACIÓN

Es habitual entre nosotros cerrar el tratamiento doctrinal del principio de fe pública haciendo referencia, más o menos detallada, al ámbito de su funcionamiento y a las excepciones que la ley impone a su aplicación⁴⁰³. Ahora bien, la observación general de esta materia permite detectar en ella significativas diferencias terminológicas que pueden implicar también diferencias más hondas o de fondo. Por solo destacar algunas: mientras Lacruz-Sancho engloban su estudio bajo la rúbrica «ámbito de la protección del Registro»⁴⁰⁴, Roca Sastre lo hace titulándolo: «excepciones a la aplicación de la fe pública registral»⁴⁰⁵. ¿Coincide propiamente la determinación del ámbito de la fe pública con el límite marcado a

⁴⁰² Referencias a esta responsabilidad de Notarios y Registradores, en ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 780, y SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 410. En la más reciente jurisprudencia, y sobre la responsabilidad del Registrador, *vid.* la ya citada STS de 21 de marzo de 2006: «Es función propia del Registrador proteger el derecho inscrito, evitando que el titular registral pueda resultar perjudicado por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales, o por cancelación de alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos exigidos legalmente; y su desatención determina la obligación de responder de todos los daños y perjuicios que ocasione, conforme establece el artículo 296, núms. 2 y 4, en garantía del derecho que asiste al titular registral frente a un acuerdo que puede resultar perjudicial a sus intereses, por esta cancelación de las inscripciones y asientos, sin haberse extinguido el derecho en virtud del cual se practicó, y sin haberle dado conocimiento previo del mismo al objeto de prestar su conformidad, bien de forma voluntaria, bien a través de un proceso judicial, en que pudiera ser oído, pues una cosa es que la cancelación venga ordenada por Ley [...] y otra distinta que terceros ajenos a la reparcelación puedan verse afectados por la cancelación automática e irresponsable de unas anotaciones de embargo incompatibles con el planeamiento en el marco de una acción urbanística».

⁴⁰³ DÍEZ-PICAZO constituye aquí la excepción al omitir este capítulo en las páginas dedicadas a la fe pública registral: *op. cit.*, pp. 449-480.

⁴⁰⁴ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 193-209.

⁴⁰⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 784-827.

la misma por las excepciones a que la somete la ley, o, más bien, su ámbito se delimita por los requisitos impuestos generalmente a su juego por el artículo 34 LH y las excepciones se producen dentro de dicho ámbito cuando –a pesar de cumplirse tales requisitos– la ley excluye o impide su aplicación? Que la materia es resbaladiza, de suyo, y que los conceptos en su campo no llegan a ser fijados con nitidez salta a la vista cuando se observa que, a veces, en el mundo de las indicadas excepciones se distingue entre excepciones impropias y verdaderas excepciones⁴⁰⁶, o que, recortado el campo de las excepciones, se pasa a tratar de exclusiones de la fe pública registral y de excepciones a la misma⁴⁰⁷. He aquí ya una primera causa de inicial perplejidad cuando se encara el estudio de esta materia. Y no es la única. Los supuestos que en ella se tratan –llámense como se les llame–: ¿afectan al funcionamiento del principio de fe pública o se refieren más bien al de inoponibilidad?; ¿limitan la aplicación del artículo 34 LH o la del 32⁴⁰⁸? Aparece ahora involucrado en este punto el omnipresente problema del monismo o dualismo hipotecario. Diferencias de preceptos y de enfoques, en definitiva, que enturbian su tratamiento pero que no deben impedirnos entrar en él prestándole la atención que merece.

Lo haremos a continuación ateniéndonos a las siguientes pautas: distinguiendo entre determinaciones en la aplicación de la fe pública registral y excepciones a la misma; partiendo del moderado dualismo de nuestro sistema hipotecario que, como sabemos, impone la consideración autónoma de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria e impide, por ello, su explicación como los aspectos negativo y positivo de una misma norma; recordando y comprobando aquí realizada la ya advertida indicación de que cuando la doctrina de la protección de la apariencia –inspiradora, indudablemente, del principio de fe pública registral– se particulariza en un concreto supuesto institucional, objeto él en sí mismo de regulación desarrollada y completa, es posible que, justificado o impuestos por razones particulares, terminen por consagrarse en él parciales desviaciones o correcciones de lo que se seguiría de aquella misma doctrina cuando en ella la apariencia jurídica se imagina abstractamente y encarnada o verificada, en bruto, en su mínimo natural y objetivamente constitutivo⁴⁰⁹. Sobre estas bases trataremos, pues, de examinar los tópicos que, en una u otra forma, la

⁴⁰⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 606-611.

⁴⁰⁷ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 393-477.

⁴⁰⁸ *Vid.* GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 209-226, donde se estudian como excepciones al principio de inoponibilidad (art. 32) muchas de las que la común doctrina trata como excepciones al de fe pública registral (art. 34 LH).

⁴⁰⁹ Lo expusimos así en «El principio de fe pública registral (I)», *ADC*, 2006, cit., pp. 534-545.

doctrina suele traer a este lugar; y lo haremos con propósito de brevedad, intentando tan solo abocetar el tratamiento de cada uno de ellos en lo que precisamente tienen de determinación o excepción al principio de fe pública. Estaría fuera de lugar entrar aquí a fondo en algunos de ellos, concretamente en los que merecen y de hecho han sido objeto de tratamiento monográfico.

1. DETERMINACIONES ULTERIORES ACERCA DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA

- a) *La fe pública registral actúa sobre el soporte del íntegro folio abierto a la finca, no sólo desde la última inscripción en él practicada*

Así viene enseñándolo invariablemente la doctrina⁴¹⁰ y aplicándolo la jurisprudencia, cuya única sentencia discrepante –la de 31 de mayo de 1955– con escaso eco entre los autores, ha sido entre ellos objeto de igual crítica negativa⁴¹¹.

Decir que la fe pública actúa desde la totalidad del folio real significa para nuestro Derecho tanto como afirmar que actúa sólo desde el folio, y que lo hace desde el íntegro folio. Sólo desde el folio, porque, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas alemán y suizo, en el nuestro no es necesario el recurso añadido al complemento de los «documentos justificativos»⁴¹². El criterio del

⁴¹⁰ Por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Principio de Publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 389; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 589-591, y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 193.

⁴¹¹ *Vid.* CL. Jurisprudencia Civil, t. LI, núm. 59. En lo que aquí interesa: «... pero esta apreciación [...] carecen [sic] de fuerza y razón [...] por cuanto al figurar en el Registro inscrita a nombre de los transmitentes la parcela de terreno de la cual segregaron los adquirentes la parte que les fue vendida y que a aquéllos pertenecía, según el Registro, únicamente era exigible el examen del asiento de la inscripción última, a fin de conocer por él la relación jurídica entre el sujeto y el objeto, así como las cargas o gravámenes que le afectarán; y este conocimiento, unido al otorgamiento de la escritura y su inscripción en el Registro, garantizaba suficientemente a los nuevos titulares, que debían ser salvaguardados y beneficiados por su condición de terceros, de cualquier defecto, error o modificación que en el título anterior existiera, al concurrir los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, de adquirir ignorando el vicio de que adolecen los asientos del transferente». El problema en realidad se refiere a la equivocada consignación de elementos fácticos identificadores de la finca en los asientos precedentes. La referencia crítica doctrinal a esta sentencia puede verse en ROCA SASTRE y LACRUZ-SANCHO, respectivamente, *op. et loc. ant. cit.*

⁴¹² Para el sistema suizo, *vid.* DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 619: «La foi publique s'attache au grand livre et aux documents complémentaires (art. 942 al. 2), en tant que celui-là se réfère explicitement à ceux-ci, et seulement dans le cadre de l'inscription au feuillet»; para el alemán, STAUDINGER-ERTL, *ad* § 874 BGB, Rz. 11. Sobre ello, en nuestra doctrina, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. et loc. ant. cit.*: «Nuestro sistema no admite las referencias a documentos con la amplitud de los Códigos alemán y suizo. En ambos el encasillado de los libros exige la extensión de brevísimos asientos o esquemáticas indicaciones, cuyo desenvolvimiento ha de buscarse en los documentos archivados»; SERRANO SERRANO, «El

numerus clausus y el rígido encasillamiento de la información registral de él derivado, imponen en estos Registros unos asientos tan quintaesenciados y escuetos que de ellos no puede obtener el tercero información suficiente sobre el derecho que se propone adquirir. La mayor amplitud de nuestra inscripción, en cambio, exigida por la admisión del *numerus apertus* de los derechos reales, permitirá reflejar en el asiento registral el derecho publicado en el propio perfil de sus concretas circunstancias. Basta, pues, el folio para ofrecer la base suficiente sobre la que poder apoyar el juego del principio de fe pública registral. Pero debe tratarse del íntegro folio, no sólo del último asiento practicado en el mismo, o, lo que sería igual, no sólo el asiento en el cual va a engarzar su derecho el tercero adquirente.

Se aviene bien esta doctrina al dictado del artículo 13 de la Ley Hipotecaria en el que la expresión «inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan» (los derechos reales limitados) hace obviamente referencia al folio registral; y a su luz debe entenderse la letra del artículo 34 cuando pone a salvo al tercero de las amenazas contra su derecho provenientes de causas «que no consten en el mismo Registro». Es razonable la reiterada observación jurisprudencial de que el no constar *en el mismo Registro* debe entenderse como equivalente a no constar en el folio real abierto a la finca en cuestión y no, desde luego, como indicadora de lo que en el conjunto de los libros del Registro pudiera encontrarse, «como si se obligara a todo adquirente, si quiere ser considerado tercero hipotecario, a realizar una exhaustiva investigación para comprobar si en el Registro aparece, en otro folio real de otra finca, una causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición»⁴¹³.

La anterior observación de la jurisprudencia, en lo que tiene de enjuiciamiento del problema desde el requisito de la buena fe del tercero, resulta cargada de razón e inobjetable: con todo, cabría oponerle que, seguramente, no es un problema de buena fe diligente lo que aquí se plantea, o, dicho de otro modo: que el problema del soporte registral del principio de fe pública no puede resolverse exclusiva ni principalmente desde el requisito de la buena fe. Ocurrir aquí –nos parece– algo similar a lo que vimos que se planteaba a propósito de la decepción de la confianza prestada a la certifica-

Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo», *Anales de la Universidad de Valladolid* 1933-1934, núm. 17, p. 70. Nosotros mismos nos hemos referido ya más ampliamente a este punto en «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», *ADC*, 1994, II, pp. 54-81 y en «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», *ADC*, 1998, II, pp. esp., 450-456.

⁴¹³ Cfr. SSTS de 12 de junio de 2003 y 3 de marzo de 2005.

ción registral inexacta⁴¹⁴. De suyo, no sólo el tercero que investiga el íntegro folio relativo a la finca, sino hasta el que para conocer las cargas, condiciones y límites del derecho que se propone adquirir se atiene a lo que sobre el mismo publica el último asiento, actúa, ordinariamente al menos, en nuestro Derecho con la diligencia normalmente exigible en el tráfico. Conocido es que en toda inscripción deben necesariamente constar «las cargas y limitaciones de la finca o derecho», indicándose «brevemente las que consten inscritas o anotadas con referencia al asiento donde aparezcan» (arts. 51.7 y 52.1 LH). ¿Por qué, entonces, si esta constancia se omite; por qué si erróneamente el Registrador en lugar de ella afirma que la finca se encuentra libre de cargas, el tercero que a ello se atiene, lejos de ser protegido en su razonable confianza, ha de padecer los gravámenes y límites cuya existencia se le ha ocultado pero que efectivamente figuran inscritos y publicados en el folio⁴¹⁵?

El último fundamento de ello no puede residir sino en la combinación del principio sustantivo de la eficacia publicadora de los asientos registrales vigentes (art. 1.3 LH) con el principio adjetivo u organizador del folio real (art. 243 LH). Lo publicado en el folio abierto a la finca tiene que ser padecido por el tercero –incluso por el que por culpa del Registrador lo desconoce– porque el Registro no puede desamparar al titular que en él publicó su derecho, y porque ese mismo Registro no puede proteger al tercero contra lo que en él aparece publicado. El límite o carga anteriormente inscrito y después indebidamente no arrastrado o reproducido en las posteriores inscripciones constituye un error de concepto de los que, por resultar inmediatamente del propio Registro, puede ser rectificado por el Registrador sin necesidad de consentimiento de los titulares de derechos posteriores que forzosamente han de quedar afectados por el contenido de todos los asientos vigentes del folio real respectivo (art. 217 LH *a contrario sensu*)⁴¹⁶.

La nitidez y seguridad del criterio que acaba de exponerse podría quizá enturbiarse en los supuestos, nada infrecuentes, de desdoblamiento o desglose del folio real, o en el de unificación en un folio de lo que antes publicaba el Registro en folios distintos. Lo segundo ocurre en el caso de la agregación de fincas (cfr. art. 48 RH); lo primero, en los de división y segregación (arts. 46 y 47 RH) o en la apertura de folio propio a los diferentes pisos y locales de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal (art. 8.5 LH), a la cuota indivisa

⁴¹⁴ Cfr. nuestro anterior estudio «El Principio de fe pública registral (I)», cit., pp. 539-545.

⁴¹⁵ Para LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968), tal constancia tiene valor meramente informativo.

⁴¹⁶ Cfr. STS de 28 de febrero de 1999 y R de 12 de julio de 2001.

de finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos (art. 68 RH), a los distintos departamentos de los edificios disfrutados en régimen de aprovechamiento por turnos o incluso a cada uno de los derechos recayentes sobre tales departamentos (arts. 6 y 14 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre). En casos como estos, ¿vale seguir diciendo que al tercero basta con atenerse exclusivamente al folio abierto a la finca o derecho que se propone adquirir, o habrá de tomarse en cuenta la esencial conexión y dependencia de dicho folio respecto al de su procedencia? La mecánica del Registro impone en estos casos que el folio desglosado dé noticia de su procedencia, y que en él se consignen las cargas que, por gravar a la finca matriz, gravan igualmente a las que de ella proceden. El desglose del folio en tal caso no impide la continuidad de la historia registral. Siendo ello así, nos parece fundado entender que el contenido tabular que puede perjudicar al tercero no es en tal caso sólo el que recoge el folio abierto al objeto preciso y único de su adquisición, sino también el que, dedicado a la finca íntegra donde se ubica y consignado en el folio correspondiente a la misma, puede publicar cargas y limitaciones que se extiendan a aquél. La jurisprudencia no parece ofrecer en este punto un criterio uniforme. Con carácter de *obiter dictum*, la sentencia de 28 de febrero de 1999 afirmó que «el Registro de una finca es un concepto amplio que abarca todos los asientos contenidos en su folio real, todo su historial jurídico (empezando por la inscripción primera o asiento inmatriculador) y que se ramifica hasta las referencias históricas de la finca matriz de la que proviene»; en cambio, para la de 27 de marzo de 1984 la fe pública registral «actúa [...] con la base que le presta la hoja registral y por tanto no obliga al tercero a una consulta general del Registro, ni siquiera a la de los asientos de otras fincas de la misma procedencia que la de su interés».

b) *En beneficio del tercero, no en su perjuicio*

Así lo enseñan unánimemente los autores nacionales⁴¹⁷ y extranjeros⁴¹⁸. Y se comprende que así sea. La inscripción registral, ni siquiera en los sistemas que le atribuyen valor constitutivo, nunca llega a suplantar la realidad. Lo suyo es publicarla fielmente o, cuando ello no ocurre, provocar su apariencia fiable en interés de la seguridad del tráfico. Es ésta su finalidad la que exige y justifica la protección merecida por el tercero que actúa poniendo en ella su

⁴¹⁷ Por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 389; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 598; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), pp. 238-239.

⁴¹⁸ STAUDINGER-GURSKY, *ad* § 892, Rz 182: Die Fiktion des § 892 wirkt *nur* zugunsten *des Erwerbers*, nicht zu seinem Nachteil [...]; DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 642, nota 81: «Il n'y a pas d'effets au détriment d'un tiers de bonne foi» (cvas. de los aa.).

confianza. Queda, en cambio, fuera de la *ratio* del principio de fe pública que se imponga al tercero en su propio perjuicio lo que, sin fundamento en la realidad, el Registro publica. No lo justifican ni la inexistencia en la realidad de la carga inscrita, ni el valor, nunca absoluto, de la inscripción registral. Tampoco lo exige la llamada eficacia ofensiva de la inscripción, tendente siempre, como se sabe, a evitar que lo no inscrito «perjudique» al tercero que inscribe (en su formulación latina) o positivamente a «protegerle», manteniéndolo en su adquisición cuando ésta no se apoya en el presupuesto ordinario del *nemo plus juris...* En definitiva, pues, que el principio de fe pública registral se orienta y actúa *in favorem tertii*, no en su perjuicio o detrimento.

La consecuencia es clara: así como la carga realmente existente pero no inscrita no perjudica al tercero, que adquiere la cosa como libre, por el contrario, la carga o limitación realmente inexistente pero inscrita y como tal tenida por verdadera por el tercero, no impone a éste que, una vez descubierta su irrealidad, tenga que soportarla. En esta línea llegaba a decir don Jerónimo González que el adquirente puede invocar el contenido de una inscripción siempre que le sea más favorable que la verdadera situación jurídica, o esta situación cuando le sea más favorable que la inscripción⁴¹⁹. Quizá haya algo de exceso en el arbitrio así reconocido al tercero, máxime cuando en su elección pueden verse involucrados derechos ajenos. Baste la indicación de un caso para razonar nuestra reserva. Indebidamente inscrita una hipoteca realmente inexistente, y contando con su realidad, por razón de su inscripción, tanto el dueño de la finca que va a venderla como el tercero que se propone adquirirla, lo normal es que éste retenga o descuente en el precio de su adquisición el importe de la hipoteca (art. 118 LH). Descubierta la inexistencia de ésta, ciertamente, el principio de fe pública no impone al tercero adquirente tener que soportarla: la fe pública registral actúa en favor pero no en perjuicio del tercero hipotecario. Pero, ¿queda ahí todo el tratamiento jurídico del supuesto? ¿Podrá el tercero, sin más, hacer definitivamente suya la finca por el precio reducido mediante la reducción o el descuento, o podrá el vendedor reclamarle la totalidad del que se aviene a la condición, antes desconocida, de completa libertad de la finca transmitida? La solución en justicia del caso parece imponer esta segunda solución, y la técnica hipotecaria viene a su vez en su apoyo. El principio de fe pública actúa entre el titular de la carga indebidamente inscrita y el tercero adquirente de la finca, y para la relación entre ellos funda-

⁴¹⁹ *Op. et loc. ant. cit.*; lo reproduce y parece hacerlo suyo ROCA SASTRE, *op. et. loc. ant. cit.*

menta ciertamente que la ley no impone al tercero cargar con una hipoteca inexistente. Pero la relación entre el vendedor de la finca que inexactamente aparece gravada en el Registro y el comprador de la misma discurre fuera del cauce del aquel principio. Entre ellos se ha realizado un contrato viciado por error tanto acerca de la condición de la finca transmitida como, en razón de ella, sobre el precio a pagar por la misma. No hay, a nuestro juicio, razón alguna que impida que en tal caso se hagan valer *inter partes* las consecuencias del error de acuerdo con las normas generales previstas al respecto en el ordenamiento.

c) *Limitada a suplir exclusivamente el defecto o deficiencias de titularidad o poder dispositivo del transmitente*

Es ésta una matización también pacífica en la doctrina⁴²⁰ y coherente, en lo sustancial, con la finalidad aseguradora del Registro y el objeto de la publicidad inmobiliario registral. En razón de ella se excluye el juego protector del principio de fe pública respecto a los datos puramente fácticos y límites físicos de las fincas sobre las que recaen los derechos publicados, los derechos personales y las condiciones de capacidad del transmitente. Interesa hacer alguna observación sobre cada una de estas exclusiones.

En cuanto a la de los datos o elementos fácticos hay que convenir con la doctrina unánime⁴²¹ y con la jurisprudencia⁴²²: la fe pública no puede operar respecto a ellos el milagro que en favor del tercero realiza sobre lo que en las situaciones inmobiliarias es —en expresión de Roca Sastre— «sustancia jurídica»⁴²³. Contribuye desde luego a ello en nuestro Derecho el antiguo y tan denunciado fallo de la desconexión del Registro respecto a la realidad física de las fincas⁴²⁴, o el «defectuosísimo» modo legalmente previsto para

⁴²⁰ Cfr., e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 578; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 383; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 194; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 393.

⁴²¹ Por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 386-387; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 579; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 384-385; DE CASSO, *op. cit.*, p. 172; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 194; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 399-404.

⁴²² Baste la cita de las SSTs de 6 de junio de 1992, 6 y 7 de febrero y de 1998, 5 de febrero de 1999, 5 de abril de 2000 y 2 de octubre de 2006.

⁴²³ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 578: «Por tanto sólo lo que es sustancia jurídica inmobiliaria registrada cubre la fe pública registral y únicamente en ella es mantenida la adquisición del tercero protegido».

⁴²⁴ BERCOVITZ, Prólogo a *Legislación Hipotecaria*, ed. Tecnos, 1988, p. XVIII: «[...] es el momento adecuado para señalar algunos de los fallos que habría que tratar de subsanar, aun respetando los principios básicos de su regulación actual, que tan positivos resultados han proporcionado. Algunos de estos fallos no son nuevos, aunque su perduración los hace cada día más injustificables; otros proceden de nuevas realidades que no han sido debidamente asumidas. Entre los primeros hay que señalar [...] la desconexión del Registro con respecto a la realidad física de las fincas. Como expresión paradigmática de esa desconexión, la mera posibilidad (desgraciadamente, no sólo teórica) de que exista con

la descripción de las mismas⁴²⁵. Pero no puede hacerse radicar en este solo dato la exclusión de que tratamos. En Alemania y Suiza, más cuidadosas en estos aspectos, se la admite con igual unanimidad que entre nosotros⁴²⁶. Su decisiva e insuperable razón de ser⁴²⁷ radica –se ha dicho⁴²⁸– en la misma naturaleza de las cosas: la ley, como instancia ordenadora en Derecho, puede actuar y suplir en el mundo sometido a su acción normativa y conformadora; lo que no puede es crear una finca donde no la hay, o extender su superficie más allá de la comprendida en sus límites reales. Una única salvedad cabe añadir en esta materia: lo dicho vale cuando lo que se plantea es una cuestión directamente referida a los datos fácticos de la finca, no, en cambio, cuando a ellos se llega a través de un acto o negocio jurídico-real inmobiliario de cuya existencia pueda y deba dar noticia el Registro⁴²⁹.

respecto a una misma finca una doble inmatriculación resulta hoy en día escandalosa». Recientemente, sobre esta problemática, VÁZQUEZ ASENJO, Óscar Germán, «Nuevo marco de colaboración entre el Catastro y el Registro de la Propiedad», *Bol. Colegio de Registradores*, núm. 134, pp. 1027-1039.

⁴²⁵ Cossío, *op. cit.*, p. 206: «En el sistema español, dado el defectuosísimo e impreciso modo de realizarse la descripción de las fincas [...] no cabe duda de que de ninguna manera puede extenderse a tales supuestos la protección de la fe pública registral».

⁴²⁶ Para el Derecho alemán, en nuestra doctrina, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 387, «El Código Civil alemán garantiza únicamente el contenido propiamente jurídico (derechos y limitaciones en la facultad de disponer), pero no asegura que el inmueble exista, ni mucho menos que contenga los edificios y partes integrantes descritos en el asiento»; en la alemana, NUSSBAUM, A., *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*, trad. W. Roces y Preliminar por R. Atard, Madrid, 1929, p. 43: «Las noticias que da el Registro sobre cabida, situación, construcción y naturaleza de la finca no comparten, naturalmente, la eficacia de la fe pública; son datos puramente materiales, cuya falsedad no puede convalidarse por medio de una norma jurídica en favor de personas determinadas». Para el Derecho suizo, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 619: «C'est de cette façon que les plans font partie intégrante du registre foncier et font foi, aun sens de l'art. 973, des limites de l'article porté au feuillet, non pas d'éléments purement descriptifs qu'il peut comporter [...], ni même de l'indication chiffrée de la surface»; sobre ello, en nuestra doctrina, SERRANO SERRANO, «El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo», *AUV*, 1933, núm. 17, p. 42: «Los efectos de la fe pública en relación con los datos reales (*Liegenschaftsbeschreibungen*). Hay que distinguir entre los datos meramente descriptivos de los que individualizan la cosa; sólo estos últimos gozan de la protección de la fe pública. Los datos meramente descriptivos no gozan de esta protección, porque ésta consiste en dar por existente, por medio de una ficción, lo que en realidad no existía; el legislador no puede, por la sola fuerza de la ley, cambiar un bosque en una pradera, fingir un edificio donde antes no lo había, etc. La superficie indicada no goza de la protección [...] y así un tercero de buena fe no podrá prevalecerse de la adquisición de una superficie determinada, si la cabida estaba equivocada en el Registro».

⁴²⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 604, nota 23, apunta otra de carácter técnico: «[...] el tercero adquiere su derecho con el contenido que corresponda no a los datos registrales sino a las verdaderas circunstancias fácticas que, como tales, son de conocimiento inexcusable».

⁴²⁸ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 580; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 384.

⁴²⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 197: «En cuanto a la protección al adquirente de buena fe, la forma en que los límites llegan al Registro hace imposible un reconocimiento incondicionado de lo que los libros indican, salvo cuando se trate de negocios jurídicos de deslinde o equivalentes, o de manifestaciones hechas en su folio registral por el propietario limítrofe que debe ser perjudicado por ellas [...]». Por esta razón nos resulta problemático

También es comúnmente admitida en la doctrina, tanto española⁴³⁰ como extranjera⁴³¹, la exclusión de los derechos personales respecto al ámbito de actuación del principio de fe pública (arts. 98 LH y 9 RH⁴³²). Es lo coherente con la delimitación del objeto de la publicidad registral y con la finalidad del Registro como instrumento de seguridad del tráfico jurídico-real inmobiliario. Ahora bien, lo que así generalmente afirmado resulta patente, pasa a convertirse en discutible y polémico cuando se aplica a los derechos personales excepcionalmente admitidos a la publicidad del Registro. Es, principalmente, el caso de los arrendamientos inmobiliarios (art. 2.5.º LH). No faltan en nuestra doctrina quienes se manifiestan favorables a hacerlos entrar en el campo de juego del principio de fe pública registral⁴³³. Nosotros no lo entendemos así⁴³⁴. La finalidad de la inclusión de estos derechos entre los que el Registro publica no es asegurar al arrendatario la adquisición de su derecho sino permitirle oponerlo al tercero adquirente de la finca arrendada. Sosteniéndolo así mantenemos también para estos derechos la tesis general que los excluye del ámbito de irradiación del

el siguiente texto de la STS de 30 de noviembre de 1991: «Si bien los demandados no dieron vida registral al salón-comedor segregado –debiendo tenerse en cuenta la voluntariedad y no obligatoriedad de las inscripciones–, sí acreditaron ser los únicos y efectivos propietarios del mismo, como realidad extrarregistral probada, pues ni el Registro ni las escrituras públicas como medio de acceso a dicha oficina no pueden desvirtuar ni menos modificar la realidad extrarregistral (S de 27 de octubre de 1986), en cuanto se presenta como una existencia física y determinada [...]».

⁴³⁰ Por todos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 578; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 383 y 386-388.

⁴³¹ WEIRICH, H. A., *Grundstücksrecht*, 2. Aufl., 1996, p. 196, Rz 509: «§ 893 BGB gilt nur für dingliche Verfügungen, nicht für einen schuldrechtlichen Vertrag, den der Scheinberechtigte abschließt»; DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 630: «La foi publique ne profite pas à celui qui se fait promettre une prestation ou qui acquiert un droit personnel».

⁴³² Una reciente aplicación jurisprudencial del primero, en la STS 7-11-2006.

⁴³³ CASSO, *op. cit.*, p. 172; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 409-410; PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento urbano*, 1995, pp. 109-118.

⁴³⁴ Excluyen la aplicación de la fe pública registral al arrendamiento inscrito, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 585, «Los contratos de arrendamiento y de opción tienen acceso al Registro, pero a ellos no se extiende la fe pública del Registro, porque los efectos de su inscripción son los puramente negativos de ser oponibles a los sucesivos adquirentes del inmueble arrendado, los cuales se subrogarán en los contratos con la posición de arrendador»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 386: «Los derechos personales, aunque ingresen en él [en el Registro de la Propiedad], ya sea por inscripción, como el arrendamiento, ya por otro medio cualquiera, como la mención, no gozan de la protección de la fe pública»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 239: «[...] y en cuanto a los derechos de crédito sin garantía real, la finalidad que el legislador pretende alcanzar al permitir su acceso a los libros no es proteger a un tercer adquirente contra las causas de ineficacia o resolución que pudieran afectarles, sino contra el adquirente de la finca y el acreedor anotante. El derecho de crédito inscrito existe frente a los sucesivos propietarios de la finca que grava [...]». En la doctrina suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 630-631: «La foi publique ne profite pas à celui qui se fait promettre une prestation ou qui acquiert un droit personnel. Ainsi celui qui conclut un contrat de bail avec la personne indument inscrite comme propriétaire au registre foncier, et qui entre même en possession de l'immeuble loué ou affermé, n'a pas l'assurance d'être protégé dans ses droits de locataire ou de fermier».

principio de fe pública, pero no por ello hacemos inútil su llamada legal a la publicidad registral. De ella obtienen, en nuestro sistema dualista, la ventaja que, a través del principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, el Registro concede a los derechos que en él se publican⁴³⁵. Aparte ello, y en cuanto a la exclusión del juego de la fe pública en el funcionamiento de los derechos de carácter personal, conviene todavía añadir a modo de salvedad que una cosa es dicha exclusión cuando se trata del régimen de los derechos personales netos y autónomos, y otra la que está en juego cuando se trata de situaciones jurídicas secundarias (facultades, derechos potestativos) que, sin constituir derechos independientes de carácter netamente real o personal, se integran en la conformación del estatuto convencional (*numerus apertus*) de la propiedad inmobiliaria. ¿Actúa respecto de este contenido, a veces calificado como de naturaleza intermedia, el principio de fe pública? De pasada respondía afirmativamente a esta pregunta don Jerónimo González⁴³⁶. También Roca Sastre veía en la aplicación del principio de publicidad a estas figuras una función registral de afección complementaria al juego de la fe pública en los sistemas de exactitud del contenido del Registro⁴³⁷. A nuestro juicio, y supuesto que la no inscripción de estas facultades o situaciones secundarias sólo puede concebirse como un hueco u omisión en la completa descripción del derecho principal inscrito, hay que entender que, de nuevo en nuestro sistema dualista, el efecto de su no inscripción consiste en la protección del tercero adquirente respecto a la proyección de su juego. Si no están inscritas, no le perjudican, y, en consecuencia, tal tercero adquiere el derecho principal inscrito tal como el Registro lo publica. La facultad no inscrita es inoponible al tercero, pero no por efecto del principio autónomo de inoponibilidad sino como consecuencia de esa otra inoponibilidad que, embebida en el principio de fe pública registral, constituye su dimensión negativa⁴³⁸.

Por último, también en nuestra doctrina —en la extranjera no es posible otra cosa⁴³⁹— hay casi completa unanimidad en la afirma-

⁴³⁵ Hemos desarrollado y argumentado esta tesis en nuestros anteriores estudios «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», cit., pp. 595-632, y *El principio de inoponibilidad ...*, cit., pp. 501-513. A ellos tenemos que remitirnos en este lugar.

⁴³⁶ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 385: «No se extiende la protección a los derechos personales, si bien [...] los pactos establecidos para la administración de la finca común, producen efectos contra los sucesores a título singular en la propiedad de la finca, en el crédito o en una cuota de un copartícipe». Manifiesta sus reservas al respecto, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 387-388.

⁴³⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 297 y 305.

⁴³⁸ De nuevo debemos remitirnos a lo ya dicho en *El principio de inoponibilidad ...*, cit., pp. 488-490.

⁴³⁹ En sus respectivos sistemas legales la incapacidad no es materia inscribible. Sin problemas, por tanto, podrá mantener la doctrina que a la misma es ajeno el principio de fe

ción de que las circunstancias de capacidad del titular inscrito quedan al margen del campo de actuación del principio de fe pública registral⁴⁴⁰. Don Jerónimo González, el más apasionado e influyente crítico de la admisión de la capacidad a la publicidad del Registro de la Propiedad, consideraba, no obstante, tal exclusión sólo como dudosa⁴⁴¹, pero su opinión ha venido a imponerse y en la actualidad, repetimos, no hay quien interprete el sistema legal sino a través del filtro demoledor de su combativo pensamiento. La común doctrina niega hoy a las inscripciones de incapacidad (art. 2.4.º LH), o a la anotación preventiva de la demanda por la que se insta su declaración (art. 42.5.º LH) el valor sustantivo-registral connatural a estas formas de toma de razón y entiende que su finalidad y efectos quedan reducidos –publicidad-noticia, como si la incapacidad se publicara en un periódico⁴⁴²– al auxilio del Registrador en la práctica de su función calificadora y a impedir que puedan llegar al Registro los actos otorgados por el incapaz. Es evidente que no fue ésta la finalidad pretendida por la Ley Hipotecaria al hacer hueco entre la materia inscribible a la situación de capacidad del titular registral. Su Exposición de Motivos de 1861 no deja lugar a dudas: *Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos [...], es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido*⁴⁴³. Nuestro Registro de la Propiedad –«Registro de derechos e incapacida-

pública registral. Cfr., en la doctrina alemana, STAUDINGER-GURSKY, *ad* § 892 Rz 53, «Nicht von § 892 garantiert werden auch solche persönlichen Verhältnisse oder rechtlichen Eigenschaften des Eingetragenen, von deren Vorhandensein die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäft abhängt: Das Grundbuch gewährleistet also nicht die Geschäftsfähigkeit des Eingetragenen [...]»; en la suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 635, nota 57: «Ainsi, l'art. 973 ne remédie pasa au défaut de l'exercice des droits civils [...]».

⁴⁴⁰ Tras la crítica de GONZÁLEZ MARTÍNEZ a la disposición de la Ley, sólo HERMIDA LINARES, «La inscripción de las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas», *RCDI*, 1952, pp. 20-26 y 442-448, ha tratado de defender la protección registral contra la incapacidad del *tradens*. El común de la doctrina, pasando por encima de dato legal, la niega. Cfr. al respecto: ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 584-585; DE CASSO, *op. cit.*, p. 172; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 194; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 604, nota 25.

⁴⁴¹ *Vid.* GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, *cit.*, p. 386: «Dudosa se presenta en nuestro Derecho la aplicación de la *fides publica* registral a la capacidad del transferente».

⁴⁴² LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 118: «El adquirente, pues, no recibe ningún beneficio de la falta de inscripción de la incapacidad: El asiento, para él, tiene sólo una eficacia *de facto*, de mera publicación (como si se hiciera en un periódico) [...]».

⁴⁴³ E. M., p. 243.

des»⁴⁴⁴— se propone deliberadamente blindar al adquirente contra el defecto oculto de incapacidad del transmitente, y ante la evidencia de este dato no puede ser legítima y acertada la interpretación que pretenda negar este efecto legal aduciendo su colisión con lo dispuesto en el artículo 33 LH. Tal precepto se entiende y explica perfectamente en la adquisición registral *a non domino*, pero no se le puede alegar como obstáculo legal a la sanación de una adquisición en la que lo deficiente es precisamente la capacidad del transmitente —causa por sí misma de anulabilidad—, en la que no se provoca inmediatamente un problema de tercero, y en la que, no obstante todo ello, la Ley Hipotecaria decide interponer su eficacia sanadora protegiendo a la contra-parte del incapaz, porque de otra forma su finalidad aseguradora no sería completa. Concedamos entonces que el mecanismo de la adquisición registral *a non domino*, a través del principio de fe pública registral (arts. 33 y 34 LH) o del de inoponibilidad cuando sea el caso (art. 32), no se aviene al blindaje del adquirente inmediato contra la incapacidad del *tradens*; pero por respeto a la Ley Hipotecaria y en obediencia a su mandato, reconozcamos que en nuestro sistema dualista la toma de razón de la incapacidad del titular inscrito está llamada a desencadenar el efecto registral que, en una u otra variante, provocan los asientos del Registro: aquí, concretamente, el de proteger al adquirente inmediato contra el defecto desconocido y oculto de capacidad del transmitente, y ello en aplicación del principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito⁴⁴⁵.

d) *Atemperada por la ostensibilidad natural de los derechos reales patentes*

Que la ostensibilidad natural de los derechos reales patentes interfiera atemperando el funcionamiento del principio de fe pública es pura aplicación y consecuencia de la *ratio essendi* de la teoría de la protección de la apariencia jurídica en su concreta plasmación registral o hipotecaria: «la realidad manifiesta de la vida —decía BÉRGAMO Llabrés⁴⁴⁶— se sobrepone a la apariencia formal del Registro». Así lo entendió nuestro legislador al dejar consignado en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 que no afectan a la exactitud del Registro aquellos derechos cuya registración no se

⁴⁴⁴ La expresión es de GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 221-222.

⁴⁴⁵ Tenemos que remitirnos de nuevo a nuestros anteriores trabajos *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 544-583 y *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 493-500, donde hemos desarrollado el tratamiento de esta materia.

⁴⁴⁶ BÉRGAMO, «La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español», *I.C. Notarial*, Valencia, 1946, p. 233.

considera necesaria *por su intrínseca exteriorización*. No es una peculiaridad de nuestro Derecho⁴⁴⁷.

Este sobreponerse de la realidad ostensible a la publicidad del Registro, con la consiguiente negación de la protección registral contra ella aunque el derecho patente no haya sido inscrito, encuentra su más propio y exacto fundamento en el requisito de la buena fe⁴⁴⁸, siempre exigible al tercero hipotecario y que, como vimos en su momento, no consiste en el simple desconocimiento de la inexactitud registral sino que implica un ingrediente de diligencia que concretamente no se puede dar por cumplido cuando dicho tercero omite la inspección de la finca que se propone adquirir. Nunca es excusable el desconocimiento de lo ostensible y notorio⁴⁴⁹; lo que, en la consagrada expresión de la jurisprudencia, «hiere los sentidos»⁴⁵⁰. Así vista, la atemperación de la protección registral por la cognoscibilidad de lo patente, más que constituir una excepción al principio de fe pública⁴⁵¹ viene a consistir en una cabal consecuencia de su correcta y aquilatada aplicación⁴⁵².

Con todo, debe advertirse que en nuestra actual doctrina se vienen algunas veces manifestando ciertas reservas contra este recorte en el automatismo de la protección registral y propugnando su revisión⁴⁵³.

⁴⁴⁷ Cfr. para el derecho alemán, WOLFF, *op. cit.*, p. 278: «La fe pública del registro *no surte efecto* en algunos casos, a saber: 1. Ciertos casos, en los que la *simple vista* de una instalación notoria y contraria al registro se preste a hacer dudar de la confianza en aquél» (cvas. del a.); para el suizo, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 640-641: «Dans le cas d'une servitude de l'ancien droit qui n'a pas été reportée dans les nouveaux documents, l'état des lieux, le tracé du chemin au plan, le long usage peuvent écarter la bonne foi de l'acquéreur de l'immeuble grevé».

⁴⁴⁸ «Como se verá oportunamente –dice SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 389, al referirse a este punto– éste es el fundamento de la teoría de la buena y mala fe hipotecaria». Contrario a esta fundamentación, NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, p. 230: «Examinando toda esta jurisprudencia [la relativa a la oponibilidad de los derechos reales patentes no inscritos] se puede [sic] apreciar dos cosas: primero, se centra el problema en los conceptos de publicidad y carga oculta, y no en el principio de buena fe. Segundo, no se trata de que el tercero, *de facto*, conozca e [sic] ignore la existencia de la servidumbre (principio de buena fe), sino de que por lo ostensible y público de la servidumbre o derecho, no pueda alegar ignorancia excusable (principio de publicidad). El Tribunal Supremo sigue el principio *de internis non judicat*».

⁴⁴⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 198: «Es el caso de las servidumbres aparentes, que por su visibilidad no pueden ser desconocidas por el tercero, [...] su ignorancia, aun real y verdadera, sería inexcusable».

⁴⁵⁰ Una relación de esta jurisprudencia puede verse, e. c., en ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 588, y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 223.

⁴⁵¹ Como excepción «impropia» al principio de fe pública la trata PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 606-607; como excepción al principio de inoponibilidad, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 223-224.

⁴⁵² Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 346: «La doctrina expuesta no significa, sin embargo, una sustancial modificación de los principios hipotecarios. No se trata de otorgar eficacia contra terceros a un derecho real no inscrito, sino simplemente de destacar que la buena fe de los terceros es una exigencia necesaria para la protección por la fe pública del Registro».

⁴⁵³ Así, GARCÍA GARCÍA, *op. et loc. ant. cit.*; TUR FAÜNDEZ, M.^a Nérida, *Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*, 1999, y posteriormente en el comentario a la STS de 2 diciembre 2002, *CCJC*, núm. 61, pp. 321-330.

Se alega para ello el dictado del artículo 13 LH que se ocupa de señalar el lugar donde deben inscribirse las cargas y limitaciones del dominio, destacando específicamente entre ellas las servidumbres y sin distinguir entre las aparentes y las no aparentes; el 225 LH, a cuyo conocido tenor la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro; la frecuente imprecisión de la apariencia jurídica natural o directamente derivada del ejercicio del derecho, y la presunción de la buena fe hipotecaria establecida en el artículo 34. En nuestra opinión, estos argumentos no ofrecen base suficiente para apartarse de la mantenida y consolidada jurisprudencia que niega al tercero la posibilidad de considerarse protegido contra la servidumbre no inscrita cuando ésta, por ser continua y aparente, se manifiesta por signos ostensibles, permanentes y exteriorizados que pregonan de forma indubitada su existencia⁴⁵⁴. Es esta misma jurisprudencia la que niega valor absoluto al artículo 13 en cuanto a la necesidad de inscripción de las servidumbre que, en la expresión del Código Civil (art. 533, II) *se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores* que revelan su uso y aprovechamiento. Con razón, porque respecto a ellas es imposible la alegación de desconocimiento inculpable; porque el objeto del artículo 13 no es imponer la inscripción de estas servidumbres, ni en general la de las cargas y limitaciones del dominio –ni siquiera como absoluta condición de oponibilidad⁴⁵⁵– sino indicar el lugar donde dicha inscripción debe practicarse. Tampoco es argumento suficiente el artículo 225, porque –por decirlo con palabras de Gómez de la Serna que nos sirven para rebatir también el argumento derivado de la presunción legal de la buena fe del tercero– *la ficción de la Ley que supone que el tercero ignora lo que no consta en el Registro no puede ir tan allá que se ponga contra la verdad demostrada de las cosas*⁴⁵⁶. El criterio, pues, expresado en la Exposición de Motivos de 1944, sostenido por la jurisprudencia y compartido por la común doctrina, permanece incólume, a nuestro juicio: contra los derechos reales patentes, aunque no inscritos, no protege al tercero el principio de fe pública registral. Lo que sí

⁴⁵⁴ Vid. SSTS de 21 de febrero de 1990, 20 de mayo de 1992 y 15 de marzo de 1993.

⁴⁵⁵ Todas las cargas y servidumbres, con independencia de que éstas sean aparentes o no aparentes, serán oponibles a terceros si, aun no inscritas, les son efectivamente conocidas. Cfr. STS de 15 de marzo de 1993: «El precepto en que se ampara el motivo [el art. 13 LH] y a cuyo tenor las servidumbres no inscritas en el Registro no pueden producir efectos contra terceros, ha sido interpretado por esta Sala en el recto sentido de desposeerlo de imperatividad absoluta y terminante, ya que aunque tal gravamen real carezca de constancia registral, cuando el tercero conoce su existencia, bien por su carácter permanente, como sucede en el caso de autos, o bien por haberse acreditado por otros medios, no puede ampararse dicho tercero en tal falta de inscripción expresa (SS de 8 de mayo de 1947 y 20 de mayo de 1992)».

⁴⁵⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 600.

puede sostenerse es que en su aplicación debe siempre procederse con prudencia y con la atención muy puesta en las concretas circunstancias del caso. No siempre los que se aducen como signo ostensible del derecho que a su vista se propugna como patente, efectivamente lo son⁴⁵⁷, y en tal caso no es que el principio se vea desmentido. Es, simplemente, que no se produce el presupuesto de su aplicación.

e) *Subordinada a la configuración legal objetiva del dominio inmobiliario en sus distintas modalidades*

En el tratamiento doctrinal, las limitaciones legales del dominio aparecen a veces conjuntamente con los derechos reales patentes formando capítulo unitario, al menos unificado, en el estudio de los límites o modulaciones del funcionamiento del principio de fe pública⁴⁵⁸. Nosotros preferimos tratarlas separadamente para así destacar la distinta *ratio* por la que aquellas limitaciones y estos derechos quedan al margen del juego de tal principio. Que las limitaciones legales del dominio, al igual que los derechos reales patentes, quedan, en efecto, al margen de la fe pública registral es cosa expresamente declarada por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944⁴⁵⁹ y admitida pacíficamente por la doctrina de los autores sobre la base, principalmente, de los artículos 26.1 y 37.3 de la Ley Hipotecaria y –hasta su nueva redacción por obra del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre⁴⁶⁰–

⁴⁵⁷ Es lo que ocurre en el caso resuelto por la STS de 18 noviembre 2003: «... la jurisprudencia de esta Sala es inequívoca al declarar que la protección registral del adquirente de la finca gravada con una servidumbre no inscrita cede cuando ésta se manifiesta al exterior, pero también al exigir que tal manifestación lo sea mediante signos ostensibles, permanentes y perfectamente exteriorizados (Sentencias de 15 de marzo de 1993, que cita las de 17 de mayo de 1927, 5 de abril de 1986 y 21 de diciembre de 1990) o por signos ostensibles o manifiestos e indubitados (Sentencia de 23 de marzo de 2001, que cita otras muchas, desde la de 2 de marzo de 1902 hasta la de 15 de marzo de 1993). Pues bien, al proyectar la reseñada doctrina de esta Sala sobre los motivos examinados resulta la procedencia de su estimación porque [...] si bien existía un signo exterior de manifestación de la servidumbre litigiosa mediante la tubería que desembocaba en una arqueta propiedad de la comunidad actora-reconvenida, en modo alguno cabe calificar este signo de ostensible o manifiesto e indubitado, ya que una tubería por el techo del garaje que va a parar a una arqueta es fácilmente identificable o puede confundirse con todas la demás tuberías del edificio de la actora-reconvenida que, con idéntico o similar trazado o configuración, acaban en ese mismo punto».

⁴⁵⁸ *Vid.*, e. c., COSSÍO, *op. cit.*, pp. 206-207; DE CASSO, *op. cit.*, p. 172; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 198-200.

⁴⁵⁹ «No obstante, fieles a la concepción social aludida y consecuentes, además, con básicos principios de la moderna ciencia jurídica, se excluyen de la fe pública registral las limitaciones legales de la propiedad».

⁴⁶⁰ En su redacción de 1947 decía: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan exceptuados de inscripción: [...] Tercero: Las servidumbres impuestas por la Ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal; [...]». A la desaparición normativa de esta excepción se adelantó la Resolución de 19 de septiembre de 1994: «Constituida sobre

del artículo 5.3 del Reglamento Hipotecario⁴⁶¹. Pero, ¿por qué razón unas y otros no necesitan someterse al principio de fe pública? Los derechos reales patentes, acabamos de verlo, porque gozan por sí mismos de una ostensibilidad natural que, sin necesidad de publicidad registral, impide alegar su desconocimiento de buena fe. ¿Y las limitaciones legales del dominio? Son dos las razones que —a veces entrelazadas— suelen proponerse: una, generalmente más destacada, porque gozan de la publicidad de la ley que, al igual que la natural de los derechos patentes, haría innecesaria la publicidad registral⁴⁶²; y otra, porque tales limitaciones vendrían impuestas coactivamente por la ley que las establece con una imperatividad que actúa con completa independencia de quienes puedan ser en el orden de lo subjetivo y personal los sujetos de los derechos a que afectan⁴⁶³. Esta segunda razón nos parece más convincente:

un inmueble urbano de propiedad privada una “servidumbre de uso público para el paso de personas”, el Registrador deniega la inscripción, en primer lugar, porque la impide el artículo 5.3 del Reglamento Hipotecario, según el cual quedan exceptuadas de la inscripción “las servidumbres impuestas por la ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal”. Esta exclusión viene a ser una aplicación de una regla de exclusión, más general, la de “los bienes de dominio público” (cfr. art. 5.1 del Reglamento Hipotecario), y como esta regla más general, debe dejar paso a los nuevos criterios que resultan de múltiples disposiciones legales que, para dar seguridad a terceros y a los mismos intereses públicos, no cierran el Registro al dominio público cuando afecta a bienes que por naturaleza no son de dominio público ostensible. Recordemos, a título de ejemplo, el artículo 17 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 14/1983, de 27 de julio, sobre normas reguladoras del patrimonio de Euskadi o el artículo 211 de la vigente Ley del Régimen del Suelo, que acepta la inscripción de servidumbres previstas por el Derecho Administrativo».

⁴⁶¹ Invocan esta base legal para fundamentar la exclusión de las limitaciones legales, e. c., COSSÍO, *op. cit.*, pp. 206-207; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 587; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388.

⁴⁶² Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388: «El fundamento se halla bien en la consideración de que al derivar de preceptos legales deben ser conocidas por todos, y aunque no lo sean a todos alcanza su obligatoriedad [art. 3.º CC (6.1 diría hoy)]...»; DE CASSO, *op. cit.*, p. 172: «En todos estos casos —dice refiriéndose a las prescripciones legales o estatutarias referentes a las fincas inscritas y a las servidumbres manifiestas o aparentes— hay algo conocido o cognoscible (debido conocer), *a priori*, que prevalece sobre la publicidad registral y sus presunciones, incluso frente al “tercero”» (cvas. del a.); LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 198: «La protección del Registro no produce sus peculiares efectos ante ciertos derechos publicados de otra manera», dice como introducción a la excepción de los derechos reales patentes y de las limitaciones legales, y pp. 198-199, ya específicamente en cuanto a éstas: «Las limitaciones y cargas públicas afectan a todos los propietarios por igual, vienen publicadas por la ley, son cognoscibles por cualquiera y con ellas debe contar todo adquirente»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 586: «Responden estas limitaciones a un interés público, aunque a veces concretamente sean en provecho de los particulares, y, por derivarse de la ley están investidas de una publicidad que supera la que el Registro puede proporcionarlas (sic), haciendo en la mayoría de los casos superflua su inscripción».

⁴⁶³ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 586: «Responden estas limitaciones al interés público [...]. Además, estas limitaciones legales se imponen a modo de estatuto general de la propiedad inmueble y afectan a las fincas según la posición que ocupan o las circunstancias que en ellas concurren, por lo que tienen carácter impersonal, y funcionan por simples razones objetivas o independientemente de las personas de los dueños correspondientes»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388: «El fundamento se halla [...] en la consideración [...] de que, lejos de ser extrañas al dominio, forman parte de su propio contenido y determinan hasta dónde llegan las facultades del propietario (art. 348 CC)».

explica mejor y contribuye a delimitar con mayor precisión el ámbito de esas limitaciones legales que pueden imponerse a todos sin necesidad de pasar por el filtro legal de la protección a los terceros adquirentes⁴⁶⁴. La primera es muy fácilmente objetable: no toda limitación de origen legal goza por sí misma de la publicidad de la ley. Y la razón es muy clara: porque hay limitaciones legales no absolutas, cuya existencia, por tanto, presupone la verificación de un presupuesto de hecho que la ley puede ciertamente circunscribir y concretar pero cuya realización, como circunstancia de hecho, queda fuera de la publicidad de la ley y nada tiene que ver con ella⁴⁶⁵. Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de reservas legales: las limitaciones impuestas al reservista nacen directamente de la ley que las impone, pero la realización del presupuesto de la reserva es una cuestión de hecho que la publicidad de la ley no puede patentizar. Por ello, el carácter reservable de los bienes es registralmente anotable (arts. 977 CC y 184 y 186 LH), y el juego de la reserva queda legalmente sometido a los principios rectores de la publicidad registral (art. 975 CC). Lo mismo se puede decir de la prohibición de disponer impuesta por el Real Decreto 115/2001, de 9 de febrero, en materia de préstamos cualificados para la adquisición de vivienda: supone evidentemente esta prohibición una limitación del dominio proveniente de la disposición de la ley⁴⁶⁶, pero, en cuanto su presupuesto de hecho no es ostensible, necesitada de la publicidad registral para hacerse cognoscible por los terceros y para que pueda perjudicarles⁴⁶⁷. Se entiende así que

⁴⁶⁴ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), pp. 243-244: «Mas cabe dudar de que la razón para eximir de publicidad a los gravámenes legales sea su absoluta cognoscibilidad, porque ésta falla con frecuencia. En la propia materia de retractos, hay casos de arrendatario y de gentilicio, en los cuales el adquirente, aun obrando con diligencia, no puede conocer la existencia de un derecho real de percepción [...]. Construir, entonces, una especie de “principio de la publicidad legal”, en cuyo ámbito entrasen todos los derechos subjetivos de naturaleza real conferidos por la ley, supondría ampliar desmesuradamente el ámbito de la ficción, en detrimento de los principios en que se inspira nuestra legislación hipotecaria, y mediante una generalización inadmisibles de preceptos singulares».

⁴⁶⁵ LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*, p. 244: «Por tanto, cuando la atribución del derecho depende de una pluralidad de circunstancias, que la ley no declara por sí sola (o en combinación con datos de hecho perceptibles a primera vista) [...] es preferible interpretar la LH. de acuerdo con sus finalidades esenciales, y prescindir, para los gravámenes o limitaciones de Derecho privado y a favor de personas concretas (salvo el supuesto expresamente previsto por el texto de la LH), de la llamada «publicidad legal», dejando funcionar los artículos 40, 37, 34, etc., y reconduciendo el asunto al terreno de la buena fe: del conocimiento que tuviera el adquirente de la existencia del gravamen».

⁴⁶⁶ Cfr. artículo 12.2: «Los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio no podrán transmitir inter vivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieren obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de dicho préstamo».

⁴⁶⁷ Cfr. artículo 12.5: «La prohibición de disponer [...] se hará constar expresamente en las escrituras de compraventa [...] y en las escrituras de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, donde se hará constar la prohibición de disponer por medio de una nota marginal».

en 1861 la Ley Hipotecaria sometiera a la publicidad del Registro y sujetara a su juego los retractos legales gentilicio y de comuneros⁴⁶⁸, y que la Dirección General de los Registros entienda en la actualidad igualmente sometido a la publicidad registral el funcionamiento del retracto legal arrendaticio⁴⁶⁹. La razón decisiva por la que las llamadas limitaciones legales del dominio escapan al régimen de la publicidad –cuando efectivamente lo hacen– tiene, por tanto, que ser otra. Es que tales limitaciones, cuando se integran en el estatuto especial, objetivo y necesario, de determinadas formas del dominio inmobiliario, se imponen a todos con la fuerza absoluta de la ley imperativa. El componente legal-imperativo por razones de interés público del estatuto de la propiedad y de las específicas propiedades, tiene necesariamente que ser de aplicación general y forzosa. La publicidad del Registro está llamada a proteger a los terceros de buena fe contra las cargas ocultas que recortan o limitan la normal extensión del dominio, pero no a privilegiar a nadie respecto a la eficacia imperativa de la ley que objetiva y necesariamente lo configura atendiendo al interés público⁴⁷⁰.

Es a la luz de estas consideraciones como puede formarse juicio acerca de la relación entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad, y, más concretamente, entre las limitaciones del dominio procedentes de la disciplina urbanística y el principio de fe pública registral. Evidentemente, no podemos aquí entrar por extenso en la complejidad que el problema ha adquirido en nuestro Derecho, pero tampoco podemos soslayarlo absolutamente. Yendo, pues, muy a su núcleo, baste indicar que la condición urbana del suelo y la configuración del contenido de la propiedad en él asentado, es obra y derivación directamente proveniente de la ley, cuyo conteni-

⁴⁶⁸ Exposición de Motivos, pp. 251-252: «No corresponde a la Comisión examinar en esta exposición las ventajas o inconvenientes de semejantes clases de retracto [...]. Respetando lo existente tal como se halla, sólo propone y reforma en la parte en que se opone a los principios de la ley que presenta. Por esto declara que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título [...], no debe ocultar la Comisión que se separa, no ya del derecho escrito, de la jurisprudencia recibida por regla general, la cual, fundada en que el retracto nace inmediatamente de la ley, estima que, a imitación de las acciones reales, debe darse contra cualquiera poseedor a que pase la cosa durante todo el término concedido para retraer [...]».

⁴⁶⁹ R de 30 de abril de 2003: «La única cuestión que plantea el presente recurso es la de dilucidar si es inscribible una escritura de venta judicial, como consecuencia de un juicio de retracto, en la que el Juez, en representación del retraído, vende las fincas al retraído, cuando las mismas se hallan inscritas a favor de personas que habían adquirido del retraído en su día y que no han sido demandadas ahora, teniendo en cuenta, además, que la demanda de retracto no fue anotada [...]. Ante la negativa del Registrador, el demandante recurre alegando que el retracto es eficaz frente a todo tercero [...]. Es cierto que, en principio, y como dice el recurrente, el retracto es eficaz frente a terceros, pero dicha eficacia no puede hacerse efectiva frente a adquirentes protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

⁴⁷⁰ Adelantamos ya esta idea al ocuparnos del acceso al Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer, en «El objeto de la publicidad...», *ADC*, 1998, p. 502.

do normativo ha de imponerse imperativamente a todos por razones de interés general⁴⁷¹. Esta consideración basta para entender que –como generalmente se advierte y admite– urbanismo y Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas⁴⁷², sin que las limitaciones urbanísticas de la propiedad se puedan considerar –ni en sí mismas ni desde el punto de vista registral– cargas ocultas⁴⁷³, y sin que la efectividad de la disciplina urbanística pueda supeditarse a la protección que la Ley Hipotecaria brinda, en su ámbito y materia, al tercero hipotecario⁴⁷⁴. Pues bien, a pesar de todo ello, entre nosotros ha llegado a tomar cuerpo toda una tendencia doctrinal favorable a la coordinación entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad⁴⁷⁵ que finalmente ha terminado por impo-

⁴⁷¹ Cfr. artículo 3.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo: «La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general...». En la doctrina, ROCA SASTRE, *op. cit.*, t. III, p. 417; SÁNCHEZ CALERO, en *Aspectos civiles e hipotecarios de la Ley del Suelo*, Valencia 1999, p. 142. En cuanto a la naturaleza normativa de los planes urbanísticos y las teorías doctrinales al respecto, *vid.* GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, I., p. 99.

⁴⁷² Así lo afirma el Preámbulo del RD 1093/1997, de 4 de julio [NCRH]: «La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas». En la doctrina, e. c., ARNAIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995, p. 75: «... el Registro tiene como objeto propio la publicidad de negocios jurídicos de creación, modificación o extinción de derechos reales e inmobiliarios. Se sitúa, por tanto, en el ámbito del derecho negocial [...]. Por el contrario, el Plan de Ordenación, como acto administrativo de carácter general, tipo norma, se ubica en el campo del Derecho objetivo y sus efectos propios, su generalidad y coercibilidad, se apoyan en su publicación como tal norma».

⁴⁷³ En la jurisprudencia, *cfr.* STS 27-1-1982 (aunque CORRAL GIJÓN, José María, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid, 1996, p. 67, considere que sus razonamientos «no son demasiado convincentes»). En la doctrina, rebatiendo a Chico y Ortiz, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 140: «No cabe calificar de *cargas ocultas* los deberes impuestos a los propietarios por “las leyes, o en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la situación urbanística de los predios”»; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: «Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes», *RCDI*, 2001, p. 973: «En efecto, los “deberes legales”, como es lógico, no son cargas ocultas [...]».

⁴⁷⁴ CARRASCO PERERA, A., en *Aspectos civiles e hipotecarios de la Ley del Suelo*, Valencia 1999, pp. 120-127; ARNAIZ EGUREN, *op. cit.*, p. 30: «La circunstancia de que previsiones concretas sobre la edificabilidad o los usos permitidos sobre determinadas fincas consten en la inscripción registral no puede nunca limitar la soberanía pública para su modificación, limitación o supresión, a menos que se desvirtúe y exagere la función característica del Registro. De hecho, el sistema legal parte de que el adquirente se subroga plenamente en el conjunto de deberes u obligaciones urbanísticas que afectaban a su transmitente, con total independencia de que el título de adquisición se inscriba o no»; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 968: «[...] el Registro no ha nacido para esto, ni su configuración lo permite, baste pensar [...] en los principios registrales de inoponibilidad o fe pública para comprender que el contenido de una norma jurídica no puede quedar supeditado en su eficacia a su reflejo en el Registro de la Propiedad».

⁴⁷⁵ La proponía, con ciertas condiciones, en la doctrina administrativista, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico», *REDA*, 1974, pp. 89-90 (tomamos la cita de ESPEJO, *op. cit.*, p. 967). Para su admisión en la civilística, *vid.* AMORÓS GUARDIOLA, en el prólogo a CORRAL GIJÓN, *La publicidad registral...*, cit., p. XXII: «Me permito pensar que la tarea principal que tiene el Derecho Registral español

nerse obteniendo amplio y reiterado refrendo normativo⁴⁷⁶. Partiendo de la indiscutible premisa antes avanzada, esto es, de la diversidad de órbitas en que respectivamente se mueven el urbanismo y el Registro de la Propiedad⁴⁷⁷, no es difícil entender que la regulación tendente a la mutua coordinación de ambos y a la colaboración del Registro con la actuación urbanística tiene que acabar por comprobarse escasamente útil a ésta y técnicamente perturbadora de la normal eficacia de aquél; ni sirve gran cosa a la efectividad de la actuación urbanística ni respeta la univocidad del resultado protector de la publicidad registral. En lo urbanístico el Registro de la Propiedad sólo proporciona una forma de publicidad-noticia ajena a la que para la protección de los terceros caracteriza a los Registros de publicidad con efectos materiales y sustantivos⁴⁷⁸.

a finales del siglo XX quizá sea la de incorporar plenamente todas la vicisitudes del proceso urbanístico al régimen de la publicidad registral»; BERCOVITZ, R., en el prólogo a la *Legislación Hipotecaria*, ed. Tecnos, 1988, p. XVIII: «[...] es el momento adecuado para señalar algunos de los fallos que habría que tratar de subsanar, aun respetando los principios básicos de su regulación actual, que tan positivos resultados han proporcionado. Algunos de estos fallos no son nuevos, aunque su perduración los hace cada día más injustificables, otros proceden de nuevas realidades que no han sido debidamente asumidas. [...] Entre los segundos destaca la desconexión existente entre el Registro de la Propiedad y la incidencia que sobre las fincas inscritas tienen los planes de urbanismo. No es preciso insistir sobre la importancia que éstos tienen a la hora de considerar el tráfico jurídico inmobiliario». En general, la conveniencia de la conexión entre urbanismo y Registro es hoy aceptada como un incuestionable *a priori*. Se la puede ver acogida, e. c., en CORRAL GUÓN, *op. cit.*, pp. 45-56; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, t. I, p. 97, y t. V, pp. 27-30; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, especialmente, p. 140: «El tráfico jurídico, parece evidente, resultará favorecido, nunca entorpecido»; FUERTES, Mercedes, *Urbanismo y publicidad registral*, 2.^a ed. 2001, p. 18: «No debería ser necesario abundar en los evidentes razonamientos que justifican el indispensable entrelazado entre la actividad urbanística y la publicidad registral» (con abundante nota de apoyo).

⁴⁷⁶ Baste recordar aquí los artículos 307 a 310 del RD 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y, posteriormente, el RD 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.

⁴⁷⁷ No obstante tal diversidad de órbitas, el Preámbulo de las Normas Complementarias, antes citadas, señalan el punto de contacto entre urbanismo y Registro de la Propiedad así como la conveniencia de la colaboración del Registro con la acción urbanística con las siguientes palabras: «No obstante, si la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias surge un punto de contacto de necesaria coordinación. A la vez, es conveniente que los poderes públicos se sirvan de una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, puede ser una eficaz colaboradora a la actuación urbanística». En la doctrina, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.* (t. I), p. 97, entiende que la relación entre Derecho Urbanístico y Derecho Hipotecario se manifiesta a través de tres instituciones, fundamentales en uno y otro: la propiedad y sus límites, la publicidad y la seguridad jurídica.

⁴⁷⁸ Cfr. LACRUZ, *op. cit.* (ed. 2001), p. 204: «Se ha dado entrada en el Registro a una gran información urbanística que en otro tiempo quedaba fuera de los libros registrales. Ahora bien, esta información no es objeto de la publicidad registral (nada se garantiza al tercero), sino que es mera noticia, útil para poner sobre aviso a quien consulta los libros»; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 141: «Así delimitados los campos, el Registro de la Propiedad no puede entrar en el que no le corresponde, so pena de quedar desvirtuado en aquello que es precisamente su razón de ser: la eficacia sustantiva de su publicidad respecto de las titularidades dominio-reales. Todo ello sin perjuicio de que el Registro de la Propiedad

Aparece ello con claridad en las figuras que más nítidamente reflejan el resultado de la coordinación o relación entre el urbanismo y la publicidad registral: la subrogación legal del adquirente en los deberes urbanísticos del propietario transmitente⁴⁷⁹ y la afección real de la finca en garantía del cumplimiento de los deberes dimanantes de las actuaciones de transformación urbanística⁴⁸⁰. Ambos efectos son obra directa de la ley, sin que nada cuente en ellos la noticia o el silencio registral al respecto⁴⁸¹. Es verdad que en cuanto a la subrogación legal la ley distingue entre deberes de procedencia legal inmediata y obligaciones derivadas de los convenios concertados entre la Administración urbanizadora y el propietario transmitente, supeditando la subrogación del adquirente en estas últimas a su previa inscripción registral; y que una tal distinción podría hacer pensar en el sometimiento de la subrogación en estas obligaciones al rigor del principio de inoponibilidad (arts. 606 CC y 32 LH)⁴⁸². En realidad no es completamente así: con inscripción o sin ella, el nuevo adquirente, si no prefiere rescindir el contrato adquisitivo alegando su desconocimiento de aquéllas⁴⁸³, tendrá que padecer el sometimiento de la finca adquirida al conjunto de deberes y exigencias derivadas de su condición y disciplina urbanística⁴⁸⁴. Basta lo dicho, a nuestro juicio, para entender que el

pueda colaborar en la publicidad de las situaciones urbanísticas a través de la llamada *publicidad noticia*» (cva. del a.). *Vid.*, también, ARNAIZ EGUREN, *op. cit.*, pp. 28-34.

⁴⁷⁹ Cfr. artículos 22 TRLS de 1992; 21 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y 18 de la vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo.

⁴⁸⁰ Cfr. artículos 126 y 178 del Reglamento de Gestión Urbanística, 19 y 20 de las Normas Complementarias sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística (RD 1093/1997) y 16. 2 de la nueva Ley de Suelo.

⁴⁸¹ FUERTES, M., *op. cit.*, pp.126-127: «Sería muy pernicioso, además de algo ilógico con el sistema hipotecario español, entender que la existencia de sucesivas transmisiones de un inmueble convierte en inútil papel mojado una sanción urbanística. Aun cuando el proceso administrativo se haya dirigido contra el inicial propietario que, por ejemplo, ha edificado de manera ilegal, el procedimiento se concreta en calificar la construcción como ilegal. Por consiguiente, por muchas transmisiones del edificio que se realicen, la construcción seguirá siendo ilegal».

⁴⁸² Cfr. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.* (t. V), p. 32; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 146; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, pp. esp. 976-982; LÓPEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 147-148.

⁴⁸³ En aplicación del artículo 18.3 de la vigente Ley de Suelo: «La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil»; precepto que omite la remisión que hacía su precedente, el artículo 21. 3 de la LS/1998, al número 1 del mismo precepto; justo el que distinguía entre la subrogación legal en los derechos y deberes urbanísticos, de una parte, y la que habría de producirse en los compromisos acordados por el anterior propietario con la Administración urbanística competente, supeditando esta última a que dichos compromisos hubieran sido objeto de inscripción registral.

⁴⁸⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pp. 111-112: «[...] y si no existe constancia registral, los “compromisos” del promotor no pueden vincular al adquirente, salvo que hayan sido especialmente asumidos en el título contractual. Naturalmente ello no quiere significar que la ejecución del Plan quede al arbitrio de los acuerdos privados. La Administración siempre puede exigir la ejecución del planeamiento (de iniciativa particular) de acuerdo con alguno de los sistemas de actuación admitidos en la legislación autonómica

urbanismo, en cuanto conformador legal del dominio, no debe ser considerado materia técnicamente adecuada al objeto de la publicidad registral inmobiliaria⁴⁸⁵. Las actuaciones urbanísticas de planeamiento y ejecución reclaman –de hecho la ley los impone y cuenta con ellos– medios distintos e instrumentos más apropiados de información pública y conocimiento general⁴⁸⁶. Se comprende por ello que doctrinalmente –entre nosotros⁴⁸⁷ y en la doctrina extranjera⁴⁸⁸– se haya manifestado un decidido y razonable recelo

aplicable. [...]. En resumen, cuando el artículo 21.1 LRSV habla de “subrogación en los compromisos” se quiere decir en estos casos, tan sólo, que el nuevo adquirente está igualmente afecto a las resultas de la ejecución de los planes, no que asuma sin más (liberando o no a su promotor) los compromisos privados contraídos por el redactor y promotor del Plan de iniciativa particular al margen de un sistema de compensación (o equivalente) que todavía no se ha concretado en la existencia de una Junta de compensación a la que los adquirentes deberán incorporarse en todos sus términos, o ser expropiados».

⁴⁸⁵ PAU PEDRÓN, *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, 1996, p. 143: «[...] hay que partir de la base de que no existe una perfecta coordinación entre las disposiciones urbanísticas y las hipotecarias; tal falta de coordinación se pone de manifiesto desde el momento en que los *Planes de Ordenación*, que son los que rigen la actuación urbanística, no tienen ni necesitan publicidad registral, sino que se publican en el *Boletín Oficial del Estado* o en el diario oficial correspondiente y, una vez aprobados y publicados, son directamente obligatorios, tanto para particulares como para la Administración (art. 134 del TR de 1992). Es decir, producen sus efectos sin necesidad de ningún reflejo registral».

⁴⁸⁶ Hace repetida referencia a ellos la nueva Ley de Suelo en sus artículos 3.2.c) (La legislación sobre ordenación territorial y urbanística garantizará: ... el derecho a la información de los ciudadanos y de la entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos); 4.c) y d) (Derechos del ciudadano: ... Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística ...; ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora); 11 (Publicidad y eficacia de la gestión pública urbanística); DA 1.^a (Sistema de información urbana); DA 9.^a, 2 (adición a la Ley de Régimen Local de un nuevo artículo 70 ter). En la doctrina, LÓPEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 142: «Por ello, la información exacta y actual sobre la situación urbanística de una finca no debe buscarse exclusivamente a través del Registro de la Propiedad, sino mediante la información pública urbanística que las entidades locales vienen legalmente obligadas a proporcionar».

⁴⁸⁷ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.* (t. III), p. 417: «Cualquiera que sea la configuración adoptada para calificar las limitaciones urbanísticas, la de delimitaciones del dominio, la de limitaciones legales del dominio o la de cargas o servidumbres legales, las mismas *no deben tener acceso al Registro de la Propiedad*, pues en todo caso derivan de la ley, directamente o mediante ella, es decir, por medio o en virtud de su mandato, por los planes de ordenación, que les inviste de una publicidad superior a las que el Registro puede proporcionarles» (cva. del a.).

⁴⁸⁸ DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 10-11: «Le registre foncier a été conçu avant tout pour révéler les droits réels sur le immeubles, ainsi qu'un certain nombre de rapports juridiques privés en relation avec eux. L'interpénétration toujours plus accusée du droit civil et du droit administratif en matière immobilière pose le problème du rôle que pourrait jouer le registre foncier face à cette évolution. Ce rôle n'est déjà pas négligeable: portée informative pour autorités, immatriculation de la propriété publique (art. 944), mention de restrictions de droit public (art. 962). Il s'agirait de faire servir davantage encore l'institution à la révélation du statut de droit public des immeubles. Cette préoccupation est justifiée dans son principe, car, du moment que le contenu effectif de la propriété immobilière est de plus en plus définie par des prescriptions administrative, la publicité foncière ne serait plus complète si le registre foncier ne renfermait pas des informations à ce sujet. Mais cette fonction ne peut être qu'accessoire. La multiplication de ces indications, notamment sous forme de mentions, risque de noyer les inscriptions de droits réels et les autres écritures relatives à

frente la involucración del urbanismo en el objeto de la información que debe acoger y hacer pública el Registro de la Propiedad. Ni el urbanismo puede encontrar en el Registro un aliado satisfactoriamente eficaz, ni la colaboración del Registro con el urbanismo puede lograrse sin la merma y desnaturalización del efecto protector de la publicidad registral. El interés público subyacente a la intervención urbanística no puede ser sacrificado al del tercero adquirente de buena fe. Es más, hipotecariamente hablando, los medios extra-registrales de publicidad e información urbanística harían muy difícil, a nuestro juicio ⁴⁸⁹, considerar y tratar como tercero de buena fe al adquirente que pretendiera acogerse a su desconocimiento de la condición y situación urbanística de la finca. Siendo ello así, preferible es dejar cada cosa en su sitio, sin las invasiones e interferencias recíprocas que, con tan escasas ventajas para la actuación urbanística, tanto contribuyen a desdibujar la eficacia protectora de la publicidad registral.

2. EXCEPCIONES

Distintas a las anteriores determinaciones, como excepciones al normal funcionamiento del principio de fe pública registral podrían considerarse, a nuestro juicio, los casos siguientes.

a) *La suspensión temporal de la fe pública (arts. 28 y 207 LH)*

Es ésta una excepción a veces calificada como excepción por vía de suspensión ⁴⁹⁰ y fundamentada en la fuerza insuficiente de la inscripción del transferente ⁴⁹¹. Efectivamente, el temor a la posible aparición de un heredero de mejor derecho, en el caso del

des rapports de droit privé sous un fatras de donnés de toute nature. Le Feuillet du grand livre risquerait de devenir à peu près illisible pour les usagers qui s'intéressent avant tout au statut privé des immeubles».

⁴⁸⁹ Cfr. en la más reciente jurisprudencia, STS de 17 de noviembre de 2006 (FD 3.º): «[...] la información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público del Planeamiento, y lo estuvo en el caso, como es de ver en los propios Autos, en cuyo folio 93 figura la certificación del Excmo. Ayuntamiento de Calpe sobre la finca 4-C de Buenavista, que es la que fue objeto de compraventa. En segundo lugar, porque siendo ello así no puede decirse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos (arts. 7.1 y 1258 CC), imponga un especial deber de información en los vendedores que venga a coincidir con lo que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones porque la misma buena fe exige en la contraparte un comportamiento diligente [...]».

⁴⁹⁰ Así, ROCA SASTRE, *op. cit.*, I, pp. 790 ss.; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, II, pp. 411 ss.

⁴⁹¹ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 608-609, quien incluye en este capítulo, además de la suspensión temporal que ahora tratamos, los supuestos de doble inmatriculación y los de destrucción o pérdida de los Libros del Registro.

artículo 28⁴⁹², o la menor garantía de ciertos procedimientos inmatriculadores, en el del 207⁴⁹³, son la causa de que en uno y otro la inscripción registral no comience inmediatamente a desplegar su normal virtualidad fundamentadora de la general y discreta confianza o *fides publica*⁴⁹⁴. Para que ello ocurra la ley impone esperar al transcurso de dos años desde la muerte del causante o desde la práctica de la inscripción, respectivamente.

La doctrina, a pesar del tufillo latino que desprende la redacción de estos preceptos («no surten efecto en cuanto a tercero» o «respecto a tercero»), ve en estos dos casos, con razón, sendos supuestos de suspensión de la germánica fe pública registral que, de ordinario, la inscripción genera por sí misma una vez practicada. No es de extrañar, por ello, que acerca de aquella redacción se hayan propuesto, como técnicamente más apropiadas, otras fórmulas de expresión más germánicas en su inspiración y en su tono⁴⁹⁵; y que en la exégesis de los indicados preceptos se pueda observar

⁴⁹² CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 383: «[...] es evidente que ese plazo se concedió para conciliar, en lo posible, la facultad de inscribir su título, que no puede negarse a los primeros que justifican su condición de herederos, con la posibilidad legal de registrar luego otro título posterior de derecho preferente, en la misma herencia, cuyo título en este género de sucesiones siempre debe ser esperado y temido»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 203: «El artículo 28, introducido (con diferencias) por la LH. de 1869, intenta prevenir contra el peligro de que, una vez inscrito el derecho del heredero testamentario o abintestato no legitimario, aparezcan, o un posterior testamento en el que se nombre otro heredero, o un pariente de mejor grado».

⁴⁹³ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 813: «La *ratio* de esta medida de suspensión de los efectos de la fe pública registral que establece el citado artículo 207 de la Ley Hipotecaria, radica en la excesiva facilidad que la propia ley da para lograr la inmatriculación de fincas por medio de títulos públicos de adquisición y de certificaciones administrativas de dominio. Aquella medida, en atención a estas excesivas facilidades, viene a contrarrestar la inmediata puesta en vigor de la cobertura que supone la atribución de la presunción de exactitud del contenido del Registro en este tipo de inscripciones inmatriculadoras»; LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*: «En el caso de este precepto, se aplaza la vigencia de ciertos tipos de inmatriculación (no todos) a causa de su falta de garantías, pareciendo conveniente que durante cierto plazo el funcionamiento normal del Registro no pueda hacer producir a una inscripción inexacta perjuicios irreparables, como ocurriría si el tercer adquirente estuviera protegido desde el acceso de la finca a los libros».

⁴⁹⁴ Para la indicación de otros supuestos menores de suspensión de la fe pública, cfr., e. c., COSSÍO: *op. cit.*, pp. 225-226; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1984), p. 204; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 824-825.

⁴⁹⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 791: «Este artículo [el 28 LH] ha de entenderse como si estuviera redactado así:

“La irrelevancia de la inexactitud registral, base de la fe pública del Registro en provecho de terceros hipotecarios según el artículo 34 de esta ley, *dejará de actuar durante el término de dos años* a contar desde el fallecimiento del correspondiente causante, en salvaguardia del posible *heredero real* no inscrito y de sus *derechohabientes* tampoco inscritos y en perjuicio del *adquirente* y *subadquirente* del *heredero aparente* inscrito, aunque tengan la condición de terceros hipotecarios, respecto de las adquisiciones que éstos hayan verificado dentro del referido término”.

“Lo dispuesto sobre el heredero real y el aparente será aplicable al legatario, así como, en su caso, al donatario por causa de muerte, mas no respecto de herederos forzosos o legitimarios”.

una cierta discrepancia en cuanto a la identificación del tercero a que en ellos se hace referencia. Para algunos lo es el heredero de mejor derecho o el titular verdadero⁴⁹⁶; para otros, los causahabientes del inmatriculante o del heredero o legatario que inscribire⁴⁹⁷; aunque en todo caso venga a convenirse en que la suspensión de la fe pública registral no actúa en estos supuestos excepcionales de forma absoluta o en favor de cualquiera, sino exclusivamente al servicio de los indicados heredero o titular verdadero. En realidad, si el «no surtir efecto» o «no afectar a tercero» equivale al «no perjudicar a tercero» que en terminología latina expresa el efecto de la publicidad, sería más adecuado entender que en los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria tal tercero no perjudicado es, respectivamente, el heredero o el titular verdadero. De todos modos, si por tercero se entiende en tales preceptos a los causahabientes del titular inscrito la cosa no varía mucho: son dichos causahabientes los que, por efecto del no perjuicio de los ya indicados heredero y titular, dejarán de gozar los efectos aseguradores de la fe pública registral. El efecto negativo de la suspensión habrá impedido respecto a ellos la eficacia protectora de la inscripción. Siendo ello así, habrá de entenderse que el aplazamiento de la fe pública en estos casos es absoluto en el sentido atribuido a esta

ID, p. 812, en cuanto a la redacción del artículo 207: «Este artículo ha de entenderse como si estuviese redactado así:

“La irrelevancia de la inexactitud registral base de la fe pública del Registro en provecho de terceros hipotecarios según el artículo 34 de esta ley, *dejará de actuar durante el término de dos años* a contar de la inscripción de inmatriculación, en salvaguardia del posible *dueño real* no inscrito y de sus *derechohabientes* tampoco inscritos, y en perjuicio del *adquirente* y *subadquirentes* del que figura como *titular inmatriculante de la finca*, aunque tengan la condición de terceros hipotecarios, respecto de las adquisiciones que éstos hayan verificado dentro del referido término”.

“Sin embargo, esto no será aplicable cuando la inmatriculación se haya obtenido por medio de expediente de dominio o de título público de adquisición anterior al 1.º de enero de 1909”» (cvas. del a.).

⁴⁹⁶ CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 383: «Los terceros a que se refiere el [tunc] párrafo segundo del artículo 23 son, según la opinión más generalizada y la doctrina de la jurisprudencia, los herederos de mejor derecho que los que inscribieron primero, y las personas que de ellos puedan haber adquirido algún inmueble o derecho real»; COSSÍO, *op. cit.*, p. 226: «Esta suspensión de efectos de la fe pública, no debe entenderse, sin embargo, absoluta y frente a toda clase de terceros, sino tan sólo frente a aquellos que tengan un título preferente al que ha sido objeto de inscripción, no frente a los que traigan causa del titular inscrito»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 204: «Herederos y titulares auténticos, pues, son los *terceros* a que aluden los artículos 28 y 207» (cva. del a.).

⁴⁹⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 802, en cuanto al tercero del artículo 28: «Para nosotros este tercero no puede ser otro que el *tercero hipotecario* y sus derechohabientes sucesivos, que durante el indicado plazo de dos años de suspensión de la fe pública del Registro, hayan adquirido, por estar encaminada tal medida a salvaguardar el derecho del heredero real, así como el de sus derechohabientes», y 816 en cuanto al del artículo 207: «Para nosotros este tercero no puede ser otro que el *tercero hipotecario*, o derechohabientes sucesivos, que *durante el plazo* indicado de los dos años haya adquirido, sin perjuicio de que tal medida se dirija a *salvaguardar el derecho del propietario real (versus dominus)* o de sus derechohabientes» (cvas. del a.).

expresión cuando se la utiliza en materia de derechos reales para indicar la proyección *erga omnes* de tales derechos⁴⁹⁸. Sea quien fuere el causahabiente del titular inscrito y en tanto la suspensión opere, el verdadero dueño podrá reivindicar lo que todavía sigue siendo suyo. La suspensión de efectos actúa, pues, entre quienes serían los sujetos contendientes en la reclamación reivindicatoria que normalmente detiene ante el tercero hipotecario la fe pública registral, y que en los supuestos excepcionales de los artículos 28 y 207 puede proseguir libremente su curso hasta alcanzar también al causahabiente inscrito en tanto no hayan transcurrido los dos años de suspensión.

Lo que en cambio sí es cierto es que la suspensión de la fe pública no priva de todo efecto protector a la inscripción que por efecto de ella deja de provocarla. En tal sentido puede decirse con toda razón que la suspensión de la fe pública registral no priva absolutamente de efectos a la inscripción del heredero o legatario ni a la del inmatriculante a que se refiere el artículo 207 de la Ley Hipotecaria. El carácter mixto de nuestro sistema registral, su peculiar dualismo y la consiguiente diferencia de inspiración y naturaleza de los artículos 32 y 34, justifican que la suspensión de la fe pública no impida la inmediata operatividad del principio de inoponibilidad cuando la inscripción se produce. En razón de ello se hace preciso admitir⁴⁹⁹:

1. Que si el inmatriculante a que se refiere el artículo 207 es co-causahabiente de un mismo transmitente, y tal transmitente no es el *verus dominus*, su inscripción, aunque no le haga inmune frente a la reivindicación del *verus dominus*, sí que le protege frente al eventual adquirente anterior de su mismo *causam dans* que no hubiere inscrito su adquisición.

2. Que si durante el plazo de suspensión contendieren entre sí dos causahabientes del heredero o legatario inscrito o del inmatriculante titular inscrito, y de entre ellos uno inscribiere su adquisición y el otro no, el que lo hizo queda protegido por su inscripción frente al que la omitió, aunque no lo esté –ni el que inscribió ni el que dejó de hacerlo– frente al heredero de mejor derecho o frente

⁴⁹⁸ A veces, se niega literalmente: «Esta suspensión de efectos de la fe pública –dice Cossío, *op. cit.*, p. 226– no debe entenderse, sin embargo, absoluta y frente a toda clase de terceros, sino tan sólo frente a aquellos que tengan un título preferente al que ha sido objeto de inscripción, no frente a los que traigan causa del titular inscrito».

⁴⁹⁹ Para la más detallada argumentación de lo que sigue nos remitimos a las pp. 418-427 de nuestro estudio, ya citado «El principio de inoponibilidad...».

al *verus dominus* en tanto perdure el periodo de suspensión de la fe pública generable por la inscripción del transmitente ⁵⁰⁰.

3. Que aun transcurrido el plazo de los dos años de suspensión, si durante él el inmatriculante no dispuso en favor de tercero, el *verus dominus* podrá todavía reivindicar de él la finca inmatriculada, ya que tal inmatriculante, al no haber adquirido de quien en el Registro aparece inscrito como dueño, nunca podrá gozar el efecto protector de la fe pública registral ⁵⁰¹.

No podemos dar por cerrado este punto sin hacer una breve alusión al problema de compatibilidad que en nuestro Derecho plantea el artículo 28 de la Ley Hipotecaria con la figura del heredero aparente, generalmente admitida en Derecho comparado ⁵⁰² y que debe igualmente ser reconocida en el nuestro al estar en él consagrado el principio general de protección de la apariencia jurídica. En nuestra doctrina, Jordano, negando tal consagración ⁵⁰³ y atendiendo al artículo 28, no admitió más posibilidad de protección de los causahabientes del heredero aparente que la que pudiera ser subsumida en los genéricos supuestos de los artículos 464 CC y 34 de la Ley Hipotecaria ⁵⁰⁴. Fuera de ellos no cabría tal protección, entre otras cosas porque, debiendo contar con lo dispuesto en el artículo 28 LH, resultaría absurdo que la adquisición inmobiliaria derivada de heredero aparente y no inscrita pudiera ser mejor tratada jurídicamente que la inscrita ⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ Cossío, *op. et loc. ant. cit.*: «En cambio, si el heredero aparente realizó una doble venta, el que primero inscribió se beneficia de la fe pública –dice– frente al otro comprador que no ha inscrito su derecho, jugando en tal supuesto el principio de fe pública –vuelve a decir– desde el primer momento, sin limitación de ninguna clase».

⁵⁰¹ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 819: «Respecto del *inmatriculante* la fe pública registral no actúa nunca en su provecho por faltarle uno de los requisitos indispensables para esta protección, consistente en haber adquirido el derecho “de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo” según establece el artículo 34 de la ley».

⁵⁰² Vid. JORDANO, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, originariamente en *ADC*, III (1950), pp. 668-717; posteriormente en la recopilación de su obra: *Estudios Jurídicos*, II, Sevilla, 2006, pp. 65-128. En esta edición, por la cual le citamos en adelante, y concretamente para la admisión de la figura del heredero aparente en Francia e Italia, *vid. pp.* 85-91; para su funcionamiento en Alemania a través del *Erbschein* (§ 2365 BGB), p. 127.

⁵⁰³ JORDANO, *op. cit.*, pp. 120-123. Le sigue ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 794.

⁵⁰⁴ JORDANO, *op. cit.*, p. 123: «En el ordenamiento positivo español resulta, pues, que fuera de los límites consentidos por el juego del artículo 464 y de la *fides publica* no cabe ampliar de ningún modo la validez de las enajenaciones cumplidas por el heredero aparente ni la protección de los terceros adquirentes del mismo».

⁵⁰⁵ JORDANO, *op. cit.*, p. 118: «Finalmente, siguiendo la tesis contraria, se llegaría a una consecuencia absurda: como se recordará, el problema del heredero aparente está enfocado desde el punto de vista hipotecario por el artículo 28 LH, que impone una limitación temporal al juego de la fe pública registral: aplicar analógicamente, de modo puro y simple, el artículo 197 a todo heredero aparente equivaldría a hacer de mejor condición al adquirente que no inscribe que al que inscribe, puesto que a éste le afectaría la limitación del artículo 28».

Nosotros consideramos posible otra forma de solución a este problema. Vaya por delante para sostenerla que el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, en todo caso, no se opondría de forma absoluta a la admisión de la figura del heredero aparente; simplemente se limita a suspender o retrasar su juego en las adquisiciones inmobiliarias cuando en ellas interviene el Registro de la Propiedad. Si con posterioridad al transcurso de los dos años, el heredero de mejor derecho todavía no ha dado señales de vida y el aparente (heredero inscrito) dispone, su causahabiente será legalmente mantenido en su adquisición. ¿En concurrencia con el 34? De acuerdo, pero adquiriendo de quien después podrá comprobarse que sólo en apariencia es heredero. En todo caso, parece necesario admitir que la consagración del principio de protección de la apariencia jurídica envuelve en la generalidad de su hipótesis la de la apariencia hereditaria (cfr. art. 197 CC). Lo que respecto de este criterio general significa la específica cautela del artículo 28 es lo que ya advertimos al comenzar el estudio del principio de fe pública registral y su relación con el principio general de protección de la apariencia⁵⁰⁶: que cuando el vehículo generador de la apariencia se configura técnicamente a través de un instrumento artificial cuyo funcionamiento se hace objeto de una regulación detallada y minuciosa, es posible que, en atención sobre todo al mecanismo del instrumento configurador, se introduzcan matices o desviaciones parciales respecto al régimen general y abstracto de la protección de la apariencia que, sin desdecirlo o negarlo, lo particularizan en algún aspecto concreto en tal caso⁵⁰⁷. Puede, efectivamente, parecer absurdo que el adquirente del heredero aparente que no inscribe su adquisición inmobiliaria sea de mejor condición que el que la inscribe dentro del plazo de suspensión de la fe pública; pero lo cierto es que el artículo 197 CC, sin exigir la inscripción ni distinguir entre muebles e inmuebles, deja a salvo al tercero que onerosamente adquiere del heredero –forzosamente aparente⁵⁰⁸– del declarado fallecido respecto a la reclamación de éste una vez reaparecido y tendente a la recuperación de su patrimonio. En tal sentido

⁵⁰⁶ Vid. «El principio de fe pública registral (I)», *ADC*, 2006, cit., pp. 534-545.

⁵⁰⁷ «En general –dice ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 825, refiriéndose a los supuestos de suspensión de la fe pública registral–, todos los casos expuestos constituyen excepciones al alcance natural del principio de fe pública registral, representando verdaderas *desviaciones* establecidas por nuestra legislación a tal principio. Esto atribuye cierto eclecticismo a nuestro sistema [...]».

⁵⁰⁸ Se ve obligado forzosamente a negarlo JORDANO, *op. cit.*, pp. 116-118: «Los sucesores del declarado fallecido son unos verdaderos herederos, con los mismos derechos y obligaciones que todos los herederos» (p. 116): «Los terceros que contratan con él a título oneroso adquieren en firme, como si negociaran con un heredero verdadero, aunque tengan conocimiento de la existencia del ausente [...]. No se puede exigir la buena fe a quienes traen causa de un titular con dominio pleno y poder de disposición expreso».

parece claro que la protección del tercero que confía en la apariencia hereditaria de su transmitente, más que limitarse al supuesto de su subsunción o concurrencia en el arquetipo de la fe pública, se ve forzado a padecer la suspensión temporal que en su concreción registral le impone excepcionalmente el artículo 28 de la Ley Hipotecaria.

b) *La doble inmatriculación*

La doble inmatriculación constituye una patología registral, no exclusiva de nuestro Derecho⁵⁰⁹ pero sí más frecuente en él por razón de las causas que la provocan. Son éstas, como se sabe, de una parte, el defectuoso sistema de identificación de las fincas inmatriculables, propiciado especialmente en nuestro sistema por la tradicional descoordinación entre Catastro y Registro⁵¹⁰; y de otra, la facilitación de los procedimientos inmatriculadores, más acentuada también entre nosotros como medio para incentivar la inmatriculación en un sistema donde la inscripción no es constitutiva. La conjunción de estos datos permite que con indeseable pero relativa frecuencia en nuestra práctica hipotecaria se dé el caso –escandaloso, según lo califica Bercovitz⁵¹¹– de que «una misma finca, o parte de ella, se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad en dos –o más– folios a nombre de personas distintas»⁵¹².

Así entendida, la doble inmatriculación plantea evidentemente un claro supuesto de discordancia entre el Registro y la realidad. No es posible la compatibilidad de los dos historiales distintos ni la simultaneidad de las dos titularidades diferentes que sobre la misma finca cada uno de los folios abiertos y dedicados a ella publican. Se entiende así que el artículo 313, 3.ª del Reglamento Hipotecario faculta al titular de cualquier derecho real sobre la finca doblemente inmatriculada a acudir al Juez de Primera Instancia del lugar donde la misma finca radique para que dicte auto ordenando que se extienda nota expresiva de la doble inmatriculación, ordenando, además, que en el auto se reserven a los interesados las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

⁵⁰⁹ Sobre ella, e. c., en el Derecho alemán, *vid.* HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München, 1990, pp. 433-435; en la suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 621.

⁵¹⁰ Recientemente sobre esta problemática, VÁZQUEZ ASENJO, Óscar Germán, «Nuevo marco de colaboración entre el Catastro y el Registro de la Propiedad», *Bol. Colegio de Registradores*, núm. 134, pp. 1027-1039.

⁵¹¹ *Op. et loc. ant. cit.*

⁵¹² Así expresa el concepto de la doble inmatriculación CLEMENTE MEORO, Mario, *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia, 1997, p. 15.

Dos datos se desprenden inmediatamente de esta norma: Primero, que una vez detectada la anomalía de la doble inmatriculación, sobre los folios abiertos simultáneamente a la finca se cierne la sospecha de su irregularidad; la nota extendida en ellos pone sobre aviso a eventuales terceros y les impide apoyar en los mismos discreta y razonablemente su confianza. E implícitamente, en segundo lugar, que la constatación de la doble y contradictoria publicidad provocada por la doble inmatriculación suscita una incertidumbre acerca de la situación jurídica de la finca por ella concernida de la que, en defecto de acuerdo entre los interesados (art. 313, 2.^a RH), sólo es posible salir recurriendo al juicio declarativo correspondiente.

En este segundo dato se concentra el efecto o resultado de la doble inmatriculación: la publicidad contradictoria resultante del Registro no puede servir al conocimiento ni a la determinación de la situación jurídica así disparmente publicada; los diferentes folios se neutralizan el uno al otro, y la averiguación de la realidad habrá de emprenderse acudiendo a las normas del Derecho Civil. Así viene a indicarse el efecto de la doble inmatriculación tanto en nuestra doctrina⁵¹³ como en la extranjera⁵¹⁴.

La regla, como se ve, es meramente negativa, y por sí sola bien poco resuelve; pero es también, con seguridad, la única que puede expresar el efecto necesario inmediatamente derivado de la doble inmatriculación: la neutralización de la publicidad y el bloqueo de sus normales efectos, entre ellos, por lo que aquí interesa, el efecto protector de la fe pública registral, excepcionado en este caso. Todo lo que pase de ahí no será ya efecto de la doble inmatriculación sino resultado —ésta supuesta— de las normas sustantivas de oportuna aplicación para la solución del caso en función del mismo; esto es: para fijar los criterios conforme a los cuales, sin poder contar ya con el Registro como dato decisivo, podrá llegar a determinarse cuál es la verdadera situación jurídica de la finca y cuál —entre los de los contra-

⁵¹³ Cfr. por todos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, I, p. 790, en el párrafo, prácticamente el único, que dedica a la doble inmatriculación en tanto que excepción a la fe pública registral: «En rigor es un caso de excepción evidente en la aplicación de la fe pública registral la existencia de alguna doble, o múltiple, inmatriculación registral de finca, cuando el valor o fuerza de ambas hojas o registros particulares se neutralizan, pues en este caso la jurisprudencia tiene declarado que hay que prescindir del ordenamiento inmobiliario registral y resolver el conflicto suscitado mediante aplicar normas del Derecho civil puro, quedando, en consecuencia, apartado en su actuación el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria». Para la comprobación de esa jurisprudencia, *vid.* CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 33-34, notas 29 y 30; de entre la posterior a su obra, pueden verse, e. c., las sentencias de 30 de mayo de 2001 y 11 de octubre de 2002.

⁵¹⁴ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 621: «Quand un immeuble est, par inadvertence, immatriculé sur deux feuillets et que les inscriptions y figurant ne concordent pas, il ne peut y avoir protection de la foi publique: les fictions d'exactitude attachées aux deux feuillets s'annulent réciproquement; [...] c'est comme s'il n'y avait pas d'inscription régulière en la forme».

puestos titulares registrales— el mejor derecho sobre ella⁵¹⁵. De todas formas, sobre la regla general antes indicada, y sobre su formulación, cabe hacer algunas precisiones.

La primera: que el envío en general al Derecho Civil como necesaria instancia decisoria no debe entenderse rígidamente o como expresiva de la absoluta exclusión de toda norma o principio hipotecario: Justamente, porque el Derecho Hipotecario sustantivo es tan Derecho Civil como en contenido en el Código Civil⁵¹⁶.

La segunda: que aunque realmente vendría a constituir un caso de doble inmatriculación, no debe tratarse como tal el supuesto en que el primero o anterior comprador de un mismo vendedor lograra irregularmente inmatricular la finca pretendidamente adquirida cuando ésta ya figuraba inscrita o cuando fue anteriormente inmatriculada por otro comprador posterior a él pero que se le adelantó en la inmatriculación. Esta inscripción del primer comprador no puede desvirtuar por sí sola la preferencia que la ley concede al causahabiente de un mismo vendedor que es primero en la inscripción. Mantener lo contrario sería tanto como negar frontalmente la ventaja que la ley atribuye a la prioridad en la inscripción, tanto cuando ésta actúa al interior del principio de fe pública registral⁵¹⁷ como cuando lo hace fuera de él y en sintonía con el principio de inoponibilidad (art. 1473, II CC)⁵¹⁸. Supone lo dicho que la primera inscripción por sí sola de la misma finca en folio distinto, aunque materialmente suponga doble inmatriculación, no puede ser tratada como tal. La recíproca neutralización de los folios contradictorios debe suponer que en uno y otro se contiene un historial distinto de la misma finca constituido por el encadenamiento de una serie de transmisiones que hace imposible *prima facie* la determinación de su verdadero y único titular.

Más difícil resulta —nos parece— la admisión del criterio, doctrinalmente discutido pero aplicado con reiteración por la jurisprudencia, según el cual el problema de la doble inmatriculación puede ser resuelto sin necesidad de acudir a las llamadas normas civiles cuando de entre los titulares resultantes de uno y otro folio sólo en uno se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la pro-

⁵¹⁵ *Vid.*, para ello la ya varias veces citada monografía de CLEMENTE MEORO, *Doble inmatriculación...* dedicada a la tarea indicada en el texto.

⁵¹⁶ Cfr. RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., p. 101; CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 190-193. Nosotros mismos nos ocupamos de este punto en el epílogo a nuestro anterior estudio «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-registrales», *ADC*, 1995, pp. 685-694.

⁵¹⁷ Cfr. CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 208: «De otra manera, bastaría con conseguir —de cualquier manera— la doble inmatriculación de la finca para eliminar el juego del principio de fe pública registral, con claro perjuicio de la seguridad jurídica y, en definitiva, del sistema de publicidad registral».

⁵¹⁸ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 207: «Según constante jurisprudencia, la inaplicabilidad del artículo 34 LH. no excluye la invocación del 1473 CC cuando proceda su aplicación».

tección registral del adquirente *a non domino*⁵¹⁹. Sostener tal criterio implicaría entender que, contra el punto de partida universalmente admitido, la fe pública registral, más que resultar excepcionada por la doble inmatriculación, sería justamente norma o regla directamente aplicable a su solución. De otra parte, ante la colisión de dos derechos igualmente inscritos pero provenientes de historiales incompatibles, no se ve por qué razón habrá de ser preferido el del titular que reúne los requisitos necesarios para la adquisición registral *a non domino* frente al de quien pudo adquirir *a vero domino* sin necesidad de la especial intervención protectora de la publicidad registral. Parece más razonable entender que la duda que la doble inmatriculación suscita debe ser resuelta –si los criterios civiles extrahipotecarios no permiten la posibilidad de evitarlo⁵²⁰– comparando el historial contenido y reflejado por los distintos folios elevándose al origen de cada uno de ellos⁵²¹. Lo que este discutible criterio hace es lo contrario: prescindiendo del dato de origen que permitiría descubrir cuál es la cadena que puede sustentar el mejor derecho sobre la finca, trata de hacerlo comparando, autónomamente considerados, los últimos eslabones de cada una de ellas.

No creemos necesario extendernos más en este punto. Cuanto en él pudiera añadirse pertenecería, como antes dijimos, no al objeto inmediato y propio de la doble inmatriculación sino al de los caminos para salir del embrollo que la misma suscita. Y ello no depende ya del supuesto patológico abstracto de la doble inmatriculación sino de las concretas circunstancias en que ésta se produjo y de los hechos determinantes de la situación real y del historial legítimo de la finca doblemente inmatriculada.

c) *Las hipotecas tácitas*

La más flagrante excepción a la fe pública registral, por cuanto en ellas la ley se pronuncia en frontal oposición al espíritu y princi-

⁵¹⁹ Lo acepta, con la jurisprudencia –que cita extensamente (nota 199) y a la que posteriormente se podrían añadir, e. c., las sentencias de 1-3-1997 y 9-3-2003–, CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 206-209; lo considera discutible GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 465-469 («creemos que esta cuestión [...] está todavía por estudiar a fondo» dice, concretamente en la p. 467); lo niegan LACRUZ-SANCHO, p. 206: «Ningún adquirente según uno de los folios puede oponer contra los inscritos en otro su condición de tercero protegido por la fe pública registral [...]. En efecto, cuando el artículo 40 y concordantes amparan al tercero que adquiere de quien en el Registro aparece con facultades para transferir, se entiende que no llega su protección hasta el punto de despojar a quien también aparece en el Registro con facultades para transferir [...]».

⁵²⁰ Sería el caso de la usucapión. Sobre su juego en la jerarquización de los criterios de solución aplicable al problema de la doble inmatriculación, *vid.* CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 198 ss., esp., p. 206.

⁵²¹ Es el que ROCA SASTRE, *op. cit.* (III), pp. 254-260 considera *segundo criterio* jurisprudencia, sólo aplicable tras el *primer criterio*: que ha de *prevalecer la hoja registral* cuyo derecho dominical inscrito sea de *mejor condición según el Derecho civil puro*, y, por tanto, abstracción hecha de las normas inmobiliarias registrales.

pio que más señaladamente la domina, es la constituida por los últimos y residuales vestigios de las hipotecas tácitas en nuestro Derecho. Todo el empeño de la moderna legislación hipotecaria se dirigió a la supresión de este tipo de hipotecas mediante la transformación de las antiguas hipotecas legales, haciendo que éstas, a partir de entonces, lejos de ser obra inmediatamente nacida de la ley, pasaran a ser hipotecas de constitución forzosa pero –al igual que la de las voluntarias– necesariamente expresa, formal y necesitada de inscripción para poder perjudicar a terceros (arts. 146, de una parte; y 158, 159, 161, de otra; de la LH de 1861)⁵²². Pues bien, contra este tan central y básico criterio van a admitirse en nuestro Derecho las hipotecas tácitas que en favor del Estado y de los aseguradores establecieron en la originaria Ley Hipotecaria, respectivamente, los artículos 218, I y 220⁵²³, y que en la vigente siguen manteniendo los artículos 194 y 196. De «verdadera excepción» califica Roca Sastre estas hipotecas no formalizadas, ya que sin tal formalización e inscripción afectan y perjudican a terceros⁵²⁴. A

⁵²² Cfr. EM 1861, p. 293: «Adoptado por la Comisión el sistema que queda expuesto, la frase *hipoteca legal* no tendrá ya la acepción antigua, sino que significará el derecho o la obligación de pedir y obtener una hipoteca especial sobre bienes raíces o derechos reales que sean hipotecables y de que pueda disponer el hipotecante».

⁵²³ Artículo 218: «El Estado tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, para el cobro de una anualidad de los impuestos que gravan a los inmuebles [...]»; artículo 220: «Mientras no se devenguen los premios de los dos años, o los dos últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos». La EM (pp. 306 y 307) las justifica del siguiente modo: «La hipoteca de los bienes de los contribuyentes para el pago de las contribuciones se ha limitado a un año, porque no es de presumir que dentro de él deje la Administración de hacer que se satisfaga lo que en este concepto se adeude. El que compra una finca debe suponer que está al corriente en el pago de contribuciones, porque nadie ignora las vías de apremio que tan ejecutivas son contra los morosos. Si los agentes de recaudación han sido omisos, esta falta no debe recaer sobre un tercero, que no puede menos que considerarlos como diligentes. Así sabe el adquirente hasta dónde puede llegar la responsabilidad de una finca, y tendrá buen cuidado, si la adquisición es por título oneroso, de que la acredite el enajenante que no tiene descubiertos, o sabrá por lo menos de un modo fijo los que tenga»; «El premio del seguro es deuda que debe afectar con hipoteca a la finca asegurada: no hay ley que terminantemente lo ordene, pero no puede dudarse de su justicia [...]. Por esto el Proyecto, siguiendo el ejemplo de otras naciones, y atendiendo más a lo que debe ser que a lo que derecho existe [*sic*], comprende entre las hipotecas legales la de los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años, y cuando el seguro es mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho. Los premios devengados anteriormente no deben exigirse en perjuicio de tercero: la ley presume que estaban satisfechos. Si no lo están, es por culpa de los aseguradores, los cuales pueden perpetuar su derecho exigiendo y obteniendo una hipoteca especial por las cantidades que se adeuden, cualquiera que sea la fecha en que debieron satisfacerse, pero sin que esto perjudique al tercer adquirente, que obtuvo el dominio de la finca u otro derecho real sobre ella antes de que la inscripción llegara a efectuarse».

⁵²⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, I, p. 787: «... lo cual supone una verdadera excepción a la fe pública registral»; ID, IV, pp. 904-905: «[...] en las hipotecas legales tácitas por contribuciones y seguros, existe verdaderamente un derecho real de hipoteca de creación y constitución legal, en garantía de unos créditos a los que la ley atribuye la cualidad, condición o propiedad de privilegiados, con lo cual queda confirmado lo dicho al principio, esto es, que el privilegio y la hipoteca legal tácita, no son dos figuras opuestas, pues ésta es un derecho real, aunque de constitución no formalizada, y el privilegio es una simple cualidad del crédito garantido».

partir del pronunciamiento legal la doctrina no podrá negar que en una y otra hipótesis se produce, en igual forma, la excepción a la fe pública registral que, por su parte, confirman en el Código Civil los artículos 1923, 1.º y 2.º, y 1927, 1.º

Tan contrarias al moderno Derecho de la publicidad son estas excepciones que cuando posteriormente el legislador ha pretendido ampliar su número (art. 9.5 LPH de 1960; 9.1 tras su reforma en 1999), a pesar de la inequívoca univocidad de los términos empleados para hacerlo⁵²⁵, la doctrina, tanto la de los autores como la de la Dirección General de los Registros, se ha manifestado polémica en su interpretación y reacia a su admisión: la afección del piso al pago de las cuotas por gastos comunes correspondientes a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior, vienen a constituir –se dice– una afección real que ha de acceder a la publicidad registral a través de la anotación de embargo o de demanda para poder gozar de la eficacia plena del sistema⁵²⁶. No parece ser ese, según la expresión de la Ley, el régimen impuesto al funcionamiento y efectividad de esta nueva carga asimilada legalmente en todo a las clásicas y excepcionales hipotecas tácitas que establecen los artículos 194 y 196 de la Ley Hipotecaria⁵²⁷.

⁵²⁵ Artículo 9, 5.º de la Ley de 1960: «[...] Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes». En la reforma de 1999, ya en la Exposición de Motivos: «Otra de las grandes demandas de la sociedad es lograr que las comunidades de propietarios puedan legítimamente cobrar lo que les adeudan los copropietarios integrantes de las mismas. Lo que se viene denominando “lucha contra la morosidad” se pretende combatir con esta reforma a través de una pluralidad de medidas dirigidas a tal fin: [...] afección real del inmueble transmitido al pago de los gastos generales correspondientes a la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año inmediatamente anterior [...]»; y en el texto de la Ley, artículo 9.1.e):

«[...] Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 CC y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores.

El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación.

[...].»

⁵²⁶ Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.* (II), p. 564, negando a esta figura su carácter de hipoteca tácita y tratándola como un supuesto de excepción al funcionamiento del principio de prioridad.

⁵²⁷ Nos remitimos en este punto al estudio de REALES ESPINA, J. I., «La garantía del crédito por los gastos comunitarios del artículo 9.1.e) de la LPH: ¿un supuesto de hipoteca tácita?», *AC* núm. 29 (2002) pp. 979-995.

d) *¿La retroacción de la quiebra, antes; y la acción rescisoria del artículo 71.1 de la Ley Concursal, hoy?*

Al habernos ocupado ya de esta materia con cierta extensión y detalle⁵²⁸, podemos someter ahora su tratamiento a la mayor brevedad posible limitándolo a sus puntos esenciales. Por lo que hace al régimen hoy derogado de la quiebra, la doctrina detectó en su retroacción un supuesto de excepción al principio de fe pública «no previsto por la doctrina ni –al parecer– por la Ley»⁵²⁹, o, más escéptica y críticamente, una «pretendida excepción»⁵³⁰ a dicho principio. Efectivamente, fue la jurisprudencia la que en una interpretación tan rigorista y forzada como inconsistente del artículo 878, II del CCO, vino a consagrarla en la famosa sentencia de 17 de marzo de 1958: los actos del deudor alcanzados por el periodo de retroacción de la quiebra se verán afectados por la más inusitada y enérgica nulidad conocida en el ordenamiento; una nulidad radical *ipsae legis potestate et auctoritate*, indefinidamente propagable a todo eventual subadquirente, no obstante lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, como medida necesaria para evitar el injusto demoramiento de la masa de la quiebra en el *proximum tempus decoctionis*⁵³¹. Aquí estaría, obviamente, la

⁵²⁸ Lo hicimos, primero, en nuestro estudio «*Par conditio creditorum* y protección del tráfico. (Un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal)», AC, núm. 17, 2003, pp. 413-432, y después en «Protección del tráfico inmobiliario y *par conditio creditorum* (De la desmesurada retroacción de la Quiebra a la malograda normalización registral del Concurso)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, 2005, t. IV, pp. 4083-4124. A ellos nos remitimos para la ampliación y desarrollo de lo que a continuación sigue en el texto.

⁵²⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 199.

⁵³⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 610.

⁵³¹ Entresacamos algunos de sus párrafos más significativos:

«[...] el artículo 878 del CCO [...] determina de manera inequívoca la nulidad de todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado en período comprendido dentro de la fecha de retroacción declarada y firme de la quiebra [...], nulidad *ipse (sic) legis potestate et auctoritate*, a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y de la buena o mala fe en la adquisición, inoperante en los casos a que se refiere aquel precepto [...].»

«[...] ni tampoco se produce conflicto de leyes, porque el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria regulan materias especiales que se armonizan y completan, que no se derogan [...] por cuanto en aquél se contemplan casos especiales que han de prevalecer en interés de la quiebra para evitar el injusto desmoronamiento de la masa de la misma en el *proximum tempus decoctionis*, no previsto específicamente en el Derecho inmobiliario como lo está en la legislación mercantil.»

«[...] la nulidad radical admitida por la sentencia recurrida no puede ser subsanada por la inscripción, arrastra en aras del patrimonio del quebrado, intengible para éste a partir de la fecha de la retroacción de la quiebra, la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos a los que derivan causa del quebrado por actos de disposición o administración de sus bienes [...].»

«[...] no puede ser amparado el derecho del recurrente [*subadquirente*] por pretender algo que no puede tener efectividad por la ausencia de poder para transmitir en su causante y la cancelación de su inscripción, que rompe civil e hipotecariamente el tracto sucesivo por pérdida del dominio y cancelación de la inscripción del transmitente [...].»

pretendida excepción a la fe pública registral. Tan extremosa y perturbadora en sus resultados, y tan frágil en su fundamento, que nunca pudo sustraerse a la crítica doctrinal ni asentarse pacífica y definitivamente en la misma jurisprudencia⁵³². La más autorizada doctrina la rebajó en su punto más débil: pase que el acto del deudor afectado por la retroacción sea un acto nulo; pero a él sólo se refería el artículo 878 del Código de Comercio: los actos dispositivos de su causahabiente quedan fuera del mismo y entran, en cambio, de lleno en el tenor del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El adquirente directo del quebrado –se dirá⁵³³– adquiere en virtud de acto nulo cuya nulidad no puede sanar la Ley Hipotecaria, pero en el subadquirente se cumplen los requisitos necesarios para que en su favor actúe el principio de fe pública registral. Siendo ello así, la retroacción de la quiebra no vendría a suponer la excepción a tal principio que tan extremosa y temerariamente pretendió la sentencia de 17 de marzo de 1958 y que posteriormente han venido a negar tanto la jurisprudencia que en sus últimos coletazos viene aplicando el ya derogado artículo 878 del Código de Comercio⁵³⁴ como los preceptos que en la vigente Ley Concursal se ocupan de la reintegración de la masa (arts. 72.2 y 73.2). El interrogante que encabeza el tratamiento de esta discutida excepción debe, pues, cerrarse negativamente: en la actual jurisprudencia la retroacción de la quiebra no excepciona el funcionamiento del principio de fe pública, y tampoco lo hace en la vigente Ley Concursal el régimen de las acciones de reintegración de la masa activa del concurso.

Pero, admitida esta respuesta, y aunque tenga que ser excediendo el delimitado campo en que aquí nos movemos, debemos proseguir por un momento en la indagación sobre la relación entre la solución al problema de la reintegración de la masa de la quiebra o del concurso y la seguridad del tráfico que la Ley Hipotecaria se propuso lograr. ¿Podemos considerar que la protección de los subadquirentes a través del principio de fe pública proporciona a la seguridad del tráfico la *completa* satisfacción que la Ley Hipotecaria pretendió darle? La respuesta, lamentablemente, tiene que ser negativa. La Exposición de Motivos de 1861 dejó claramente afirmado y argumentado que la única amenaza a la seguridad del adquirente no es el defecto de titu-

⁵³² Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 2489 ss.

⁵³³ Así, señaladamente, entre los hipotecaristas, ROCA SASTRE, «Imperfecciones hipotecarias», *Información Jurídica*, julio-agosto 1951, p. 748, y, entre los mercantilistas, OLIVENCIA, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963, pp. 107-109.

⁵³⁴ *Vid.*, entre ellas, la de 13 de diciembre de 2005, y las de 14 de febrero y 19 de junio de 2006.

laridad del transmitente sino también su incapacidad o la limitación de sus facultades dispositivas. Si contra ellas no se protege al adquirente la obra aseguradora de la Ley sería incompleta⁵³⁵. Para cerrar esa indeseada y evitable fuga a la seguridad del tráfico van a admitirse a inscripción y anotación preventiva las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar o se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes así como las demandas por las que tales resoluciones se insten (arts. 2.5 y 42.4 LH). Aquí entra indudablemente la declaración de quiebra o concurso (art. 142 RH)⁵³⁶, y respecto a este expediente protector hay que dejar en claro, de una parte, que su beneficiario no es el «tercero» o subadquirente del artículo 34; y de otra, que su mecanismo protector no es el principio de fe pública registral sino el de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito tal como palmariamente se desprendía del tenor del originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria y aún hoy –a pesar de su retoque redaccional cuando a última hora se le repesca en la reforma de 1944-46– debe desprenderse de la recta exégesis del artículo 32 de la misma⁵³⁷. Precisamente porque su mecanismo protector es éste, y no el principio de

⁵³⁵ Cfr. E. M., p. 243: «Después de expresar en los términos que ha creído más a propósito los títulos, actos y contratos que deben sujetarse a la inscripción por ser traslativos de dominio o constitutivos de un derecho real, ha añadido la Comisión algunos otros documentos cuya inscripción ha considerado no menos necesaria. A esta clase corresponden ante todo las ejecutorias de los tribunales en que se declara la incapacidad legal para administrar, o la presunción de muerte de personas ausentes, o se impone la pena de interdicción o cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil en cuanto a la libre disposición de los bienes. Esta prescripción es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada en el Proyecto de Código Civil; pero su simple enunciación la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido».

⁵³⁶ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 295-296: «Aquí añadiremos que debe tenerse presente lo que acerca de este punto agrega el Reglamento en su artículo 4.º, que ya dejamos transcrito. Según él, las sentencias ejecutorias que deben inscribirse no son sólo las que expresamente declaran la incapacidad para administrar o modifican con igual expresión la capacidad civil en cuanto a la libre disposición de los bienes, sino todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante. Así sucede con las ejecutorias en que se admite la cesión de bienes que hace el deudor que no puede satisfacer a los acreedores; así con las que declaran a alguno en quiebra y con las que ordenan un secuestro [...]»; HERNÁNDEZ ARIZA, *Ley Hipotecaria comentada*, Madrid, 1861, I, p. 507, «También entendemos comprendidos en el mismo § 4 los fallos ejecutorios que impiden al propietario o al administrador hábil para contratar en uso de cualesquiera de sus facultades, como son aquellas en que se ordena la separación de bienes del matrimonio, o se confiere su administración a la mujer, o se declara una quiebra, y otros análogos».

⁵³⁷ Nos remitimos para el desarrollo de lo dicho y de lo que inmediatamente sigue a nuestros anteriores estudios: «El principio de inoponibilidad...», *cit.*, pp. 493-500, y «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», *ADC*, 1998, pp. esp. 544-595.

fe pública, puede sortear la protección del adquirente inmediato del incapaz –en nuestro caso, del quebrado o concursado– el obstáculo que, de no ser así, contra ella alzaría el artículo 33. Efectivamente, tal inmediato adquirente, aunque *parte* en el acto «nulo», es ajeno (tercero) respecto a la quiebra o al concurso y a las relaciones existentes entre el deudor común y sus acreedores; y, en todo caso, resulta evidentemente absurdo y frontalmente contrario a la comprobada finalidad protectora de la Ley, que tal protección pueda estrellarse contra el granítico muro del artículo 33: ¡Si todo el juego del principio de inoponibilidad se cifra aquí en el blindaje del adquirente inmediato contra la «nulidad» derivada de la incapacidad o limitación dispositiva de su transmitente! Pero sabido es en qué ha quedado, de hecho, este peculiar mecanismo protector en la práctica de nuestro Derecho. Don Jerónimo González, reconociendo la verdad de su asentamiento en la Ley⁵³⁸, pero sin comprenderlo, lo sometió algo altaneramente a crítica tan acalorada como inconsistente, que arropada posteriormente en el extendido e influyente monismo hipotecario, ha terminado por llevarlo a su inutilización más absoluta. A costa, naturalmente, de esa seguridad del tráfico que la Ley Hipotecaria se había propuesto lograr completamente. El hecho ha sido que frente a la quiebra no anotada ni inscrita, el adquirente inmediato del deudor no ha llegado a gozar el efecto protector de la inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, porque al ser nulo su acto adquisitivo –se dice⁵³⁹– el artículo 33 le impide lucrar la protección registral. En la vigente Ley Concursal esta desprotección registral de quien ha sido parte en el contrato impugnado aparece expresamente formulada en su artículo 72.2. Es por aquí por donde padece la seguridad del tráfico si ésta consiste, como con razón indicaba Ehrenberg, en que nadie se debe ver sorprendido por una nulidad que razonablemente no pudo prever⁵⁴⁰. El problema, como se sabe, se planteaba agudamente en el régimen anterior a causa de la retroacción de la quiebra, y

⁵³⁸ «Aplicando, por lo tanto, con todo rigor el primer párrafo del artículo 23 –reconoce en *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, p. 347–, tanto las incapacidades como las prohibiciones, no pueden perjudicar a tercero cuando no se hallen inscritas o anotadas».

⁵³⁹ De nuevo, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 349: «Frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, se estrallarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada». La confusión a que se refiere es la que se produce en la Ley: «La Comisión redactora –había dicho poco antes (p. 347)–, siguiendo las huellas de algunas legislaciones hipotecarias, se orientó en un equivocado sentido: “Si la ley no atendiera, dice la Exposición de Motivos, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el objeto apetecido”».

⁵⁴⁰ EHRENBURG, «Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister», *Iherings Jahrb.*, 1904, p. 282. «Die Verkehrssicherheit besteht darin, daß eine beabsichtigte günstige Veränderung des gegenwärtigen Bestandes an vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person nicht vereitelt wird durch Umstände, die ihr unbekannt sind».

subsiste hoy en esa, a nuestro juicio, su camuflada prolongación en la particularísima acción rescisoria de los actos celebrados por el concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso que ha venido a consagrar el artículo 71.1 de la Ley Concursal. Extraña rescisión basada en un perjuicio que no tiene por qué consistir en la provocación por el deudor de su propia insolvencia y que tampoco requiere intención fraudulenta por parte de nadie⁵⁴¹. Por más especiales que sean las acciones rescisorias propias del concurso, cuesta trabajo integrar la que aquí se dibuja en la genérica esencia de la rescisión por fraude de acreedores⁵⁴² y en el molde de su regulación registral⁵⁴³.

⁵⁴¹ Cfr. LEÓN, FRANCISCO J., en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, p. 1304: «[...] para facilitar el ejercicio de estas acciones rescisorias especiales se prescinde del elemento subjetivo o intención fraudulenta (art. 71.1) y no se exige que se aprecie la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto objeto de impugnación, aun a costa de la inevitable inseguridad en el tráfico».

⁵⁴² Por todos, criticando ciertas explicaciones excesivamente sencillas pero no aceptables de la acción pauliana, CASTRO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 CC», *RDP*, 1932, p. 201, «[...] se crea un deber de soportar una ejecución sin que se nos explique el porqué. ¿Qué títulos tiene el acreedor para pedir una ejecución en el patrimonio de un tercero? En nuestro Derecho no puede pensarse en ejecución sino en el caso de la acción real o de incumplimiento de un deber de prestar [...]. El escollo de estas teorías es el no haberse preocupado de la existencia de un negocio jurídico válido, en el que se basa la legítima adquisición del tercero; mientras esta posición jurídica no sea impugnada eficazmente, habrá un obstáculo insuperable para el actor».

⁵⁴³ Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, «La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., pp. 4134-4135: «Suscita dificultades el encaje del artículo 37.4.º de la Ley Hipotecaria con la regulación de los efectos de la rescisoria concursal, pues aquel precepto protege a terceros adquirentes a título oneroso cuando no hubiesen sido cómplices en el fraude, y esta circunstancia ha quedado sustituida en la LC por el simple perjuicio a la masa concursal. No requiere un especial ánimo defraudatorio del adquirente».

La eficacia de los derechos patrimoniales

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN

La clásica y útil división de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos de crédito, siempre debatida, está sufriendo una trascendental relativización tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas. Desde variados argumentos, algunos autores y sentencias propugnan cierta permeabilidad o indefinición en los límites que han identificado tradicionalmente la diferente eficacia entre los derechos reales y los de crédito. En especial, se defiende que el criterio decisivo para determinar dicha eficacia viene dado por el conocimiento que el tercero alcance sobre el derecho, y no por su naturaleza. Ello representa una profunda e indebida alteración de las bases del Derecho patrimonial español, desde consideraciones equivocadas sobre la trascendencia del principio de buena fe, que denota además una incorrecta comprensión acerca del alcance de la oponibilidad e inoponibilidad registral.

PALABRAS-CLAVE

Derechos patrimoniales: eficacia. Derecho real. Derecho personal. Oponibilidad. Inoponibilidad. Relatividad de los contratos.

ABSTRACT

Some Spanish legal literature and case law are trying to rework and blur the classical and useful distinction between proprietary and personal (credit) rights. Grounded on different legal arguments, some judgments support a sort of ambiguity on the different efficacy of those rights. The keynote for the

distinction, according to this case law, would be the knowledge of the third parties on the right's efficacy and not in their own legal nature. This approach would mean a deep and wrong change in the Spanish Patrimonial Law and a misunderstanding of the effects of good faith and the meaning of the publicity granted by registration in the Land Registry.

KEY-WORDS

Patrimonial rights: efficacy. Rights in rem. Proprietary rights. Personal Rights. Opposability. Non-opposability. Relativity or privity of contract.

SUMARIO: I. *La clásica bipartición de los derechos patrimoniales: derechos reales versus derechos de crédito.*—II. *La relativización de la distinción:* 1. La lesión del crédito por tercero. 2. La oponibilidad del contrato.—III. *La eficacia de los derechos patrimoniales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo:* 1. El principio de relatividad del contrato como criterio de resolución de conflictos. 2. La mención a la eficacia refleja, mediata o indirecta de los contratos. 3. La situación jurídica de los adquirentes de bienes a título singular respecto del contrato de su *tradens*: A) El contrato de adquisición de su *tradens* como fuente de derechos para el tercero. B) El contrato de adquisición de su *tradens* como fuente de obligaciones para el tercero. 4. La relevancia del conocimiento de los derechos reales. 5. La incidencia sobre el derecho de propiedad. 6. El contraste con el tratamiento del embargo y sus consecuencias.—IV. *A modo de conclusión.*

I. LA CLÁSICA BIPARTICIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES; DERECHOS REALES VERSUS DERECHOS DE CRÉDITO

La tradicional división de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos personales es uno de los tópicos jurídicos más reiterados, lo cual induce a asumir su necesidad, pero al mismo tiempo más discutidos.

Didácticamente, toda introducción al Derecho civil patrimonial empieza por distinguir los diferentes poderes de que el Derecho inviste a las personas para satisfacer sus intereses con contenido económico. No es otro el punto de partida de la distinción, que simplemente constata cómo tales intereses pueden atenderse bien con la mediación de la conducta de otra persona, bien con la actuación directa que el titular del derecho puede legítimamente desarrollar sobre el objeto de éste. En el primer caso, el Derecho debe

articular correcta y justamente las relaciones de cooperación entre las personas; en el segundo, los instrumentos de atribución de los bienes. Esta aproximación finalista a las dos categorías de derechos demuestra que el interés por su distinción no reside en un mero empeño teórico o académico, sino que descansa sobre consideraciones objetivas y realistas ¹.

Como es sabido, dicha clasificación hunde sus raíces en el Derecho romano, donde halló expresión en la contraposición entre las *acciones in personam* e *in rem*, según existiera o no, frente a la pretensión del demandante, una previa obligación del demandado. Así, las acciones personales, dirigidas frente a la persona concreta y determinada del deudor, cuyo nombre aparecía ya en la *intentio* en el procedimiento formulario del Derecho clásico, contenían una condena a la realización de una conducta, a la que previamente el demandado se hallaba obligado. Todo lo contrario sucedía en las acciones reales, dirigidas a la defensa de la pertenencia o integridad de una cosa frente a cualquiera que, no ligado con el demandante por una previa obligación, entorpecía su disfrute.

Posteriormente, los glosadores y post-glosadores tradujeron en términos de *ius* estas posibilidades de actuación jurídica que, desarrolladas por los juristas sistemáticos del siglo XVI, son asumidas por la doctrina anterior a la Codificación y por ésta misma, que la recibe en los Códigos ².

Ahora bien, desde mediados del siglo XIX surgen teorías críticas con la visión clásica de la distinción entre tales derechos, elaborada a partir de las concepciones romanas y centrada en el objeto de los mismos y en su contenido (elemento interno). Estas doctrinas críticas parten de la inter-personalidad de toda relación jurídica para negar la inmediatez como elemento estructural del derecho real. Consecuentemente, estas nuevas tesis centran en su absolutividad o eficacia *erga omnes* la caracterización de tales derechos (así, von Thurn). Desde esta aproximación subjetivista o personalista no llega a negarse totalmente la diferenciación entre los derechos reales y los personales: sí se afirma la identidad de su estructura, pero siguen admitiéndose las diferencias en su caracterización. Efectivamente, el derecho real presenta según estas tesis un contenido negativo, consistente en excluir a su titular de la prohibición general de abstención sobre la cosa que recae sobre los demás suje-

¹ En este sentido, Díez PICAZO afirma que la clasificación encierra un problema económico y social, pero también de técnica jurídica, *vid. Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo III, 4.ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 1995, p. 68.

² Como se menciona en el texto, no hay manual de derechos reales que no principie la exposición con una referencia, más o menos extensa, al origen y desarrollo de las *acciones in rem* e *in personam*; como ejemplo y por todos, *vid. Díez PICAZO, Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., p. 60.

tos (todos los no titulares). El titular, así, actuaría sobre la cosa no en virtud de un poder jurídicamente reconocido, sino porque a él no le afecta el deber general de abstención que para esta explicación conforma el contenido del derecho real (Winscheid). Desde esta aproximación personalista al derecho real, las diferencias con el de crédito se mantienen no tanto en cuanto a su estructura sino en cuanto a su desenvolvimiento concreto. Porque en esta tesis, la relatividad del derecho personal o de crédito, cuyo sujeto pasivo es determinado, se contrapone a la absolutividad del real cuyo sujeto pasivo es indeterminado. Además, en los derechos de crédito, la pretensión del titular puede tener contenido positivo o negativo, mientras en los reales sólo negativo, hasta su violación, que se convierte en una obligación de indemnizar positiva. Y, por último, el deber en que consiste el derecho real se entiende de naturaleza pública, universal y general, características todas ellas contrapuestas al deber que recae sobre el deudor en el derecho de crédito³.

Con posterioridad surgen las llamadas tesis intermedias, a finales del siglo XIX, que asumiendo parte de las objeciones opuestas a la doctrina clásica por la obligacionista, manifiestan también la artificiosidad de algunas de sus consideraciones. Estas tesis intermedias reafirman las diferencias estructurales entre los derechos de crédito y los reales al distinguir en éstos dos elementos, interno y externo. En virtud del primero, los derechos reales procuran a su titular inmediatividad o inherencia sobre la cosa, esto es, tutelan un poder jurídico que faculta al titular para dirigirse directamente sobre la cosa y obtener la satisfacción de su interés sin la intermediación de la conducta de otra persona. La extensión del poder del titular sobre la cosa identifica el contenido del derecho y su tipología, lógicamente de manera positiva y no negativa. Si el elemento interno considera las posibilidades de actuación del titular, el externo atiende a la eficacia del derecho respecto a quienes no son su titular. Se dice así que los derechos reales tienen eficacia *erga omnes*, oponibilidad *erga omnes*, absolutividad, reipersecutoriedad, haciendo referencia con todos estos términos a la posibilidad del titular de obtener la tutela de su derecho frente a cualquiera que entre en contacto con la cosa. La oponibilidad estructural del derecho real, así, consiste en la posibilidad de exigir de cualquier sujeto el respeto al poder que otorga el derecho real, porque cualquiera puede vulnerarlo. En contraposición, el derecho de crédito tutela un poder del acreedor consistente en la posibilidad de exigir una

³ Para una exposición detenida de la doctrina obligacionista de los derechos reales, por todos, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial CEURA, 1983, pp. 23 ss. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho real o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, Cedecs, 1998, pp. 28 ss.

determinada conducta o abstención de un deudor concreto. La vinculación creada así por el derecho de crédito es relativa, por cuanto sólo al deudor incumbe la posibilidad de incumplir la prestación objeto del derecho. Así, se afirma que los derechos de crédito son inoponibles a terceros, por cuanto no cabe exigir de éstos su cumplimiento.

Esta es la tesis que puede calificarse de mayoritaria en España, ya desde principios del siglo xx. Los autores presentan en sus exposiciones diferencias de matiz, relativas a cuál de los dos elementos resulta más determinante y característico para la identificación de los derechos reales, si el interno o el externo⁴, pero prácticamente todos los manuales inician la exposición del Tratado de los derechos reales con su identificación a partir de dichos elementos y en contraposición con los derechos de crédito⁵.

Ciertamente, también ha habido voces en España contrarias a la distinción, bien por negarla directamente, bien por advertir sobre los peligros de extremar la contraposición real/personal, dada la existencia de indudables zonas oscuras. Las objeciones y reticencias frente a las dos categorías tradicionales se han pronunciado desde distintos flancos. En estas páginas vamos a centrar nuestra atención sobre dos, por su clara interrelación.

II. LA RELATIVIZACIÓN DE LA DISTINCIÓN

1. LA LESIÓN DEL CRÉDITO POR TERCERO

Algunos autores critican la división clásica de los derechos patrimoniales al observar que también los terceros pueden lesionar el derecho de crédito, lo cual contrariaría la supuesta inoponibilidad frente a tercero de tales derechos personales. Es la opinión sostenida, por ejemplo, por Vallet de Goytisolo, quien en los años 60

⁴ Así, por ejemplo SÁNCHEZ ROMÁN observa que la radical diferencia entre unos y otros derechos viene dada por la consistencia del poder del sujeto activo, *vid. Estudios de Derecho Civil*, tomo III, 2.^a ed., Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1891, pp. 8 ss.; HERNÁNDEZ GIL, por el contrario, considera que ambos datos son concluyentes y no consecuencia uno de otro, porque cubren zonas diversas, *ob. cit.*, p. 41. Últimamente, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA ha insistido en la necesidad de volver a la visión clásica del derecho real, incidiendo en la inmediatez como característica esencial de la que se deriva la absolutividad, *ob. cit.*, pp. 291 ss.

⁵ *Vid.* por todos, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, 2.^a ed., tomo III, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, 1971, pp. 6 ss.; Díez-PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 6.^a ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. 31 ss.; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derechos Reales*, vol. I, Granada, Comares, 2005, p. 19; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 1 ss.

del pasado siglo tilda la distinción de idealista, conceptualista e inútil⁶. Entre otras quiebras denunciadas, Vallet de Goytisoló advierte que el deber general de respeto de cualquier derecho, real o personal, que incumbe a toda persona, niega la supuesta relatividad del derecho de crédito, y entiende además que entre tal deber que incumbe a cualquier tercero a una obligación y el existente frente a un derecho real no existe diferencia verdadera⁷.

Ahora bien, aceptar que un tercero distinto al deudor también puede lesionar un derecho de crédito no conduce ineludiblemente a la negación de la distinción entre éste y el derecho real. De hecho, la afirmación de que el deber general de respeto (o la obligación universal negativa) coexiste junto al deber privado del deudor de cumplir la prestación ha acompañado la clasificación real/personal desde sus albores. Así lo declara la doctrina medieval tardía del Derecho común, por influencia del Derecho natural⁸, y así lo afirman los teólogos juristas españoles⁹, con fundamento en el principio *non nemi-nem laedere*. Y ya con posterioridad al Código, Sánchez Román enuncia una completa tabla de paralelismos entre los derechos reales y los de crédito advirtiendo que la acción real defensora de los primeros y la personal de los segundos se acompaña, en ambos casos, de la acción general para pedir el respeto al propio derecho, consecuencia de la obligación de todos de respetar los derechos ajenos¹⁰. Idénticas consideraciones ofrecen De Castro y Bravo¹¹, Lacruz Ber-

⁶ VALLET DE GOYTISOLO, «La distinción es tan relativa y tiene tantas quiebras que no puede extraerse de ella ninguna consecuencia suficientemente sólida para aplicarla a la realidad, como si aquella conclusión fuera de un valor absoluto»; «Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero», en *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, pp. 151 s.

⁷ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *loc. cit.*, p. 134.

⁸ Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ob. cit.*, p. 259.

⁹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *loc. cit.*, pp. 135 s.

¹⁰ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, tomo III, p. 12. Por ilustrativas, no me resisto a la cita de las siguientes palabras del autor: «todo derecho, en el propio sentido de la facultad en que le venimos usando, es correlativo de una obligación de cuyo cumplimiento se deducen las notas de su utilidad y eficacia; pero esta obligación es de dos especies: general o individual. General, en cuanto todos los asociados están en la precisión de respetar, de no oponer trabas al ejercicio del derecho de los demás: individual, porque existen relaciones jurídicas en las cuales, además de esta obligación colectiva, producto sólo del hecho social, concurre una particular y concreta que pesa sobre un sujeto determinado, a quien únicamente es imputada y referida, el cual ha de realizar ciertos actos, sin los que no se lograría la efectividad del derecho, o no se cumplirían los fines jurídicos para los que se estableció la relación. [...] La prestación colectiva es propiamente pasiva, de puro respeto, de mera abstención, genérica, indirecta y tácita: la prestación individual es afirmativa, directa, específica y expresa. Ahora bien; prescindase de la obligación general y colectiva, corolario preciso del hecho social que concurre en todas las relaciones jurídicas y es condición necesaria al goce y desarrollo de toda clase de derechos, y se apreciará perfectamente la diferencia», p. 7.

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, «Es cierto que los derechos absolutos suponen la exclusión general de todos los que no sean sus sujetos, respecto de su contenido; pero ello no es algo peculiar de esta clase de derechos, sino que es el efecto normal producido por la creación de cualquier situación jurídica: el de que todos deben respetarla. Los derechos absolutos

dejo¹² y Hernández Gil¹³. Pero no hay en esa exigencia general de respeto confusión con la reipersecutoriedad sobre la cosa propia de la acción real.

Efectivamente, el contenido y el fundamento respectivo de la acción real, de la personal y de la general de respeto a la esfera jurídica ajena se hallan totalmente diferenciados. La acción personal pretende el cumplimiento de la prestación en que consiste el crédito, y sólo puede exigirse al deudor, con fundamento en la vinculación por éste asumida en la obligación. La acción real defiende la integridad (física y jurídica) de la cosa, y como consecuencia de la reipersecutoriedad del derecho, puede ejercitarse frente a cualquiera que la comprometa. Ambas se fundamentan en el derecho subjetivo mismo, y suponen el ejercicio judicial del poder en que aquél consiste. En cambio, la acción consecuenta a la infracción del deber general de respeto no es manifestación misma del derecho real o personal, en ningún caso, sino de una obligación de indemnizar, ajena y posterior a aquél, en que ha incurrido quien por su conducta culposa ha causado un daño¹⁴. El fundamento de la acción es este daño, por ende, y se inscribe en el amplio ámbito de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Por ello, el criterio de imputación para la procedencia de la indemnización habrá

suponen, además, la concesión de un poder inmediato sobre un objeto, que queda, por ello, jurídicamente vinculado al sujeto. Es precisamente para mantener esta situación por lo que el Derecho crea la obligación general de respeto. Las leyes caracterizan, por ello, los derechos según las facultades que contienen y no por las limitaciones que imponen a la generalidad», *El negocio jurídico*, reed., Madrid, Civitas, 1991, p. 590. Y luego, en relación con los derechos de crédito: en ellos «existe, junto con el deber general de respeto al derecho subjetivo, una persona especialmente obligada», p. 591.

¹² LACRUZ BERDEJO, «Claro que el derecho real es también vinculación entre personas, como lo es todo derecho, pero de naturaleza distinta. En el derecho de crédito, además de la obligación de todos y cada uno, indeterminada y de Derecho público, de respetar la integridad del prójimo y su patrimonio, existe un deber privado del deudor, de observar determinada conducta, surgido de una concreta autorregulación de intereses: faltaría al deber público y habría de indemnizar quien perjudicase el crédito no siendo deudor (atropella y mata al pintor que debía el cuadro, o ayuda al deudor a ponerse en situación de insolvencia o eludir el pago), pero no sería él quien incumpliera la deuda, lo cual sólo es posible al deudor; y la pretensión de reparación no se actuaría invocando el derecho de crédito lesionado, sino el derecho nacido frente al culpable a consecuencia del daño sufrido por el acreedor impagado (responsabilidad aquiliana)», *Elementos de Derecho civil*, tomo III. vol. 1.º, Barcelona, Bosch, 1990, p. 15.

¹³ HERNÁNDEZ GIL, «El que el derecho de obligaciones sólo sea exigible del deudor no quiere decir que no quepa la lesión del mismo por un tercero y el ejercicio por el perjudicado de la acción consiguiente. [...] La reparación es exigible del tercero. Pero en cuanto a él no cabe actuar invocando el derecho de crédito lesionado, sino que ha de esgrimirse el nuevo derecho de crédito nacido, precisamente frente a él, por la lesión experimentada», *ob. cit.*, p. 44.

¹⁴ Frente a la clara separación existente entre la determinación del deudor en los derechos de crédito y la indeterminación del sujeto pasivo del derecho real, afirma HERNÁNDEZ GIL, «No ocurre lo mismo con las obligaciones derivadas de los actos ilícitos, en cuyo caso el deudor, dentro de la colectividad, se determina e identifica a través del acto de la transgresión; la transgresión es la que funda el derecho de crédito; falta un derecho precedente», *ob. cit.*, p. 44.

de ser, en nuestro Código, el de la culpa del artículo 1902 CC, cuando menos, si no otro más cualificado o exigente, según veremos más adelante.

Evidentemente, el deber general de respeto, o la obligación pasiva universal, no constituye el envés de un derecho: nadie incluye entre su haber el derecho a exigir el respeto a sus titularidades jurídicas, ni en su pasivo la obligación de respetar los derechos ajenos. Sólo cabe identificar el contenido y la naturaleza de los derechos a partir de los poderes que confieren a sus titulares, y la obligación pasiva universal no se encuentra en esta órbita, sino que es un presupuesto, un *prius* sobre el que se asienta el ordenamiento jurídico mismo. De ahí que asumir que también los derechos de crédito generan tal deber no conduzca necesariamente a la negación de la diferencia estructural entre aquéllos y los derechos reales. El deber general de respeto nos coloca en una órbita tan genérica como la del principio *non neminem laedere* y, por ende, en la tutela aquiliana del derecho de crédito, pero no necesariamente ante la negación de sus diferencias con el derecho real. De hecho, no todos los autores que admiten dicha tutela del crédito ante su lesión por tercero concluyen negando su diferencia estructural con el derecho real.

Por otra parte, debe advertirse que la admisión de tal tutela del crédito no puede calificarse, en nuestro Derecho, de pacífica, aunque sí de generalmente admitida¹⁵. El tema es controvertido porque su admisión exige superar obstáculos ligados a cuestiones tan básicas como la relatividad del contrato, la inoponibilidad frente a tercero de los derechos de crédito, la falta de notoriedad de estos derechos, el posible solapamiento de esta protección con la otorgada a los derechos reales (así cuando el tercero daña la cosa debida), así como disfunciones con preceptos concretos como el artículo 1186 CC¹⁶. Bien visto, estos obstáculos comparten como fondo cierta prevención contra la extensión del derecho de crédito al campo de la eficacia propia de los derechos reales.

Muy brevemente, la doctrina favorable a la tutela aquiliana del crédito ha entendido salvados dichos obstáculos con los siguientes argumentos. En primer lugar, la relatividad del contrato se entiende

¹⁵ Por todos, en este sentido, *vid.* DUALDE, «Todavía sobre el concepto de tercero», *R.D.P.*, 1947; GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *R.D.N.*, 1958, (abril-junio), pp. 111-160; VATTIER FUENZALIDA, «La tutela aquiliana de los derechos de crédito», en *Libro Homenaje al Prof. J. Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 851; y PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2005.

¹⁶ En este sentido, *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, *loc. cit.*, p. 147; GIL RODRÍGUEZ, en *Manual de Derecho civil*, tomo II, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 281-283, y MORALES MORENO, en el prólogo a PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana...*, *cit.*, pp. 19 ss.

compatible con la oponibilidad del mismo, bajo ciertas condiciones, a los terceros. Lo cual termina conduciendo a la oponibilidad, si no general, sí bajo tales condiciones, de los derechos de crédito. En segundo lugar, la falta de notoriedad de los derechos de crédito exige que para admitir su tutela aquiliana sea presupuesto imprescindible el *conocimiento* adquirido por el tercero del crédito que con su actuación vulnera. De manera que sólo quien *antes* de actuar conoce que su actuación comporta la vulneración de un derecho ajeno, responde del daño causado por aquélla. El conocimiento, así, se equipara a la mala fe, y ésta se convierte en el criterio de imputación para la responsabilidad del tercero infractor: esta mala fe se identifica con la culpa del artículo 1902 CC. Por último, el posible solapamiento entre la tutela de los derechos reales y los de crédito se supera señalando el carácter subsidiario de la responsabilidad aquiliana y advirtiendo sobre la existencia de diferentes medios de tutela que responden a las diferentes pretensiones de posible articulación¹⁷.

La argumentación dirigida a salvar los obstáculos existentes termina conduciendo al fundamental campo de los presupuestos o requisitos de aplicación de la responsabilidad aquiliana del tercero, según ha podido verse. En este punto, los autores coinciden en reconocer la necesidad de proceder de forma restrictiva, a fin de no abrir un indeseable reducto de inseguridad jurídica¹⁸. Y así, Gullón Ballesteros limita su aplicación a los que denomina «contratos en daño de tercero»: «aquellos en los que un tercero [...] recibe un daño como consecuencia de un contrato, bien sea esa consecuencia querida por las partes que han celebrado el contrato precisamente para producirla, bien se haya producido sin esa intención dolosa»¹⁹. Otros autores adoptan una visión más amplia y genérica, advirtiendo que aunque la heterogeneidad de los supuestos impide su tratamiento unitario, la lesión del crédito ajeno por el tercero puede ser directa, indirecta o en colaboración con el deudor²⁰. Se señala además la necesidad de que la conducta desarrollada por el tercero sea positiva y no de mera abstención, que produzca efectivamente un daño, y que entre aquélla y éste exista relación de cau-

¹⁷ Así, *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, *loc. cit.*, pp. 130-132.

¹⁸ Así, GULLÓN BALLESTEROS muestra su preocupación por «que los contratos en perjuicio de tercero se conviertan en cómodo reducto al que se acuda para huir de las dificultades que surgen de la debida caracterización de algunos institutos jurídicos», *loc. cit.*, p. 112 y PÉREZ GARCÍA, desde su tesis claramente favorable, declara: «el reconocimiento de este supuesto de responsabilidad debe realizarse de manera restrictiva y debe construirse con gran cuidado, no sólo por la no oponibilidad de los derechos de crédito frente a los terceros, sino también por la no cognoscibilidad, con carácter general de esta clase de derechos por los terceros», *ob. cit.*, p. 452.

¹⁹ GULLÓN BALLESTEROS, *loc. cit.*, p. 115.

²⁰ *Vid.* por todos, PÉREZ GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 131 ss.

salidad. Aún con mayor concreción, se requiere que la posición jurídica alcanzada por el tercero a través del contrato celebrado sea incompatible con la satisfacción del crédito cuya tutela aquiliana se pretende. Finalmente, y como presupuesto más importante, se advierte que el criterio de imputación no puede ser la culpa genérica del artículo 1902, como sinónimo de falta de diligencia, sino una culpa cualificada, consistente en el conocimiento previo al contrato de la existencia de un derecho de crédito ajeno cuya satisfacción aquél viene a imposibilitar.

Ciertamente, éste es el punto más candente de esta responsabilidad, y en el que resulta de interés contemplar cómo se ha planteado la cuestión en el Derecho comparado. En primer lugar, cabe establecer una distinción entre países que admiten la tutela aquiliana del derecho de crédito frente a su lesión por tercero, y los que no. Los argumentos empleados en cada bloque coinciden con los expuestos hasta el momento en referencia al Derecho español. Por la admisión se inclinan en la actualidad Francia, Bélgica e Italia, desde la afirmación del deber general de respeto al derecho ajeno, la oponibilidad del contrato, la formulación legal abierta o atípica de la responsabilidad extracontractual y la exigencia de conocimiento del derecho ajeno por el tercero como criterio de atribución asimilable a la culpa. En este último punto, en Francia existe cierta polémica por cuanto parte de la doctrina sostiene la necesidad de exigir un criterio de imputación cualificado: el acuerdo fraudulento entre el tercero y quien previamente contrató con el acreedor ahora lesionado.

En la posición contraria se alinean ordenamientos que formulan una aproximación típica a la responsabilidad extracontractual, ligada a la vulneración de derechos absolutos y no relativos, que defendiendo la relatividad del contrato niegan la existencia de un deber general de respeto atinente a los derechos de crédito. Es el caso de Alemania y Suiza. Ahora bien, incluso estos países admiten, como excepción, la responsabilidad del tercero que en connivencia con el deudor contrata con éste o le incita a incumplir el contrato primero. En estos casos se aprecia una conducta dolosa contraria a las buenas costumbres que sí ocasiona una obligación de resarcir²¹.

Por consiguiente, se llega así a un punto de encuentro de todos los ordenamientos europeos, incluido el nuestro. Cuando un tercero contrata con un deudor previamente vinculado con otro acreedor, con la voluntad de defraudar el interés de éste, a sabiendas de que este nuevo contrato imposibilita el cumplimiento del primero, el acreedor original puede dirigirse frente al tercero. El acuerdo termi-

²¹ Vid. los resúmenes ofrecidos por PÉREZ GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 48-78 y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ob. cit.*, p. 260 notas 20 y 21.

na al precisar cuál es el fundamento legal de esta acción: para unos, radicaría en la lesión del derecho de crédito y en su posible tutela aquiliana, según se ha expuesto; para otros, en la represión del fraude en cuanto conducta contraria a las buenas costumbres²².

Resuelto el problema con fundamento en la existencia de fraude, la separación entre los derechos reales y los de crédito se mantiene con mayor nitidez. Con menor nivel de exigencia, el mero conocimiento del derecho de crédito ajeno como criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual del tercero, aunque según se ha dicho no conduce necesariamente a la negación de la distinción entre los derechos reales y los de crédito, *de facto*, sí aproxima su desenvolvimiento práctico. Máxime al tener en cuenta que la indemnización del artículo 1902 CC puede traducirse no sólo en una cantidad de dinero, sino también en la entrega de cosa específica, cuando ése fuera el contenido del crédito lesionado entre el deudor y el tercero. El contrato de opción de compra ofrece el ejemplo más socorrido: cuando el propietario del bien lo vende a tercero sabedor éste de la existencia del contrato que vincula a aquél con el optante, según lo expuesto, éste podrá dirigirse contra el tercero y exigirle no una indemnización pecuniaria, sino la venta del bien en las condiciones concertadas con el concedente de la opción. Y ello, aun partiendo de la configuración de tal derecho de opción como personal: aparentemente, la diferente eficacia de los derechos personales y los reales se desdibuja. El titular de la opción no tiene acción real y su derecho carece de reipersecutoriedad, sin lugar a dudas su pretensión tiene naturaleza personal, al consistir en la posibilidad de exigir del tercero la realización de una conducta, pero a efectos prácticos, consigue alcanzar la cosa²³.

Sin embargo, una consideración más técnica del tema permite no sólo mantener la división tradicional de los derechos patrimoniales, sino distinguir sus efectos y presupuestos con las habituales consecuencias prácticas. Esto es, la posible tutela aquiliana del derecho de crédito constituye una defensa del acreedor que completa la nacida del crédito en cuanto cada una cubre ámbitos diferentes. Aquélla puede

²² Así, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, firme negador de la posible tutela aquiliana del crédito con fundamento en la diferencia estructural entre éste y el derecho real, admite como excepción la «interferencia contractual nociva de tercero frente a un contrato anterior», pero advierte que su tutela no viene dada desde la órbita de la responsabilidad extracontractual por lesión del derecho de crédito, sino desde la lucha contra el fraude: «En virtud del principio *fraus omnia corrumpit*, la ley no puede tolerar manifestación fraudulenta alguna que dañe a un acreedor. Y esto no por ningún pretendido deber negativo universal de abstención extendido a los derechos de crédito ni de los principios de la culpa aquiliana, sino por virtud de otro concepto de lo ilícito, fundado en una conducta inspirada en el fraude»; «El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero», *R.J.C.*, 1962, p. 601.

²³ PÉREZ GARCÍA, «En la práctica, la reparación *in natura* puede producir efectos parecidos a la oponibilidad que resulta de los derechos reales», *ob. cit.*, p. 445.

ejercitarse frente a quien por no ser deudor no está vinculado, ni por ende obligado a cumplir; el principio *neminem laedere* fundamenta una responsabilidad extracontractual nacida del daño generado al acreedor y sometida a sus presupuestos, con una especial atención a la apreciación de la culpa. La tutela del acreedor surgida del crédito se dirige frente al deudor a través de las acciones de cumplimiento y de responsabilidad contractual, sometidas a sus propios presupuestos. En ambos casos nos hallamos ante pretensiones de carácter personal, pero la ostentada frente al tercero no surge del crédito, tiene un origen independiente. En cambio, las pretensiones frente a cualquiera que niegue, perturbe o vulnere un derecho real, surgen de él mismo, de su natural eficacia *erga omnes*, nunca de hechos en los que resulte determinante la intencionalidad del tercero.

Frente a esta última afirmación podrá alegarse que la buena o mala fe también es relevante para determinar la eficacia propia de los derechos reales. Y ciertamente, así es, pero sólo *excepcionalmente*, para dibujar *no* su ámbito normal de eficacia, sino el de su especial *ineficacia*. O sea, la general afección de los terceros al derecho real se excepciona para establecer que, frente a un tercero concreto, tal derecho no puede oponerse, por haber ganado aquél una protección adicional que requiere, siempre, de su buena fe, o sea, de su ignorancia no culpable. La intencionalidad del tercero no es así un requisito de oponibilidad, sino de *inoponibilidad*.

Al margen de estas apreciaciones, el conocimiento del derecho ajeno parece haberse constituido, en piedra angular de la doctrina de la general oponibilidad de los derechos, con independencia de su carácter real o personal. Que encuentra apoyo, además de en las consideraciones expuestas ligadas al deber general de respeto del derecho ajeno, en la doctrina de la oponibilidad del contrato. De modo que esta doctrina viene a ser el desenvolvimiento natural de la afirmada tutela aquilina del derecho de crédito. Veámoslo.

2. LA OponIBILIDAD DEL CONTRATO

La genérica obligación de respetar el derecho ajeno, con independencia de cuál sea su naturaleza, se halla también en la base de la doctrina de la oponibilidad del contrato. Que desarrollada sobre todo en Francia, donde ha recibido mayor atención y aporte dogmático, ha sido recibida en España por los autores y la jurisprudencia. Interesa destacar que la afirmación de la oponibilidad del contrato no viene a negar, ni a excepcionar siquiera, el principio de relatividad del mismo. En puridad de conceptos, la oponibilidad del contrato completa dicho principio básico en la descripción de la eficacia contractual.

Efectivamente, ésta puede abordarse desde ámbitos o perspectivas distintas. La identificada por la regla *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* atiende a la perspectiva interna, limitada a las partes contratantes, y se refiere a sus efectos normativos y constitutivos o de vinculación. Consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, implica que los derechos y deberes derivados del contrato se aplican con exclusividad entre las partes que lo celebraron. Si la descrita suele denominarse eficacia directa del contrato, cabe distinguir de ella la eficacia indirecta, refleja o de oponibilidad, términos que algunos autores emplean como sinónimos, aunque otros diferencian matizadamente. Este es el ámbito de afección de los terceros por el contrato: dado que incide en la realidad y la cambia, también quienes no han intervenido en él pueden resultar afectados por su celebración. Por consiguiente, las partes pueden oponer el contenido del contrato frente a los terceros.

Según puede verse, la oponibilidad del contrato no es sino otra forma de afirmar el deber general de respeto por las situaciones y derechos ajenos. Frente a la vinculación directa del contrato que como fuente de obligaciones permite al acreedor exigir una conducta o una abstención del deudor, la oponibilidad de aquél no comporta sino la obligación general de abstención y no vulneración de los derechos ajenos, y nos conduce de nuevo al ámbito de la responsabilidad extracontractual²⁴. La escasa doctrina española que se ha ocupado con algún detenimiento de la cuestión presenta entre sí algunas diferencias importantes, según se expondrá seguidamente, pero coincide en señalar, con la jurisprudencia, como supuesto más interesante de esta oponibilidad del contrato la posibilidad de impugnar el contrato celebrado en daño de tercero²⁵.

²⁴ Por todos, LACRUZ BERDEJO, «El efecto vinculante se da entre las partes, pero los terceros no pueden pretender ignorar que ha tenido lugar: el contrato, con todas sus consecuencias, en principio es oponible a los terceros. O sea: el efecto directo del contrato es la obligación que ha creado. Decir que el efecto del contrato es relativo, significa que el contrato no puede hacer nacer una obligación a cargo o en provecho de persona extraña a su conclusión: pero esto no suprime el deber de los terceros de respetar las relaciones que la convención ha establecido entre las partes: cuando éstas la oponen al tercero, no pretenden vincularle sin su voluntad extendiendo a él las deudas, sino hacerle respetar los efectos que dicho contrato ha producido entre ellos: más visible esto cuando se transmite la propiedad o se constituye un usufructo, ya que son derechos con eficacia *erga omnes* y en cuanto tales se imponen a todos, pero también operante en tema de relaciones obligacionales, pues los terceros deben respetar todas las válidamente constituidas, y si causan un perjuicio injusto al crédito ajeno mediante negligencia, incurrir en responsabilidad extracontractual. Hay que distinguir cuidadosamente, de un lado, el efecto, y, de otro, la oponibilidad de la obligación: esta última no vincula a los terceros, pero existe frente a ellos y les es oponible. En particular, las titularidades anteriores son oponibles a los adquirentes por contrato ulterior»; en *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.º, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1987, p. 322. La cita se mantiene inalterada en la 3.ª ed., 1994, pp. 546 s.

²⁵ En este sentido, GONZÁLEZ PAKANOWSKA, quien señala como manifestación más interesante de esta oponibilidad la posibilidad de declarar la ineficacia del segundo contrato, con fundamento en su inoponibilidad, si bien advierte que no es la solución habitual-

La afirmación de la general oponibilidad del contrato conduce a la de la situación jurídica surgida del mismo, con independencia de la naturaleza de los derechos en él creados²⁶. Desde ahí, una parte de la doctrina da un paso más, y llega a negar la diferencia esencial entre los derechos reales y los personales, a partir de la afirmación de la general oponibilidad *erga omnes* de todos los derechos²⁷, mientras que otra parte la sigue sosteniendo, con fundamento en la diferente cualidad que aquélla presenta en cada uno de tales tipos de derechos. Para este último sector de la doctrina, los derechos reales gozarían de una oponibilidad natural, frente a la necesitada de publicidad de los derechos de crédito²⁸.

Se advierte así que la oponibilidad de los contratos depende de su *documentación*, de que se hayan cumplido ciertos requisitos de forma. Tal sería el sentido de los arts. 1218, 1219, 1230 y 1865 CC, entre otros varios que pueden citarse. O bien de su inscripción registral. Por el contrario y frente a estos requisitos, la doctrina clásica parte de la oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales desde su constitución, no dependiente de la forma, ni de la inscripción registral, ni aún menos del conocimiento de los terceros. Lo cual niegan los partidarios de la general oponibilidad de las situaciones jurídicas, que consideran al *conocimiento efectivo* por el tercero factor clave para la eficacia de los derechos, con independencia de su naturaleza²⁹.

Desde tal postura, algunos autores han llegado a defender (*de lege ferenda*) la conveniencia de la general inscripción de los derechos de crédito, como modo de asegurar su cognoscibilidad y la con-

mente adoptada en la jurisprudencia: *vid.* «Comentario al artículo 1257», en *Comentarios Edersa*, tomo XVII, vol. 1-A, Madrid, Edersa, 1993, pp. 372 ss. y «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 1472 ss.

²⁶ Es la postura que sostienen GONZÁLEZ PAKANOWSKA, «Comentario al artículo 1257», en *Comentarios Edersa*, *cit.*, p. 370; RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 87 y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, Colex, 2000, p. 161. Frente a ella, la regla excepcional sería la inoponibilidad: de ahí que sus supuestos se hallen legalmente enunciados.

²⁷ Así, RAGEL SÁNCHEZ, «admitido que la oponibilidad *erga omnes* es una cualidad que puede predicarse respecto de todo tipo de derecho», *ob. cit.*, p. 160.

²⁸ En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 186 y 189.

²⁹ Así RAGEL SÁNCHEZ, «En ambos casos cabe la oponibilidad o la inoponibilidad; en ambos supuestos es oponible el acto cuando es conocido efectivamente por el tercero, antes de adquirir sus derechos», *ob. cit.*, p. 162. Y el mismo autor: «A nuestro entender, la teoría de la oponibilidad de los actos jurídicos como regla general es una consecuencia del movimiento pendular y radical producido como reacción frente a la tesis clásica y también radical de la oponibilidad como atributo exclusivo de los actos que tenían por objeto derechos reales. Ambas teorías son inexactas. La regla general de la oponibilidad de los actos jurídicos debe matizarse de esta manera: el acto jurídico es oponible, en todo caso, al ser conocido efectivamente por los terceros, antes de que éstos entren en contacto jurídico con las partes». *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 312.

siguiente responsabilidad de los terceros por su vulneración³⁰. A mi modo de ver, tal conclusión revela bien a dónde puede conducir una indebida confusión de conceptos y acciones: a la quiebra de principios tan básicos como la libertad del dominio y la de mercado³¹.

El criterio del conocimiento como determinante de la efectividad de los derechos nos sitúa frente a una pregunta de radical importancia: ¿toda actuación de un tercero incompatible con una titularidad previa merece el reproche del ordenamiento jurídico? ¿Es totalmente irrelevante determinar si tal titularidad es crediticia o real? La afirmativa a esta segunda pregunta deja en el aire la función económico-social de los derechos reales, y su inmediatividad natural. La general afirmativa a la primera limita sustancialmente la libertad contractual y de mercado. A mi entender, el mero conocimiento de la titularidad previa no ofrece suficiente fundamento para la responsabilidad del tercero, porque en este ámbito, la culpa del artículo 1902 como criterio de imputación señala más hacia el fraude que hacia la mera carencia de buena fe. Al menos, en una aproximación general: de ahí que se haya señalado la imposibilidad de adoptar una solución unívoca en materia de eficacia hacia tercero del contrato, por depender de la valoración de todos los intereses concurrentes³².

III. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A partir de las tendencias doctrinales expuestas, con el deseo de clarificar y exponer cuál es la concreta aplicación que de la eficacia respectiva de los derechos obligacionales y reales viene realizando el Tribunal Supremo, expongo seguidamente las referencias jurisprudenciales que tras el análisis exhaustivo de las sentencias recaí-

³⁰ Vid. PÉREZ GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 447 s. y, en especial, *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad*, Madrid, Colegio de Registradores, 2004.

³¹ Y así, me parece altamente ilustrativo que PÉREZ GARCÍA, en referencia a un convenio de opción de compra, emplee la expresión «cosa gravada con un derecho de opción de compra», *La protección aquiliana...*, *cit.*, p. 443.

³² En este sentido, GONZÁLEZ PAKANOWSKA, «La celebración de contratos en el marco de una economía de mercado no supone evidentemente una actuación ilícita. El perjuicio que de su celebración pueda derivarse será considerado injusto o no según los principios básicos de nuestro Ordenamiento. En este sentido, siempre merecerá reproche la conducta contraria a la buena fe que deba presidir la actividad contractual en un ámbito determinado. Y deberá ser responsable el tercero que conoce o dadas las circunstancias no podía desconocer las consecuencias lesivas del contrato que celebra en relación con un contrato anterior», en *Homenaje a Lacruz Berdejo*, *cit.*, p. 1481. Y más adelante observa que entre los intereses a tener en cuenta, «están no sólo los referidos a la libre iniciativa económica que nuestra Constitución admite y que pudiera invocarse a favor del tercero, sino también el derecho al trabajo del propio deudor [...]», *loc. cit.*, p. 1489.

das sobre el tema desde 1990 he estimado de mayor interés. He incluido, además, algunas resoluciones anteriores, bien por venir citadas en aquéllas, bien por haber sido resaltada su importancia con posterioridad.

Obviamente, en la jurisprudencia no se plantea la distinción entre derechos reales y personales desde una aproximación dogmática o de principios, sino desde una perspectiva práctica. Para facilitar el análisis y exposición de las sentencias, he procedido a su sistematización en seis puntos tópicos.

1. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONTRATO COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Según cabe esperar, la resolución de litigios mediante la aplicación, en sus términos, del artículo 1257 CC, es muy frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La regla contenida en el primer párrafo de dicho precepto es habitual punto de partida para la determinación del alcance de las relaciones entre los litigantes y de la consiguiente existencia, o no, de acción entre ellos, así como para la fijación de los límites entre la responsabilidad contractual y extracontractual³³. Por su especial interés, enunciaré sólo las resoluciones que siguen, como exponentes de esta aplicación en sus términos de la regla general sobre la relatividad del contrato. La lectura de la sentencias que integran este primer grupo muestra la indudable vigencia y utilidad de la relatividad del contrato como fundamento de resolución de conflictos, que comporta la exclusión de los terceros de su ámbito de actuación. Se advierte cómo el Tribunal Supremo distingue, en orden a sus efectos, entre los pactos con trascendencia real y los que no la tienen, y guarda, aquí, silencio absoluto sobre la relevancia del conocimiento por los terceros de estos últimos pactos, que no pueden ejercitarse frente a ellos.

➤ Contratada por el dueño de la mercancía la desestiba y descarga de aquélla a una empresa, y subcontratadas ambas actuaciones a otra, carece ésta segunda de acción frente a la propietaria, y no existe afección real sobre la mercancía, por aplicación del artículo 1257 CC y carecer tal crédito de privilegio alguno: STS de 3 de diciembre de 1990³⁴.

³³ Expresando que la responsabilidad *ex* artículo 1101 CC sólo procede entre las partes contratantes, siendo de aplicación el artículo 1902 cuando el daño viene producido por un tercero ajeno a la relación, entre muchas otras: SSTS de 17 de octubre y 4 de diciembre de 2001.

³⁴ El Tribunal Supremo advierte sobre la ausencia de consentimiento a la subcontrata y de cláusula alguna en el contrato que permitiera la delegación, lo cual, señala, sí generaría, no responsabilidad subsidiaria, sino directa de la propietaria.

➤ En el contrato de arrendamiento de la planta baja de una finca urbana, se incluye una cláusula con el siguiente tenor literal: «En caso de venta de la finca, en bloque o por plantas, el arrendatario tendrá derecho de preferente adquisición en igualdad de condiciones». El Tribunal considera que no puede calificarse de retracto convencional, en el sentido de pacto de retro, sino «de una especie de opción de compra, graciosamente concedida al margen de su condición de arrendatario». Al producirse la enajenación, el arrendatario demanda a los adquirentes exigiéndoles el cumplimiento de su derecho de adquisición, desestimándose su demanda por la aplicación exquisita del artículo 1257 CC, sin perjuicio de las consecuencias obligacionales ligadas al incumplimiento contractual, a ejercitar sólo frente al arrendador: STS de 9 de febrero de 1994³⁵.

➤ El principio de relatividad de los contratos se excepciona cuando la relación negocial constituida se dirige a atribuir derechos a un tercero, que «de esta manera se incorpora a la relación creada entre promitente y promisario»: STS de 27 de noviembre de 1998.

➤ Se estima eficaz un contrato de promesa de venta frente a un sujeto diferente a quien lo celebró, tras haberse probado la existencia de una ulterior asunción de deuda acumulativa, con concurrencia de las voluntades de acreedor y deudores de constituirla; de ahí el rechazo del Tribunal Supremo a la alegación del artículo 1257 CC: STS de 30 de noviembre de 1998.

➤ Otorgado un aval en favor de los créditos que el deudor contrajera con una entidad, cuando ésta se fusiona con otras desapareciendo como tal, procede la extinción de aquél, al no constar su aceptación y asunción por la nueva entidad surgida: STS de 3 de julio de 1999.

➤ Encargado un proyecto arquitectónico en nombre de la empresa propietaria de un Club de Golf por un representante sin poder para ello, se desestima la demanda del arquitecto frente a la empresa propietaria, porque al considerar el Tribunal Supremo inaplicable el régimen de la gestión de negocios ajenos y reiterar el principio general de la relatividad de los contratos, niega que aquél

³⁵ STS de 9 de febrero de 1994: «Esta cláusula o pacto es rigurosamente válido a tenor del artículo 1255 CC, y consecuentemente obliga a las partes otorgantes y a sus herederos (art. 1257); pero de ninguna forma puede extenderse esta vinculación a las cuatro personas demandadas como compradores de la finca, ni tampoco puede el demandante subrogarse en el lugar que ellas ocupan en el contrato de compraventa; se trata de unos terceros ajenos al compromiso que el dueño de la finca contrajo en su día, y de un nuevo contrato celebrado por los herederos del primitivamente obligado y esos terceros extraños al mismo; y todo ello, claro está, sin perjuicio de las consecuencias obligacionales que de aquel pacto incumplido puedan derivarse».

tenga acción ninguna frente a dicha propietaria: STS de 23 de julio de 1999³⁶.

➤ Los propietarios de dos inmuebles colindantes conciertan la apertura en una de las propiedades de dos huecos de luces en dos pisos. Previa la calificación de que tal acuerdo no constituye un derecho de servidumbre de luces, el Tribunal Supremo entiende que «dicha concesión no obliga a los que adquieren posteriormente la propiedad, sin ser legítimos herederos de su titular»; «en este caso no hay razón para obviar el principio de relatividad de los contratos, puesto que las partes procesales ahora intervinientes, no sólo no fueron parte en el convenio plasmado en el referido documento-acta, y sobre todo, porque no son legítimos herederos de los primitivos contratantes»: STS de 19 de septiembre de 2002.

➤ Enajenación de un solar a una constructora, a cambio de precio y piso futuro, en escritura pública. El contrato contiene la siguiente cláusula, en relación con el piso que habrá de entregar la constructora a la vendedora del solar tras la correspondiente obra y división de la propiedad horizontal: «se abstendrá en todo momento de constituir cualquier derecho o garantía sobre el mismo en favor de terceros, sea o no de carácter real, así como de cualquier acto o negocio de carácter dispositivo que suponga menoscabo del derecho expectante de la vendedora». Cuando tras diversas incidencias contractuales la constructora constituye una hipoteca sobre el piso mencionado, la vendedora insta su nulidad, negando el carácter de tercero del artículo 34 LH al acreedor hipotecario. El Tribunal Supremo, en una Sentencia que puede calificarse de «modélica» en cuanto a la definición y aplicación de los principios clásicos delimitadores de la diferencia entre los derechos personales y los reales y la eficacia registral, desestima tal pretensión, considerando que dicha prohibición de disponer, aun inscrita, carecía de eficacia real: STS de 28 de octubre de 2002³⁷.

➤ Frente a la excepción de litis consorcio pasivo necesario opuesta por la demandada al pago del precio de una compraventa mercantil, basada en su asociación con otra empresa, se recuerda la

³⁶ STS de 23 de julio de 1999: «...en general, no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento y, por ello, los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato, sólo han de afectar a los litigantes conforme a las relaciones jurídicas contraídas entre ellos, como así lo tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial».

³⁷ STS de 28 de octubre de 2002: la simple referencia a la escritura de venta original «en la de constitución de hipoteca en modo alguno dotaba de naturaleza real, en contra del acreedor hipotecario, a la prohibición de disponer y gravar contenida en aquélla, no sólo por el cúmulo de razones ya expuestas, sino también porque en dicha escritura la transmisión de la hoy recurrente a la mercantil que adquiría se hizo libre de cargas y resulta, por tanto, que cuando ésta hipotecó el piso sí tenía la libre disposición del mismo, sin perjuicio de sus obligaciones personales frente a la hoy recurrente derivadas del contrato de compraventa».

relatividad del contrato y la consiguiente exigencia de consentimiento del acreedor para la asunción de la deuda: STS de 15 de noviembre de 2002.

➤ La acción directa que confiere al subcontratista contra el dueño de la obra el artículo 1597 CC dentro de sus límites cuantitativos no puede decirse que infrinja el artículo 1257 CC, por cuanto es una excepción legal al mismo, concebida para atenuar el rigor de la eficacia relativa de los contratos con fundamento en la equidad: SSTS de 16 de marzo de 1998 y 27 de julio de 2000.

➤ Por último, resulta de interés advertir cómo, en no pocas ocasiones, el Tribunal Supremo ha recurrido a la doctrina del levantamiento del velo para impedir que la aparición de un tercero meramente ficticio o instrumental defraude la correcta aplicación del Derecho. Por ejemplo, la STS de 31 de diciembre de 1999 declara que el artículo 1257 se excepciona legítimamente en los supuestos de aplicación correcta del principio del levantamiento del velo de las personas jurídicas. Y en la STS de 9 de octubre de 1995 se impide con tal principio la aplicación de la inoponibilidad a terceros de la resolución contractual³⁸.

2. LA MENCIÓN A LA EFICACIA REFLEJA, MEDIATA O INDIRECTA DE LOS CONTRATOS

En muchas ocasiones, el Tribunal Supremo advierte acerca de la no absolutividad de la regla contenida en el artículo 1257 CC, en virtud de la llamada eficacia refleja, indirecta o mediata del contrato, que *viene a proyectar sus efectos también respecto de terceros cuando lo conocen*. En algunas resoluciones, sin embargo, se recurre innecesariamente a estas declaraciones, porque quienes se califican de terceros, son verdaderas partes contractuales. Obsérvese:

➤ Un ente administrativo celebra un contrato de obra con una empresa y un ingeniero, y luego, con el mismo objeto, sólo con éste. Planteándose litigio sobre el pago del precio de la obra por cada uno realizada, se resuelve conforme a las reglas de la responsabilidad contractual surgida de cada uno de los contratos. En declaraciones *obiter dicta*, sin embargo, el Tribunal Supremo se refiere, aunque sin concreción alguna, a la mencionada eficacia refleja del contrato frente a terceros, así como a la relevancia del

³⁸ STS de 9 de octubre de 1995: «es permisible penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto–, se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude».

conocimiento alcanzado por éstos del contrato. La pregunta es: ¿dónde está aquí el tercero? Sólo existen propias y verdaderas relaciones contractuales, aun a tres bandas: STS de 5 de diciembre de 1996³⁹.

➤ Cesión de un contrato de promesa de venta a tercero: se considera eficaz frente al contratante cedido, a quien se condena a indemnizar dado su incumplimiento contractual: STS de 29 de diciembre de 1998. Si el sentido del fallo es comprensible, sorprende la argumentación, dado que no se aprecia sino eficacia directa, entre las partes contractuales, supuesta la existencia de cesión contractual⁴⁰.

➤ Celebrado un contrato de arrendamiento por un esposo casado en régimen de separación de bienes, se admite la acción de rendición de cuentas contra la esposa, quien había tenido actuaciones relevantes dirigidas a la celebración del contrato, pero atención, por considerarla también parte arrendataria: STS de 25 de febrero de 2004. Desde tal afirmación, de nuevo, las referencias de la sentencia a los efectos reflejos del contrato quedan en el aire⁴¹.

➤ También cierta indefinición en la delimitación entre quién es parte y quién tercero en el contrato se aprecia en la STS de 12 de julio de 2007, que contiene también referencias a la jurisprudencia sobre interpretación flexible del artículo 1257 por la eficacia indirecta, refleja o mediata de los contratos hacia terceros. Vendido por el demandado un solar a una constructora, es condenado a prestar colaboración para que ésta, vendedora de varias viviendas cons-

³⁹ STS de 5 de diciembre de 1996: «respecto a la relatividad del contrato, tiene establecido esta Sala su eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros, que han de respetar la situación jurídica creada si la conocen, lo que les obliga a no celebrar con alguna de las partes otro contrato incompatible con el anterior, que frustre su cumplimiento o el interés del otro contratante, es decir, que el principio de la relatividad del contrato no es principio tan absoluto que permita a un tercero desconocerlo, pues le obliga el principio general del derecho de la buena fe, que con mayor razón ha de afectar a quien se aprovecha en beneficio propio del trabajo realizado por el otro contratante en el primer contrato...».

⁴⁰ STS de 29 de diciembre de 1998: «dicha eficacia relativa no puede ni debe entenderse como estimatoria de los contratos como unidades absolutamente estancas, y por ello la doctrina científica moderna, regida por la jurisprudencia de esta Sala reduce la norma antedicha de eficacia relativa de los contratos a la denominada eficacia indirecta de los mismos con respecto a terceros, especialmente en aquellos casos en que los terceros ostentan derechos que de algún modo encuentran su fundamento en anteriores contratos. Esta teoría de efectos colaterales de los contratos, se puede y se debe aplicar totalmente a la presente contienda judicial».

⁴¹ STS de 25 de febrero de 2004: (en referencia a la relatividad contractual) «llevada a sus límites extremos tal consideración se haría una estimación aislada del contrato, lo que supondría olvidar que la determinación de los efectos contractuales se producen en una realidad social impregnada de múltiples relaciones jurídicas, y es entonces cuando surge lo que la doctrina científica moderna denomina la «sombra del contrato»[...] «es procedente afirmar que la esposa era parte arrendataria aunque no figurara como tal en el contrato suscrito, y que por ende está obligada a la rendición de cuentas, sin que por ello sea menoscabado el principio de la relatividad contractual en el sentido que ha sido antedicho al principio».

truidas sobre aquél a los demandantes, otorgue escritura pública en su favor. En el pleito se demuestra que el demandado conocía la venta ulterior de las viviendas por la constructora adquirente e incluso había extendido parte de los recibos pagados por los demandantes⁴².

➤ Mayor pertinencia en la alegación de tal eficacia refleja se observa en la STS de 7 de marzo de 2007. Concertado entre dos empresas de transporte un régimen de riesgos que alteraba las reglas legales de su distribución, en beneficio de quien finalmente resulta causante del daño, niega el Tribunal Supremo a la aseguradora que pagó a la perjudicada la indemnización, la acción directa frente a la causante del daño. El fundamento de tal negativa se hace recaer en la eficacia indirecta del contrato, perjudicando así a la aseguradora los pactos celebrados entre su asegurada y la causante del daño, que impidieron el nacimiento de acción de aquélla frente a ésta. Obviamente, desde el concepto de la acción directa, la solución es obvia: no cabe su ejercicio dado que no surgió en favor de la víctima del daño⁴³.

3. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ADQUIRENTES DE BIENES A TÍTULO SINGULAR RESPECTO DEL CONTRATO DE SU *TRADENS*

Aun sin reconocerlo, ya que en muchas ocasiones considera el Tribunal Supremo que sus declaraciones no excepcionan el artículo 1257 CC, desde una aproximación al concepto de parte cuando menos discutible, una fuente interesante de excepciones a la relatividad contractual viene dada por la sumisión o afección de los terceros, adquirentes a título singular de los bienes, a las condiciones pactadas en el contrato determinante de la titularidad de su *tradens*. Ello, tanto en un sentido *activo*, lo cual procura a los terceros el ejercicio de derechos que encuentran su causa en dicho contrato en el que no han intervenido, como *pasivo*, en cuanto los identifica como deudores. Veámoslo en este mismo orden.

⁴² STS de 12 de julio de 2006: «resulta por tanto que al demandado debe considerarse obligado frente a los cónyuges compradores».

⁴³ STS de 7 de marzo de 2007: el principio recogido en el artículo 1257 «no excluye una eficacia indirecta del contrato en la esfera jurídica del tercero, entre otras razones, por repercutir en ella la situación creada o modificada por aquél. Ni tampoco impide que en esos supuestos, pueda el tercero utilizar o servirse del contrato ajeno, frente a las partes que lo perfeccionaron o frente a quienes, como en el caso de al subrogación, ocupan su posición jurídica».

A) El contrato de adquisición de su *tradens* como fuente de derechos para el tercero

➤ Al vender un solar a una promotora, el vendedor, que se reserva una cuarta parte de la finca matriz, asume la obligación de no edificar en ella, pacto que no accede al Registro. Para estimar que su cumplimiento puede exigirse por los propietarios adquirentes de los pisos construidos por la promotora compradora original, aun calificándose de obligación sin carácter real, el Tribunal Supremo ratifica la calificación de la Audiencia de que tal era una estipulación a favor de tercero, y que la promotora, al contratar con los nuevos propietarios, «vino a ceder tal beneficio, posibilidad negocial que no sólo ampara el artículo 1255 CC, sino que no contraría lo dispuesto por el artículo 1257»: STS de 1 de julio de 1996⁴⁴.

Obsérvese que ambos argumentos resultan muy discutibles: el primero, porque la estipulación en favor de tercero tiene su propio régimen y no parece encajar con lo expuesto en el supuesto; y el segundo, porque la cesión requiere el consentimiento del deudor. Ambos denotan un esfuerzo dirigido a fundamentar la vinculación del deudor a tal pacto de no edificar desde mecanismos obligacionales. Así, los terceros adquirentes son contemplados como partes contractuales.

➤ Los subadquirentes (causahabientes a título singular y por actos *inter vivos*) pueden instar del vendedor de su *tradens* la elevación del contrato a escritura pública, por cuya omisión no pueden reanudar el tracto registral e inscribir el dominio en su favor, sin que a ello se oponga el artículo 1257 CC, dada la previsión del artículo 1112 CC en favor de la general transmisibilidad de las obligaciones: STS de 31 de diciembre de 2001⁴⁵. El supuesto es

⁴⁴ STS de 1 de julio de 1996: «lo cierto es que en las mismas escrituras de ventas de los pisos construidos por el comprador de la finca segregada (el beneficiario de aquella limitación...), se hace constar expresamente cuanto aparece en esa cláusula inserta de limitación de edificación, por lo que [...] no habiéndose revocado el contenido de dicha estipulación y sin necesidad de que exista esa aceptación explícita la cual se deriva de los actos posteriores inmanentes, y, sobre todo, del efecto beneficioso para los propietarios de los pisos adquiridos con esa constancia de tal limitación a su título adquisitivo, y sin que exista renuncia por parte de ellos a los efectos derivados sino todo lo contrario, es claro, que el contenido de dicha calificación favorece a los hoy actores, de tal suerte que su incumplimiento podrá ser rebatido mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación...; lo que, por otro lado se ratifica porque el propio beneficiario de aquella limitación de no sobreedificar, el citado demandado, vino como a ceder el derecho a su exigencia a los hoy actores al incluirse el contenido de dicha cláusula en sus respectivas escrituras de compraventa», lo cual se entiende amparado en el artículo 1255 CC.

⁴⁵ STS de 31 de diciembre de 2001: «En aras de la protección de los derechos de los adquirentes de todo o parte de una edificación, la regla de la eficacia relativa de los contratos establecida en el artículo 1257 del Código Civil no impide que éstos reclamen del vendedor, en su condición de causahabientes a título singular y por actos «*inter vivos*» del mismo, así como de otro litigante conectado contractualmente con aquél en la calidad de vendedor del después vendedor, la elevación a escritura pública de un precedente docu-

muy similar al resuelto, en igual sentido pero con fundamentación en la eficacia refleja o indirecta del contrato, en la STS de 12 de julio de 2007, expuesta en el epígrafe inmediatamente anterior.

De cualquier manera, las sentencias más numerosas de este apartado responden todas ellas a un problema concreto: el reconocimiento de legitimación para ejercitar la acción contractual por vicios en la construcción a los sucesivos adquirentes de vivienda contra los constructores, contratistas y promotores, aun no habiendo contratado con ellos. Lo consolidado de la doctrina jurisprudencial afirmada en estas sentencias, su frecuente aplicación práctica y el razonable criterio de justicia material que sustenta tal legitimación no impide constatar la variada, discutible y en muchas ocasiones endeble argumentación técnico-jurídica presente en las resoluciones, que por ello resultan de trascendental interés para el objeto de este trabajo. De hecho, la acción de responsabilidad civil que «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales» enuncia el artículo 17 de la Ley 5/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, parece alumbrar un deseo legislativo de reconducir la cuestión a las categorías jurídicas habituales, al separar los ámbitos contractual y extracontractual⁴⁶.

Los argumentos aducidos por el Tribunal Supremo para legitimar dicha extensión de la eficacia contractual se acumulan en las sentencias, y aunque se enuncian en un sentido global, declarando que el subadquirente asume tanto obligaciones como derechos, en los supuestos concretos planteados se aplican exclusivamente a éstos. Tales variados argumentos pueden sistematizarse del modo siguiente:

➤ El adquirente de las viviendas, calificado como causahabiente a título particular, no es tercero, sino que «está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido» (STSS de 5 de octubre de 1975, 1 de abril de 1977, 2

mento privado de compraventa suscrito por los últimos, de cuya omisión formal, por la actitud negativa de uno o de los dos, deriva un daño a los recurrentes ante la imposibilidad de completar el tracto registral, que se traduce en el impedimento de inscribir la titularidad del derecho de dominio sobre los apartamentos o locales comprados en el Registro de la Propiedad, habida cuenta, además, de que, en virtud del artículo 1112 del Código Civil, «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las Leyes, si no se hubiese pactado lo contrario».

⁴⁶ Artículo 17 de la Ley 5/1999, de 5 de noviembre: «Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. 1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas».

de noviembre de 1981⁴⁷). Desde esta aproximación al concepto de tercero (que excluye, adviértase la argumentación de la sentencia, al adquirente a título singular, *inter vivos* o *mortis causa*, en una interpretación ciertamente extensiva del art. 1257 CC), el Tribunal Supremo considera que dicha legitimación no excepciona el principio de relatividad de los contratos⁴⁸.

➤ En estrecha relación con el argumento anterior: el causante a título particular soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influyen en el derecho que se transmite, como consecuencia de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*: SSTS de 5 de octubre de 1975⁴⁹, 1 de abril de 1977, 30 de junio de 1997⁵⁰. En la misma línea, se alega que como consecuencia de la transmisión de la cosa ven-

⁴⁷ Demanda al promotor un comprador, adquirente de quien había adquirido de aquél: la STS de 2 de noviembre de 1981 admite la legitimación pasiva del primero, observando que los causahabientes a título particular «penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante»; porque contrariaría a la equidad que la obligación de cumplir en los términos pactados «no afectara al promotor-vendedor de la misma, si el que reclama por la imposibilidad de su uso es adquirente a título singular de aquél a quien originariamente se la transmitió, siendo, además, indudable que quien compró al promotor adquirió el derecho que representaba el uso de la plaza en cuestión, derecho que, exigible por él al referido promotor, era transmisible conforme autoriza la preceptiva contenida en el artículo 1112 CC».

⁴⁸ STS de 1 de abril de 1977: «el principio de la relatividad de los contratos [...] es mucho más complicado de lo que su formulación aparenta, puesto que la palabra tercero adolece de gran imprecisión, ya que no sólo excluye a los contratantes mismos y a las personas representadas por ellos, sino que además, según nuestro Código civil excluye también a los herederos de los que los otorgan, es decir, a los causahabientes, bien a título universal, bien a título singular –legado, compraventa, donación– por lo que únicamente quedan marcados de la eficacia de los contratos los terceros que son completamente extraños a los contratantes, o sea, los llamados *penitus extrañei*; consiguientemente, y por virtud de la regla *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido».

⁴⁹ STS de 5 de octubre de 1975: la relatividad del contrato «no es obstáculo para que en otro aspecto el contrato pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, cuando se adquiere por uno de los contratantes por un acto *inter vivos*, cual la venta y como consecuencia de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, el causante a título particular soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influyen en el derecho que se transmite, por cuyas dos razones no puede considerarse tercero en el orden civil».

⁵⁰ STS de 30 de junio de 1997: «tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora, [...] y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa [...]. Por virtud de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido...». En su fundamento de Derecho séptimo, esta sentencia sustenta su criterio contrario a entender vulnerado el artículo 1257 CC en el cumplido resumen de todos los argumentos ofrecidos por las sentencias anteriores, mostrando así la consideración de que todos ellos discurren en la misma dirección.

didada, pasan con ella los derechos que por razón de la misma asistieran al vendedor contra otros: STS de 27 de marzo de 1995⁵¹.

➤ Las relaciones contractuales entabladas por el vendedor y propietario primitivo de la obra se transmiten a los compradores con ocasión de su adquisición, quienes reciben así todos los derechos y obligaciones transmisibles surgidos del contrato primitivo: así, SSTS de 5 de mayo de 1961⁵², 3 de octubre de 1979⁵³, 20 de febrero de 1981⁵⁴, 30 de junio de 1997⁵⁵. Ello comportaría una suerte de subrogación, según llega a explicitar la STS de 8 de junio de 1992⁵⁶. Es destacable cómo, en la STS de 5 de mayo de 1961, se refiere esa transmisión de derechos contractuales a la defensa y garantía del dominio adquirido, desde una contemplación indiferenciada de las acciones personales y reales.

➤ Obviamente, la existencia de subadquirentes no afecta al mantenimiento de las relaciones contractuales entre los contratantes primitivos. Así, la responsabilidad solidaria de constructor y promotor

⁵¹ STS de 27 de marzo de 1995: «En relación con la venta de pisos y los defectos en la construcción la regla de la eficacia relativa de los contratos no impide que los compradores tengan acción frente a los directos responsables del daño como consecuencia de la transmisión con la cosa vendida de los derechos que por razón de la dicha cosa tuviera el vendedor contra otros [...] Los sucesivos adquirentes, pues, pueden ejercitar acciones derivadas de un contrato en el que no fueron parte».

⁵² STS de 5 de mayo de 1961: «el comprador o adquirente recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que le concede el artículo 1101 del CC con carácter general, y específicamente el 1591, al señalar la responsabilidad del Arquitecto y del contratista en caso de ruina del edificio durante el plazo de diez años, sin distinguir si la finca ha cambiado o no de propietario». Adviértase la irrelevancia, para el Tribunal Supremo, entre las acciones reales defensoras del dominio, y las contractuales.

⁵³ STS de 3 de octubre de 1979: «los derechos y obligaciones del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, y por lo que concierne al contrato de ejecución de obra la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido sancionada por la STS de 5 de mayo de 1961». Tras la cita de otras sentencias en el mismo sentido, afirma: «también pasan al comprador las acciones que asisten al comitente en el contrato de obra para combatir la ejecución defectuosa en cuanto protectora del derecho transmitido al subadquirente, no existiendo razones válidas para propugnar un régimen diferente respecto de la legitimación según se trata de vicios causantes de ruina o defectos que no la entrañen pero signifiquen prestación irregular y como tal desprovista de efectos liberatorios por no ajustarse a las reglas del arte».

⁵⁴ STS de 20 de febrero de 1981: «en los supuestos de simple ejecución defectuosa de la obra hace permisible que los derechos dimanantes del contrato primitivo a favor del comitente de la obra frente al contratista de la misma se transfieran al subadquirente de los pisos o viviendas».

⁵⁵ STS de 30 de junio de 1997: «pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora».

⁵⁶ STS de 8 de junio de 1992: «están legitimados por subrogación los sucesivos compradores de los pisos, quienes al adquirirlos adquirieron también la cobertura que el artículo 1591 CC proporcionó al originario dueño de las obras. Los sucesivos adquirentes, pues, pueden ejercitar acciones derivadas de un contrato en el que no fueron parte».

frente a terceros adquirentes de los pisos «trae derivativamente su causa del contrato de obra», pero no impide que la promotora, aun habiendo ya enajenado gran parte de los pisos y como consecuencia de la aplicación en sus términos del artículo 1257 CC, mantenga la acción frente a la constructora: STS de 17 de julio de 1990.

B) El contrato de adquisición de su *tradens* como fuente de obligaciones para el tercero

➤ Se impone en testamento al designado heredero de un negocio el pago de una pensión vitalicia a su hermana. Transmitido el negocio, y demandado por aquélla el pago de la pensión tanto al heredero transmitente como al adquirente, se estima, aun partiendo del carácter personal y no de carga real del contrato de renta vitalicia: STS de 8 de mayo de 1992⁵⁷. Llama la atención cómo el Tribunal Supremo considera existente «una afección implícita y lógica del negocio comercial al pago de la pensión vitalicia» sin fundamentación jurídica alguna: no hay recurso a la causa del contrato, ni al conocimiento del tercero, y se niega expresamente que sea necesario para ello la constitución de una carga real. El único apoyo técnico a la decisión de la sentencia se encuentra en que entender lo contrario vulneraría la buena fe contractual.

En las sentencias inscribibles bajo el presente subapartado, junto a la argumentación mencionada en el anterior, basada en la regla *nemo plus iuris*, se ofrece repetidamente como fundamento de la vinculación del tercero, el conocimiento por él alcanzado del contenido del contrato antecedente, y por ende de las obligaciones asumidas por su *tradens*.

➤ En un contrato de compraventa instrumentado en escritura pública, el vendedor se compromete a no construir en un solar de su propiedad situado frente al apartamento adquirido por la compradora: dicha limitación no se inscribe en el Registro. A la muerte del vendedor, sus herederos venden el solar a una sociedad integrada, entre otras personas, por algunos de aquéllos, sin que conste en la escritura la obligación de no construir. Calificada tal limitación de obligación, y no de derecho real⁵⁸, concluye el Tribunal Supremo en

⁵⁷ STS de 8 de mayo de 1992: El contrato «afecta a los causahabientes a título particular de los contratantes [...], y en general al adquirente de los derechos de los contratantes, [...]. De seguir un criterio adverso se quebrantaría la buena fe contractual y las consecuencias de ellas derivadas, tal y como impone el artículo 1258 CC. Todo ello sin necesidad de constituir cargas reales propiamente dichas, sino a lo más unos derechos impropriadamente denominados subjetivamente reales, en cuanto con ello quiso expresar la Sala de instancia la afección implícita y lógica del negocio comercial al pago de la pensión vitalicia».

⁵⁸ STS de 4 de junio de 1990: las limitaciones del dominio «requieren respectivamente para su eficacia *erga omnes* o la general inscripción o bien [...] su acceso mediante

la STS de 4 de junio de 1990 que es eficaz frente a la sociedad adquirente, por dos razones: *a)* el conocimiento que de aquélla cabe presumir a la sociedad, dados sus integrantes, lo cual excluye la protección a la buena fe (y, aun sin referencia expresa, conecta con la doctrina del levantamiento del velo), y *b)* la adquisición de la parcela sometida a la «carga» (así la denomina el Tribunal Supremo, aun habiendo declarado su carácter personal) original, a consecuencia de la *regla nemo dat quod non habet*, que persistirá en tanto no sobrevenga un tercer adquirente de buena fe⁵⁹.

Es destacable en esta sentencia la referencia a la oponibilidad, expresamente calificada *inter partes*, y no *erga omnes*, de la «condición» (recojo el término empleado por la sentencia, pero no existe tal, en sentido técnico) de no construir, fundada en su integración en la determinación misma de la parcela transmitida. Y la referencia a que la falta de inscripción de la «carga» pueda propiciar la aparición de un tercero de buena fe, calificación que no merece la sociedad hoy demandada.

➤ Celebrados en favor de empresas distintas dos contratos de exclusiva consecutivos para la explotación de un modelo de ordenador, el Tribunal Supremo considera que la segunda empresa resulta afectada por el primer contrato en cuanto éste delimita el objeto de lo recibido, máxime cuando *conocía* el contenido del mismo, lo cual impide que se entienda excepcionado el principio de la relatividad contractual: STS de 29 de septiembre de 1997⁶⁰.

Dentro de este sub-apartado, mención aparte merecen varias sentencias dictadas en relación con el derecho de opción de compra. La doctrina jurisprudencial en ellas presente hace depender la

la garantía real adosada, por lo que al carecer de aquella constancia *ab initio* no cabe esa proyección de efectos».

⁵⁹ STS de 4 de junio de 1990: «y a igual resultado de oponibilidad –*inter partes* que no *erga omnes*– de la condición de no construir se llega si se contempla la sanción transmisiva del artículo 1257 a la luz del principio elemental inmerso en el *nemo dat quod non habet*, por cuanto si las codemandadas adquieren por herencia de su esposo y padre la parcela litigiosa, la adquieren tanto en derechos como en limitaciones y, por ello, les afecta la controvertida, y si, a su vez, la transmiten a la sociedad demandada, ésta la recibe persistiendo el *onus* o gravitación de la misma restricción, por lo que por esa cadena transmisiva, es claro que el contenido del derecho así deferido/adquirido para los interesados contratantes de tales negocios, habrá de integrarse con la inclusión de esa limitación a la facultad de construir de todo propietario, salvo claro es, que por la no inscripción de la condición existiese un tercer adquirente de buena fe que, como tal, hubiese devenido en titular adquisitivo de la referida parcela, que, desde luego, no es aplicable a la sociedad codemandada».

⁶⁰ STS de 29 de septiembre de 1997: «El primer contrato de transmisión de determinados derechos repercute en el segundo, pero no en el sentido de crear obligaciones para las partes que intervienen en este último, sino sólo respecto al contenido de los derechos recibidos y al momento en que el adquirente podrá ejercitar los derechos, efecto éste que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, no contraviene lo dispuesto en el artículo 1257, y menos en el supuesto litigioso, cuando la limitación de los derechos transmitidos era conocida por la entidad adquirente en virtud de contrato posterior».

eficacia de tal derecho ya no de su naturaleza real o personal, sino del conocimiento alcanzado por el tercero sobre el mismo.

➤ Constituido por el propietario de un solar un derecho de opción no inscrito en el Registro, que el Tribunal Supremo califica de personal, se establecen sobre el mismo solar, sucesivamente y en favor de personas distintas del primer optante, un derecho de superficie, una hipoteca y una compraventa. Ejercitado por el optante su derecho, insta la nulidad de tales contratos posteriores al suyo, y la transmisión del solar en su favor, lo cual se estima, con fundamento en: a) la vinculación del sucesor a título particular a los contratos celebrados por su causante, respecto de los que se entiende no ostenta el carácter de tercero⁶¹. b) el conocimiento alcanzado por dicho sucesor a título particular (tercer adquirente) del derecho de opción conferido en favor del actor, que excluye su posible refugio en el artículo 34 LH⁶². c) el vicio que afectaba a la titularidad transmitida por cuanto el *tradens*, dado su compromiso con el titular de la opción, carecía de titularidad (¡!): STS de 24 de octubre de 1990⁶³.

Ciertamente, la fundamentación presente en esta sentencia ofrece muchos puntos para la discusión, pero se revela errónea tanto en cuanto a la falta de titularidad de quien transmite un bien habiendo previamente otorgado un derecho de opción sobre él como en cuanto al carácter viciado de tal enajenación. A diferencia de las prohibiciones de disponer, que afectan al poder de disposición del titular del bien, no así el derecho de opción, que no impide al titular del

⁶¹ STS de 24 de octubre de 1990: «Es de observar que la fuerza obligatoria de los contratos, relatividad de lo acordado en ellos, afecta generalmente sólo a los contratantes y sus herederos; pero ya de antiguo (STS de 14 de mayo de 1928) se declaró que también obliga el contrato al sucesor a título particular de los contratantes y en general a los adquirentes de los derechos de éstos [...]; el contratante a título particular, como lógica consecuencia de la relatividad de los contratos, ha de soportar los efectos de los que celebró con anterioridad quien le transmitió el derecho adquirido, sin que sea obstáculo dicha relatividad para que en otro aspecto pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, entre los que está la actual recurrente, que ha de soportar los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella, por lo que no puede reputársele tercero en el orden civil».

⁶² STS de 24 de octubre de 1990: «Tal situación de mala fe a efectos registrales, y también civiles, deriva en este caso de la noticia perfecta de la situación jurídica extratabular o de fuera del Registro que tenía la recurrente mencionada, es decir, tanto del objeto de las enajenaciones como de las posibles causas susceptibles de enervar el derecho de su transferente».

⁶³ STS de 24 de octubre de 1990: «la recurrente no puede ser protegida por la fe pública registral, en cuanto las inscripciones no convalidan los actos defectuosos ante situaciones de discordancia del Registro con la realidad jurídica (arts. 33 y 39 LH); como fue la titularidad transmitida a Esso Española, viciada de los efectos de que adolecía de titularidad del transmitente, comprometido con la recurrida a soportar los efectos del ejercicio de un derecho de opción válido y eficaz». Más adelante, la sentencia retoma el argumento, en parecido sentido: «resuelto el derecho del transmitente por haber incumplido el tan citado derecho de opción, quedan resueltos los actos posteriores que tal transmitente efectuó a espaldas de tal derecho; es decir, los actos basados en una transmisión viciosa de su derecho».

bien celebrar actos dispositivos válidos y eficaces⁶⁴. En este correcto sentido se manifiesta entre otras la STS de 9 de junio de 1990, dictada por tanto cuatro meses antes que la de 24 octubre. En el supuesto resuelto en aquélla, el derecho de opción constaba inscrito en el Registro: el Tribunal Supremo declara que «con la inscripción y por efecto de la publicidad registral el derecho de opción se opone *erga omnes*», pero ello no impide al propietario enajenar la finca ni ocasiona cierre registral: simplemente, ejercitada en plazo la opción, triunfará frente a cualquier adquirente⁶⁵.

Volviendo a la STS de 24 de octubre de 1990, la cuestión más interesante planteada no es tanto la inconsistente negativa a la condición de tercero del adquirente a título singular, cuanto la vinculación al cumplimiento del contrato del tercero conocedor de aquél, con fundamento en su mala fe⁶⁶. La afección así de los terceros a las obligaciones contraídas por otros resultaría una consecuencia del

⁶⁴ Así, GAVIDIA SÁNCHEZ, comentando esta sentencia, observa que la sanción frente a los contratos entorpecedores de la opción habría de ser no la nulidad, sino la resolución, por no estar afectados por vicio que afecte a su validez: «la resolución permite salvar la eficacia del contrato en tanto no se ejercite el derecho lesionado: la decisión de ejercerlo operaría como cumplimiento de una condición resolutoria del artículo 1123 CC, que estaría implícita en todos los contratos celebrados por los demandados, por su condición de causahabientes de mala fe, en mi opinión; en la del TS, parece que la razón estaría en que los causahabientes a título particular no tienen la consideración de terceros en los contratos celebrados por el transmitente»; «Comentario a la STS de 24 de octubre de 1990», *C.C.J.C.*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1990, p. 1133.

⁶⁵ STS de 9 de junio de 1990: «con la inscripción y por efecto de la publicidad registral el derecho de opción se opone *erga omnes*, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción de compra, pero sin que tal inscripción opere el cierre del Registro, por lo que el propietario de una finca concedente de un derecho de opción de compra, aun después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa ya que tal derecho no implica prohibición de disponer o de enajenar y sí sólo una facultad preferente de adquirir a favor del optante, si bien cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, éste surte efecto contra ese comprador, esto es, el derecho de opción registrado opera contra el subadquirente como derechohabiente que es del que concedió la opción».

⁶⁶ En este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, «Podría discutirse si el derecho de adquisición preferente de la demandante era o no oponible a causahabientes a título singular de la concedente, que fuesen de buena fe y cuya situación no estuviese protegida especialmente, bien por la fe pública, bien por la inoponibilidad de lo no inscrito frente a titular inscrito, bien por la protección que resulte a favor del poseedor de bienes muebles, bien por la usucapión. Pero no era éste el caso de autos. En mi opinión debía ser la mala fe de tales causahabientes lo que excluyera cualquier protección que no fuera la de la usucapión extraordinaria, frente al derecho de adquisición preferente de la demandante. Máxime cuando, según el propio Tribunal, su naturaleza es meramente obligacional. Considero defendible que la mala fe no sólo excluye la fe pública, sino que impide igualmente ampararse en la relatividad de la eficacia obligatoria del contrato —en el sistema de título y modo es, en principio, la única eficacia prevista—, y ello no sólo porque así pudiera deducirse de los arts. 1473 y 1474 CC, sino porque en la medida en que pueda hablarse de un derecho del tercero a no resultar afectado, sobre todo, negativamente, por un contrato en el que él no es parte sin su consentimiento, tal derecho estaría en su ejercicio sujeto a la exigencia de buena fe, lo cual permitiría, precisamente, considerar contrario a la buena fe alegar la relatividad del contrato del que surgía un derecho que, conscientemente, se ha contribuido a lesionar», *loc. cit.*, p. 1131.

principio general de buena fe, que se superpondría a, o pondría radicalmente en cuestión, la eficacia personal o real de los derechos.

➤ La misma doctrina acerca de que el conocimiento de un derecho de opción, aun personal, vincula a su cumplimiento a quien no lo otorgó se halla presente en la STS de 24 de febrero de 1993, si bien sus declaraciones han de entenderse como meros *obiter dicta*, dado que en el caso, el titular de la opción venía a impugnar la aportación social de la finca hecha por el concedente a una sociedad: se declara que tal aportación no merece reproche, ni frustra *per se* el derecho de opción, que persiste⁶⁷, de nuevo en aplicación de la doctrina correcta acerca de que la constitución de una opción no excluye la facultad dispositiva del propietario.

➤ Concedido por la sociedad propietaria un derecho de opción sobre una finca que por no hallarse inscrito se califica de personal, y aportada la finca a otra sociedad, le afecta a la segunda, por la mitigación al principio de la relatividad de los contratos que implica su trascendencia respecto a causahabientes a título particular⁶⁸ por conocer su existencia, lo cual excluye la buena fe de la segunda sociedad, y por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, que revelando la coincidencia entre ambas sociedades, impide que a la segunda haya de tenerse por totalmente ajena al Contrato origen del derecho de opción: STS de 13 de febrero de 1997⁶⁹.

Ha de destacarse que el último argumento de esta sentencia, que reconduciría el tema a la vinculación de la segunda sociedad por su carácter mismo de parte contractual, resulta postergado en favor del más arriesgado relativo a la buena o mala fe de la socie-

⁶⁷ STS de 24 de febrero de 1993: «Los propietarios de la finca efectivamente limitaron sus derechos de disposición de la misma, en la parte en que otorgaron la opción de compra, pero en forma alguna, por la aportación social que efectuaron de la misma, al integrarse en la compañía [...] como socios, la frustraron y por tanto el derecho opcional persiste [...]. Por otra parte (la sociedad adquirente) reconoció expresamente que conocía la existencia del contrato de opción que afectaba a la finca aportada al patrimonio de la misma, asumiendo tal situación [...]. En consecuencia, ha tenido lugar un contrato con terceros no incompatible con la opción convenida».

⁶⁸ STS de 13 de febrero de 1997: «El principio de la relatividad de los contratos, en cuanto a sus límites subjetivos, ha sido mitigado en su rigidez por la doctrina de esta Sala, al admitir que las obligaciones y los derechos dimanantes de los mismos trasciende a los causahabientes de uno de los contratantes a título particular por actos *inter vivos* que se introducen en la relación jurídica creada, mediante negocio posterior celebrado con el primitivo contratante».

⁶⁹ STS de 13 de febrero de 1997: «Existiendo un contrato de opción vigente y conocido por la recurrente –conforme hecho probado firme– en el momento de la incorporación de las dos fincas a su haber social, no le asiste condición blindada de tercero de buena fe, ajeno a la relación de opción, la que le afecta, así como sus consecuencias en cuanto a su cumplida ejecución [...], pues aplicando la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas entre DECSA y Aridcal, S.A., se da coincidencia de intereses y actuación que hacen que esta última no se la reputa como tercero totalmente ajeno, pues se burlarían los efectos de una opción ejercitada en forma eficaz y vinculante, por lo que ha de soportar las consecuencias del contrato celebrado con anterioridad por el causante de la transmisión, y contribuir a su ejecución, sin perder su propia naturaleza personal».

dad, ligada a su conocimiento o no de la existencia de la opción. Por el contrario, en las anteriores en el tiempo SSTS de 22 de junio de 1956 y 21 de febrero de 1969, ante casos similares (el contrato de opción, no inscrito, se había otorgado sobre finca que luego fue aportada a la sociedad conformada por los propietarios concedentes de la opción), el Tribunal Supremo encuentra en la doctrina del levantamiento del velo el fundamento para exigir a la sociedad el cumplimiento de la opción pactada por los socios.

➤ La estela de las SSTS de 24 de octubre de 1990 y 13 de febrero de 1997 es seguida por la STS de 5 de junio de 2006: el titular de un derecho de opción no inscrito, demanda a la concedente y a las sucesivas adquirentes del bien objeto del derecho, en ejercicio de dicho contrato. Se condena exclusivamente a la concedente a la indemnización de daños y perjuicios, advirtiendo que las subadquirentes *desconocían* la existencia del contrato de opción, lo que posibilita su protección bajo el amparo del artículo 34 LH ⁷⁰.

➤ Mención aparte merece la STS 26 septiembre 1991. En el supuesto planteado, se otorga una opción de compra en documento privado; el concedente, posteriormente, dona la finca objeto de la misma, ésta vez en escritura pública. Ejercitada la opción frente al concedente, éste interpone la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado a la donataria, que es estimada por el Tribunal Supremo, sin entrar en los demás motivos del recurso, relativos a la responsabilidad contractual ⁷¹. Sin embargo, esta sentencia para nada se refiere al conocimiento de la opción como fundamento de dicho litisconsorcio, ya que lo basa, exclusivamente, en el carácter real del derecho de opción, aun no inscrito ⁷².

⁷⁰ Tras la mención de las dos sentencias referidas en el texto, la STS de 5 de junio de 2006 declara: «Sin embargo, en el presente supuesto, la mala fe del tercer adquirente no es declarada en la sentencia de apelación, pues en modo alguno se ha declarado probado que la entidad [...] tuviera conocimiento de la existencia de la cláusula de opción de compra otorgada (...) y no inscrita en el Registro de la Propiedad, después de que varias entidades adquirieran sucesivamente la titularidad de la finca arrendada, estando amparada por el principio de exactitud registral, y la presunción de buena fe que en el artículo 34 LH se establece a favor del tercero que adquiere amparado en el Registro, buena fe que cabe desvirtuar mediante prueba en contrario cuya carga incumbe a quien invoca su ausencia, sin que la parte recurrente haya dirigido su actividad probatoria a tal fin».

⁷¹ STS de 26 de septiembre de 1991: «es de admitir, la figura jurídica, dentro de los derechos reales de adquisición, de la opción de compra, con el efecto de que el titular de ella pueda exigir de cualquiera que sea su propietario, de ser precedente, que se le transmita la finca o derecho objeto de la opción [...]; para que pueda alcanzarse esa efectividad se requiere demandar en el procedimiento entablado al efecto no solamente al que se designa concedente del referido derecho de opción, sino que también al que resulte actual titular de la finca a que afecte la opción».

⁷² STS de 26 de septiembre de 1991: «ante la división de los derechos reales limitados, según su contenido, en derechos de disfrute, derechos de realización, derechos de realización de un valor pecuniario y derechos de adquisición que atribuyen a su titular la facultad de adquirir, en ciertas circunstancias, la propiedad de una cosa o derecho, pudiendo ser de creación legal o constituirse con carácter real en negocio jurídico, es de admitir la

Ciertamente, la discutida naturaleza del derecho de opción no ayuda a clarificar la postura jurisprudencial sobre su eficacia. La sentencia que se acaba de referir parte indubitadamente de su naturaleza real como fundamento de la afección del tercer adquirente: de ahí que su conocimiento o no sobre la existencia del derecho ni se mencione. La aproximación al supuesto debatido parte, pues, de la calificación de la naturaleza del derecho, no de la posición subjetiva del tercero.

En la misma línea argumental expuesta pueden citarse las siguientes resoluciones, donde la negativa a la eficacia respecto de terceros de las obligaciones incluidas en el contrato causa de la titularidad de su *tradens*, se funda bien en la improcedencia de aplicación de la regla *nemo plus iuris*, bien en la falta de conocimiento del subadquirente.

➤ La STS de 5 de marzo de 1992 declara que el principio *nemo plus iuris transferre potest* no puede alegarse por el vendedor originario para exigir, a los titulares actuales del piso con quienes él no contrató, la cantidad impagada del precio por el comprador y subsiguiente *tradens* de aquéllos⁷³. Para ello sería imprescindible la cesión del contrato.

➤ Hallándose vigente un contrato de cesión discográfica con una compañía, un artista contrata con una segunda: la demanda sobre validez de contrato, concurrencia desleal e incumplimiento de contrato presentada contra el artista y la segunda compañía por la primera es estimada sólo en cuanto al artista, al no haberse probado que aquélla *conociera* el contrato que ligaba al artista con la primera, en aplicación del artículo 1257 CC: STS de 20 de marzo de 1995⁷⁴. Por consiguiente, el artista resulta condenado a indem-

figura jurídica, dentro de los derechos reales de adquisición, de la opción de compra, con el efecto de que el titular de ella pueda exigir de cualquiera que sea su propietario, de ser precedente, que se le transmita la finca o derecho objeto de la opción, procediendo judicialmente, en caso de resistencia, para llevar a cabo, de apreciarse con efectividad jurídica el negocio en que fue constatado, el compromiso o promesa de venta».

⁷³ STS de 5 de marzo de 1992: «los causahabientes a título particular, por vía de cesión del contrato, pueden verse afectados, lo que no puede admitirse es que, en ausencia de tal cesión, como sucede en el presente caso, incumplida por los compradores parcialmente su obligación de pagar el precio del solar transmitido, sucesivos propietarios de éste o de los pisos y garajes que, según el contrato, debieran ser entregados al vendedor como parte del precio, se vean obligados a cumplir tal contraprestación, pues ello violaría los límites personales del contrato sancionados en el artículo 1257 [...]; sin que por otra parte pueda invocarse con éxito el principio *nemo plus iuris transferre potest qui ipse habet*, dado que se adquirió el solar sin limitación alguna».

⁷⁴ STS de 20 de marzo de 1995: «Al no haber resultado acreditado que la sociedad recurrente conociera la realidad del contrato inicialmente suscrito entre el señor O. Y la sociedad actora, su manifiesta falta de intervención en él y su condición de tercero al respecto, conduce, de modo ineludible, a concluir que el Tribunal a quo aplicó indebidamente los artículos 1254 y 1278 e inaplicó, también de manera indebida, al igual que el Juez de Instancia, el artículo 1257 CC».

nizar a la primera compañía, pero el contrato celebrado con la segunda es declarado válido y eficaz.

Ahora bien, frente a esta numerosa jurisprudencia centrada sobre el conocimiento adquirido por el tercero, pueden encontrarse también resoluciones donde no se atiende a este criterio. Lo cual advierte acerca de lo inseguro del mismo, por una parte, y por otra, sobre su esencial dependencia no sólo respecto de las concretas circunstancias del caso planteado, sino también del modo de articular la pretensión procesal. De ello ofrecen buen ejemplo las dos siguientes resoluciones.

➤ STS de 3 de noviembre de 1992: se transmite un local comercial sito en una Cooperativa de Viviendas con una prohibición contractual de destinación a farmacia por un plazo de quince años, previéndose para caso de incumplimiento la resolución automática del contrato con pérdida del precio por la compradora. Al celebrar ésta un contrato de arrendamiento para farmacia (con su propio hijo), la vendedora insta y obtiene la resolución de la mencionada venta⁷⁵. Posteriormente, y a esta pretensión responde la sentencia mencionada, los titulares de locales para farmacia ubicados en dicha Cooperativa de Viviendas, y adquiridos de la misma vendedora, instan la nulidad del contrato de arrendamiento. Su pretensión es desestimada, considerando el Tribunal Supremo que los demandantes carecían de legitimación, por no presentar el contrato ni causa ilícita, ni estipulación en favor de tercero, advirtiendo que de merecer alguna sanción, ésta sería la anulabilidad, y la acción ha prescrito. Destaca la expresa negativa a calificar como abusiva la conducta del arrendatario, aun dado su conocimiento del pacto⁷⁶.

➤ Por su parte, la STS de 16 de diciembre de 2004 resuelve la pretensión del titular de un derecho de tanteo convencional que se califica de personal desde la necesaria eficacia *inter partes* del mismo, inhábil por tanto para producir efectos jurídicos directos en la esfera jurídica del adquirente. Y ello, aun asumiendo la creciente tendencia a la oponibilidad del contrato frente a terceros y las consecuencias de la admisión del contrato con daño para tercero, que la sentencia exige deslindar de la eficacia propia de los derechos reales. Por todo ello, y en contra el criterio de la Audiencia, deniega el ejercicio del retracto frente al tercer adquirente del bien, poniendo el acento en que tal era la acción ejercitada, y no la

⁷⁵ En las dos instancias, criterio confirmado en casación por la STS de 29 de mayo de 1982. La vendedora, sin embargo, no insta la resolución del contrato de arrendamiento.

⁷⁶ STS de 3 de noviembre de 1992: «aun cuando el arrendatario conociese la prohibición, su facultad de contratar no permite asimilarla, en absoluto, al supuesto de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo que contempla el artículo 7.2 CC».

de impugnación de la venta o la de indemnización de daños y perjuicios ⁷⁷.

A mi entender, esta sentencia acierta plenamente al apuntar las diversas vías ofrecidas por el ordenamiento jurídico para abordar la cuestión debatida desde consideraciones técnicas mucho más satisfactorias y específicas que el conocimiento del tercero, cuyo engarce concreto no es otro distinto al principio general de buena fe.

4. LA RELEVANCIA DEL CONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS REALES

Por otra parte, el análisis jurisprudencial revela que el conocimiento del tercero no sólo se convierte en el criterio determinante de la eficacia de los derechos de crédito, sino también de los derechos reales. Pueden citarse sentencias que fundamentan la eficacia *erga omnes* de un derecho real sobre el conocimiento de quien pretende vulnerarlo, constatado en el proceso. Ello supone un importante error de enfoque y trae como consecuencia la introducción de un requisito añadido, sin apoyo legal, para la eficacia *erga omnes* característica de los derechos reales.

➤ Así, la STS de 20 de mayo de 1992 recurre al argumento de que no puede ampararse el tercero en la falta de inscripción de una

⁷⁷ STS de 16 de diciembre de 2004: «La afirmación de que tanteo y retracto son dos modalidades de un mismo derecho de adquisición preferente no constituye más que una verdad relativa, ya que, precisamente, al operar uno antes de la venta y el otro después de ella, el que en el segundo haya siempre terceros directamente afectados en sus derechos dota a ambos de sustantividad jurídica, por más que pertenezcan al mismo género»: [...] la calificación del tanteo como derecho personal deja resuelta la cuestión, ya que «sólo se podía ejercitar *inter partes* y no frente a terceros, para quienes era *res inter alios*. [...] Como derecho de crédito que es, el tanteo convencional no produce efectos *erga omnes*, de modo que, en caso de incumplimiento de la obligación correlativa (es decir, de omitir la deudora la notificación y celebrar la venta sin respetar la preferencia), la acreedora podía exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero no convertirse en compradora sustituyendo al tercer adquirente [...] Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia, sin negar la eficacia meramente relativa del contrato, admite su oponibilidad a terceros, cuando éstos han conocido su contenido o debido conocerlo de obrar diligentemente; y que han protegido en cierta medida al titular de la preferencia frente al tercer adquirente (SSTS de 24 de octubre de 1990 y 25 de abril de 1992). Además, la categoría del contrato en daño del tercero (vinculado a una de las partes por una relación jurídica que resulta lesionada con él) se señala como una excepción al principio general de eficacia relativa de los contratos (art. 1257 CC), para legitimar al perjudicado por el que celebraron otros, en orden a impugnar la adquisición infractora de su preferencia (art. 1275 CC). Sin embargo, una cosa es que el contrato que dio vida a la preferencia sea oponible al tercero que lo conoce, otra que el contrato de compraventa se pueda calificar como dañoso para el titular del tanteo (y, por lo tanto, ser impugnado) y otra distinta que el adquirente deba soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del primer contrato o, con otras palabras, la preferencia adquisitiva cual si se tratase de un derecho real y no meramente de crédito. Y ha de recordarse que en la demanda se ejercitó una acción de retracto y no de impugnación de la venta o de indemnización de daños».

servidumbre cuando hay constancia de que conocía su existencia, bien por su carácter aparente, bien por otras vías (como se había acreditado en el caso)⁷⁸. Es preciso advertir que quien pretendía negar la eficacia de la servidumbre no había inscrito su derecho de propiedad en el Registro (adquirió en documento privado), de manera que en el pleito no se ventilaba una cuestión de inoponibilidad de una servidumbre no inscrita frente a un tercero hipotecario, sede en la que sí es relevante la buena fe (o sea el desconocimiento) del tercero, sino la eficacia propia o institucional de la servidumbre (en el caso, negativa, de no dividir) calificada como tal.

Por consiguiente, obsérvese que no resulta afectado el tercero por el mero carácter real del derecho, sino por el conocimiento adquirido sobre el mismo. La eficacia *erga omnes*, la oponibilidad natural del derecho real se sustituye por la buena fe del tercero: si éste conoce el derecho real, no la tiene y por tanto le es oponible; si no lo conoce, no, dada su buena fe. Esta construcción argumental representa una sustancial alteración del efecto de inoponibilidad de los *derechos reales no inscritos* procurada por el Registro. El principio de inoponibilidad registral protege la titularidad real de quien inscribe frente a quien (ostentando también una titularidad real) no lo ha hecho, y requiere de la buena fe de aquél (tercero hipotecario del art. 32 LH), dado que comporta una excepción al normal desenvolvimiento y eficacia de los derechos. Tiene sentido que esa ultra-eficacia de los derechos reales dispensada por el Registro exija al titular beneficiado requisitos adicionales, y el principal es su buena fe, el desconocimiento de la existencia de un derecho que contraría el propio. Pero tal requisito no pertenece a los elementos propios, estructurales, de los derechos reales.

➤ Con cita de numerosa jurisprudencia: el conocimiento de la existencia de servidumbre por el adquirente de la finca, presunto cuando hay signos ostensibles o manifiestos e indubitados, «no permite la protección registral que la Ley Hipotecaria proporciona a los adquirentes»: STS de 23 de marzo de 2001.

Considero del mayor interés comparar los supuestos y declaraciones de estas dos últimas sentencias: en la primera, frente a un derecho real no inscrito, el Tribunal Supremo defiende su oponibilidad como consecuencia de ser conocido por el tercero; en la segunda, es el conocimiento por el tercero, y por ende su falta de buena fe, no lo que brinda oponibilidad al derecho real, sino lo que impide al tercero conseguir inoponibilidad frente al mismo. Aquí si nos hallamos en el ámbito propio de aplicación de la buena fe, en

⁷⁸ STS de 20 de mayo de 1992: «pese a no hallarse inscritas las servidumbres, cuando conste que el tercero conocía su existencia, bien sea por su carácter aparente, o bien – como sucede en el presente supuesto– por haberse acreditado por otros medios, no puede ampararse el tercero en tal falta de inscripción».

sede de inoponibilidad de lo no inscrito que se conoce *frente a lo que sí está inscrito*. A mi modo de ver, en la confusión entre estos dos importantes y radicalmente dispares ámbitos se encuentra el germen de la insegura situación en que se encuentra hoy en nuestro Derecho la eficacia de los derechos patrimoniales.

➤ Otro ejemplo de aplicación correcta del ordenamiento jurídico, también ante un supuesto de servidumbre, lo brinda la STS de 17 de octubre de 2006. El adquirente inscrito de una finca pretende ampararse en su condición de tercero hipotecario para negar eficacia frente a él a una servidumbre no inscrita constituida con anterioridad sobre aquélla. El Tribunal Supremo reitera su doctrina acerca de que no puede ampararse en tal condición quien conoció la existencia de la servidumbre, como puede acreditarse bien por las características de aquélla, bien por otros medios ⁷⁹.

5. LA INCIDENCIA SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD

La relativización que las resoluciones reseñadas muestra entre trascendencia real y meramente personal de los derechos, ha llegado incluso a afectar a la configuración misma del derecho de propiedad.

➤ En la venta de una vivienda unifamiliar, el vendedor se reserva, con carácter vitalicio, el derecho de habitación sobre la planta alta y el garaje, incluyéndose en el contrato de compraventa la siguiente cláusula, que se inscribe en el Registro: «Por lo tanto el comprador tendrá derecho a la utilización sin restricción de planta baja y jardín de la total finca, desde la firma de la presente escritura. Este derecho es personal para el comprador y su madre». Ante la ulterior venta de la vivienda por el comprador, el primer vendedor interesa la resolución del primer contrato de compraventa, advirtiendo que la subadquirente conocía las condiciones en que el comprador adquirió. La STS de 1 de abril de 1998 estima tal pretensión, aun negando a dicha cláusula el carácter de prohibición de disponer, con fundamento en una sorprendente calificación del dominio y de la posesión como «facultad personal» ⁸⁰.

⁷⁹ STS de 17 de octubre de 2006: El artículo 13 LH ha sido interpretado por la Sala [...] «en el recto sentido de desposeerlo de imperatividad absoluta y terminante, ya que aunque tal gravamen real carezca de constancia registral, cuando el tercero conoce su existencia, bien por su carácter permanente, o bien por haberse acreditado por otros medios, no puede ampararse dicho tercero en tal falta de inscripción expresa, pues cuando los signos de la servidumbre son ostensible, permanentes y perfectamente exteriorizados, tal apariencia indubitada produce una publicidad en semejanza a la inscripción en el Registro».

⁸⁰ STS de 1 de abril de 1998: «No se trata de una prohibición de disponer, inaplicable en un contrato a título oneroso, ni de una obligación, sino de la configuración de la facul-

6. EL CONTRASTE CON EL TRATAMIENTO DEL EMBARGO Y SUS CONSECUENCIAS

Frente a la expuesta permeabilidad en la frontera entre los derechos reales y los de crédito, resalta la jurisprudencia (numerosísima) recaída en relación con la eficacia del embargo, la de su anotación preventiva y los requisitos de procedencia de la tercería de dominio. Desde una escrupulosa aplicación del concepto y efectos de las categorías jurídicas tradicionales (esto es: respectivamente, eficacia *inter partes* y *erga omnes* de los derechos de crédito y de los reales), el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado alumbraron una doctrina uniforme con anterioridad a la promulgación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que ha recibido refrendo legal en ésta, y cuyos pilares fundamentales se asientan sobre la atribución de eficacia real al embargo desde su práctica (art. 587 LEC, aun antes de su anotación pero sin perjuicio entonces de las normas de protección del tercero de buena fe) y el reconocimiento de legitimación para la tercería de dominio sólo a quien demuestre la adquisición de la titularidad dominical antes de la traba (art. 595 LEC). El análisis de dicha doctrina arroja interesantes consecuencias en cuanto comporta la aproximación a las difíciles y numerosas cuestiones jurídicas implicadas y su resolución desde la aplicación estricta de la distinción entre las titularidades crediticias y reales y sus diferentes exigencias.

Por la claridad de sus declaraciones y las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que cita, la RDGR de 6 de septiembre de 1988 ofrece un inmejorable punto de partida para la exposición de la jurisprudencia relativa a tales cuestiones. El Registrador de la Propiedad había denegado la inscripción del auto de adjudicación de la mitad indivisa de una finca objeto de un procedimiento ejecutivo, por constar en el Registro la inscripción de una adquisición sobre ella posterior a la traba, si bien el acceso de tal adquisición al Registro había sido posterior también a la anotación preventiva del embargo. Con revocación de la nota del Registrador, la Dirección General declara lo siguiente:

- Al provocar un embargo, el crédito determinante de la ejecución no ve alterada su naturaleza, de personal en real ⁸¹.

tad, más que de un derecho, derivada de la compraventa y de la adquisición de la propiedad, de posesión como facultad personal. Al transmitirse la propiedad a un tercero, se incumple la cláusula contractual».

⁸¹ RDGR de 6 de septiembre de 1988: «La traba del embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que lo determina; esa vinculación opera en beneficio del proceso en que se acuerda, al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y asegurar la efectividad de la ejecución ya acordada o que pueda acor-

- El embargo sí tiene trascendencia real, al conferir a los órganos judiciales poderes inmediatos sobre las cosas y restringir las facultades dominicales, por cuanto una vez decretado, sólo podrán enajenarse los bienes embargados sometidos a las resultas de éste ⁸².
- Para esta trascendencia real, la anotación preventiva de embargo carece de naturaleza constitutiva: dada la falta de un precepto en tal sentido, han de aplicarse las reglas generales de nuestro sistema, partidario de la inscripción declarativa aun «en el supuesto de que se trate de derechos reales que no lleven aneja la facultad de posesión inmediata» ⁸³.
- Lo anterior es lo más conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la tercería de dominio, que sólo se estima en favor de quien presenta un título de dominio ya vigente al practicarse judicialmente la traba ⁸⁴.
- La colisión entre el embargo no anotado y la adquisición del bien embargado, en cuanto relativo al campo de los derechos reales, se resolverá por la regla *prior tempore potior iure*, «a salvo el derecho del tercer protegido por la legislación hipotecaria» ⁸⁵.

darse en el futuro, independientemente de cuál sea el crédito que, en definitiva, resultará satisfecho con el importe realizado, ya sea el del actor, ya sea el de un tercero que interponga y triunfe en la tercería correspondiente [...]. Así pues, el embargo para nada altera la naturaleza del crédito del actor, que sigue siendo un derecho personal; el que el artículo 1923.4.º CC le conceda determinada preferencia a partir de la anotación, excepcionando la regla general de igualdad de trato de los acreedores, no trasciende a esa naturaleza personal y sólo juega para decidir, en una posible incidencia del proceso de ejecución, cuál sea el crédito que debe ser satisfecho preferentemente con el importe realizado».

⁸² RDGR de 6 de septiembre de 1988: «Lo dicho anteriormente no quiere decir que el embargo, en sí, carezca de trascendencia real. Se trata de una medida cautelar que, como otras que pueden ser adoptadas en diversas actuaciones judiciales [...], a la vez que confiere a los órganos judiciales poderes inmediatos sobre las cosas, que pueden ser actuados aun sin la mediación de su dueño, restringe claramente las facultades dominicales. Y así ocurre que sólo será posible la enajenación respetando el embargo y que el dueño de los bienes embargados no puede darles, en su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento».

⁸³ RDGR de 6 de septiembre de 1988: «Pero ha de reconocerse que en ningún precepto se establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva. Habrá de estimarse, pues, que, respecto de este acto modificativo de los derechos reales inmobiliarios rigen las normas generales de nuestro sistema, según las cuales la inscripción, como regla, no tiene carácter constitutivo ni siquiera en el supuesto de que se trate de derechos reales que no lleven aneja la facultad de posesión inmediata, como, por ejemplo, ocurre con los censos consignativos, las servidumbres negativas, sobre todo las no aparentes, o el retracto convencional».

⁸⁴ RDGR de 6 de septiembre de 1988: al ser la tercería de dominio una cuestión de preferencia, «se precisa invocar un título dominical vigente al efectuarse judicialmente la traba para que pueda el tercerista obtener el respeto y protección que reclama [...]; de conformidad con los principios procesales de economía y celeridad, «no tendría sentido que la protección de las adquisiciones posteriores a la traba (y anteriores a la anotación de la traba en el Registro) fuera excluida de la vía de la tercería, y se dejara, en cambio, abierta la acción reivindicatoria en proceso independiente que, de prosperar, haría inútil toda la ejecución ultimada».

⁸⁵ RDGR de 6 de septiembre de 1988: «La colisión entre el embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá, puesto que afecta al campo de los derechos reales, según el principio *prior tempore potior iure*, a salvo el derecho del tercer protegi-

La eficacia real del embargo desde su práctica, hoy recogida en el artículo 587 LEC, y el carácter no constitutivo de su anotación preventiva, cuya trascendencia radica en impedir la aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, tras un largo y fructífero debate jurisprudencial y doctrinal ⁸⁶, puede calificarse hoy de verdad pacíficamente admitida: entre otras muchas, pueden verse la RDGR 8 noviembre 1996 ⁸⁷ y las SSTS de 7 de abril de 2000 y 10 de mayo de 2004.

Por otra parte, el reconocimiento de legitimación activa para el ejercicio de la tercería de dominio sólo a quien presente título dominical de fecha anterior a la práctica de la traba (ver el vigente art. 595 LEC) se acompaña en la jurisprudencia de numerosas declaraciones relativas a los requisitos que nuestro sistema transmisivo impone para la adquisición de la propiedad, que distinguen nítidamente entre el ámbito obligacional del contrato y el real de la adquisición de la propiedad.

➤ Así, para que proceda la tercería de dominio es imprescindible que el contrato transmisivo venga seguido de la tradición real, instrumental o *ficta*, dado que en nuestro sistema aquél no basta para hacer propietarios: SSTS de 20 de febrero de 1995 ⁸⁸, 25 de febrero ⁸⁹ y 10 de mayo de 2004.

do por la legislación hipotecaria. Es decir, producido el embargo, aunque no esté anotado el dueño del bien, sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo; a salvo el caso en que el que hubiere adquirido el bien, con posterioridad al embargo, reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria».

⁸⁶ No quisiera incurrir en manifiesta frivolidad, hurtando al lector la mención de la viva polémica doctrinal y jurisprudencial vivida en nuestro Derecho acerca de cuándo había de entenderse al embargo dotado de eficacia *erga omnes*, si desde su práctica o desde su anotación, polémica nacida al abrigo de la derogada LEC de 1881 y que ha venido a superar la vigente, cuyo artículo 587 deja bien asentado lo primero. La bibliografía al respecto es numerosísima: el lector interesado puede encontrar un resumen de las diversas posturas en TALMA CHARLES, *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 296 ss.

⁸⁷ RDGR de 8 de noviembre de 1996: «La traba del embargo es una medida cautelar, susceptible de adopción en el procedimiento ejecutivo que, aunque no altera la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practica, tiene eficacia real en cuanto vincula *erga omnes* el bien trabado al procedimiento en el que se decreta y, una vez anotado, atribuye al crédito que lo motiva, respecto a los bienes embargados, preferencia frente a créditos posteriores a la anotación (art. 1923.4 CC), siendo la fecha de aquella traba determinante a efectos de tercerías, precisándose la necesaria anotación para que no quede inutilizado ante la eventual aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral».

⁸⁸ STS de 20 de febrero de 1995: «El *ius ad rem* no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa, que todavía no se ha producido. [...] El título obligatorio, únicamente, sin *traditio* o entrega, no puede ser protegido por la tercería de dominio, ya que éste sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega, doctrina de total aplicación a las demás acciones protectoras del dominio como son la reivindicatoria y la declarativa».

⁸⁹ STS de 25 de febrero de 2004: «Es imprescindible que el tercerista acredite el dominio pleno y excluyente y la antigüedad del negocio de transmisión, así como la efectiva tradición de lo enajenado».

➤ La transmisión del dominio no requiere de escritura pública ni de inscripción registral, sino de un contrato traslativo unido a la tradición: SSTs de 19 y 20 de julio de 2004⁹⁰.

➤ No procede la tercería cuando el auto judicial de aprobación de cesión en pago tiene fecha posterior a la del embargo, ya que aquélla determina, y no la del convenio, la transmisión de la propiedad: STS de 19 de octubre de 1992.

➤ La prueba de la fecha de la adquisición del dominio puede hacerse por cualesquiera medios, sin que la enumeración del artículo 1227 CC haya de entenderse taxativa en cuanto a los contratos celebrados en documento privado: SSTs de 25 de febrero⁹¹, 29 de marzo y 10 de mayo de 2004⁹², que citan otras muchas anteriores.

➤ Ahora bien, el reconocimiento de eficacia probatoria al documento privado no implica otorgarle eficacia sustantiva o traditoria; de ésta carece: STS de 20 de julio de 2004⁹³.

Adviértase la riqueza de matices de las declaraciones jurisprudenciales sobre la eficacia de la escritura pública y el documento privado. La primera tiene un efecto sustantivo, en cuanto equiparada legalmente a la tradición efectiva (art. 1262.2 CC), del que carece el segundo. De manera que *a falta de tradición real*, sin escritura pública, no existe transmisión del dominio. Ahora bien, a los efectos probatorios de la *celebración* del contrato, la trascendencia del documento privado no queda restringida a los estrictos límites del artículo 1227 CC, cuyo supuesto es la inexistencia de otros medios probatorios para demostrar la certeza de la fecha constante en tal documento privado. Esto es, si el documento privado se ve

⁹⁰ STS de 19 de julio de 2004: «Aun cuando los contratos privados no hacen prueba frente a terceros del hecho de su otorgamiento ni de los pactos que contienen, ello no implica, en modo alguno que no pueda justificarse mediante otras pruebas, la existencia de dichos pactos y su virtualidad jurídica, que los hace operativos frente a dichos terceros, máxime cuando a través de dicho contrato, unido a la tradición, se produce la transmisión del dominio, para la que no es requisito constitutivo el otorgamiento de escritura pública, ni su inscripción en el Registro de la Propiedad».

⁹¹ STS de 25 de febrero de 2004: «La doctrina jurisprudencial autoriza a advenir la fecha de los documentos privados por cualquier medio probatorio de los previstos en el artículo 1215 CC. Esto es así, pues los supuestos especificados en el artículo 1227 CC no forman núcleo cerrado y la veracidad de la data se puede admitir cuando resulta debidamente demostrada por actos que alejen la plena sospecha de falsedad o simulación».

⁹² STS de 29 de marzo de 2004: el artículo 1227 CC opera «sólo cuando el hecho a que se refiere el documento no se puede acreditar más que a través de él, lo que no ocurre si la realidad de la fecha se corrobora por otras pruebas practicadas».

⁹³ STS de 20 de julio de 2004: Que el documento privado no ofrezca duda sobre su autenticidad no le confiere efecto real: «la incorporación de un documento privado a una Oficina o Registro Público o su mera protocolización no producen el efecto traditorio del artículo 1462.2 CC»; lo dispuesto en el artículo 1225 sobre el reconocimiento al documento privado del mismo valor que a la escritura pública se refiere sólo a la eficacia probatoria, pero no a la sustantiva, «ni siquiera a la eficacia documental genérica, de la que aquélla (la probatoria) es únicamente una faceta».

apoyado por otros cauces probatorios, afecta a tercero: adviértase que la jurisprudencia mencionada presupone el conflicto de intereses con terceros, los ejercitantes de la tercería de dominio. De manera que, acompañado de una tradición real, basta para transmitir el dominio.

De modo que en cuestión tan relevante para el tráfico y la seguridad jurídica como es la eficacia del embargo y la procedencia o no de la tercería, el Tribunal Supremo aplica de forma impecable las categorías tradicionales, hallando en la técnica diferenciación entre los derechos reales y los de crédito puerto seguro para la resolución de los más complejos supuestos fácticos.

Ello obliga a reflexionar acerca de la exactitud de la afirmación habitual de que la creación, modificación y extinción de los derechos reales, para ser oponible a tercero, precisa de un documento público. Y de la aún más genérica según la cual el documento privado y su fecha carece de efectos para quien no intervino en él, siendo siempre inoponible frente a documento público incompatible.

Adviértase el supuesto de la STS de 18 de noviembre de 1991: el propietario de una finca la vende en documento privado de fecha 1 de septiembre de 1973. Posteriormente, dicho vendedor dona la misma finca a su hijo, esta vez en escritura pública de 19 de mayo de 1980. El comprador demanda al vendedor y a su hijo instando la nulidad de esta donación. Los demandados alegan, precisamente, que el documento privado carece de efectos para quien no intervino en él y no vale frente a documento público incompatible. En las dos instancias y en casación triunfa la pretensión del demandante, aplicando el Tribunal Supremo en su sentencia la doctrina expuesta acerca de que no sólo el reconocimiento legal puede conferir virtualidad probatoria al documento privado⁹⁴. Además, el Tribunal Supremo niega la condición de tercero civil al hijo del vendedor, aunque con argumentación bastante oscura y poco fundada, y considera que de seguirse el criterio del recurrente, se infringirían los artículos 1256 y 1258 CC⁹⁵.

⁹⁴ STS de 18 de noviembre de 1991: «Es reiterada la jurisprudencia que declara que la falta de reconocimiento de documento privado aportado a la litis no le priva íntegramente del valor que le otorga el artículo 1225 y puede ser tomado en consideración ponderando su grado de credibilidad atendiendo a las circunstancias del debate. [...] El conjunto de la prueba practicada en la fase oportuna de primera instancia acredita, como ya se indicó, la certeza de la fecha, y en este sentido se ha declarado [...] que el artículo 1227 no es aplicable cuando existen otras pruebas que acreditan la realidad de la fecha que aparece en el documento». En el mismo sentido, STS de 15 de marzo de 1991, con abundante cita de jurisprudencia en el mismo sentido.

⁹⁵ STS de 18 de noviembre de 1991: «No puede considerarse tercero civil a los efectos del artículo 1225 y 1227 CC a quien intervino como parte contratante frente a quien fue a su vez contratante en el anterior contrato de compraventa aunque en éste último aquél no interviniera, máxime cuando entre ambos media un vínculo de parentesco paterno-filial. [...] De accederse al recurso, teniendo en cuenta la resultancia probatoria expuesta en el apartado

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la vista de la jurisprudencia que con pretensión no exhaustiva, sino meramente ilustrativa he expuesto, se aprecia con claridad una situación de inseguridad e indefinición en la determinación de los efectos que los contratos y las situaciones jurídicas en ellos creadas producen respecto de terceros. Junto a sentencias que resuelven los conflictos planteados desde una estricta aplicación del principio de la relatividad de los contratos, considerando que los terceros no intervinientes en ellos no pueden estimarse vinculados a cumplir lo en ellos dispuesto, ni quedan afectados por pactos o cláusulas carentes de trascendencia real, coexisten otras que, desde diferentes fundamentaciones, llegan a consecuencias radicalmente contrarias. Los argumentos jurídicos alegados para alcanzar tales resultados son:

- Las menciones o referencias, no siempre relevantes o procedentes, a la eficacia refleja, mediata o indirecta del contrato;
- El recurso a entender presentes figuras tales como la cesión de contrato o la subrogación en el crédito, aunque sin exigir sus requisitos;
- La general transmisibilidad de las obligaciones recogida en el artículo 1112 CC;
- La consideración como parte contractual a los adquirentes a título singular de los bienes objeto de un contrato anterior;
- La oponibilidad de los contratos, afirmándose que el conocimiento de lo celebrado en ellos impone a los terceros un deber de abstenerse de realizar actuaciones entorpecedoras para el cumplimiento de aquéllos, con fundamento en el principio *neminem laedere* y en las exigencias de la buena fe;
- Y, finalmente, la aplicación de la regla *nemo plus iuris transferre potest quod ipse habet* más allá del ámbito de las titularidades reales, admitiendo así que los pactos con trascendencia meramente personal, de conocerse, vinculan a terceros.

En algunas de esas sentencias, y así claramente en las que reconocen legitimación a los subadquirentes para reclamar por defectos en la construcción, se encuentra una exigencia de justicia material fácilmente comprensible y compatible, pero no por ello dejan de presentar dudas y dificultades desde un punto de vista de técnica jurídica.

anterior, se infringirían los artículos 1256 y 1258 CC, que no permiten que la validez y el cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, y que exige estar a las consecuencias que se deriven de lo pactado, de la buena fe, del uso y de la ley».

En suma, se aprecia que en muchas resoluciones el Tribunal Supremo aborda y resuelve la eficacia de los derechos no desde la calificación de su naturaleza jurídica real o personal, sino desde la consideración de su conocimiento o no por el tercero, llegándose a la afirmación de la general oponibilidad de cualquier derecho, por exigencias del principio de buena fe, frente a quien conoce su existencia. Afirmación que, si surge para ampliar la eficacia de los derechos personales, también ha encontrado aplicación en los derechos reales, cuya eficacia frente a terceros se hace depender del conocimiento adquirido por éstos. Y ello, desde afirmaciones relativas a la trascendencia de la publicidad registral más que discutibles.

Esta situación de indeterminación y por ende de franca inseguridad jurídica, puede quizá ser consecuencia de una incorrecta interpretación de la doctrina relativa al contrato en daño de tercero, que ha terminado conduciendo a una confusión entre los mecanismos jurídicos de defensa propios de los derechos personales y los correspondientes a los derechos reales. O, si se quiere, a una vulgar confusión entre las vías contractuales y extracontractuales de afrontamiento de los conflictos. Y ello, porque si en un primer momento se plantea la eficacia frente a terceros de lo dispuesto en un contrato en relación con los pactos de exclusiva, desde éstos se ha propagado también a derechos de adquisición preferente de origen convencional, situaciones susceptibles de configurar servidumbres o pactos limitativos de las facultades de disposición del dueño. Ni que decir tiene que la doctrina presente en las resoluciones expuestas comporta una radical revisión de la general presunción de libertad del dominio y de las bases mismas del Derecho patrimonial y el inmobiliario registral.

Por contraste, toda la jurisprudencia relativa a cuestiones relacionadas con el embargo permanece ajena a las disquisiciones expuestas. El Tribunal Supremo resuelve los complejos problemas de preferencia y eficacia que aquél plantea desde la más estricta aplicación de los principios técnicos tradicionales que distinguen los derechos reales y los de crédito. Ninguna resolución ha hecho depender la eficacia del embargo del conocimiento que el adquirente del bien posterior a la traba haya obtenido sobre él.

A mi entender, en la práctica (y también en parte de la doctrina), la buena fe ha pasado de ser un presupuesto legal para gozar de una protección excepcional al sistema a convertirse en un indebido criterio definidor de la eficacia propia de los derechos. Tiene sentido que el Registro de la Propiedad exija, a quien pretende ampararse en él para gozar de una protección más allá del sistema, gozar de buena fe. Así, el tercero del artículo 32 LH, que logra la inoponibi-

lidad frente a su titularidad real de lo que pudiendo estar inscrito, no lo está. E igualmente, el tercero del artículo 34 LH, que consigue obviar cuanto pudiendo perjudicar a su derecho, no ha llegado al Registro⁹⁶. Pero *nunca* la eficacia de los derechos reales se ha hecho depender de su conocimiento por terceros cuando no procede la aplicación de las reglas registrales. Los derechos reales no inscritos siguen siendo reales, y tienen oponibilidad como tales. De ahí que el sistema desee y estimule su inscripción, y no a efectos constitutivos sino de mera publicidad⁹⁷. Los derechos de crédito, todo lo contrario: no se inscriben porque no son oponibles, porque no amenazan la libertad del dominio. Defender la conveniencia de su general oponibilidad a partir del conocimiento por los terceros supone alterar las bases de nuestro sistema de Derecho patrimonial. De ello ofrece cumplida prueba el exceso a que tal afirmación conduce a parte de la doctrina, que termina propugnando su general inscripción. Nada más contrario a los presupuestos sobre los que se ha asentado nuestro Registro de la Propiedad desde la primera Ley hipotecaria y, de paso, a la libertad del dominio.

⁹⁶ Doctrina correcta, poniendo de manifiesto cómo la buena fe es relevante ante un problema de oponibilidad, puede leerse en las SSTs de 11 de octubre de 2006, y 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007.

⁹⁷ Así se expone con total claridad en la reciente STS de 7 de septiembre de 2007: «Se comprende mejor, así, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 cuando indicaba que el comprador que no inscribiera la venta, *aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción*, pues no se trataba de negar la oponibilidad frente a todos de un derecho real como es el de propiedad, sino de que prevaleciera la seguridad jurídica fomentado la inscripción».

Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre Ley aplicable y el paradigma concursal

ELISA TORRALBA MENDIOLA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El estudio de los problemas de Derecho internacional privado suscitados por las sucesiones internacionales se ha realizado tradicionalmente desde la contraposición de dos grandes sistemas de concreción de la ley aplicable: el sistema de unidad, que considera que el conjunto de la sucesión debe regirse por una única ley, ligada a la persona del causante, y el sistema de fragmentación, para el cual la sucesión puede regirse por distintas leyes, cuya concreción vendrá determinada por el lugar de situación de los bienes que integran la herencia.

En el presente trabajo se analizan las ventajas e inconvenientes de los dos sistemas y se propone un modelo de análisis que permitiría superar algunos de los problemas suscitados por uno y por otro y que podría resultar de utilidad en la elaboración de una futura reglamentación comunitaria de la materia. De acuerdo con dicho modelo las semejanzas en el ámbito internacional entre gran parte de las cuestiones que plantea la reglamentación de las sucesiones y las suscitadas en las situaciones concursales, permitirían extender a las primeras algunas de las soluciones que ya se manejan para la reglamentación de las segundas.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Primera parte: Unidad y pluralidad de la sucesión:* 1) Evolución y situación actual de la cuestión. 2) El Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. 3) Justificaciones teóricas de uno y otro sistema. 4) Solución del sistema español.—III. *Segunda parte: Cuestiones previas al desarrollo del procedimiento sucesorio:* 1) Introducción. 2) Cuestiones previas. A. *Apertura de la sucesión y el registro de últi-*

mas voluntades: a) El Registro General de Actos de última voluntad; b) El Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972. B. *El reenvío:* a) El reenvío en Derecho comparado; b) La posición del ordenamiento español frente al reenvío: la pretendida preservación del sistema de unidad; c) Consecuencias.–IV. *Tercera parte:* el desarrollo del proceso sucesorio.– 1) Validez del testamento. A. *Validez formal.* B. *Validez material:* a) Capacidad y vicios del consentimiento; b) Contenido del testamento; c) Especial referencia al artículo 9.8 del CC español. 2) Aceptación de la herencia: modalidades e incidencia sobre la situación de los herederos y los acreedores.– A. *Forma de aceptación.*– B. *Modalidades de la aceptación:* a) Cuestiones previas relativas a la situación de los acreedores; b) La contribución de los herederos a las deudas del causante. 3) La administración de la sucesión. 4) La partición y la transmisión de los bienes.– A. *La partición.* B. *La transmisión de los bienes:* a) Soluciones alternativas: la fragmentación funcional; b) *Lex successionis/lex rei sitae;* c) Aspectos registrales. V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de las Comunidades Europeas presentó el 1 de marzo de 2005 el Libro Verde sobre sucesiones y testamentos¹ dando con ello una muestra del creciente interés de la Unión Europea por las cuestiones de Derecho privado y, más específicamente de Derecho internacional privado, ya que las materias a las que se refiere son tres, que constituyen los tres pilares esenciales sobre los que tradicionalmente, en éste y otros ámbitos, se ha centrado la disciplina del Derecho internacional privado: competencia judicial, Derecho aplicable y eficacia extraterritorial de resoluciones.

2. Esa línea de interés creciente por las materias de Derecho internacional privado tiene su origen en el tratado de Ámsterdam y en la comunitarización del llamado tercer pilar –la creación de un espacio de seguridad, libertad y justicia– operada por su artículo 65². El Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos es una muestra de

¹ COM (2005) 65 final, SEC (2005) 270.

² Sobre este artículo ver BORRÁS, A., «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *REDI*, 1999, 2, pp. 383 ss., espec. pp. 393 ss.; IGLESIAS, J. L., «La cooperación judicial en materia civil (JC) antes y después del tratado de Ámsterdam», *Revista General de Derecho*, núm. 644, mayo 1998, pp.; DE MIGUEL, P., «El Tratado de Ámsterdam y el Derecho internacional privado», *La Ley*, 30 de marzo de 1998, pp. 1 ss., también en «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el tratado de Ámsterdam», *REDI*, 1998, I, pp. 373 ss.; MOURA RAMOS, R. M., «O Diritto internazionale privato Della Comunità Europea: Origine, sviluppo, alcuni principi fondamentali», *Divenire sociale e adeguamento del Diritto. Studi in onore de Francesco Capotorti*, Milano, 1999.

que el elenco de materias a que se extiende esta «nueva» competencia comunitaria está cada vez más estrechamente imbricado en cuestiones que, desde luego, en los inicios de la integración comunitaria hubieran sido consideradas completamente ajenas a ella. La extensión de dicha competencia a la determinación de la competencia judicial en materia patrimonial o a la de la ley aplicable a los contratos resulta más evidente; sin embargo, entender que también alcanza al ámbito del Derecho de familia, o, como ahora ocurre, de sucesiones, supone adentrarse en sectores hasta una época reciente considerados ajenos al fenómeno de la integración y que son incluso actualmente puestos en duda por voces autorizadas que se plantean si es realmente necesario armonizar el conjunto del Derecho internacional privado para garantizar la libre circulación de personas o si se está yendo demasiado lejos, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo citado del Tratado de Ámsterdam está destinado a asegurar la cooperación judicial en materia civil «*en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior*»³ y que es dudoso que ese buen funcionamiento dependa, aunque sea tangencialmente, de la norma de conflicto en materia sucesoria⁴.

No obstante, no se puede dejar de reconocer que la evolución de la UE se dirige hacia la ampliación de las competencias comunitarias en los sectores mencionados. En el Proyecto de Tratado por el que se creaba una Constitución para Europa se eliminó el

³ El artículo 65 del Tratado de Ámsterdam establece que «*las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: [...] b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y jurisdicción [...]*». Este artículo ha sido modificado por el Tratado de Lisboa (DOUE, C 306/62, de 17 de diciembre de 2007). De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 6 del Tratado éste entrará en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que en esa fecha se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación, o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad.

⁴ En este sentido, GAUDEMET-TALLON, H., «*Quelques réflexions sur les propositions concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière successorale dans l'Union Européenne*» en: *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*, Deutsches Notarinstitut, 2004, p. 445. No es de extrañar, sin embargo, que la Comunidad aprecie su competencia en esta materia, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que el Tribunal de Justicia se consideró competente para responder a una cuestión prejudicial en relación con el cambio de apellido de dos niños, de nacionalidad belga y española, que había sido solicitado por los padres a las autoridades belgas, a fin de hacer coincidir los que figuraban en el registro español con los del registro belga y que este último había denegado (Sentencia de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *Rep.* 2003, pp. I-11613 ss.) o ha ligado la libre circulación de personas con la correcta transliteración a la grafía latina de un apellido griego (Sentencia de 30 de marzo de 1993, as. 168/91, *Rep.* 1993, pp. I-1991 ss.), o, más recientemente, ha considerado contrario a esa libertad la denegación del reconocimiento del apellido de un niño tal como se inscribió en el Estado miembro en el que nació y del que es nacional (Sentencia de 14 de octubre de 2008, as. C-353/06).

requisito de que las medidas adoptadas fueran necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. Aunque es cierto que ese Tratado no llegó a aprobarse, en el recientemente aprobado Tratado de Lisboa se modifica el mencionado artículo 65, pasando su párrafo 2 a establecer que el Parlamento y el Consejo adoptarán medidas en ciertas materias «*en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior*». La expresión «en particular» hace pensar que se ha pretendido introducir una ampliación del ámbito competencial de las instituciones comunitarias, si bien todavía es pronto para aventurar interpretaciones al respecto. En cualquier caso, lo cierto es que, incluso antes de la reforma, gran parte de la doctrina ya afirmaba el carácter amplio de las materias que pueden ser susceptibles de afectar al funcionamiento del mercado interior, admitiendo la posibilidad de que se incluyan las cuestiones de familia y sucesiones⁵, o ni siquiera llegaba a plantearse abiertamente la cuestión⁶.

Por otra parte, cuando el artículo 65 del Tratado de Ámsterdam alude a las normas de conflicto no habla de su uniformización, ni siquiera de su armonización, sino sólo de «*fomentar la compatibilidad*», lo que, unido a la necesidad de respetar los principios de proporcionalidad y subsidiariedad previstos en el artículo 3 del TCE, hace que de su lectura resulte cuanto menos dudoso que se disponga de base jurídica para proceder a la unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de sucesiones⁷. Pero el nuevo artículo 65, que resulta del Tratado de Lisboa,

⁵ BASEDOW, J., «The Communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 2000, vol. 37, núm. 3, pp. 687 ss., espec. p. 699; KOHLER, C., «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Rev. Crit. de Droit international Privé*, 1999, vol. 88, pp. 1 ss. con los matices que se señalan en el texto; LELEU, Y., «Nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe», *European Review of Private Law*, 1998, pp. 159 ss. Este último autor se muestra partidario, no obstante, de adoptar un tratado de ley uniforme.

⁶ Junto a ello, algunos autores, sobre la base del Tratado de Ámsterdam, antes de la reforma del artículo 65 operada por el de Lisboa, admiten que si bien es cierto que quizás no quepa descartar materias en abstracto, no lo es menos que la justificación de la actuación comunitaria tiene que producirse para cada instrumento concreto. En este sentido, se ha señalado que, frente a la amplitud material, las modalidades de actuación de la Comunidad al amparo del artículo 65 son limitadas, no siendo posible intervenir más que en la medida necesaria para eliminar los obstáculos al mercado interior y no más allá, lo que implica que es como mínimo muy dudoso que dicho artículo justifique la adopción de Reglamentos o Directivas destinados a la unificación –los primeros– o a la armonización –las segundas– de normas de conflicto (KOHLER, C., «Interrogations sur les sources...», cit., pp. 18 ss.).

⁷ Señala A. BORRÁS que fomentar la compatibilidad «*parecería implicar, en principio, que se pretende sólo eliminar desajustes normativos que pueden afectar al buen funcionamiento del mercado*», pero que «*el ámbito a que se refieren los tres apartados del artículo 65 desborda ampliamente tal objetivo y más lo hacen todavía las acciones emprendidas*» («Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», cit., p. 400). Esta referencia al fomento de la compatibilidad ha sido calificada de «tibia» por DE MIGUEL, P. A., quien considera que las normas introducidas por el artículo 65 del Tratado de Ámsterdam no determinan con precisión el alcance de las competencias asignadas en esta materia y

elimina la referencia al «*fomento de la compatibilidad*» para referirse a la necesidad de «*garantizar*» la compatibilidad de tales normas. Todo lleva, pues, a la afirmación de la competencia comunitaria en sectores como el descrito, pese a que resulte cuanto menos dudosa la necesidad de dicha extensión en atención a los objetivos de la Unión.

3. En esa situación se inscribe el libro verde de la Comisión, en el que se suscitan una serie de cuestiones, que se pretende sean contestadas por instancias públicas y privadas de los Estados miembros, a fin de proporcionar a la Comisión una visión general de la situación en la Unión Europea, que le permita abordar su trabajo en este sector. Entre esas cuestiones hay algunas que merecen especial consideración porque suscitan problemas de base que deben resolverse antes de iniciar ningún intento de regulación concreta⁸.

4. Con el presente estudio no se pretende contestar a todas las preguntas suscitadas por el Libro Verde, sino sólo hacer a propósito del mismo algunas reflexiones sobre ciertos aspectos del Derecho internacional privado de sucesiones. Por ello se dejan fuera del estudio los temas de competencia y de reconocimiento de resoluciones, a los que sólo en algún caso se hará alguna referencia tangencial. El objeto de análisis es, pues, la ley aplicable, y la finalidad que se persigue con dicho análisis es tratar de dar respuesta a la cuestión, por otra parte ya clásica, de cuál es el sistema que debe seguirse para determinar el Derecho aplicable a la materia sucesoria en una futura reglamentación y sobre todo determinar si la tradicional contraposición entre sistemas no debe matizarse para acabar concluyendo que tal vez no sea tan relevante. Junto a ello se analiza también el paralelismo que presentan ciertos aspectos del derecho sucesorio con el concursal: en ambos casos se trata, en definitiva, de la liquidación⁹ de un patrimonio que en unos sistemas, entre ellos el nuestro, se considera universal y en otros territorial y en ambos casos también para lograr una regulación de sus aspectos internacionales a escala comunitaria puede ser necesaria una cierta conciliación de ambas concepciones.

que la formulación utilizada parece buscada para limitar el alcance de los compromisos sobre el particular (en «La evolución del Derecho internacional privado comunitario...», cit., p. 376). No parece, sin embargo, que la práctica de la actuación comunitaria se haya acogido a esa interpretación restrictiva.

⁸ Este Libro Verde se inscribe en un cuadro de cambios de la reglamentación de sucesiones internacional, como es el caso de la ley belga, e interna (modificaciones en curso de elaboración en Italia y Francia).

⁹ Es cierto que los procedimientos concursales pueden no tener por finalidad la liquidación sino el saneamiento del patrimonio del deudor, pero este matiz no es, a nuestros efectos, relevante.

II. PRIMERA PARTE: UNIDAD Y PLURALIDAD DE LA SUCESIÓN

5. El punto de partida para establecer un régimen conflictual en materia sucesoria es la opción por un sistema de unidad, en el que la sucesión en la totalidad de los bienes del difunto se rige por una única ley, o por un sistema de fraccionamiento, en el que se aplican leyes distintas a la sucesión de un mismo individuo en función de la naturaleza y la localización de sus bienes.

Como es bien sabido, en el ámbito europeo coexisten ambos y probablemente la primera de las afirmaciones que hay que realizar es que no parece que en la práctica, y pese a las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos, quepa afirmar una mayor eficacia o bondad intrínseca de uno u otro. En efecto ¿puede decirse seriamente, y sin dejarse llevar por la rutina o por el apego a lo conocido, que la práctica en materia de sucesiones internacionales demuestra una mayor adecuación a las necesidades de los supuestos concretos del sistema español que del inglés o a la inversa? Como señalaba Nussbaum «*Nothing however, is more inconsistent with harmonious international cooperation than insistence upon national viewpoints under the pretense of their being international*»¹⁰.

Por ello, el estudio que se hace en este trabajo, si bien parte del análisis de la sucesión en Derecho español, pretende proporcionar una visión neutral del problema, sin caer en posiciones apriorísticas a favor de nuestro sistema.

6. Sea cual sea la conclusión a la que se llegue, lo que sí resultará útil, no tanto desde la perspectiva de la integración comunitaria, cuya afectación por esta materia he puesto en duda al inicio de este trabajo, sino desde la del mejor funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado, es la unificación de las soluciones que se adopten, que evitara a su vez gran parte de los problemas que en la actualidad se suscitan y que a veces resultan no tanto de la solución adoptada por la norma de conflicto como del hecho de que dicha solución no sea la misma en todos los Estados implicados¹¹.

¹⁰ «Rise and Decline of the Law-of-Nations Doctrine in the Conflict of Laws», *Columbia Law Review*, 1942, p. 200.

¹¹ La unificación supone una reducción de costes (el más inmediato es el de costes de información), además de influir en la duración del proceso y en la posibilidad de los herederos de entrar inmediatamente en posesión de los bienes hereditarios. En este sentido: «Reponses au questionnaire en matière de successions et testaments. Livre Vert de la Comisión Eropéenne», *Quaderni della Rivista del Notariato*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 5.

Además, las normas de conflicto que se adopten deben ser normas *erga omnes*, ya que es desde luego deseable evitar la dualidad de normas de conflicto, unas para las situaciones intracomunitarias y otras para las extracomunitarias, sobre todo porque en la práctica se plantearán situaciones que no serán puramente comunitarias o extracomunitarias, sino que participarán de ambas categorías ¹².

Tal sería el caso, por ejemplo, de la sucesión de un causante francés que comprende bienes inmuebles situados en España, Italia y Estados Unidos y de la que conoce un juez francés. De adoptarse en la futura reglamentación comunitaria un sistema de unidad sólo aplicable a las relaciones ad intra éste resultaría distorsionado, porque en relación con el inmueble situado en Estados Unidos el juez francés seguiría aplicando su sistema conflictual autónomo, que es de fraccionamiento, con lo que no se alcanzaría una reglamentación unitaria del fenómeno sucesorio. Más incoherente sería la situación si la solución adoptada fuera la de fraccionamiento y la sucesión se abriera en España siendo el causante español y estando su patrimonio integrado por inmuebles situados en Francia, Italia y Estados Unidos. En tal caso se aplicaría la ley del lugar de situación a los inmuebles situados en Estados miembros y, sin embargo, la ley española a la sucesión en el situado en Estados Unidos porque a este último caso el juez español aplicaría su norma de conflicto autónoma que prevé, al menos en principio, un sistema de unidad.

1) EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN

7. Desde una perspectiva histórica, hasta el siglo XIX prevalecía el sistema de fraccionamiento de la sucesión, que era el seguido por los estatutarios, aunque había partidarios del principio de la unidad en el siglo XIV en Italia, que luego extendieron su influencia a Francia. En ese período era la costumbre en vigor en la localidad donde se encontraban situados los inmuebles la que regía la devolución. A los muebles, tanto por su propia movilidad como por la escasa trascendencia económica que tenían en la época, no les resultaba adecuada la aplicación de esa regla, por lo que se regían por el principio *mobilia sequitur personam*. Este sistema se explica fácilmente por la organización política de la época, dominada por las ideas del feudalismo en que la posesión del suelo determinaba la situación de cada uno estableciendo sus deberes feudales; la tie-

¹² «Les successions internationales dans l' UE. Perspectives pour une Harmonisation, Deutsches Notarinstitut», 2004, p. 98. Evidentemente, la unificación alcanzada nunca será absoluta, ya que, como señala VON OVERBECK, M., «La unificación del Derecho es la ciencia de lo posible» («Divers aspects de l'unification du droit international privé spécialement en matière de successions», *R. des C.*, 1961-IV, p. 564).

rra dominaba al hombre y la aplicación exclusiva de la *lex rei sitae* era consecuencia de ello¹³.

8. La concepción germana de la herencia consideraba la sucesión como la atribución de la titularidad sobre un patrimonio y no como la sustitución de la persona del causante. Es la escuela francesa de los estatutarios la que recoge esta concepción, con el fin fundamental de evitar el traspaso del patrimonio hereditario a los extranjeros. Pero este criterio encontró muchas dificultades en la práctica por la multiplicación de leyes aplicables a una misma sucesión internacional, por lo que ha evolucionado hacia sistemas mixtos, manteniéndose un sistema puro sólo en algunos países iberoamericanos¹⁴.

La evolución hacia los sistemas llamados mixtos supuso la sustitución de la aplicación de la *lex rei sitae* tanto a los inmuebles como a los muebles por una regla más flexible, según la cual la sucesión en los inmuebles se sigue rigiendo por ésta y la sucesión en los muebles por una ley designada conforme a un criterio personal: ley del último domicilio del causante, que se toma no tanto como tal conexión personal, sino como una ficción, al entenderse que el lugar de situación de los muebles debe ser el último domicilio del causante. Este sistema se siguió en Francia, Austria, Hungría, Rumanía y Suecia y posteriormente fue copiado en Inglaterra y Estados Unidos.

El sistema de fraccionamiento en su versión mixta reduce el número de leyes aplicables, pero no evita que en muchos casos se aplique más de una. Es ya en el siglo XIX, de la mano de autores como Savigny, cuando se extiende la idea de la unidad de la sucesión, sobre la base de la concepción romana de la herencia. Según ésta el centro de la sucesión es un patrimonio sujeto a reglas propias e independientes, la herencia, y la sucesión mortis causa opera la subrogación del heredero en la persona del causante. Eso explica, entre otras cosas, la preferencia de la sucesión testada sobre la intestada. Este concepto romano de la sucesión basada en las notas de unidad y universalidad tiene como consecuencia la aplicación de una sola ley rectora de la sucesión y de la cuantía de los derechos sucesorios, con independencia de la naturaleza de los bienes. Además, la sucesión forma parte del estatuto personal, por lo que esa ley tiene que ser la ley personal. Esta concepción es la que

¹³ LEWALD, H., «Questions de Droit international des successions», *R. des C.*, 1925, IV, pp. 13 ss.

¹⁴ Es el caso, por ejemplo, de la Convención de Montevideo y los Códigos de Méjico y Honduras respecto de las sucesiones intestadas. Se sigue en esa exposición a CALVO, A., y CARRASCOSA, J., *Derecho internacional Privado*, vol. II, ed. Comares, Granada 2002, pp. 230 ss.

acabó imponiéndose en España, con los matices que luego se verán, Italia, Portugal, Alemania y los Países Bajos.

Entre los países que siguen este sistema hay, no obstante, divergencias en cuanto a la determinación de esta ley personal que unos consideran debe hacerse en base a la ley del último domicilio del causante y otros en base a la nacionalidad del mismo en el momento del fallecimiento. La primera conexión era la defendida por Savigny, para quien el carácter esencial del Derecho de sucesiones es la transmisión del patrimonio del causante a otros, lo que constituye una extensión de su poder y voluntad más allá de su vida, por lo que la sede de la sucesión es el domicilio del causante en el momento de su muerte; de ahí que la ley aplicable sea la *lex ultimi domicilii*, sean los bienes hereditarios muebles o inmuebles¹⁵. Más tarde y por influencia de Manzini, a través de Italia se extiende la conexión nacionalidad¹⁶.

9. En este contexto, el análisis de Derecho comparado en época reciente demuestra que son mayoría los países que siguen un sistema de unidad y que existe una tendencia creciente en esa dirección¹⁷, aunque las conexiones escogidas en unos y otros varían. La conexión retenida habitualmente es la nacionalidad del causante en el momento de su muerte¹⁸, si bien ésta se sustituye en ciertos países, como Dinamarca, por la conexión domiciliar (último domicilio del causante), o por la última residencia habitual del causante (caso de los Países Bajos, en aplicación del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989¹⁹).

La conexión nacionalidad se justifica en este ámbito por la consideración de la estrecha relación entre el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones y por la voluntad de los Estados de extender

¹⁵ «System des römischen Recht», vol. 8, 1849, pp. 295-308. Y se acoge el domicilio y no la nacionalidad porque para Savigny la nacionalidad está destinada a regir aspectos de Derecho Público y no de Derecho Privado y porque la sucesión resulta de un hecho jurídico que es la muerte del difunto y su consecuencia jurídica, la desaparición de la persona, y es en el domicilio de ésta donde se manifiestan los efectos jurídicos de su desaparición porque en él, sede jurídica de la persona, es donde están concentrados todos sus intereses patrimoniales. En este sentido: BOULANGER, F., *Étude comparative du Droit International Privé des Successions en France et en Allemagne*, LGDJ, París, 1964, p. 59.

¹⁶ Report de 1874 del Instituto de Derecho Internacional, *Rev. de Droit int. et de lég. Comp.*, 1875, pp. 329-361.

¹⁷ HAOPEI, LI, «Some recent developments in the conflict of laws of successions», *R. des C.*, 1990, pp. 35 ss.

¹⁸ Es el caso de España, Alemania, Austria, Grecia, Italia, Portugal y Suecia.

¹⁹ La regla en los Países Bajos es la aplicación de la ley del Estado de la última residencia habitual del causante si éste era nacional de dicho Estado o había tenido su residencia habitual en ese Estado durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, salvo, en este último caso, que tuviera vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado de su nacionalidad. En los demás casos la regla es la aplicación de la ley nacional del causante salvo que existieran vínculos más estrechos con otro Estado. Una solución cercana a la anterior es la adoptada en Finlandia.

su ley a sus nacionales establecidos en el extranjero. Junto a ello se afirma que la nacionalidad garantiza la seguridad jurídica mejor que el domicilio, ya que en la mayor parte de los casos es fácil de establecer y es más duradera²⁰. A favor del domicilio o la residencia habitual se alega que, frente a la nacionalidad, responden al criterio de mayor vinculación porque el causante tendrá habitualmente más lazos con el Estado de su domicilio o residencia que con el de su nacionalidad, en ese Estado tendrá la mayor parte de sus bienes y además es una ley de aplicación más fácil para las autoridades y asesores de las partes que una ley extranjera, argumentos todos susceptibles de ser contestados²¹. Con frecuencia los países que escogen la conexión domiciliar la refuerzan con algún otro criterio; eso es lo que hace el Convenio de La Haya de 1989, cuyas reglas se han adoptado en los Países Bajos, en el que la ley de la última residencia habitual del causante sólo se aplica si éste tenía la nacionalidad de dicho Estado o residió habitualmente en él los cinco años anteriores a su muerte, salvo, en este último caso, que presentara vínculos más estrechos con el Estado de su nacionalidad. Además, se aplica la conexión nacionalidad en caso de residencia habitual durante menos de cinco años en un Estado que no sea el de la nacionalidad, salvo vínculos más estrechos con otro Estado. Una regla similar se aplica en Finlandia.

10. Junto a lo anterior, la aplicación al conjunto de la sucesión de una ley única no excluye que, en ciertos países, se tenga en cuenta la ley del Estado de situación de los bienes. Por ejemplo, en Alemania la ley aplicable a la sucesión no se extiende a los bienes situados en el territorio de otro Estado si la ley de ese otro Estado los somete a disposiciones especiales²². En un sentido similar el artículo 6 del Convenio de La Haya de 1989 establece que «*una persona puede designar para regir la sucesión de algunos de sus bienes la ley de uno o de varios Estados. Sin embargo, esta designación no puede afectar la aplicación de normas imperativas de la ley aplicable en virtud de los artículos 3 y 5*» (que establecen el primero la regla general –de unidad– y el segundo la conexión subjetiva, con la especificación de que la ley escogida por el causante lo es para regir el conjunto de la sucesión).

En Finlandia se reserva la aplicación de la ley de situación de los bienes si ésta somete dichos bienes a una legislación especial

²⁰ Para un análisis comparado de los distintos sistemas en la Unión Europea ver «Les successions internationales dans l'UE. Perspectives...» cit., pp. 69 ss.

²¹ Esta conexión es también la que se usa en la Convención nórdica para la sucesión del nacional de un Estado parte muerto en otro estado parte.

²² Sobre este sistema ver SCHÖMMER, H.P./GEBEL, D., *Internationales Erbrecht, Spanien*, Verlag C.H. Beck, Munich, 2003, pp. 20 ss.

con la finalidad de permitir la continuación de un negocio o profesión o de mantener una indivisión familiar, cualquiera que sea la ley que rige, en principio, la sucesión. También en Suecia se hace una reserva a la aplicación de las leyes especiales del Estado de situación de los inmuebles con independencia de sus objetivos y en Dinamarca la jurisprudencia acepta la aplicación de la ley de situación de los inmuebles si contiene disposiciones especiales relativas a los mismos.

11. En los países con sistemas de fraccionamiento la sucesión se somete a la ley del lugar de situación de los bienes, entendiéndose que, en el caso de los muebles, éstos están situados en el Estado del domicilio del causante.

Este sistema de fraccionamiento es el que está en vigor en los países de common law, como el Reino Unido y USA pero también en otros como Francia, Bélgica y Luxemburgo. En el Reino Unido y USA caben excepciones al principio general del fraccionamiento en el caso de la sucesión testamentaria, en que es posible someter la totalidad de la sucesión a una única ley, aunque ésa no sea la de situación de los bienes inmuebles, y en ciertos supuestos de reenvío.

En este contexto de divergencia de soluciones normativas ha habido ciertos intentos de unificar criterios, si bien hasta ahora han obtenido un éxito muy escaso. La Conferencia de La Haya llegó a aprobar el Convenio de 1989, ya citado, en esta materia, que sólo ha sido ratificado por los Países Bajos²³ por lo que no ha llegado a entrar en vigor, pero cuyo análisis puede resultar útil en la búsqueda de la solución más adecuada.

2) LA SOLUCIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1989 SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

12. El Convenio de la Conferencia de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1 de agosto de 1989 opta por un sistema de unidad en el que la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento es el criterio fundamental, si bien, siguiendo un sistema de acumulación de puntos de conexión, ésta debe concurrir con algún otro criterio (para ser tenida en cuenta la residencia habitual debe ser la de la nacionalidad del causante en el momento indicado o bien haberse manteni-

²³ El Convenio ha sido firmado por Argentina, Luxemburgo, Suiza y los Países Bajos, pero sólo este último lo ha ratificado.

do durante los cinco años inmediatamente anteriores a su muerte. En otro caso, se aplicará la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento). Además de establecerse esta regla se utiliza la conexión flexible de los «vínculos más estrechos», lo que supone la aplicación de la ley con la que la sucesión esté, en función de sus circunstancias, más estrechamente conectada. Esta conexión no juega en absoluto en los casos en los que el causante tenga su residencia habitual en el Estado de su nacionalidad. En el resto de los supuestos opera con distinto alcance en función de las circunstancias: en el caso de que la conexión retenida sea la residencia habitual continuada durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento en un Estado, esta ley puede dejar de aplicarse si el causante presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado del que en ese momento sea nacional. En caso de que la aplicable sea la ley nacional ésta puede dejar de aplicarse si el causante presenta en el momento de su muerte vínculos más estrechos –no necesariamente manifiestamente más estrechos– con la ley de otro Estado²⁴.

En el sistema del Convenio las reglas anteriores solo se aplican en ausencia de ejercicio de autonomía de la voluntad, ya que, de acuerdo con su artículo 5, ésta se admite, si bien limitándola a la elección por el causante entre dos leyes: la de su nacionalidad o la de su residencia habitual en el momento de su muerte, especificándose que esa ley regirá el conjunto de su sucesión. Pero esa referencia al conjunto no alude a la necesidad de mantener a toda costa un sistema unitario, sino a los casos en que la sucesión es en parte testada y en parte intestada.

13. Es cierto que cuando se negociaba este Convenio muy pronto se decidió, en lo que se refiere a la conexión objetiva, que se iba a optar por el sistema de la unidad y ello no sólo por razones relativas a la necesidad de adaptación o los problemas de calificación²⁵ que el sistema del fraccionamiento conlleva, sino también por la orientación favorable a la unidad de algunos delegados de países con sistema de fraccionamiento, como el de USA (Prof.

²⁴ Llama la atención, en cualquiera de los dos casos, que la referencia de los vínculos más estrechos sea el causante y no el conjunto de la situación.

²⁵ Uno de los problemas que se alega que plantea el uso de conexiones distintas en el ámbito sucesorio en función de la naturaleza de los bienes es el de la determinación de qué es mueble y qué inmueble. Esta distinción es propia del Derecho Civil, ya que en los países de common law la distinción es entre los países de personal property y los de real property, aplicándose la primera sólo en casos relacionados con países donde no se conoce la segunda distinción (MILLER, G., *Internacional aspects of sucesión*, Ashgate Publishing Ltd., 2000, pp. 33 ss.).

Scoles) o el de Francia (Prof. Lagarde) y por la ausencia de muchas objeciones de la Delegación británica²⁶.

No obstante, si bien la regla general objetiva del Convenio es la unidad, su artículo 15 es una excepción a la misma, al establecer que la ley aplicable en virtud del Convenio lo es sin perjuicio de los regímenes sucesorios particulares a los que se someten ciertos inmuebles, empresas u otras categorías de bienes de acuerdo con la ley de su situación en razón de su destino económico, familiar o social²⁷. También constituye una excepción la admisión del reenvío de segundo grado en el artículo 4, que puede llevar a una fragmentación de la sucesión²⁸. Además en su artículo 6 el Convenio establece la posibilidad de que una persona designe para regir la sucesión de alguno de sus bienes la ley de uno o varios Estados, lo que no puede atentar a las normas imperativas de la ley aplicable en virtud de las disposiciones anteriores.

14. En consecuencia, este texto es un reflejo bastante fiel de la situación: si bien opta por uno de los dos grandes sistemas –el de unidad– no puede dejar de incorporar elementos propios de los sistemas de fraccionamiento porque la realidad es mucho más compleja de lo que puede parecer y obliga a hacer concesiones que impiden hablar de «sistemas puros»²⁹.

²⁶ BRANDI, T., «*Das Haager Abkommen von 1989 über da sauf die Erbfolge anzuwendende Recht*», Dunker & Humblot, Berlín, 1996, pp. 207 ss. La propia doctrina inglesa se muestra en ocasiones muy crítica con el sistema de fragmentación, señalando al respecto que aquél podía estar justificado en el pasado, cuando el Derecho inglés preveía dos sistemas sucesorios, uno para los muebles y otro para los inmuebles (o mejor, uno para la «personal property» y otro para la «real property») y se consideraba que las deudas debían pagarse primero sobre los muebles; por ello, era lógico que la *lex domicilii* se aplicara a los muebles y, puesto que los inmuebles no estaban sujetos en primer lugar al pago de las deudas, había pocos inconvenientes en aplicar la *lex situs*. Pero ahora que hay un sistema unificado algunos califican la fragmentación de ilógica e incómoda (SHERRIN, C.H. y BONEHILL, R.C., «*The Law and Practice of Intestate Sucesión*», Sweet & Maxwell, Londres, 1987, pp. 312-313).

²⁷ En el informe explicativo del Convenio se pone de relieve que el precepto no se refiere a todos los bienes inmuebles, incluso si las disposiciones que afectan a los mismos se basan en consideraciones de carácter económico, familiar o social, sino que hay que interpretar este artículo de manera restrictiva, de forma que sólo queden comprendidas en él las situaciones en que sea necesaria la protección de derechos hereditarios irrenunciables (párr. 12).

²⁸ Se puede hacer, no obstante, una reserva a este artículo sobre la base del artículo 24 del Convenio.

²⁹ Por otra parte, el propio elenco de materias que el Convenio considera sucesorias es una muestra de las divergencias entre sistemas y de la concepción mucho más amplia que de la materia sucesoria existe en los sistemas continentales –devolución, transmisión y administración– respecto de la de los países de Common Law –sólo devolución–, ya que la transmisión y la administración se rigen por la ley del foro. En este sentido se ha señalado que el artículo 7.2 del Convenio representa el mínimo común denominador de materias que todos los Estados consideran sucesorias y que el 7.3 contempla la «zona gris» (*A Law Reform Comisión Report on The Hague Convention (1989) on the Law of Sucesión to Estates of Deceased Persons*, Dublín, 1991, p. 64).

3) JUSTIFICACIONES TEÓRICAS DE UNO Y OTRO SISTEMA

15. El tema de la opción por un sistema de unidad o por un sistema de fragmentación ha sido tratado abundantemente y desde distintas aproximaciones por la doctrina.

Para algunos se trata de hacer un análisis de los intereses en juego y de determinar qué sistema satisface mejor, y en qué medida lo hace, tales intereses³⁰. Desde esta óptica se afirma que el interés fundamental del causante es que su sucesión se rija por aquel ordenamiento que esté más estrechamente vinculado con su persona, lo que conduce a un sistema basado en una conexión personal –en la forma de ley nacional o de la residencia habitual– y no a una conexión real, ya que difícilmente, se dice, será equivalente la vinculación que el causante pudiera tener con el Estado de situación de sus bienes y la existente con el Estado de su residencia o nacionalidad. Para los herederos, siempre según esta teoría, el interés es el mismo, es decir, la aplicación del ordenamiento con el que estén más estrechamente vinculados. Lo que ocurre es que, en su caso, de tomarse este interés en cuenta podría aplicarse una ley distinta en relación con cada uno de los herederos, lo que no se considera una solución deseable. Pese a ello, el fraccionamiento jugaría en su contra, ya que les llevaría a la aplicación de ordenamientos estatales, sobre la base de una conexión real, con los que pueden no tener ningún vínculo y también porque las posibilidades de manipulación de tales conexiones reales por el causante son mayores (por ejemplo a través de la venta de muebles y compra de inmuebles con el fin de que la sucesión se rija por la ley de situación de éstos, o a través de la colocación de los inmuebles en manos de una sociedad, de forma que lo que se hereden sean acciones o participaciones sociales).

Desde la perspectiva de los acreedores, y siempre según esta teoría, es indiferente la adopción de un sistema u otro, puesto que en los sistemas que admiten la fragmentación ésta se refiere sólo a los activos de la sucesión, pero no al pasivo, que sigue siendo único, de manera que de las deudas del causante sigue respondiendo el conjunto del patrimonio de éste. Por último, los intereses del tráfico resultan beneficiados por un sistema de conexiones reales, ya que éste permite llevar a una misma ley los aspectos puramente sucesorios y los reales, lo que evita las discrepancias que pueden

³⁰ BRANDI, T., «Das Haager Abkommen...», cit., pp. 162 ss. Para un análisis de los intereses presentes en las sucesiones internacionales, si bien desde la óptica del estudio de la autonomía de la voluntad en el ámbito sucesorio ver DREHER, K., *Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht*, Meter Lang, 1998.

llegar a producirse entre una y otra, que dificultarían en algunos casos la efectiva transmisión de la propiedad de los bienes. Sin embargo, desde la perspectiva de los intereses del Estado de situación, esta postura no considera que su posibilidad de control sobre los inmuebles en él situados sea en sí misma suficiente para justificar la opción por un sistema u otro.

Este análisis, que no difiere en su contenido esencial, y sí sólo en su forma de presentación, del que tradicionalmente se viene haciendo en esta materia, concluye que, de todos los intereses en juego, sólo unos, los del tráfico, abogan por el mantenimiento de una conexión basada en la situación de los bienes, que puede conducir a la fragmentación, mientras que todos los demás remiten a una conexión personal, basada en la persona del causante, lo que conduce a un sistema unitario.

16. Desde la óptica opuesta se han elaborado ciertas teorías a favor de la fragmentación que merecen un comentario por ser un intento de justificación dogmática más elaborada que otras argumentaciones en pro de esta solución. En este sentido se ha distinguido entre los aspectos horizontales y los verticales de la sucesión³¹, señalándose que los primeros hacen hincapié en la consideración del patrimonio del causante como elemento esencial de la sucesión, mientras que los verticales prestan especial atención a los bienes que se transmiten individualmente considerados. Desde una perspectiva puramente teórica señala J. Héron³² que la conexión de la sucesión con la ley personal reposa en tres argumentos que están en la base de todas las tesis personalistas de finales del siglo XIX y principios del XX. En primer lugar que la sucesión se basa en el principio de la continuación de la persona del difunto por el heredero; en segundo que la sucesión no se puede desligar del Derecho de familia y, en consecuencia, se debe sujetar a la misma conexión que éste, es decir, la ley personal del causante y, por último, que la base de toda sucesión es el testamento, no teniendo la sucesión intestada más que un carácter supletorio y pudiendo concebirse como una manifestación de la voluntad implícita del causante. Ello implica que hay que designar una única ley porque no se puede testar conforme a ordenamientos distintos y a veces contradictorios.

No obstante, señala este autor, todos esos argumentos son fácilmente rebatibles. El primero porque numerosos ordenamientos,

³¹ HÉRON, J., *Le morcellement des successions internationales*, ed. Económica, París, 1986.

³² *Le morcellement des successions...*, cit., pp. 102 ss. Esta teoría ha sido específicamente refutada por HAOPEI LI en «Some recent developments...», cit., pp. 9-22, espec. pp. 62 y 63.

angloamericanos y musulmanes, por ejemplo, ignoran la idea de la continuación de la persona del causante. Además la continuación de la persona está ligada a la idea de universalidad y parte de la base de que el heredero recoge el patrimonio del difunto, pero el patrimonio constituye un objeto ideal que no es susceptible de ser localizado. El patrimonio desaparece junto con la persona y la sucesión no consiste en la transmisión de éste, sino en la de todos los bienes del causante y de cada uno de ellos. En cuanto al argumento derivado del Derecho de familia cabe alegar que puede haber sucesión sin familia. Además, si la protección de la familia puede ser una de las finalidades del legislador en materia sucesoria, esta finalidad no determina la ley aplicable a la sucesión, de la misma forma que el matrimonio que, entre otros fines, se admite tradicionalmente que busca la procreación no se somete a la ley de los hijos³³.

Por último, continúa Héron, no puede afirmarse de manera absoluta la primacía de la sucesión testada sobre la intestada y, además, la concepción de la segunda como expresión de la voluntad del causante carece de base alguna. En consecuencia, todos los argumentos personalistas, y por ende unitarios, reposan efectivamente sobre opciones legislativas y no sobre cuestiones esenciales y además sólo se preocupan de la devolución y no de otros mecanismos sucesorios³⁴.

No obstante, el mismo autor admite que hay aspectos de la sucesión en los que, si no absolutamente necesario, sí es desde luego más útil desde la perspectiva de la facilidad en la realización de las operaciones necesarias y de la disminución de los riesgos para los afectados, la consideración de la herencia como un patrimonio global. Ese es el caso de la garantía de la igualdad de herederos que exige la división de la herencia en lotes, lo que hace que los bienes pierdan en cierto sentido su individualidad y que su atribución se haga no sobre la base de sus características propias, sino en razón de su valor, a fin de que todos los lotes alcancen el mismo. El buen sentido aconseja no multiplicar las fracciones porque eso complica inútilmente las operaciones de liquidación de la sucesión,

³³ HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., p. 104. Para BATIFFOL H. se trata de una materia en la que confluye todo el Derecho privado tanto el Derecho de familia como el de propiedad y obligaciones («Le pluralisme des méthodes», *R. des C.*, 1973, T.139, p. 440). PLAISANT R. afirma, por su parte, la confluencia en este sector de los intereses de la familia, del Estado, los terceros y el estatuto real (*Les règles de conflits dans les traités*, París, 1946, p. 230). Desde la perspectiva del Derecho español en la contemplación del fenómeno sucesorio no hay que olvidar que, cualquiera que sea su vinculación, evidente por otra parte, con el Derecho de familia, nuestro CC sitúa la regulación del mismo en el Libro III que lleva por título «De los distintos modos de adquirir la propiedad», cuyo Título III regula las sucesiones y no en el Libro I «de las personas».

³⁴ HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., p. 105.

lo que hace aconsejable el sometimiento de estas operaciones a una ley única con un solo juego de lotes, señalándose que una ley única que afecta a todos los bienes de la sucesión es el único sistema que permite aportar a la liquidación de las deudas una solución satisfactoria³⁵.

17. Frente a lo anterior, se dice que es cierto que en el sistema de unidad se requiere sólo una ley para gobernar la sucesión, pero se enfrenta a la realidad de que tiene que permitir a los inmuebles situados en otro Estado ser gobernados por la ley de ese Estado si éste tiene un sistema de fragmentación. Al calcular las cuotas de los herederos forzosos un Estado unitario puede tomar en cuenta el valor de la totalidad de los bienes del difunto aunque sólo sea capaz de satisfacer a tales herederos con los bienes que se encuentren en su territorio. En esos casos el cálculo realizado puede resultar en la práctica ficticio, porque es posible que cualquier intento del heredero de obtener el pago de la herencia mediante la realización o adjudicación de bienes inmuebles situados fuera del Estado en que se ha abierto la sucesión es probable que sea rechazado por los tribunales del lugar de situación³⁶.

El argumento es el siguiente: por mucho que el Derecho del Estado A establezca que la sucesión se somete íntegramente a la ley nacional del causante cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes que integran la herencia, si el Estado donde efectivamente se halla alguno de esos bienes no admite esa regla, sino que considera que es su propia ley la que debe regir la sucesión sobre ellos, no admitirá tampoco las consecuencias que sobre la propiedad de tales bienes tiene la aplicación de la ley de A. Desde mi punto de vista esta afirmación es, cuanto menos, matizable. Sobre ello se vuelve al final de este trabajo al tratar de la transmisión de la herencia.

18. Las posturas anteriores, que en absoluto pretenden ser una descripción exhaustiva de los argumentos a favor y en contra de una u otra de las opciones posibles, sí permiten constatar que ninguno de los dos sistemas está exento de inconvenientes y que en relación con cualquiera de ellos es necesario establecer elementos de corrección.

Sea cual sea la perspectiva que se adopte, los argumentos doctrinales a favor de uno u otro de los sistemas se pueden reconducir a una serie de elementos comunes. En contra del fraccionamiento o

³⁵ HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., p. 110; BATIFFOL, M., «Réflexions sur la loi applicable aux successions», *Festgabe für A.N. Makarov*, Tübingen et Berlin, 1958, pp. 791 ss. Sobre esta cuestión también se pronuncia SIMÓ SANTONJA, V. L., *Derecho sucesorio comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, ed. Tecnos, 1968.

³⁶ HAYTON, D., *European Sucesión Laws*, Jordans, 1998, p. 9.

escisión se señala que facilita la aparición de inadaptaciones o desajustes (por ejemplo en el caso de que un testamento sea válido para un ordenamiento e inválido para otro, o que las cuotas hereditarias difieran en cada ordenamiento, complicando con ello la liquidación de la herencia); que la escisión puede quedar descartada de hecho si no es admitida por el Derecho del foro ante el que se sustancia el supuesto litigioso y, además, que puede hacer ineficaz la voluntad del testador en la sucesión testamentaria al no ser compatibles las disposiciones del testador con los mandatos de la *lex rei sitae*, que puede imponer legítimas u otras limitaciones que no han sido tenidas en cuenta por el testador en su disposición. A cambio, se dice, dicho sistema presenta algunas ventajas, como que garantiza y protege mejor los intereses de terceros, sobre todo de los acreedores del causante, y proporciona una solución muy efectiva al someter la sucesión de los inmuebles a la *lex rei sitae*, lo que es admisible por el ordenamiento en que esta ley se inserta aunque no utilice la misma conexión.

A favor del modelo de unidad de la sucesión se argumenta la ventaja de su correlación con la unidad y universalidad de la sucesión cuando es recogida en Derecho interno; además, se dice, ayuda a que sea el mismo ordenamiento jurídico el que regule las relaciones de familia y la sucesión del causante, situación deseable por la estrecha relación existente entre estas materias, y es una solución sencilla y fácil de aplicar porque evita la multiplicidad de operaciones sucesorias paralelas a que puede dar lugar la fragmentación. Como contrapartida la aplicación de la ley personal del causante puede resultar ilusoria si la totalidad o parte de sus bienes están situados en un Estado que no acepta este tipo de conexiones y se inclina por las de carácter territorial³⁷.

Como es obvio, cualquiera de los argumentos a favor o en contra de los dos sistemas presenta puntos en los que puede ser rebatido. De lo que se trata es de delimitar si existe globalmente un mayor porcentaje de «eficacia» de uno frente a otro.

Por otra parte, todo lo anteriormente señalado no responde sino a simplificaciones excesivas porque lo cierto es que en los países con un sistema de unidad no dejan de encontrarse excepciones a este principio derivadas fundamentalmente de razones de índole práctica y que los autores que con más profundidad se ocupan de estas cuestiones no pueden dejar de reconocer lo artificial de la

³⁷ IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *RGD*, 537, 1989, pp. 3567 ss.; CALVO CARAVACA, A. L., «Comentario al artículo 9.8», cit., p. 355; «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español» *RGD*, 502-503, 1986, pp. 3103 ss.; DAVI: «Riflessioni sul futuro diritto internationae privato erpeo delle successioni», *Riv. Dir. Not.*, 2005, pp. 297 ss..

categorización. Como señala M. Férid la afirmación de que la sucesión forma un todo es una idea seductora muy fácil de formular pero imposible de realizar porque una ley única no puede regir el conjunto de la transmisión sucesoria sin concesiones sea a la ley del lugar de situación del bien, sea a la del procedimiento, llegando este autor a afirmar que la unidad de la sucesión, sea territorial, sea funcional, solo puede calificarse de «bello sueño» e, incluso, «ficción peligrosa»³⁸.

4) SOLUCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL

19. Nuestro sistema³⁹ designa la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento como ley reguladora de la sucesión, sea testada o intestada, cualesquiera sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren, si bien en relación con la sucesión testamentaria el momento en el que se fija la determinación de la ley nacional se modifica, al fijarse en el del otorgamiento del testamento, con algunas salvedades, como se verá en páginas posteriores. Del mismo modo, y a fin de garantizar la adaptación entre el régimen matrimonial y los derechos sucesorios, se someten los derechos sucesorios del cónyuge viudo a la ley reguladora de los efectos del matrimonio, dejando a salvo las legítimas de los descendientes⁴⁰.

20. Se viene señalando tradicionalmente que el sistema español es de unidad⁴¹, y es cierto que desde una perspectiva material la concepción romanista de la sucesión impera en nuestro ordenamiento. Como señalan Díez-Picazo y Gullón la sucesión es la sustitución de un sujeto por otro en una relación jurídica que permanece inmutada en los demás elementos, pasando a definir estos autores el Derecho de sucesiones como «*la parte del derecho privado*

³⁸ «Le rattachement autonome de la transmission successorale en Droit international privé», *R. des C.*, 1974-II pp. 190-191. Al realizar esta última afirmación toma la cita de M.E. Mezger en Nota a la sentencia de la Cour de Cassation de 24 de noviembre de 1953, *Rev. Crit.*, 1953, p. 699.

³⁹ Artículo 9.8 del CC.

⁴⁰ Sobre esta necesidad de adaptación y las formas de conseguirla ver ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, ed. Aranzadi, Madrid, 1993.

⁴¹ El sistema de unidad es el que viene imperando desde el siglo XIX, primero por vía jurisprudencial y luego legislativa, al recogerse esta solución en el anterior artículo 10.2 del CC. Nuestro Derecho más antiguo, sin embargo, recogía un sistema de fraccionamiento. En este sentido, la Partida III, Título XIV, Ley 15, sometía la transmisión de los bienes en general, incluida la que se operaba por vía sucesoria, a la *lex rei sitae*. En los Proyectos de CC redactados durante la primera mitad del siglo XIX no se contenía una regulación específica de las sucesiones en Derecho internacional privado, sino que éstas se sometían al régimen general de los bienes.

*constituida por un conjunto de normas que regulan el destino de las relaciones jurídicas de una persona cuando muere, y de las que con este motivo se producen»*⁴². Pero a esto hay que hacer como mínimo dos acotaciones: la primera es que en España coexisten junto a un sistema sucesorio común regulado en el CC, sistemas sucesorios forales y que de alguno de estos últimos no se puede afirmar que se rija por el principio de unidad. Es el caso, por ejemplo, de la troncalidad vizcaína y el derecho de abalorio previsto en la Compilación de Aragón; incluso dentro de la regulación del CC las reservas previstas en los artículos 811 y 968 y siguientes pueden considerarse excepciones a la regla general.

*El ejemplo de la troncalidad vizcaína es especialmente claro: los bienes raíces situados en la tierra llana de Vizcaya deben conservarse dentro del tronco familiar de que proceden. Eso implica que, de acuerdo con los artículos 18 y siguientes de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, que sustituye a la Compilación Foral de Vizcaya, los vizcaínos, aunque no residan en territorio foral, sólo podrán disponer a título gratuito, inter vivos o mortis causa, de los bienes troncales a favor de los parientes tronqueros si los hubiere. Como consecuencia de lo anterior, los bienes troncales tienen un régimen sucesorio específico por su conexión territorial, mientras que los demás bienes están sometidos a la conexión personal, de forma que si la vecindad civil del causante era común se aplicará el Derecho común a la sucesión en los demás bienes y el Derecho vizcaíno a los bienes troncales*⁴³.

21. La segunda acotación es que la pretendida unidad debe ser puesta en duda incluso en relación con el sistema del CC, como acertadamente ha puesto de relieve Iriarte. Señala este autor que tal unidad viene contradicha por el propio artículo 9.8 del CC cuando señala que *«las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra ley la que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán,*

⁴² *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 323. Como resulta de la nota anterior, esta no es, no obstante, la concepción de nuestro más antiguo Derecho histórico, que a estos efectos ni siquiera individualizaba el sector respecto de la transmisión de los bienes en general, con lo que indudablemente no primaba esta visión personalista, sino la real.

⁴³ Hay ciertos autores que no consideran que en la situación descrita se pueda hablar de una quiebra de la regla general de la unidad, sino que, puesto que para apreciar que estamos en el supuesto de la troncalidad es necesario apreciar además de la ley de situación del bien la condición personal de vizcaíno que imperativamente debe tener el causante se trata de un Derecho excepcional al Derecho Común y no de Derecho especial del mismo rango que el común. Siendo así, no puede influir en los principios generales de Derecho Internacional Privado, como los de unidad y universalidad en la sucesión (CASTELLANOS, E., *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, ed. Comares, Granada, 2001, p. 79).

en su caso, a esta última» y que «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes»⁴⁴, así como por el Convenio de 6 de marzo de 1919 entre España y Grecia⁴⁵.

Este autor añade un argumento más de orden lógico que de apoyo legislativo, como es que el tratamiento unitario de la sucesión no respeta la naturaleza de los inmuebles, por lo que la propia lógica jurídica invita a pensar que la unidad de la sucesión no es absoluta y que se puede prescindir de ella «cuando el juego de las normas de conflicto y de aplicación españolas al incidir sobre inmuebles fueren a la ruptura de la misma»⁴⁶.

III. SEGUNDA PARTE: CUESTIONES PREVIAS AL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO SUCESORIO

1) INTRODUCCIÓN

1. Descrita la situación desde una perspectiva teórica hay que ponerla, además, en relación con la práctica de las sucesiones internacionales. Para ello puede resultar útil partir de los distintos pasos a seguir desde la apertura de la sucesión ante una autoridad estatal hasta la liquidación de la misma con la correspondiente transmisión a los herederos de los bienes hereditarios.

Adelanto que al hacer este análisis se constata: (i) que la tradicional distinción entre los sistemas de unidad y los de fragmentación en la determinación de la norma de conflicto en el ámbito sucesorio es una simplificación excesiva porque la realidad es mucho más compleja y las diferencias entre ordenamientos en

⁴⁴ Esta interpretación no es acogida, ni mucho menos, por la totalidad de la doctrina española; así, por ejemplo, BORRÁS, A., en su comentario a este artículo interpreta esta remisión como una disposición destinada a resolver el conflicto móvil y garantizar el favor señala que responde al principio de unidad y universalidad («Comentario al artículo 9.8», Comentario del CC, Ministerio de Justicia, 1995, T. I, p. 97). En el mismo sentido CASTELLANOS, E., en *Unidad vs. pluralidad*, cit., p. 71.

⁴⁵ Convenio celebrado el 6 de marzo de 1919 fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente. Su artículo 13 establece que la sucesión de los bienes inmuebles se regirá por los tribunales u otras autoridades competentes del país dentro del cual estén situados los inmuebles y conforme a sus leyes. Por el contrario, el artículo 14.1 prevé que la sucesión de los bienes muebles se regirá por los tribunales o autoridades competentes del Estado a que pertenezca el difunto y conforme a las leyes de ese Estado.

⁴⁶ IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Doble reenvío...», cit., pp. 3575 ss. También BORRÁS, A., afirma que en el sistema español «la unidad quiebra en casos que muestran que es un sistema solo preponderantemente personal» («Comentario al artículo 9.8», cit., pp. 95 ss.).

algunas cuestiones lo suficientemente acusadas como para cuestionar la dicotomía. No obstante, a efectos analíticos se mantiene la distinción; (ii) que gran parte de los problemas suscitados en el ámbito de las sucesiones internacionales derivan de la propia internacionalidad del supuesto y no de la opción por un criterio conflictual u otro; (iii) que los problemas tradicionalmente alegados respecto de cada uno de los dos grandes sistemas mencionados y que han sido descritos, en ocasiones no son tales o, cuanto menos, no son de imposible solución; (iv) que algunos de los aspectos de las situaciones internacionales guardan ciertas semejanzas con las insolvencias internacionales y que el análisis de tales semejanzas puede resultar útil para el establecimiento de una regulación de las características de la que quiere emprender la Unión Europea en el ámbito de las sucesiones.

2. Entre las cuestiones que se suscitan con independencia del modo de determinación de la norma de conflicto se encuentra, por ejemplo, la relativa a la constatación de la existencia o no de testamento o la relativa a la admisión o inadmisión del reenvío. Otras cuestiones sí se plantean de forma distinta según cual sea el sistema de determinación de la norma de conflicto escogido, pero al analizarlas hay que tratar de determinar si realmente las divergencias que se suscitan son tan relevantes como en ocasiones se afirma.

Por ello, se van a analizar en primer lugar las dos primeras cuestiones mencionadas (constatación del fallecimiento y, en su caso, existencia o no del testamento y reenvío) para a continuación estudiar la verdadera relevancia de la opción por un sistema conflictual de unidad o de fragmentación en el desarrollo del proceso sucesorio y, en concreto, la incidencia de la fragmentación sobre la determinación de la validez del testamento, las modalidades de aceptación y las consecuencias de aplicar una o varias leyes sobre los acreedores y los herederos, sobre la administración de las sucesiones y sobre la partición y transmisión de la propiedad de los bienes a los herederos. Al analizar este segundo núcleo de cuestiones se va a estudiar la posibilidad de utilizar el paradigma concursal para resolver algunos de los problemas que suscitan.

2) CUESTIONES PREVIAS

A. APERTURA DE LA SUCESIÓN Y EL REGISTRO DE ÚLTIMAS VOLUNTADES

3. En Derecho español el fallecimiento del causante supone el inicio del proceso sucesorio, si bien no produce por sí solo y auto-

máticamente la transmisión de la herencia. Se parte de la base de que el heredero o los herederos suceden a la persona del causante en sus derechos y obligaciones, pero que para que eso ocurra es necesario que se produzca una aceptación por parte de éstos cuyos efectos se retrotraen al momento del fallecimiento.

El proceso se inicia ante una autoridad española, notario o juez, que actúa no en su función contenciosa, sino en un expediente de jurisdicción voluntaria⁴⁷, al que se aporta el testamento o la declaración de no existir éste. Esta situación plantea varias cuestiones, en primer lugar, si se otorgó o no testamento; si la respuesta es afirmativa es necesaria la certeza de que se trata del último otorgado, ya que el testamento es revocable. En caso de asegurarse que no se otorgó testamento alguno es necesario asimismo garantizar la certeza de que ello fue así.

4. Esta necesidad de certeza, que se plantea tanto en situaciones internas como internacionales, es, sin embargo, más difícil de conseguir en el segundo caso y no es sino una constatación fáctica. Primero habrá que estar seguro de unos hechos: el fallecimiento⁴⁸ y la existencia o inexistencia de testamento. Sólo tras ello se plantea la validez o invalidez del testamento o quién es heredero en caso de sucesión intestada y se da entrada a las leyes aplicables para resolver esas cuestiones. Pero la cuestión previa, fáctica, se produce en cualquier caso y con independencia de qué ley se va a aplicar para regir la sucesión.

a) *El Registro General de Actos de Última Voluntad*

5. En España el Registro General de Actos de Última Voluntad está destinado a cumplir la misión señalada en los párrafos anteriores. Se trata de una entidad dependiente orgánicamente de la Dirección General de Registros y del Notariado, cuya función es el registro del otorgamiento de los testamentos y la emisión de certi-

⁴⁷ El artículo 135 del Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, que fue retirado y cuya suerte resulta en este momento incierta, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 27 de octubre de 2006, núm. 109-1, pp. 1 ss.) preveía que cuando los únicos herederos abintestato de la persona fallecida sean sus descendientes, ascendientes o cónyuge obtendrían la declaración de herederos abintestato mediante acta de notoriedad tramitada por notario hábil para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio en España. Los demás herederos abintestato habrían de obtener su declaración, a su elección, bien mediante acta de notoriedad tramitada conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, bien mediante expediente administrado por el Secretario Judicial.

⁴⁸ Sobre esta cuestión no hay que olvidar la existencia del Convenio sobre constatación de ciertas defunciones hecho en Atenas el 14 de septiembre de 1966 (*BOE* núm. 71, de 22 de marzo de 1980, corrección de errores en *BOE* número 170, de 16 de julio), del que son parte España, Grecia, Países Bajos, Portugal y Turquía.

ficados de actos de última voluntad. En concreto incorpora la información remitida por los Colegios Notariales sobre los testamentos otorgados ante todos los notarios españoles y por las Delegaciones Consulares acerca de los testamentos otorgados en el extranjero ante cónsules españoles, así como los testamentos autorizados en cualquiera de los países firmantes del Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972.

Tanto notarios como cónsules están obligados a proporcionar esa información. Se registran también en este órgano los testamentos otorgados en el extranjero por cualquier ciudadano que manifieste el deseo de que sean registrados en España, si bien en este caso la seguridad que proporciona el Registro es evidentemente menor que en los anteriores, al depender la inscripción de la voluntad de los interesados, dada la imposibilidad de imponer a través de una norma española obligaciones a las autoridades extranjeras similares a las impuestas a las españolas, salvo que convencionalmente se haya establecido algún sistema de cooperación.

Como continuación de esa función el Registro emite los Certificados de actos de última voluntad que informan de la existencia de los testamentos, el lugar y la fecha de su otorgamiento y del nombre del notario ante el que se otorgó a solicitud de los posibles herederos, los propios otorgantes de los testamentos que lo solicitan en vida y cualquier ciudadano español o extranjero que necesite conocer si existe o no testamento y lo solicite desde el extranjero. También procede a la legalización de certificados otorgados en el extranjero.

En el supuesto de que el causante falleciera abintestato los herederos acuden al notario para tramitar el Acta de Declaración de Herederos abintestato que el Registro debe incorporar semanalmente tras su remisión por los Colegios Notariales.

En consecuencia, el Registro garantiza la certeza en relación con los documentos y Actas de Declaración de Herederos abintestato cuando éstas se han otorgado ante autoridad española o ante alguna de las comprendidas en el Convenio de Basilea, pero cuando no estamos en ninguno de esos casos lo único que hace es legalizar los certificados expedidos en el extranjero.

6. El sistema es, pues, de alcance limitado. Además ni en todos los países existe un sistema de registro similar al descrito, ni es operativo tener que acudir a los registros situados en todos los lugares donde el causante pudo razonablemente otorgar testamento para tener la certeza necesaria sobre su situación sucesoria porque, aunque no será lo habitual, en ciertos casos eso puede llevar a tener que consultar a varios Estados con los consiguientes gastos y las

dilaciones temporales que ello supone. Ese sería el caso, si por ejemplo, el causante estuvo a lo largo de su vida domiciliado en distintos Estados, o si, sin llegar a estarlo, pasaba frecuentes temporadas en algunos de ellos.

b) *El Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972*

7. El Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972⁴⁹ y en vigor en España desde el 29 de septiembre de 1985 fue elaborado en el seno del Consejo de Europa⁵⁰ y pretende, según sus propios términos, «*instituir un sistema que permita a un testador hacer que se inscriba su testamento con el fin de, por una parte, reducir los riesgos de que éste se ignore o se conozca tardíamente y, por otra parte, facilitar después del fallecimiento del testador el descubrimiento de dicho testamento*».

Con esa finalidad se establece un sistema por el que cada uno de los Estados contratantes crea un organismo único o varios organismos cuyo cometido es la inscripción de los testamentos y la atención a las peticiones de información⁵¹, con el fin de facilitar, después del fallecimiento del testador, el descubrimiento de su testamento. Además, se debe crear un organismo nacional, que no necesariamente debe ser el mismo que el anterior y que puede ser incluso una entidad privada, como una asociación profesional de notarios⁵², que se encarga de la inscripción del testamento, a petición del testador, el notario, la autoridad pública o una persona habilitada para tal otorgamiento en los demás Estados contratantes y de responder a las peticiones de información que procedan de los organismos nacionales de los demás Estados contratantes.

Por otra parte, salvo ampliación por parte de los Estados, no se prevé la inscripción de cualquier testamento, sea cual sea su forma, sino de aquellos expresamente previstos: (i) los que consten en escritura auténtica autorizados por un notario, autoridad pública o

⁴⁹ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1985. El Convenio ha sido ratificado por Bélgica, Chipre, Estonia, Francia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España y Turquía y firmado, aunque no ratificado por Dinamarca, Alemania, Ucrania y el Reino Unido.

⁵⁰ Aunque con la voluntad de no limitarlo a sus miembros, sino de permitir su ratificación también por Estados no miembros, circunstancia que, sin embargo, no se ha producido (*Explanatory Report*, núm. 5, www.conventions.coe.int).

⁵¹ En el caso español ese organismo es, como resulta de párrafos anteriores, el Registro General de Actos de Última Voluntad de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Durante la elaboración del Convenio se analizó la posibilidad de crear un Registro internacional, pero finalmente se decidió no hacerlo.

⁵² Así resulta del *Explanatory Report*, núm. 14. En el caso de España es la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

cualquier persona, habilitados a tal efecto por la ley de dicho Estado, así como otros testamentos que hayan sido objeto de un acto oficial de depósito en poder de una persona o de una autoridad calificada para recibirlos en depósito, (ii) los ológrafos que, si la legislación de dicho Estado lo permite, se hayan entregado a un Notario, a una autoridad pública o a cualquier persona habilitados a tal efecto por la ley de dicho Estado sin que se haya extendido acta oficial de depósito. En este caso, el testador podrá oponerse a la inscripción si la ley estatal no lo prohíbe; (iii) si revisten una forma que implica la inscripción, retirada, revocación y demás modificaciones de los testamentos inscritos de conformidad con los criterios anteriores. En cualquiera de los casos es irrelevante la nacionalidad del testador, en virtud del artículo 6 del Convenio.

El último apartado de los indicados en el párrafo anterior se incluye con la finalidad de mantener el Registro actualizado, estableciendo al efecto que las anulaciones, revocaciones y otras modificaciones de los testamentos inscritos, también deben ser registradas. No obstante, esta actualización no siempre se consigue, y así, en los casos en que la revocación o modificación no se hace en una forma que haga el registro obligatorio, según lo hasta ahora visto, no será inscrita (es decir, en el caso de que el Derecho interno permita que esos actos revistan una forma distinta a la del testamento inscrito que modifican es posible que no accedan al registro, si no reúnen los requisitos previstos por el Convenio). Por ejemplo, un testamento otorgado ante Notario se inscribe y es posteriormente revocado por un testamento ológrafo en relación con el cual no se ha extendido un acta oficial de depósito. Si en este caso el testador se opone al registro, el testamento ológrafo que revoca el anterior no será inscrito⁵³.

Se prevé asimismo que la inscripción deberá efectuarse a requerimiento del notario, la autoridad pública o la persona habilitada a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, pero no se señala si por parte de cualquiera de ellos es obligatoria la presentación de los documentos a inscripción. Los Estados pueden además decidir que en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias la solicitud la realice el testador. Este último, el notario, la autoridad pública o la persona equivalente ya mencionada pueden además solicitar la inscripción del testamento, con intermediación de los organismos nacionales establecidos, en otro Estado contratante.

Por otra parte, el mecanismo descrito se establece sólo a efectos de publicidad y en ningún caso prejuzga la validez de los testamentos inscritos, como resulta del artículo 10 del Convenio, que señala

⁵³ *Explanatory Report*, núm. 21.

que el mismo «no afectará a las normas que en cada uno de los Estados contratantes rijan en materia de invalidez de testamentos y otros documentos a que se refiere el presente Convenio». Además, durante la vida del testador el registro es secreto, pero tras su muerte puede ser consultado por cualquiera, con el único requisito de que esa persona presente un certificado de defunción u otra prueba de la muerte.

8. La cuestión que plantea la existencia de este Convenio es si en el ámbito comunitario resulta suficiente y, en consecuencia, lo que hay que propiciar es su ratificación por los Estados miembros que todavía no la han llevado a cabo o sí, por el contrario, es aconsejable su denuncia por quienes lo han ratificado y su sustitución por otro Convenio o, incluso, puestos a admitir la competencia comunitaria en el ámbito del Derecho de sucesiones, por un Reglamento que instituyera un sistema de registro y de cooperación de autoridades para el ámbito de la Unión Europea con un grado de imperatividad mucho mayor.

Desde la perspectiva de la eficacia, el Convenio de Basilea presenta fundamentalmente dos puntos débiles: el primero es el hecho de que sólo algunos testamentos accedan a los registros creados por los Estados a estos efectos y el segundo el escaso grado de imperatividad de las inscripciones. En relación con la primera cuestión la finalidad de publicidad debería verse favorecida permitiendo la inscripción de cualquier testamento que pueda ser considerado válido desde el punto de vista formal en el Estado de inscripción, para lo cual habría que dejar cierto margen de apreciación al encargado del Registro a efectos de que valorase dicha validez. Por otra parte, y para garantizar la eficacia, el grado de imperatividad en lo que se refiere a la obligación de comunicación al Registro de los testamentos otorgados por parte de todos los implicados (autoridades intervinientes y testador fundamentalmente) debería ser mayor.

En consecuencia, y al menos con una finalidad facilitadora resultaría útil el establecimiento de un sistema europeo de registro, cuyo funcionamiento permitiera presumir que en caso de no figurar ningún testamento registrado el causante murió intestado.

B. EL REENVÍO

9. La admisión o no del reenvío es uno de los temas clásicos del Derecho Internacional Privado de sucesiones. El propio interés y actualidad de la figura se cuestiona en los últimos años, conside-

rándose por muchos una institución desfasada⁵⁴ (los Convenios internacionales más modernos lo excluyen casi sistemáticamente)^{54 bis}, que, sin embargo, si en algún ámbito mantiene cierto interés, y no meramente teórico, es en el sucesorio, a la luz de la jurisprudencia.

De nuevo nos encontramos ante una cuestión que se suscita con independencia del sistema sucesorio adoptado, pero si tiene sentido tratarla aquí no es sólo por el amplio tratamiento que le ha dispensado la doctrina en relación con el Derecho de sucesiones, sino sobre todo porque, desde la perspectiva española, las conclusiones a las que tradicionalmente se llega en relación con la valoración que al abordar esta cuestión hace nuestra jurisprudencia sobre el carácter esencial o no del sistema de unidad pretendidamente establecido por el artículo 9.8 del CC deben ser matizadas. Como se verá a continuación, y en contra de la postura mayoritaria, deben serlo para llegar a la conclusión de que nuestro Tribunal Supremo no considera ese principio tan esencial como para no poder ser abandonado en ciertos casos si con ello se consiguiera una mejor regulación del supuesto de hecho sucesorio que se expone a su consideración.

10. En el origen del reenvío se encuentra ya un asunto sucesorio; se suele citar el caso Forgo⁵⁵ como iniciador de esta doctrina, sin perjuicio de que ya con anterioridad en la jurisprudencia francesa se había planteado la cuestión, aunque no había sido tratada individualmente⁵⁶. Tras esta sentencia la doctrina se ha debatido entre la aceptación y el rechazo de esta figura, así como sobre el sentido y utilidad de la misma⁵⁷.

11. Una de las justificaciones tradicionales de la admisión del reenvío ha sido la consideración de que a través de él se consigue la armonía internacional de soluciones, puesto que el juez del foro resuelve el caso de acuerdo con la ley que aplicaría el juez de Estado al que

⁵⁴ FOYER, J., «Requiem pour le renvoi?», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1979-1980, pp. 105 ss. El cuestionamiento del reenvío es una constante de quienes se han ocupado de esta figura en los últimos años; para una visión general ver CALVO, A. y CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 226 ss.

^{54 bis} No lo hace, sin embargo, el Reglamento 593, de 17 de junio de 2008 (Roma I), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuyo artículo 20 lo admite con carácter limitado.

⁵⁵ Sentencia de la Cour de Cassation francesa de 24 de junio de 1878.

⁵⁶ CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 222 ss. Estos autores hacen un muy útil repaso de la evolución doctrinal en esta materia.

⁵⁷ Basta ver al respecto las posturas encontradas de POTU, E., *La question du renvoi en droit international privé*, Dijon, 1913 y PILLET A. : «Contre la doctrine du renvoi», *Rev. de Droit Privé et Droit pénal international*, 1913, pp. 1 ss. y en *Mélanges Pillet*, II, París, 1924, pp. 129 ss. frente a NIBOYET, J. P., «Froland, les conflits de qualification et la question du renvoi», *RDIP*, 1926, pp. 1-25; y BATIFFOL, H., «Principes de Droit international Privé», *R. des C.*, 1959, vol. 97, pp. 435-570, por ejemplo.

su norma de conflicto le remite⁵⁸. No obstante, como acertadamente pone de relieve Virgós, el reenvío no es necesario para producir la armonía internacional, sino que, entendida ésta como una finalidad no estética, sino funcional, que persigue lograr la continuidad jurídica de las resoluciones a través de las fronteras nacionales, se consigue también con independencia de la norma de conflicto que se aplique porque en los modernos sistemas de reconocimiento no hay control de la ley aplicada⁵⁹. Además, incluso de aceptarse la necesidad del reenvío para conseguir la armonía, debería hacerse con alcance limitado, ya que para alcanzarla es necesario que sólo admita el reenvío uno de los ordenamientos en juego, puesto que de lo contrario lo que se produce es una situación de «desarmonía»⁶⁰. En concordancia con ese carácter instrumental del reenvío, el autor llega a la conclusión de que éste no debe ser aplicado en ningún caso de sucesión testada porque la única función que puede asignarse al reenvío tal como aparece regulado en nuestro CC es la simplificación en la aplicación del Derecho y una función meramente instrumental no debe tener como consecuencia la invalidación de la última voluntad del causante⁶¹.

12. Si se admite la figura del reenvío hay que hacerlo con un alcance limitado, siendo la posición más adecuada la de quienes sostienen que el reenvío no debe admitirse como solución general, sino que su aplicación debe reservarse a ciertos casos en los que puede contribuir a alcanzar soluciones justas⁶², como hacen los ordenamientos más modernos⁶³.

a) *El reenvío en Derecho comparado*

13. En el ámbito de la Unión Europea se distingue un primer grupo de Estados que admite ampliamente el reenvío tanto de pri-

⁵⁸ En este sentido CASTELLANOS, E., *Unidad vs pluralidad...*, cit., pp. 80 ss.

⁵⁹ VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 2003, p. 194. Dice también este autor que la norma sobre el reenvío determina la admisibilidad del mismo, pero que la oportunidad de su utilización viene determinada por la norma de conflicto en juego (p. 198).

⁶⁰ VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho de sucesiones...», cit., pp. 192-193. Afirma este autor que «la armonía es irrealizable a través de un instrumento de lógica meramente formal» (p. 193).

⁶¹ VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho de sucesiones...», cit., p. 185. También en *El trust y el Derecho español*, ed. Aranzadi, 2006, p. 144.

⁶² Es la tesis del reenvío funcional defendida, entre otros, por LEWALD, H., «La théorie du renvoi», *R. des C.*, 1929, vol. 29, pp. 519-616 y FRANCESCakis, Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit International Privé*, Sirey, 1958.

⁶³ Véase, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley de Derecho Internacional Privado italiana (Ley 218, de 31 de mayo de 1995, *Gaz. Uff. Rep. It.* de 3 de junio de 1995) o los artículos 16 y ss. del CC portugués. En esa línea se sitúa también la doctrina belga (VERWILGHEN, M. (Director), *Régime matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, Bruylant, Bruselas 2003, p. 746).

mer como de segundo grado. En él se integran Alemania, Austria, Italia (que sólo admite el de segundo grado si la remisión es, a su vez, admitida por el tercer Estado) y, a través de la fórmula de la *foreign court theory*⁶⁴ también el Reino Unido. En un segundo grupo se sitúan Estados como Grecia, Dinamarca, Finlandia y Suecia, hostiles al reenvío, y en un tercero el resto de los Estados que, si bien admiten el reenvío, lo hacen de forma limitada. Es el caso de Bélgica, Luxemburgo, Irlanda, Portugal y los Países Bajos.

Por su parte el ya mencionado Convenio de La Haya de 1989, adoptando en su artículo 4 una solución no exenta de complejidad, admite el reenvío sólo si en virtud de la norma de conflicto general es aplicable la ley de un tercer Estado, cuyas reglas de Derecho internacional privado consideran aplicable la ley de otro Estado que, éste sí, aplicará su propia ley⁶⁵.

b) *La posición del ordenamiento español frente al reenvío: la pretendida preservación del sistema de unidad.*

14. Desde la perspectiva del ordenamiento español el reenvío se admite en el artículo 12.2 del CC, si bien de manera limitada, ya que sólo cabe el llamado de retorno e incluso éste, si atendemos a nuestra jurisprudencia, no es de aplicación automática, sino que sólo entra en juego si conduce a soluciones satisfactorias, racionales y justas⁶⁶. En ese sentido se interpreta el tenor literal⁶⁷ del citado artículo que sólo habla de «*tener en cuenta*» y en ningún caso de la obligada aplicación de las normas de conflicto del ordenamiento extranjero, aunque remitan al Derecho español. Dice el Tribunal Supremo en su sentencia Lowenthal, de 15 de noviembre de 1996⁶⁸ que «*la frase tener en cuenta no equivale a que deban*

⁶⁴ Según ésta, el juez inglés aplicará la ley que hubiera sido aplicada por el juez del Estado al que le conduce la norma de conflicto, admitiendo o no el reenvío en función de lo que dicho juez hiciera (Deutsches Notarinstitut: Les successions..., cit., p. 91; CASTELLANOS, E., *Unidad vs pluralidad*..., cit., pp.), lo que ha llevado en ocasiones a los tribunales ingleses a aplicar una única ley a toda la sucesión, incluso aunque su sistema es de fragmentación (in re Duke of Wellington, in re Ross). Sobre el sistema inglés ver MILLER, G., *Internacional aspects*..., cit., 23; Dicey & Morris on the conflicts of laws, 13th ed. 2000, p. 84-95 Sin embargo, al parecer el Derecho alemán sí pone el tema del reenvío en relación con la unidad de la sucesión (BRANDI, T., *Das Haager Abkommen* ..., cit., pp. 196 ss.).

⁶⁵ Resulta del tenor literal de este artículo que sólo se admite el primer reenvío si las reglas de Derecho internacional privado del Estado al que se efectúa la remisión consideran aplicable la ley de éste y no sí, a su vez, condujeran a otro Estado.

⁶⁶ STS 15 de noviembre de 1996 (as. 887/1996, RJ 1996/8212) y 21 de mayo de 1999 (436/1999, RJ 1999/4580).

⁶⁷ Señala este artículo que «*la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*».

⁶⁸ Sentencia 887/1996, cit. En el caso el causante era un nacional del Estado de Maryland, domiciliado en Londres en el momento de su fallecimiento que había otorgado

aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español tener en cuenta quiere decir tener presente, considerar, y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros tribunales de instancia) ha de aceptarse en el presente caso».

En línea con esa afirmación nuestra jurisprudencia más reciente tiende a rechazar la admisión del reenvío, con la justificación, unida a otras, de que su admisión supondría la fragmentación de la sucesión, sobre la base de que el artículo 12.2 es una norma de aplicación o funcionamiento que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica en materia de sucesiones y que ésta (el artículo 9.8) establece un sistema de carácter universalista⁶⁹.

Para nuestro Tribunal Supremo, el artículo 12.2 del CC, como norma instrumental, está al servicio de los objetivos específicos del concreto sector sobre el que verse el litigio y el de la universalidad de la sucesión es uno de ellos. No así, sin embargo, el respeto de las legítimas de los descendientes establecida en Derecho español. Sobre esta cuestión señala la sentencia Lowenthal citada que el reenvío debe entenderse como *«un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el Derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta sala del Derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado en España ni la residencia ni el domicilio»*. Añade esta sentencia que la legítima, que conforme al Derecho español se reclamaba en este caso, *«no pertenece a la materia protegida por el orden público interno»*⁷⁰.

Es curioso que en relación con las legítimas nuestro más alto tribunal se plantee si son no de orden público pero que obvие esa cuestión respecto del principio de unidad. En relación con éste se

varios testamentos, en el último de los cuales, otorgado en Málaga, instituye heredero a su hermano y, en caso de premoriencia, a los hijos de éste, expone que tiene dos hijos pero no los excluye expresamente de la herencia y revoca cualquier testamento anterior. Los hijos del causante interponen en España demanda en la que solicitan que se declare la nulidad del testamento basándose en que según la ley del Estado de Maryland la desheredación de los descendientes ha de ser expresa y nominal.

⁶⁹ Este es curiosamente un argumento utilizado por los tribunales ingleses cuando se tienen que plantear el reenvío en relación con el ordenamiento español. Véanse los casos in re Adams e in re Duke of Wellington y el artículo de IRIARTE, J. L., «Doble reenvío y unidad...», cit., pp. 3561 ss.

⁷⁰ Lo mismo afirma BORRÁS, A., que considera que no son de orden público ni las legítimas ni el orden de suceder porque existen distintos sistemas dentro de España que regulan la cuestión de manera no uniforme («Comentario del artículo 9.8», en *Comentarios...*, cit., p. 97).

limita a afirmar que es el previsto por nuestro ordenamiento, pero en ningún caso afirma, como sin embargo sí parece concluir parte de la doctrina, que sea un principio esencial o de orden público. Y probablemente no lo hace porque esa sería una afirmación difícil de argumentar a la luz de lo que se ha señalado en páginas anteriores en relación con nuestra norma de conflicto en materia de sucesiones. Llama asimismo la atención que el Tribunal ponga de relieve el hecho de que el causante no haya mantenido en España ni su residencia ni su domicilio porque puede llevarnos a pensar que, de haber sido de otra manera, de apreciarse vínculos más estrechos con el ordenamiento español, la conclusión podría haber sido distinta.

Por su parte, la sentencia del mismo tribunal de 21 de mayo de 1999⁷¹, en la que la admisión del reenvío no hubiera supuesto la fragmentación de la sucesión, señala que *«la evolución actual del Derecho internacional privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contraria al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación un principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar; manifestación de la autonomía de la voluntad»*. Añade citando la sentencia de 1996 que *«la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego»*.

Si bien es cierto que en estas sentencias se proporciona como una de las justificaciones de la no admisión del reenvío el argumento de que, de admitirlo, se rompería la unidad de la sucesión, lo cierto es que no es ese el único que utilizan, sino que añaden un argumento que los

⁷¹ Sentencia 436/1999, *cit.* En el caso resuelto en esta sentencia el causante, de nacionalidad inglesa, falleció en España, donde residía, dejando testamento otorgado ante el notario de Almendralejo, en el que deja los derechos legitimarios a sus tres hijos e instituye heredera universal a su segunda esposa. La herencia estaba formada por un inmueble situado en España y varios bienes muebles. Aplicada a la sucesión la ley inglesa, los hijos entienden que debe regirse por la ley española en aplicación del reenvío de retorno.

comentaristas de ellas apenas toman en consideración como es que la finalidad de conseguir la armonía internacional de soluciones no se conseguiría admitiéndolo porque no se respetaría el principio de libertad de testar propio del Derecho anglosajón. Al hacer este razonamiento el Tribunal Supremo está mezclando dos niveles de análisis distintos, el conflictual y el material: si por armonía internacional de soluciones entendemos resolver como haría el juez del Estado a cuya legislación nos conduce nuestra norma de conflicto, esta se consigue en el plano conflictual. Por el contrario el argumento del no respeto a la libertad de testar es material: es el ordenamiento llamado a aplicarse al caso el que decide si tal libertad existe o no existe. Y ese es el mismo argumento que lleva a rechazar el reenvío en la segunda.

En cualquier caso, sí parece poder deducirse de la argumentación de ambas sentencias que el Tribunal Supremo estaría dispuesto a admitir el reenvío incluso aunque eso supusiera la ruptura de la unidad de la sucesión si al hacerse se respetara la armonía también desde el punto de vista de las soluciones materiales. Eso parece llevarnos a la consideración de que el reenvío se admitiría si en España no existiera la limitación de las legítimas, es decir, si en el punto controvertido resolviera como el Derecho de Maryland, porque el respeto de las legítimas propugnado por el Derecho español no conduce a un criterio más justo que el americano. La cuestión es si se admitiría el reenvío si la conclusión fuera la contraria.

En definitiva, lo que viene a decir el Tribunal Supremo en estas sentencias es que el reenvío sólo es admisible si aplicando la ley española se alcanza un resultado similar al que se hubiera alcanzado si se hubiera aplicado la ley extranjera, lo cual lo convierte en un mero instrumento formal: se respeta el Derecho conflictual extranjero siempre que, de hacerlo, se alcance un resultado materialmente similar al que se hubiera producido de haber atendido sólo al mandato de la norma de conflicto española y la consecuencia jurídica de ésta: el Derecho extranjero. Es posible que se piense que de esta manera se garantiza la armonía internacional de soluciones, pero más bien parece que la utilidad del reenvío en estos casos es puramente estética ⁷².

⁷² Señala CASTELLANOS, E. que con esta nueva línea jurisprudencial lo que pretende el Tribunal Supremo es beneficiar el normal funcionamiento de la norma de conflicto y alejarse de la lectura literal del 12.2, de la que resulta que «*la única, verdadera e inconfesable razón del precepto es abrir una vía más para la aplicación de Derecho material español al fondo del asunto: un puro legeforismo. En definitiva, la interpretación que da el Tribunal Supremo sobre la admisión del reenvío supone su muerte*», en *Unidad vs. pluralidad...*, cit., p. 122. Esta visión del 12.2 como puro legeforismo ya había sido anteriormente puesta de relieve por la doctrina (ver BORRÁS, A., «Artículo 12.2 del CC», *Comentarios...*, cit., p. 141; CALVO, A., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, UNED, Madrid, 1995, p. 146).

De estas sentencias, parte de la doctrina extrae una conclusión probablemente más general de lo que las propias sentencias hacen aconsejable. En esta línea Calvo y Carrascosa señalan que para valorar si en un caso concreto procede o no el reenvío deben concurrir ciertas condiciones: (i) que no produzca una vulneración de los principios inspiradores de la norma de conflicto española; (ii) no admitirlo si la norma de conflicto española es una norma materialmente orientada; (iii) no admitirlo si la norma de conflicto se basa en el principio de previsibilidad del derecho aplicable, lo que ocurre en sectores como las obligaciones no contractuales, la persona jurídica y los derechos reales; (iv) no admitirlo cuando la conexión de la norma de conflicto española es la autonomía de la voluntad, ya que se presume que lo que las partes eligen es una determinada ley material ⁷³.

En aplicación de la primera de las condiciones mencionadas, los citados autores llegan a la conclusión de que el reenvío no se debe admitir en materia de sucesiones si su admisión lleva a la fragmentación de la sucesión porque la unidad es un principio esencial de nuestro ordenamiento ⁷⁴. No obstante, no es evidente que esa sea una visión que responde a la realidad legislativa y jurisprudencial española; como se ha visto en páginas anteriores afirmar que el conjunto del sistema sucesorio español es un sistema de unidad es cuanto menos discutible. Es cierto que ese es el punto de partida del artículo 9.8 del CC, pero también lo es que ese mismo artículo incluye dos apartados que, aunque introducidos con otra finalidad, producen un resultado contradictorio con la pretendida unidad. Siendo eso así no se puede afirmar el carácter esencial de la misma.

15. Las sentencias mencionadas tienen la virtud de venir a aclarar por fin una cuestión que en el tenor literal de artículo 12.2 del CC no está resuelta: el carácter obligatorio o facultativo del reenvío, optando por este último al permitir que el juez decida si procede o no su aplicación en virtud de las circunstancias del caso. De ahí a afirmar que lo que dice el Tribunal Supremo es que el límite está en la unidad del sistema puede ser ir demasiado lejos, puesto que cabe entender que para el tribunal esa es una circuns-

⁷³ *Derecho internacional...*, cit., pp. 231-232.

⁷⁴ En el mismo sentido interpreta las sentencias citadas CASTELLANOS, E., *Unidad vs. pluralidad...*, cit., pp. 80 ss. Frente a esta posición otros autores afirman, con carácter general, que en los países con un sistema de unidad la preservación de ésta no debe llevar al rechazo del reenvío, porque si éste tiene alguna justificación es precisamente en el campo de las sucesiones, donde encontró su origen y donde más ha sido aplicado. En este sentido, FÉRID, M., «Le rattachement...», cit., pp. 99-102; GRAHL-MADSEN, A., «Conflict between the principle of unitary succession and the system of scission», *ICLQ*, núm. 28, 1979, pp. 604-607.

tancia más a tener en cuenta a la hora de valorar la admisión o inadmisión del reenvío en un caso concreto, pero no parece que por sí sola sea suficiente para no admitir el reenvío ⁷⁵.

La jurisprudencia menor se muestra fluctuante en relación con el tratamiento del reenvío, pero, en cualquier caso, incluso en los supuestos en los que lo admite, la referencia a que al hacerlo no se produce el fraccionamiento de la sucesión parece incluirse más como una constatación que como un argumento jurídico relevante. En efecto, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 de diciembre de 1996 ⁷⁶ se señala «*siendo además de una gran relevancia a estos efectos el hecho de que la demandada no haya podido acreditar la existencia de otros bienes inmuebles o de naturaleza mobiliaria fuera o incluso dentro de España, lo que podría haber acarreado una fractura del concepto unitario de herencia...*». Pero de ello no cabe deducir que el reenvío no hubiera sido admitido de ninguna manera en caso contrario: la sentencia se limita a señalar que hay un obstáculo que no se presenta, pero en ningún momento dice que, de presentarse, dicho obstáculo fuera insalvable ⁷⁷.

16. Interpretado de esta manera más parece que nuestros tribunales hagan uso o no del reenvío en función de lo que en cada caso les parece que conduce a la solución más justa del caso concreto. Y aunque eso entraña riesgos, e incluso se puede alegar que es contrario a la certeza jurídica, no hay que olvidar que esa es la función última de la labor de juez y que el automatismo en la aplicación o no del reenvío en nombre de un principio, como el de la unidad de la sucesión, que no puede considerarse esencial en nuestro ordena-

⁷⁵ En este sentido se ha señalado que afirmar de manera absoluta la unidad de la sucesión nos lleva «*al círculo de la abstracción excesiva, a la aplicación fría y mecánica de la norma de conflicto*» y que «*la unidad de la sucesión no puede erigirse en la piedra angular sobre la que asiente la admisión o inadmisión del reenvío, y ello en base fundamentalmente a dos consideraciones: en primer lugar porque la propia redacción del artículo 9.8 relativiza en gran medida el valor de este principio; en segundo lugar porque su utilización como criterio determinante no siempre contribuye a la solución más racional y más justa*». I. AYALA en Nota en *REDI*, 1998, 2, pp. 244-249.

⁷⁶ AC 1996/2411. Nota de I. AYALA en *REDI*, *cit.* Junto a esta sentencia hay otras en que los tribunales actúan con mayor automatismo y admiten el reenvío sin más análisis. Tal es el caso de la sentencia de la AP de Alicante de 19 de noviembre de 1991, *RGD*, núms. 577-578, 1992, p. 10751, Nota de S. SÁNCHEZ LORENZO en *REDI* 1993, 2, pp. 498 ss. y de la de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de diciembre de 1988, *RGD* núm. 543, 1989, pp. 8651-8654, Nota de M. MOYA en *REDI*, 1990, 2, pp. 634 ss.

⁷⁷ Más bien parece que en este caso lo que se pretendió fue evitar que prosperase la libertad de testar del derecho inglés frente a las pretensiones de la hija menor del causante no mencionada en el testamento porque no había nacido cuando éste se otorgó, por lo que parece tratarse de lo que en Derecho español se considera una preterición no intencional. La sentencia resuelve reconociendo el derecho de la menor a la legítima. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz se afirma que «*la redacción del actual artículo 12.2 es muy deficiente y resulta muy contradictoria*» (Sentencia de 11 de julio de 1995, AC 1995/1395. Comentario de J. CARRASCOSA en *REDI*, 1996, 2, pp. 312 ss.).

miento, no contribuye a su realización. Como se ha visto, nuestro Tribunal Supremo ha afirmado con carácter general la imposibilidad de adoptar una postura de aceptación o rechazo sin matices del reenvío y la necesidad de proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. Que ello en algunas ocasiones se traduzca en la conveniencia de mantener la unidad no quiere decir que deba ser así en todos los casos, sino que la flexibilidad preconizada puede hacer necesaria otra postura en función de las circunstancias del supuesto concreto⁷⁸.

c) *Consecuencias*

17. Admitido todo lo anterior no se puede, sin embargo, dejar de señalar que la solución en una futura reglamentación comunitaria debería ser clara y que no puede dejar de regularse en dicho texto la figura del reenvío si se quieren evitar soluciones divergentes para el mismo tipo de cuestiones. Es cierto que si se unifican las normas de conflicto de todos los Estados miembro no se planteará la cuestión del reenvío en las relaciones intracomunitarias, pero si lo que se aprueba es un Reglamento con carácter *erga omnes*, es decir, un Reglamento cuyas normas de conflicto son aplicables aunque la ley a la que remitan sea la de un Estado no miembro se abre de nuevo la puerta a la cuestión del reenvío y a la unidad o el fraccionamiento de la sucesión.

Parece, pues, inevitable concluir que las justificaciones tradicionales del reenvío han perdido su vigencia y si con él lo que se pretende conseguir es la armonía internacional de soluciones⁷⁹ hay otros modos de alcanzarla, de una manera mucho más sencilla: fundamentalmente a través de un sistema de reconocimiento efectivo en el que no se establezca control alguno de la ley aplicada. Junto a ello, una reglamentación internacional que unifica las solu-

⁷⁸ Como señala AYALA, I., «Utilización del reenvío, en suma, como factor de flexibilización no sólo de la rigidez de la norma de conflicto, sino de esos principios pretendidamente absolutos presentes en dicha norma. Y aunque tal planteamiento alarga en alguna medida las sombras de la inseguridad jurídica, no es sino otra manifestación de la dicotomía seguridad jurídica-justicia material presente en el Derecho Internacional Privado moderno» (En Nota, cit., p. 249).

⁷⁹ Es verdad que la armonía internacional no es la única justificación que se da al reenvío sino que, junto a ésta, hay otras, como por ejemplo, el que en ciertos casos permite dejar de aplicar una ley escasamente conectada con el supuesto de hecho para aplicar otra que presenta con el mismo una vinculación mayor. No obstante, como justificación resulta endeble: si la norma de conflicto no garantiza la vinculación lo que hay que hacer es modificar aquella. Además la admisión del reenvío no garantiza dicha finalidad; podrá alcanzarla en ciertos casos, pero no parece que esa posibilidad, por sí sola y en abstracto sea suficiente para el mantenimiento de una figura obsoleta, cuyo mantenimiento en el ordenamiento contribuye a generar mayor inseguridad. Para la panorámica general de las distintas funciones del reenvío, ver CASTELLANOS, E., *Unidad vs pluralidad*, cit., pp. 80-141.

ciones conflictuales debería excluir el reenvío y asegurarse con ello la aplicación de la ley material designada por las normas de conflicto que introduce. Si, no obstante, decide admitirse esta figura en la futura regulación de la materia, al menos desde la perspectiva de Derecho español es cuestionable su rechazo con base en el principio de unidad de la sucesión ⁸⁰.

IV. TERCERA PARTE: EL DESARROLLO DEL PROCESO SUCESORIO

1) VALIDEZ DEL TESTAMENTO

1. Establecida la existencia de un testamento pueden surgir dudas acerca de su validez formal o material. Cuando la necesidad de llevar a cabo esa valoración se plantea en un supuesto internacional es necesario determinar, en primer lugar, cuál de entre todas las leyes susceptibles de ser aplicadas es la que debe decidir la cuestión. En este contexto es cierto que los sistemas de fraccionamiento presentan inconvenientes que no se plantean en los de unidad.

Una de las críticas al sistema de fraccionamiento de la sucesión es que, al tener que valorar un mismo testamento de acuerdo con leyes distintas, es posible que aquél sea válido para unas e inválido para las otras, lo que puede llevar a soluciones injustas y, sobre todo, no buscadas por el testador.

Ejemplo: A muere dejando en su testamento como herederos a sus dos hijos, instituyendo a uno de ellos heredero de la totalidad de sus bienes situados en Francia y al otro de la totalidad de sus bienes situados en Italia. Abierta la sucesión en un Estado que somete la sucesión a leyes distintas en función del lugar de situación de los bienes, una de esas leyes puede considerar el testamento válido y la otra inválido. En el ejemplo asumíamos que la ley francesa admite la validez mientras que la italiana la niega. La consecuencia sería que el hijo instituido heredero sobre los bienes en Francia recibiría tales bienes, mientras que en Italia se abriría la sucesión ab intestato que llama a suceder a los dos hijos, con el consiguiente reparto entre ambos de los bienes situados en Italia, con lo cual el primero resulta claramente beneficia-

⁸⁰ En sus respuestas a las cuestiones planteadas por el Libro Verde, el Notariado italiano se muestra partidario de un modelo similar al del artículo 4 del Convenio de La Haya de 1989 si bien con algunos matices, al no limitar los ulteriores reenvíos operados por el Derecho de un tercer Estado, como, sin embargo, sí hace el Convenio. Consideran además que, en aquellos casos en los que el Derecho de un tercer Estado, remite al de un Estado miembro hay que admitir el reenvío incluso si eso supone fraccionar la sucesión («Réponses au questionnaire...», cit. p. 27).

do y el segundo perjudicado. Esa situación no se produce en un sistema de unidad.

2. No obstante, siendo cierto que se pueden llegar a producir situaciones como la descrita en el ejemplo, hay que distinguir entre aquellos casos en los que la causa de nulidad que se alega es de carácter formal y aquellos otros en los que es de carácter material porque ambas cuestiones se plantean de distinta manera en el contexto internacional. Ello es así porque en la mayor parte de los Estados de nuestro entorno se encuentran en vigor disposiciones destinadas a favorecer la validez formal de los testamentos, que hacen que se minimice el riesgo de que un testamento sea considerado nulo por razones formales.

A. VALIDEZ FORMAL

3. Un buen número de Estados miembro de la Unión Europea, entre ellos España, ha ratificado el Convenio de La Haya sobre los conflictos leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias⁸¹ que, por tratarse de un Convenio *erga omnes*, en el caso español implica el desplazamiento del artículo 11 del CC, salvo tal vez por lo señalado en el artículo 3 del Convenio⁸².

El Convenio se refiere a los testamentos y a las disposiciones testamentarias en general, mientras que el artículo 11 del CC regula la forma de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos y es un artículo no exclusivamente aplicable al ámbito del Derecho sucesorio, sino regulador de la forma de los negocios jurídicos en general.

El elemento común de ambos textos es su punto de partida: la idea de que es necesario favorecer la realización de los negocios a que se refieren, de forma que la validez de los mismos se vea en la menor medida de lo posible cuestionada por aspectos exclusivamente formales. Para ello la técnica utilizada es la designación de varias conexiones alternativas de manera que el testamento, o las disposiciones testamentarias, serán válidos si lo son conforme a cualquiera de las leyes designadas por dichas conexiones.

⁸¹ BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988. Este Convenio ha sido ratificado por un número considerable de Estados miembro de la unión Europea: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, habiéndose producido además la adhesión de Estonia, Irlanda y Polonia. Además, son parte varios Estados no miembro de la UE.

⁸² No obstante, dada la amplitud de las conexiones que prevé el artículo 1 del Convenio, esta remisión se concreta únicamente en la admisión del testamento consular del 734 del CC.

4. Por lo que se refiere al Convenio, su artículo 1 establece un amplio elenco de conexiones, pero además el artículo 3 señala que el Convenio no se opone a «*las normas actuales o futuras de los Estados contratantes que reconozcan disposiciones testamentarias hechas en forma de una ley no prevista en los artículos precedentes*», con lo que se abre la puerta al regreso del artículo 11 del CC⁸³.

5. Del juego de ambos textos resulta que en España es válido el testamento que respete la forma de cualquiera de las siguientes leyes: (i) la del lugar en que se otorgó, (ii) la de la nacionalidad del testador sea en el momento en que dispuso, sea en el del fallecimiento, (iii) la del domicilio del testador en cualquiera de los momentos anteriores, (iv) la de residencia habitual del testador también en cualquiera de esos momentos, (v) respecto a los inmuebles la del lugar en que estén situados.

El artículo 11 del CC español afirma, además, la validez de los actos jurídicos cuya forma se adecua a la prevista por la ley que es a su vez aplicable a su contenido. Pese a que la formulación es distinta, con ello no se está introduciendo una nueva ley, ya que la aplicable al contenido será alguna de las relacionadas en el párrafo anterior. Por otra parte, el apartado 3 de este artículo 11 establece que «*si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero*». Esta referencia a la forma *ad substantiam* no puede ser interpretada en este contexto en un sentido estricto que pudiera llevar a privar de contenido las disposiciones del Convenio y poner en peligro el favorecimiento de la validez formal de los actos jurídicos más que en casos muy excepcionales. En ese sentido, en el sistema español, y pese al tenor literal del artículo 687 del CC, que prevé que «*será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo*», la jurisprudencia ha mitigado el rigor de este precepto estableciendo que cualquiera que sea la sustancialidad y trascendencia de los defectos atribuidos al testamento, no puede invocar su nulidad quien ha prestado o trae causa de quien prestó

⁸³ Pese a que, como es habitual en los Convenios de La Haya, cuando el artículo 1 del Convenio recoge las conexiones previstas lo hace descartando el juego de las normas de conflicto de la ley a la que remiten, a través de este artículo 3 sí se da entrada a las mismas. Así lo han interpretado ciertos autores, como PLANELL DEL POZO, M. C., y CHECA, M., en VERWILGHEN, M. (Director), *Régime matrimoniaux, successions...*, cit., pp. 83 ss.). No obstante, también puede interpretarse como una simple remisión a las disposiciones internas del foro.

su conformidad a la disposición o ha ejecutado la misma⁸⁴, lo que parece negar la condición *ad substantiam* de los requisitos formales exigidos.

6. De todo lo anterior resulta que, al menos desde la perspectiva del Derecho español y de la de todos los Estados firmantes del Convenio de La Haya, la validez formal de un testamento, en la medida en que está sometida a una conexión separada y no a la *lex successionis*, no depende de que se haya optado por un sistema de fraccionamiento o no. No obstante, el Convenio reintroduce esta dicotomía al prever la posibilidad de considerar el testamento válido en lo que se refiere a las disposiciones relativas a los inmuebles si lo es según la forma prevista en el Estado de situación de aquéllos. Es verdad que, dado el amplio abanico de conexiones del Convenio, la situación en que el testamento sólo sea válido respecto del Derecho del Estado de situación de los inmuebles y no lo sea para ninguna de las otras leyes que pueden servir de parámetro valorativo se va a producir muy rara vez, pero, de darse esa situación, se reintroducen los problemas que clásicamente se imputan a los sistemas de fraccionamiento sucesorio y permite que se produzcan situaciones como la expuesta en el ejemplo al inicio de este epígrafe.

7. De lo anterior resulta que, sin dejar de contemplar el riesgo que en la sucesión testamentaria supone el fraccionamiento, desde el punto de vista de la validez formal esta posibilidad se minimiza dado el principio *favor testamentii* que, en general, informa las legislaciones en esta materia. Desde esa perspectiva sería aconsejable fomentar la ratificación por los Estados miembro de la Unión Europea del Convenio de La Haya mencionado a efectos de unificar las soluciones en esta cuestión.

B. VALIDEZ MATERIAL

8. Además de por cuestiones relativas a la forma, la nulidad del testamento puede venir determinada tanto por su propio contenido (porque las disposiciones del testador contravengan alguna norma del ordenamiento jurídico de un determinado Estado de forma tal que determinen su nulidad) como por falta de capacidad del testador⁸⁵ o vicios del consentimiento. Desde un punto de vista conflictual estos dos grupos de cuestiones pueden recibir un trata-

⁸⁴ Sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1908 y 15 de marzo de 1951, entre otras. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, ed. Tecnos, 1990, p. 353.

⁸⁵ La falta de capacidad de los herederos se plantea no en sede de determinación de la validez del testamento, sino en un momento posterior del proceso sucesorio.

miento distinto en función de cuál sea la calificación que del concepto «materia sucesoria» se haga en cada Estado. De este modo, mientras el contenido del testamento se considera sin matices materia sucesoria, los ordenamientos continentales consideran en general que la capacidad para testar y la valoración del consentimiento del testador son cuestiones que deben ser resueltas en aplicación de la ley personal del mismo en el momento de otorgar el testamento; sin embargo, en los países de *common law* tales cuestiones reciben también una calificación sucesoria. Por ese motivo los dos tipos de cuestiones se van a analizar separadamente.

a) *Capacidad y vicios del consentimiento*

9. Como acaba de señalarse, en los países anglosajones las cuestiones relativas a la capacidad para testar y al consentimiento prestado por el testador se someten a la ley rectora de la sucesión⁸⁶, mientras que en los continentales están sujetos a conexiones separadas⁸⁷. En este contexto la doctrina española defiende la sumisión de las cuestiones relacionadas con la capacidad para testar y con el consentimiento, y los vicios invalidantes del mismo, a la ley personal del causante y, en relación con la capacidad, también lo hace nuestra jurisprudencia⁸⁸.

10. En los sistemas que siguen un modelo similar al español, planteada la nulidad del testamento por falta de capacidad o por vicios del consentimiento, el juez analizará en primer lugar la validez del mismo de acuerdo con la ley aplicable a tales aspectos y si llega a la conclusión de que el causante no era capaz, o que se produjo algún vicio que invalidaba su consentimiento, declarará la nulidad de aquél sin llegar a analizar su contenido. Si, por el contrario, llega a la conclusión de que no concurren las anteriores circunstancias, el análisis del contenido del testamento se someterá a la *lex successionis*⁸⁹, una o varias, en función del sistema, de unidad o fragmentación, adoptado. Esta solución puede llevar a situaciones en las que el testamento

⁸⁶ Ver al respecto MILLER, G., *Internacional Aspects of Sucesion*, cit., pp. 161 ss.

⁸⁷ En este sentido también el ya mencionado Convenio de La Haya de 1989, cuyo artículo 7 al determinar el ámbito de la *lex successionis* prevé que se aplicará a la validez en cuanto al fondo de las disposiciones testamentarias, lo que parece excluir las cuestiones de capacidad y consentimiento (párrafo 2, apartado a).

⁸⁸ CAVO CARAVACA, A., en *VVAA: Derecho internacional privado*, Parte Especial, Eurolex. Madrid 1993, pp. 549-551 y sentencias de TS citadas por él de 14 de diciembre de 1901, 18 de marzo de 1925 y 26 de enero de 1928.

⁸⁹ Es cierto que en los sistemas que separan las dos cuestiones (ley aplicable a la capacidad y consentimiento y ley aplicable a la sucesión) ambas se someten a la ley personal, pero ésta se puede concretar de distinta manera o en distintos momentos, con lo que es posible que conduzcan a ordenamientos materiales distintos.

hubiera sido considerado nulo por la ley aplicable al fondo si ésta hubiera entrado a conocer de la capacidad para testar o del consentimiento prestado por el testador y, sin embargo, es válido para la ley considerada aplicable para resolver las cuestiones de capacidad o consentimiento. No obstante, en la medida en que la primera no es la llamada a resolver la cuestión no produce los problemas que derivan de la fragmentación y se han puesto de relieve en el ejemplo.

El sistema descrito, en definitiva, sustrae una materia a la fragmentación y en esa medida permite la valoración del testamento tomando como parámetro un solo ordenamiento. Si, por el contrario, las cuestiones de capacidad y consentimiento se someten a la *lex successionis* se favorece la posibilidad de testamentos válidos para un ordenamiento y nulos para otro. Es decir, y como es obvio, en la medida en que sustraemos elementos a la fragmentación favorecemos la unidad.

11. Frente a lo anterior, si las cuestiones anteriores se someten a la conexión sucesoria, el problema se plantea en todos sus términos: habrá más de una ley determinante de la validez o nulidad del testamento y la posibilidad de respuestas contradictorias con incidencia en la producción o no de un resultado respetuoso con la voluntad de causante se reproducen.

*Planteada la capacidad de A para testar, la norma de conflicto del Estado X somete esa cuestión a la ley personal de A y dicha ley considera a A incapaz, por lo que el testamento será declarado nulo y se abrirá la sucesión ab intestato. Si, por el contrario, A es considerado capaz se analizará el contenido de las cláusulas testamentarias de acuerdo con la *lex successionis*. Si X responde a un sistema de fragmentación, el testamento se deberá valorar en su contenido de acuerdo con distintas leyes, por lo que en este momento, y no antes, se introduce la posibilidad de que se produzcan las consecuencias mencionadas en el ejemplo planteado al inicio de este epígrafe. Si, por el contrario, X somete tanto las cuestiones de capacidad y consentimiento como las de fondo a la conexión sucesoria y ésta responde a un sistema de fragmentación, la necesidad de valorar conforme a parámetros distintos se produce desde el primer «escalón» (capacidad y consentimiento), con lo que las posibilidades de conclusiones divergentes aumentan.*

b) *Contenido de las disposiciones del testamento*

12. El contenido del testamento, es decir, el modo en que el testador dispone de sus bienes para el caso de su fallecimiento haciendo uso de su autonomía de la voluntad material es, para todos

los ordenamientos y sin ninguna duda, materia sucesoria. Siendo así, el inconveniente suscitado por la utilización de un criterio de fragmentación en la determinación de la ley sucesoria puesto de relieve al inicio de este epígrafe y que consiste en la posibilidad de que uno de los ordenamientos en presencia considere que el testamento es válido y otro, sin embargo, que es nulo, con los desajustes y distorsiones que eso puede provocar en el procedimiento sucesorio, se plantea claramente en este caso. No obstante, conviene entrar a analizar cuáles son las cuestiones en que estas divergencias pueden llegar a producirse.

En este sentido, una de las materias en que las divergencias en la regulación sustantiva con incidencia en la sucesión testamentaria ha suscitado más comentarios es el de la reglamentación de las legítimas, desconocidas en algunas legislaciones y reguladas de manera divergente en aquellas que las conocen⁹⁰. Esta diferente regulación de la institución hace posible que el testador haya dispuesto libremente de la totalidad de sus bienes asumiendo que su sucesión se rige, por ejemplo, por la ley de su domicilio, que reconoce dicha libertad, sin tener en cuenta que, puesto que alguno de los bienes inmuebles que se integran en la herencia se sitúan en otro Estado distinto, y el Estado de apertura de la sucesión somete la misma a leyes distintas en función de la naturaleza de los bienes y su ubicación, la legislación de este segundo Estado puede tener algo que decir sobre la validez de las cláusulas testamentarias. Si, en el caso descrito, la ley de dicho Estado exige que una porción de los bienes se destine obligatoriamente a ciertas personas en función de su grado de parentesco con el causante, la libertad de que ha hecho uso el testador puede no adecuarse a tales exigencias. Y lo mismo puede ocurrir si el testador tuvo en cuenta un ordenamiento que sí conoce una institución del tipo de la descrita, pero cuyo contenido y alcance es distinto al que se le da en el Estado de situación de los inmuebles. En tales casos cabe que el testamento sea válido para un Estado y no para otro o que, sin llegar a afirmar su nulidad, el Estado que sí contempla la existencia de legítimas o

⁹⁰ Así, por ejemplo, los ordenamientos del ámbito anglosajón no conocen esta institución, mientras que los sistemas continentales sí lo hacen, aunque dándole contenidos regulatorios distintos. Una muestra de esta divergencia regulativa la encontramos incluso en nuestro propio ordenamiento. Basta señalar, a título de ejemplo, que en el régimen común son herederos forzosos los hijos y descendientes, a los que corresponden las dos terceras partes del haber hereditario (si bien el testador puede disponer de una de ellas como mejora); a falta de éstos los padres y ascendientes (cuya legítima es la mitad del haber hereditario, salvo que concurren con el cónyuge viudo, en cuyo caso se reduce a un tercio) y por último el cónyuge, cuya situación difiere según sea efectivamente el único heredero forzoso o concorra con alguno de los anteriores. Sin embargo, en Derecho catalán en el orden de suceder se sitúan primero los descendientes, en segundo lugar el cónyuge y, tras él, los ascendientes.

instituciones equivalentes establezca mecanismos de corrección para que éstas sean respetadas.

13. En Derecho material español el hecho de que el testador no haya respetado las legítimas no es causa de nulidad del testamento, pero sí justifica la modificación de las disposiciones del mismo. Ese es el sentido de los artículos 815 u 817 de nuestro Código⁹¹, que configuran la legítima como «*un conjunto de limitaciones a la libertad dispositiva de causante para que satisfaga el derecho que tienen determinados parientes a obtener de su herencia unas atribuciones patrimoniales en bienes hereditarios como principio general*»⁹², de forma que, si el testador no respeta esas limitaciones, el régimen legal se le impone⁹³.

Desde esa perspectiva la cuestión en un sistema de fragmentación se plantea no tanto en términos de validez del testamento como en términos de adaptación de regulaciones. Es decir, si el testador, al otorgar testamento, lo hizo de acuerdo con un ordenamiento extranjero que prevé un sistema de legítimas cuyo contenido es distinto al previsto por nuestro CC, eso no determina la nulidad del testamento desde la perspectiva española, sino la reducción, que en definitiva no es más que la adaptación de lo previsto por el testador a lo establecido por la ley española⁹⁴.

En una situación puramente interna lo descrito funciona sin mayores problemas. Sin embargo, trasladado al contexto internacional esa reducción no puede hacerse sin tener en cuenta lo previsto por los demás ordenamientos eventualmente llamados a cono-

⁹¹ El artículo 815 dispone que «*el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*» y el 817 que «*las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas*».

⁹² Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 455.

⁹³ En su respuesta a Libro Verde de Sucesiones el Notariado italiano ha puesto de relieve respecto de esta cuestión que en la elaboración de una regulación comunitaria de sucesiones no es necesario introducir ninguna regla especial para los casos en que la *lex successionis* ignore la institución de la legítima o la regule de otra manera, porque en la mayor parte de los Estados se ha evolucionado hacia no considerarla una cuestión que justifique la excepción de orden público y, además, cuando se usa la conexión nacionalidad, normalmente los herederos tienen la misma nacionalidad que el causante, con lo que para ellos no será una sorpresa la aplicación de esa institución. Proponen además que en aquellos casos en que el testador actúa de manera fraudulenta para evitar la aplicación de las normas en materia de legítimas que en otro caso serían aplicables, se permita al operador jurídico no tener en cuenta en la determinación de la ley aplicable los hechos cuyo único fin sea escapar a la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley que de otra forma sería aplicable. En la propuesta de reglamentación que elaboran se incluye una regla, el artículo 26, en este sentido («*Réponses au questionnaire...*», cit., pp. 24 y 25).

⁹⁴ Sobre la adaptación se vuelve en páginas posteriores al tratar el tema de las cuotas hereditarias.

cer el caso⁹⁵ y, en ese sentido, se pueden plantear distintas situaciones:

a) El ordenamiento de A prevé un régimen de libertad absoluta del testador y el de B instituye un sistema de legítimas en el sentido en que lo hace el ordenamiento español.

b) Ambos ordenamientos prevén un sistema de legítimas pero divergen en la regulación del contenido de las mismas.

En el primero de los casos la adaptación parece de más difícil realización que en el segundo, por razones que resultan evidentes: es más fácil adaptar lo que está más próximo y lo están dos ordenamientos que conocen la misma institución, aunque la regulen de manera distinta, que un ordenamiento que la conoce y otro que no. Pero en cualquier caso, no es éste el momento para llevar a cabo tal adaptación, sino que ésta se plantea desde el punto de vista temporal, en un momento posterior, por lo que se volverá sobre la cuestión al tratar de la formación de las cuotas hereditarias⁹⁶.

c) Especial referencia al artículo 9.8 del CC español.

14. Por otra parte, y como ha sido apuntado en la Primera Parte de este trabajo, aunque el sistema español es de unidad es precisamente en el ámbito de la sucesión testamentaria donde se opera una cierta fragmentación. Para el artículo 9.8 del CC es la ley nacional del disponente en el momento del fallecimiento la que determina la validez del testamento⁹⁷, si bien, como ya se ha

⁹⁵ Otra solución posible sería hacer operar el testamento sólo sobre los bienes situados en cada Estado, de manera que su «corrección» de acuerdo con los criterios españoles se aplicara sólo a la sucesión en los bienes situados en España, mientras que para los demás bienes los criterios determinantes serían los previstos por los respectivos ordenamientos locales. Esta propuesta, que podría quizás ser defendida para casos de sucesión ab intestato, ante la falta de un ordenamiento que proporcione un criterio que opere como última ratio, no parece adecuada en un caso de sucesión testada, en el que la voluntad del testador sí cumple esa función de última ratio, y sí que permite extraer un criterio para determinar el sentido en el que debe funcionar la adaptación.

⁹⁶ En tales casos algunos de esos países establecen mecanismos para hacer respetar las que afectan a sus nacionales (así, por ejemplo, el Derecho francés conoce la institución del *prélèvement* destinada a paliar esos problemas. Es cierto que tanto en este país como en Bélgica, donde no se vincula a la condición de nacional de los posibles beneficiados por ella es una institución muy criticada, pero no deja de ser una muestra de cómo superar ese tipo de inconvenientes). En otros, como España, la regulación que se lleva a cabo partiendo de un sistema de unidad puede producir efectos tan nocivos como los que se atribuyen al fraccionamiento.

⁹⁷ No olvidemos que, sin embargo, la capacidad de testar se somete a la ley personal del causante. No obstante, a esta afirmación general hay que añadir lo previsto en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias que afirma que «a los efectos del presente Convenio, las prescripciones que imiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma. Tendrán la misma consideración las circunstancias que deban poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria». Esto extiende el elenco de leyes aplicables para valorar la validez formal previstas en el Con-

visto, este artículo admite también la aplicación de la ley nacional del testador o disponente en el momento del otorgamiento del testamento o de los pactos sucesorios, aunque sea otra la ley que rija la sucesión. En todo caso, y éste es el elemento fragmentador, deben respetarse las legítimas previstas por la ley rectora de la sucesión.

Es cierto que no estamos exactamente ante un caso de fragmentación en el sentido hasta ahora expuesto porque no es un elemento territorial, la situación de los bienes, el que determina la aplicación de leyes distintas a la sucesión de un mismo individuo, sino un elemento material, los derechos reconocidos por el ordenamiento a determinadas personas del núcleo familiar del causante, pero la consecuencia de este artículo es que en la valoración del testamento se estará a dos leyes distintas, la aplicable al testamento y la que se aplicaría a la sucesión en ausencia de testamento, correspondiendo a esta última la regulación de las legítimas, sin que estén claras las consecuencias de no haber respetado las legítimas que prevé⁹⁸.

El tratamiento que en este artículo se hace de las legítimas no deja de resultar sorprendente y nos lleva obligatoriamente a plantearnos si el legislador actúa de esta manera porque atribuye a las legítimas la consideración de materia de orden público. Si esa era la justificación nuestra jurisprudencia no ha parecido entenderlo así, porque tras alguna sentencia, como la de 23 de octubre de 1992⁹⁹ en que parece que se afirmaba esa condición, posterior-

venio a las cuestiones de capacidad (PANELLS DEL POZO, M. C., y CHECA, M., en VERWILGHEN, M. (Director), *Régime matrimoniaux, successions...*, cit., p. 1103. En cuanto a la capacidad para ser heredero, la ley prevista por el 9.1 del CC es aplicable a las incapacidades generales, pero tanto las prohibiciones legales de suceder, así como las causas de desheredación y los motivos de indignidad se rigen por la ley aplicable al fondo (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Cívitas, 1999, pp. 487-488; CALVO CARAVACA, A., «Comentario a artículo 9.8», en *Comentarios*, cit., pp. 365 y 377).

⁹⁸ Las razones de la introducción del inciso final del artículo 9.8 resultan difíciles de entender porque a lo que conducen es a la distorsión de la voluntad del testador. Si éste otorgó testamento en un momento determinado conforme a una ley, su ley personal, sus decisiones las tomó teniendo en cuenta el contenido y las obligaciones impuestas por dicha ley y no es ilógico suponer que, caso de haber sabido que las condiciones eran otras, y que ciertas personas iban a recibir ya una parte del caudal hereditario, el contenido de su testamento hubiera sido distinto.

⁹⁹ *RAJ* 1992, núm. 8280. Comentario de J. MASEDA en *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 502 ss. Este autor señala que la referencia al orden público en esta sentencia no es más que un argumento *ad abundantiam* para dejar de aplicar un Derecho extranjero que no fue suficientemente probado (p. 504). En relación con esta cuestión, señalan acertadamente FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., que la existencia de reservas hereditarias en Derecho español no es consecuencia del derecho a la sucesión que prevé el artículo 33 de la Constitución, que sólo prevé la salvaguarda de las garantías individuales frente a la intervención del Estado (en *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 496).

mente se ha separado de tal línea para afirmar, sin ningún género de dudas, que las legítimas no son materia de orden público¹⁰⁰.

En consecuencia, al menos desde la perspectiva del ordenamiento español, la vulneración de las legítimas no comporta la nulidad del testamento, pero sí la necesidad de modificar el contenido del mismo. En cualquier caso, y en un plano de regulación distinto, no parece que quepa su alegación como excepción a la aplicación de un ordenamiento extranjero por razones de orden público. Siendo esa la consideración que desde la perspectiva española se hace de la institución de la legítima la solución conflictual adoptada no parece tener mucho sentido: una cosa es que al analizar el contenido de un testamento al que se aplique el ordenamiento español haya que hacerlo en función, entre otros aspectos, del respeto a las legítimas y otra distinta es que dicha institución deba incidir en la regulación conflictual de la materia. Se trata de dos niveles de regulación distintos y en el segundo no deben ser las legítimas un elemento distorsionador de la regulación, como lo son en el artículo 9.8.

15. De todo lo anterior resulta que, si no se puede dejar de reconocer la entidad de la crítica a los sistemas de fraccionamiento en los casos de sucesión testamentaria, ésta debe ser relativizada, en primer lugar porque las reglas en materia de validez formal son lo suficientemente amplias como para reducir al mínimo los casos en que un testamento no sea válido por defecto de forma (y en este sentido habría que fomentar la ratificación de los Estados miembro de la Unión Europea del Convenio de La Haya en la materia) y en segundo lugar porque, desde el punto de vista sustantivo, gran parte de las divergencias entre ordenamientos que se pueden producir, fundamentalmente las que no derivan de cuestiones de capacidad o de consentimiento, sino de contenido, son susceptibles de ser resueltas por la vía de la adaptación, esencial a la labor judicial.

2) ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA: MODALIDADES E INCIDENCIA SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS HEREDEROS Y LOS ACREEDORES

16. Los distintos ordenamientos difieren en la determinación del momento en que el heredero pasa a ser propietario de los bienes del causante. En los países de tradición romanista se distinguen dos grupos: aquellos en los que la transmisión de la herencia al heredero

¹⁰⁰ Es lo que ocurre en la sentencia de 15 de noviembre de 1996, a la que se ha hecho referencia al tratar el tema del reenvío.

ro se produce en el momento de la muerte del causante, como es el caso de Alemania, Suiza y Francia y aquellos otros en los que en el momento de la muerte del causante los herederos adquieren un simple derecho de expectativa sobre los bienes hereditarios. Es el caso de Italia y, con matices, Austria ¹⁰¹.

Además, los ordenamientos que prevén la necesidad de aceptación ¹⁰² contemplan distintas modalidades de la misma, atribuyendo consecuencias distintas a cada una de ellas, así como distintas formas para realizar la aceptación. Del mismo modo, existen divergencias en Derecho comparado, de forma que en unos ordenamientos la aceptación sin más indicaciones es una aceptación simple (es el caso de España o Francia, por ejemplo), mientras que en otros no tiene en ese momento implicaciones en cuanto a la responsabilidad frente a los acreedores, sino que es en un momento posterior cuando esa cuestión se determina.

17. Por otra parte, los sistemas anglosajones difieren considerablemente de los continentales en la organización de la sucesión, ya que en ellos tras la muerte del causante se inicia una primera fase, de administración de la sucesión, en la que la propiedad de los bienes hereditarios se atribuye a los administradores de aquélla (*executors* o *administrators*), que, no obstante, tienen sus facultades sobre tales bienes limitadas, puesto que sólo pueden disponer de los mismos para la realización de los pagos que la propia sucesión requiere. Tras esta fase de administración, y una vez liquidadas las deudas, se atribuyen los bienes a los herederos. Desde la perspectiva anglosajona la primera fase no recibe una calificación sucesoria y sí lo hace la segunda.

A. FORMA DE LA ACEPTACIÓN

18. Por lo que se refiere a la forma de realizar la aceptación, para el Derecho español la aceptación simple puede ser expresa o tácita, pudiendo, a su vez, realizarse la primera en documento público o privado, y siendo la segunda la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero ¹⁰³. Sin embargo, la aceptación a beneficio de inventario sólo puede hacerse ante notario o por escrito ante cualquiera de los jueces que sean compe-

¹⁰¹ FÉRID, M., «Le rattachement autonome...», cit., 142 pp. 71 ss.

¹⁰² Sobre esta cuestión ver LELEU, Y., «Necessité et moyens...», cit., pp. 162 ss.

¹⁰³ Artículo 999 del CC. Ver Comentario de GITRAMA, M., en Comentarios al CC y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBALADEJO, M., EDERSA, 1989, pp. 192 ss.

tentes para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato ¹⁰⁴ y, en caso de que el heredero se halle en país extranjero, puede hacer la declaración ante el Agente diplomático o consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de notario en el lugar del otorgamiento ¹⁰⁵. La repudiación de la herencia debe hacerse en instrumento público o auténtico o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaría o abintestato ¹⁰⁶.

19. Las formas previstas por el derecho español para realizar la aceptación no son necesariamente compartidas por todos los ordenamientos, por lo que, en un supuesto internacional, es necesario determinar qué ley se aplica a dicha forma. La disyuntiva se plantea fundamentalmente entre la *lex successionis*, la ley del foro y la regla locus.

20. En la doctrina española se afirma que la forma de la aceptación cuando se acepta a beneficio de inventario es *ad substantiam* y tal afirmación se justifica con el argumento de que la publicidad que la forma prevista supone interesa a los acreedores y a los legatarios ¹⁰⁷. Admitir el carácter sustancial de la forma de la aceptación podría llevarnos a considerar que dicha forma debe recibir una calificación sucesoria y que, en consecuencia, es exigible cuando es el ordenamiento español el aplicable a una determinada sucesión, cualquiera que sea la autoridad, española o no, que conoce de la misma. No obstante, la aplicación del Derecho español, como rector de la sucesión, sólo podría justificar la exigencia de un documento público, pero no la de que, además, sea un documento público español ¹⁰⁸.

No obstante, la cuestión sólo tiene una trascendencia relativa porque en la mayor parte de los casos la aceptación no se hará por vía notarial. Si tenemos en cuenta que, según nuestro Derecho, luego es el juez el que debe formar el inventario que sigue a esta modalidad de aceptación, lo lógico es recurrir directamente a la

¹⁰⁴ Artículo 1011 del CC. Ver Comentario de GITRAMA, M., en *Comentarios...*, cit., pp. 325 ss.

¹⁰⁵ Artículo 1012 del CC y Anexo III del Reglamento Notarial. Ver Comentario de GITRAMA, M., en *Comentarios*, cit., pp. 332 ss.

¹⁰⁶ Artículo 1008 del CC. Ver Comentario de GITRAMA, M., en *Comentarios...*, cit., pp. 295 ss.

¹⁰⁷ GITRAMA, M., «Comentario al artículo 1011», *Comentarios...*, cit., p. 328.

¹⁰⁸ Aunque en relación con otro tema, ver SÁNCHEZ LORENZO, S., «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Diario La Ley* núm. 6425, 20 de febrero de 2006. También el notariado italiano se muestra en general favorable a la posibilidad de que ciertas formalidades se puedan llevar a cabo ante autoridades de otro Estado miembro («Réponses au questionnaire...», cit., p. 44).

posibilidad de aceptación judicial ahorrándose con eso el heredero los costes de hacerlo por vía notarial ¹⁰⁹.

Trasladándonos al contexto internacional, y asumiendo, aunque sólo sea a efectos dialécticos ¹¹⁰, el carácter sucesorio de la forma de la aceptación, el hecho de que haya que respetar leyes distintas para aceptar en cada masa hereditaria y no una sola, implica un incremento de los costes para los herederos, no sólo directos –distintas escrituras notariales, en su caso– sino también de información (al tener que informarse sobre la forma en que haya que aceptar en cada una de ellas). Si dichas formas son muy estrictas y se aplican incluso si el heredero está domiciliado en el extranjero, las dificultades se multiplican ¹¹¹.

Basta pensar en el caso de una herencia integrada por bienes inmuebles en X e Y, en la que además el causante estaba domiciliado en Z. En un sistema de fragmentación las leyes de X e Y se aplicarán a la sucesión en los inmuebles situados en sus respectivos territorios y la de Z a la sucesión en los muebles. Si la aceptación se rige por cada una de esas leyes, el heredero que lo sea en todas las masas hereditarias deberá informarse sobre la forma de aceptar en cada una de ellas, o sobre las consecuencias de no hacer nada al respecto, y, en su caso, cumplir los requisitos de cada una de esas leyes. Si, por el contrario, es una única ley la que determina la forma de aceptar, el procedimiento es más sencillo y menos costoso en términos económicos para el heredero.

No obstante, esta situación no es extraña al Derecho internacional y, además, se puede paliar fundamentalmente flexibilizando los requisitos y permitiendo, por ejemplo, que la aceptación se lleve a cabo ante una autoridad local de lugar del domicilio del heredero y en un único documento para todos los casos. En ese sentido, de la misma forma que se propugna la creación de un Registro eficaz de testamentos y declaraciones de herederos ab intestato, es aconsejable la implantación de un documento unificado que sirva de modelo para recoger las aceptaciones producidas en cualquier Estado que se acoja al mismo sobre sucesiones abiertas en alguno de dichos Estados.

¹⁰⁹ GITRAMA, M., «Comentario al artículo 1011», en *Comentarios...*, cit., p. 328.

¹¹⁰ Tal como se configura la aceptación en nuestro ordenamiento, la forma de aceptar tiene consecuencias materiales, porque está condicionada a la modalidad de aceptación y, en consecuencia, al régimen de responsabilidad frente a las deudas del causante. Siendo así, admitir que se puede dejar a una ley distinta de la *lex successionis* la regulación de la forma que debe revestir esa aceptación no es una solución adecuada. La forma de aceptar y sus consecuencias están, al menos en nuestro sistema, tan estrechamente ligadas que deben regirse por la misma ley y ésta es la *lex successionis* (no obstante parte de nuestra doctrina civil pone en duda esta estrecha relación entre aceptación y consecuencias de la misma. Ver al respecto: PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas de causante*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1967.

¹¹¹ El problema es más grave si a la fragmentación conflictual se suma la competencia, que es innegable que dispararía considerablemente los costes.

B. MODALIDADES DE ACEPTACIÓN

21. El Derecho español prevé la posibilidad de que los herederos acepten la herencia bien de forma simple, bien a beneficio de inventario, con distintos efectos en cuanto al alcance de su responsabilidad por las deudas del causante. Este es el sistema seguido por la mayor parte de las legislaciones, que contemplan la posibilidad del heredero de escoger entre una aceptación que sólo implica para él una responsabilidad limitada (responsabilidad *intra vires hereditatis*)¹¹² y una aceptación que supone una responsabilidad indefinida, (responsabilidad *ultra vires hereditatis*). Junto a este modelo que contempla las dos posibilidades, en los Derechos anglosajones sólo se conoce una aceptación, que limita la responsabilidad del heredero, sin que en mi conocimiento existan legislaciones que adopten la solución inversa, es decir, que impongan al heredero una responsabilidad ilimitada¹¹³.

22. Desde la perspectiva de las modalidades de aceptación previstas y sus consecuencias, la mayor parte de los ordenamientos, y entre ellos el español, consideran que la aceptación es materia sucesoria y, al serlo, se rige por la ley aplicable al conjunto de la sucesión¹¹⁴. Siendo así, las modalidades de la aceptación y las consecuencias de la misma en cuanto a la determinación de la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante se presenta, al menos aparentemente, de manera distinta en función del sistema conflictual que se adopte en materia sucesoria.

Por otra parte, la modalidad de la aceptación, simple o a beneficio de inventario (o con las variantes o denominaciones que cada ordenamiento establece), incide, al menos aparentemente, en la situación de los acreedores, no sólo por la razón aparentemente obvia de que la aceptación simple aumenta sus posibilidades de

¹¹² Frente a esta concepción tradicional PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., considera que el que se produzca o no la responsabilidad *ultra vires* no está vinculado a un modo de aceptar, sino a que se cumplan o no determinadas exigencias legales en la liquidación, de modo que la responsabilidad *ultra vires* no es una consecuencia de la sucesión, sino una incidencia de la liquidación (*La herencia y las deudas de causante*, cit., pp. 164 ss.).

¹¹³ El Derecho alemán, por ejemplo, admite diversas formas de limitación de la responsabilidad de los herederos, y entre ellas la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario, aunque, como en España, la regla general es la responsabilidad *ultra vires* (1967 y 1975 BGB). Sobre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario en Italia, ver, entre otros, ZACCARIA, A., *Rapporti obbligatori e beneficio d'inventario. Tipologie e disciplina dell'attuazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1994 y BRAMA, R., *Accettazione di eredità con beneficio di inventario*, Giuffrè Editore, Milán, 1995.

¹¹⁴ En ciertos países la solución es otra y así, por ejemplo, en Austria, si es una autoidad austriaca la que está conociendo de la sucesión, la adquisición de la herencia y la responsabilidad por las deudas de la misma se rigen por el Derecho austriaco (RECHTBERGER, W. H., en VERWILGHEN, M. (Director), *Régime matrimoniaux, successions...*, cit., p. 678).

cobro, afirmación discutible si se tiene en cuenta que sólo se aceptará de esa forma si los bienes del causante ya eran suficientes para el pago de sus deudas, sino por la forma en que deben proceder al cobro ¹¹⁵.

En relación con lo anterior uno de los argumentos que tradicionalmente se utiliza como crítica a los sistemas de fragmentación es que en ellos la liquidación de las deudas se complica. Por eso es conveniente hacer un análisis de la situación de éstas, y al hacerlo no puede obviarse el paralelismo entre las cuestiones sucesorias y las concursales, sobre todo en un sistema como el previsto en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia ¹¹⁶.

a) *Cuestiones previas relativas a la situación de los acreedores*

23. En una sucesión internacional la situación de los acreedores del causante guarda ciertas semejanzas con la de los acreedores en un procedimiento concursal. En ambos casos es posible que los bienes del causante se hallen dispersos en distintos Esta-

¹¹⁵ La forma de la aceptación incide tanto en la situación de los acreedores del causante como en la de los del propio heredero y los ordenamientos civiles responden con diferentes mecanismos a ello. La confusión patrimonial de la masa hereditaria solvente con el patrimonio extrahereditario del heredero insolvente y aceptante sin el beneficio de inventario podría afectar gravemente a los acreedores hereditarios y legatarios. Para su defensa algunos ordenamientos les conceden el derecho de separación, es decir, la posibilidad de promover, a su instancia, la separación del patrimonio hereditario y extrahereditario del heredero como forma de asegurarse respecto de los acreedores personales del heredero insolvente, el cobro preferente sobre el activo de la herencia (arts. 512 ss. del CC italiano). En España esa posibilidad se contempla en el artículo 37 del Código de Sucesiones de Cataluña y en el 319 de la Compilación navarra. En Derecho Común no se reconoce expresamente esa posibilidad, pero la doctrina más autorizada considera que opera la preferencia legal de cobro de los acreedores hereditarios y legatarios, aunque no se acepte a beneficio de inventario. En este sentido, LACRUZ, J. L./SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, «Derecho de sucesiones», pp. 107 ss. y 113 ss.; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, V, «Sucesiones», vol. 1, ed. Bosch, Barcelona, 1979, pp. 247 ss. Por otra parte, cabe también que los perjudicados sean los acreedores personales del llamado porque acepte sin beneficio de inventario una herencia gravosa que cause o agrave la insolvencia del heredero aceptante. Para estas situaciones el CC español no prevé un remedio especial, pero la doctrina al firma la posibilidad de plantear en estos casos la acción pauliana de los artículos 111 y 1291 del CC. Junto a las situaciones anteriores se puede plantear todavía una tercera en la que el heredero insolvente no acepte una herencia que, de ser aceptada, hubiera incrementado su activo en beneficio de los acreedores. Para estos casos nuestro CC contempla la acción del 1001, que en un sentido similar recoge el art. 23 del Código de Sucesiones Catalán, y que nuestro Derecho toma del francés (artículo 788 del CC francés). Sobre todas estas cuestiones ver JORDANO FRAGA, F., *Los acreedores del llamado a una sucesión mortis causa ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pp. 25 ss.

¹¹⁶ Si consideramos lo afirmado en relación con la aceptación a beneficio de inventario, se observará que ésta está pensada fundamentalmente para hacer frente a la posible insolvencia del causante y para proteger de ella tanto al heredero como a sus acreedores personales. Eso explica las características de esta modalidad de aceptación, que en muchos de sus extremos recuerda a un procedimiento concursal.

dos, integrando, según las concepciones que de la institución sucesoria o de la concursal se adopten, distintas masas de bienes o una sola. Si se afirma la existencia de distintas masas de bienes hay que resolver como afecta la división del activo hereditario (o del activo concursal), si es que lo hace, a las reclamaciones de los acreedores del causante (o, en el paralelismo puesto de manifiesto, del concursado).

24. En los casos en que la ley aplicable a la sucesión es única las respuestas a las cuestiones que estas situaciones pueden plantear parecen bastante sencillas. Cuando no es una sino varias las leyes que rigen la sucesión se plantean cuestiones adicionales que aparentemente complican las respuestas.

Por otra parte, y puesto que se trata de la satisfacción de créditos hay que delimitar también que aspectos de los mismos se rigen por la ley aplicable al crédito y cuáles por la ley sucesoria. En este sentido, se acepta generalmente que la ley del crédito regula, por ejemplo, su transmisibilidad mortis causa, mientras que la ley sucesoria regula la extensión de la obligación de los herederos y el derecho de los acreedores de obtener el cobro sobre los bienes hereditarios¹¹⁷.

25. La situación de los acreedores del causante en una sucesión internacional ha suscitado no pocas teorías doctrinales. Sin pretender un análisis exhaustivo de todas ellas sí que puede ser útil hacer un recorrido por las mismas a fin de situar la cuestión. Y antes de hacerlo es necesario distinguir dos planos de análisis que no siempre se diferencian con claridad: el de la obligación a la deuda (quiénes están obligados a hacer frente a las reclamaciones de los acreedores del causante) y el de la contribución a la deuda (en que medida responde cada obligado a la satisfacción de tales deudas). El primero de ellos nos sitúa en el plano de las relaciones entre los herederos y los acreedores. El segundo en el de las relaciones internas entre herederos¹¹⁸.

En relación con estos temas la doctrina francesa se ha planteado si en los casos en los que a la sucesión de un mismo causante se aplican leyes distintas los acreedores de aquél deben o no dividir su reclamación entre las distintas masas de bienes. La respuesta afirmativa se justifica en la idea de que es conveniente, por razones de

¹¹⁷ HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., p. 239.

¹¹⁸ Ver sobre esta distinción HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., pp. 239 ss. Asimismo, sobre estos dos conceptos y sobre las distintas modalidades de aceptación en Derecho francés ver DURNERIN, P., *La notion de passif successoral*, LGDJ, 992. Para una descripción de la situación en Derecho alemán, SCHLÜTER, W., *Erbrecht, BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG*, C. H., 2000, esp. pp. 347 ss., así como GOTTWALD, P., SCHWAB, D., y BÜTTNER, E., *Family and Sucesión Law*, Kluwer Law Internacional, 2001, esp. pp. 155 ss.

equidad, repartir las deudas entre las distintas masas en función de la importancia de los bienes que integran éstas, de manera que cada masa soporte deudas en proporción a su valor respecto del conjunto de la sucesión¹¹⁹. La crítica a esta solución es que eso supone una liquidación única y un conocimiento exacto de los bienes que integran cada una de las masas hereditarias que no se da en la práctica, que la hace inviable y que además supone la ineficacia de las garantías reales porque diluye la deuda entre las distintas masas de bienes y causa a los acreedores gastos considerables, siendo así que cuando vivía el causante podían dirigirse contra cualquier bien de éste. No hay que olvidar que las deudas no cambian de patrimonio, sino que es el patrimonio el que cambia de titular¹²⁰.

26. Una segunda corriente, que trata de superar los problemas planteados por la anterior, es la que permite a los acreedores pretender el pago de la totalidad de su crédito sobre una sola masa de bienes, a su elección¹²¹. Es decir, según esta teoría los acreedores designan una entre las distintas masas hereditarias y presentan sus créditos al cobro frente a esa masa, con exclusión de las demás. Esto plantea el problema de que una sola masa de bienes puede tener que soportar más pagos que otras, lo que sitúa los problemas no en el ámbito de la obligación a la deuda, sino en el de la contribución a la misma (es decir, este sistema no afecta en principio a los intereses de los acreedores, que pueden exigir el cobro sobre los bienes de la masa de la que consideren que tienen más posibilidades de cobrar, sino a los de los herederos, ya que es posible que unos hagan frente a más pagos que otros). Desde esa perspectiva esta solución es preferible a la anterior porque atiende en mayor medida que aquella a los intereses de los acreedores y en esta fase del procedimiento sucesorio, en que todavía se está determinando la cuantía del remanente de la herencia y aún no la cuota a satisfacer a cada heredero, son los intereses de aquellos los que deben primar. En este sentido lo entiende, desde luego, el Derecho español que parte de un concepto residual de la herencia, cuyo corolario es «*primero es pagar que heredar*»¹²².

27. Junto a las posturas mencionadas, otras han alcanzado menos éxito, pero merecen asimismo un comentario: los autores que las defienden parten de la base de que en Derecho francés la

¹¹⁹ THIBERGE, CL., «Problèmes de transmission et de partage des successions en droit international privé», *Tr. Com. fr.dr.int.pr.*, 1960-1962, pp. 67 ss. Esta solución supone en Derecho francés la extensión de principios de derecho interno en relación con la contribución de los herederos al plano internacional.

¹²⁰ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia...*, cit., p. 207.

¹²¹ NIBOYET, J. P., *Traité de droit international privé français*, T. IV, París 1948, núm. 1370, MAYER, P., *Droit international privé*, París, 1983, núm. 811.

¹²² PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia...*, cit., p. 201.

casí totalidad de las deudas son mobiliarias y que la ley que rige la devolución de los bienes debe regir también las deudas, lo que en ese ordenamiento supone que las deudas siguen la ley del domicilio. Pero en esta concepción eso no equivale a decir que sólo los bienes que se integran en la masa del Estado del domicilio responden frente a las deudas, sino que es la ley de ese Estado la que determina cómo se debe responder: si sólo responden los muebles (porque sigue la vieja idea de que los muebles son la sede de las deudas) o si, por ejemplo, cada heredero debe responder conforme a su vocación sucesoria¹²³.

Según esta teoría, puesto que la sucesión en los muebles se rige por la ley del domicilio, y las deudas se califican de mobiliarias, es esta ley la que determina como se responde, pero al hacerlo puede determinar que respondan todos los herederos, lo sean de muebles o de inmuebles y estén situados en ese Estado o en otro.

28. Frente a todas esas posiciones la teoría que finalmente se acepta de forma más generalizada es la que considera que, cualquiera que sea la fragmentación del activo que llegue a producirse, el pasivo es universal, de manera que los acreedores podrán dirigirse contra cualquiera de las masas en que se divide la sucesión, quedando la cuestión de cómo se reparte la responsabilidad entre los herederos para un momento posterior¹²⁴.

Esta postura nos acerca, una vez más, a la materia concursal. En el sistema del Reglamento de Insolvencia y, en el caso de que se abran varios procedimientos territoriales, concurrentes o no con uno universal, el pasivo es universal, mientras que el activo se fragmenta, no pudiendo los jueces del concurso territorial actuar más que sobre los bienes situados en su territorio y el del universal

¹²³ VOUMARD, P., *Des conflits de lois en matière de transmission et de paiement des dettes héréditaires spécialement en droits suisse, français et anglais*, Lausana, 1940, pp. 149 ss.

¹²⁴ La fragmentación no puede afectar a los acreedores, que conservan un derecho sobre el conjunto del patrimonio del causante, sin perjuicio de las causas de preferencia o privilegios sobre ciertos bienes que, según algunos autores siguen sometidos a la *lex rei sitae* (ARNICH, L., *Les successions immobilières ab intestat et testamentaires, Relations familiales internationales*, Bruylant, 1993, p. 332). Se ha señalado en este sentido, si bien con referencia a situaciones internas, pero haciendo uso de argumentos en gran medida trasladables al supuesto internacional, que la masa hereditaria permanece de forma unitaria como objeto de responsabilidad de forma que el patrimonio del causante sigue siendo la garantía de pago de todas las deudas hereditarias y que, aunque con la sucesión los coherederos pasan a ocupar el lugar que hasta entonces tenía el causante, este cambio no tiene por que suponer una transformación en la configuración de las obligaciones ni conllevar la división de éstas entre los coherederos, hasta tanto no se produzca la partición. Así no se ven perjudicados los intereses de los acreedores que cuando establecieron una relación jurídica con el causante contaban con la garantía del artículo 1911 del CC (MINGORANCE, C., *El pago de las deudas hereditarias*, ed. Dykinson, 2004, p. 144).

sobre los situados en su territorio y los situados en cualquier otro Estado en que no se haya abierto un procedimiento territorial¹²⁵.

En esta situación, como en las sucesiones, la regulación de los concursos internacionales se suele estudiar a partir de la contraposición de dos modelos normativos: el territorial y el universal¹²⁶. Planteado en su forma más extrema, el procedimiento territorial implica que cada Estado donde el deudor tenga bienes organiza el concurso según su propio Derecho, lo que implica que hay tantos procedimientos de insolvencia como Estados donde el deudor tiene bienes, que cada concurso se organiza y resuelve según el Derecho vigente en ese Estado y que tanto la masa activa como la pasiva se limitan al territorio del mismo. No obstante, difícilmente va a encontrarse un sistema territorial puro, sino que éste se manifiesta más bien en la forma de modelos intermedios, en los que, por ejemplo, se condiciona la apertura del procedimiento de insolvencia a la existencia de un establecimiento del deudor en el territorio del Estado en cuestión, que implica la mayor permanencia de aquél, sin que baste la presencia de bienes del deudor en dicho Estado, o se admite que la masa activa sea territorial, pero la pasiva universal, admitiendo a acreedores extranjeros, o se establecen distintos mecanismos de cooperación entre procedimientos territoriales, que permiten una liquidación coordinada de la empresa y la igualdad de los acreedores.

El modelo universal parte de la base de que, si la actividad económica de la empresa se desarrolla en varios mercados y afecta a varios sujetos, los procedimientos colectivos deben ser únicos para toda esa actividad y para todos esos sujetos¹²⁷. Sobre esa base hay un único procedimiento que alcanza a todos los bienes del deudor, estén donde estén, y se aplica un único Derecho procedimental y sustantivo, el del concurso. Además, a ese procedimiento concurren todos los acreedores, la masa activa se integra por todos los bienes del deudor, con independencia de su localización, y las decisiones adoptadas en ese procedimiento se reconocen y ejecutan en los demás.

También este modelo universal se desplaza en la práctica hacia modelos intermedios, por ejemplo a través del establecimiento de excepciones a la *lex fori concursus*, permitiendo la existencia de procedimientos territoriales subordinados al principal, o admitiendo la posibilidad de que en ciertos casos se abran procedimientos territoriales sin necesidad de abrir asimismo uno principal.

En este contexto el Reglamento de insolvencia establece un sistema que se puede considerar intermedio y al que se ha dado en

¹²⁵ Lo que puede llevar a convertir, a esos efectos, el procedimiento universal en un procedimiento territorial más (sin perjuicio de que conserve prerrogativas de los procedimientos universales, como por ejemplo, la de la percepción del remanente, prevista en el artículo, por otra parte, poco probable en la práctica).

¹²⁶ VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Cívitas, 2003, p. 21, que se utiliza como base de la exposición relativa al sistema concursal.

¹²⁷ Es el principio de simetría entre la regulación jurídica y la actividad económica del que habla WESTBROOK, «A global solution to multinational default», *Mich. L. Rev.*, 2000, p. 2283.

llamar «universalismo mitigado»¹²⁸. Parte de un modelo universal porque permite la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado donde esté situado el centro de intereses principales del deudor y le atribuye carácter universal, tanto en su aspecto activo como en el pasivo. A ese procedimiento se aplica una única ley (*lex fori concursus principalis*) tanto para los aspectos procedimentales como para los sustantivos. Pero ese modelo universal se «mitiga» de diversas maneras: mediante el establecimiento de excepciones a la *lex concursus*; admitiendo la apertura de procedimientos territoriales en los Estados donde el deudor tenga establecimiento, bajo ciertas condiciones, con la característica de que esos procedimientos tienen una limitación territorial en la masa activa pero no en la pasiva, porque a ellos puede concurrir cualquier acreedor del deudor y además están subordinados al procedimiento principal en el caso de que se abran los dos tipos de procedimientos.

En consecuencia, en el sistema de Reglamento, en el caso de que sólo se abra un procedimiento de carácter universal y ninguno territorial, será la ley de este concurso principal la que fijará las reglas del mismo, quedando ciertas cuestiones sujetas a una conexión separada. En caso contrario, es decir, si además del procedimiento universal principal se abre uno o varios territoriales secundarios, éstos se subordinan a aquél, de manera que el universal figura siempre como *última ratio* y son sus reglas las que en última instancia marcan la liquidación definitiva.

29. En este punto hay que tener en cuenta otra cuestión que no es, en absoluto, irrelevante: la fragmentación en la determinación de la ley aplicable viene acompañada en muchos casos de la fragmentación competencial. Es el caso de Francia, Bélgica o Luxemburgo, que atribuyen una competencia exclusiva a sus Tribunales en materia de sucesiones sobre los inmuebles situados en su territorio, lo que tiene como corolario, por una razón de coherencia, la incompetencia de dichos Tribunales para conocer de la sucesión de los inmuebles situados en el extranjero.

Pero dicha fragmentación competencial ni es privativa de los Estados que la contemplan asimismo en el ámbito del Derecho aplicable ni, a la inversa, se produce en todos los Estados que propugnan la fragmentación legislativa¹²⁹. Portugal es un ejemplo de lo primero, ya que en este país si el causante estaba domiciliado en el extranjero y deja inmuebles situados en Portugal los tribunales portugueses son competentes para el inventario y la devolución de

¹²⁸ LÜKE, «Das europäische internationale Insolvenzrecht», ZJP, 1998, pp. 280-281 y VIRGÓS, M./GARCIMARTÍN, F. J., *Comentario al Reglamento...*, cit., p. 25.

¹²⁹ La cuestión no es tan simple como pudiera parecer porque la complejidad en los criterios atributivos de competencia en este ámbito es grande en algunos Estados que distinguen, además, entre que se trate de supuestos contenciosos o que la cuestión se sitúe en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Austria o Alemania son un claro ejemplo de dicha complejidad.

estos inmuebles¹³⁰. De lo segundo lo es Inglaterra donde se considera que sus tribunales son competentes si los bienes dependientes de la sucesión se sitúan en Inglaterra, sean éstos muebles o inmuebles, siendo necesario además, para que se entienda efectiva la competencia, que el «personal representative» del causante comparezca ante dichos tribunales. En tal caso su competencia se extiende al conjunto de la sucesión (muebles o inmuebles) cualquiera que sea el lugar donde se sitúan los bienes¹³¹.

30. En el contexto descrito las situaciones que pueden llegar a producirse son muy diversas, pero sí se constata que la incidencia de la opción por un sistema conflictual de unidad o uno de fragmentación sobre la situación de los herederos es mínima.

Como se ha visto, algunos ordenamientos sólo contemplan la posibilidad de que se produzca una responsabilidad *intra vires*, mientras que otros permiten asimismo en el ámbito sucesorio la responsabilidad *ultra vires*. Por ello es posible que un heredero responda de una forma limitada según la legislación de un Estado y con carácter ilimitado según la de otro (de la misma forma que es posible que en situaciones puramente internas cada heredero acepte de una manera)¹³². No obstante, lo anterior no lleva necesariamente a la conclusión de que la pluralidad de leyes hace imposible

¹³⁰ Art. 77.2 del Código de Procedimiento Civil.

¹³¹ Además, desde 1932 la High Court tiene jurisdicción para emitir *Grants of Probate* o *Letters of Administration* (en definitiva para designar administradores que desarrollen lo que en este sistema es la primera fase de la sucesión) incluso si el causante no dejó bienes en Inglaterra o Gales. Pero el Tribunal prefiere generalmente no intervenir en esos casos, sobre todo si el causante falleció domiciliado en un tercer Estado porque, como señaló el juez J. Ormond en Aldrich –v– Attorney General, 1968, «such a Grant [...] would be nothing more than a bit of paper» (SMITH, H., en Garb, L. (editor), *Internacional Succession*, Kluwer Law Internacional, 2004, p. 202). No obstante, a veces sí tiene sentido la actuación de los tribunales ingleses en tales casos, por ejemplo, cuando el tribunal del Estado de situación del bien requiere un *Grant* inglés porque el causante es nacional inglés o está domiciliado allí (DENVER, J., en Hayton: p. 74; MILLER, G., *Internacional Aspects of Successions*, Ashgate Publishing Ltd., Hants, 2000, p. 4). La regulación de las sucesiones en el Reino Unido difiere sustancialmente de la de los países continentales. Sin entrar en detalles que excederían el objeto de este trabajo hay que tener en cuenta que en Derecho sucesorio inglés la propiedad de los bienes hereditarios se transmite temporalmente a un «personal representative», sea el ejecutor designado por el causante en su testamento, sea al administrador nombrado por el juez. Estos representantes limitan su competencia a los bienes situados en Inglaterra. Sobre esta cuestión: DICEY & MORRIS; *Les successions...*, cit., p. 39. Frente a lo anterior, los tribunales alemanes, siguiendo la «Gleichlauftheorie», criticada por la doctrina, consideran que son competentes en materia sucesoria en los casos en los que, directa o indirectamente, el Derecho alemán es aplicable, con algunas excepciones (FLICK, H., y PILTZ, D. J., *Der Internationale Erbfall*, Beck, Munich, 1999, pp. 97 ss. Sobre esta cuestión ver asimismo: KRAUS, A., *Die deutsche internationalen Zuständigkeit in Nachlassverfahren*, Würzburg, 1993).

¹³² Ello ha llevado a algunos autores a afirmar que si la transmisión del activo hace deseable la unidad legislativa, la del pasivo la hace necesaria porque en este punto la pluralidad de leyes provoca dificultades inextricables en dos puntos: (i) hace imposible una solución coherente en cuanto a si la responsabilidad es *intra vires* o *ultra vires*; (ii) desde el punto de vista del procedimiento también es más fácil al unificar todo en una sola persona. EGGER, A., «Le transferí...», cit. p. 78.

una solución coherente sobre el carácter de la responsabilidad, si partimos de la premisa de que, aunque se abran varias sucesiones y sean aplicables varias leyes, el pasivo siempre es universal y la fragmentación se produce sólo respecto del activo. Pero sobre todo, al menos si atendemos al sistema español, cuando las deudas se presentan al cobro antes de producirse la partición y adjudicación de los bienes a los herederos, sólo pueden dirigirse contra los bienes hereditarios; en consecuencia, la trascendencia de la forma de la aceptación se manifiesta después, es decir, una vez adjudicados los bienes hereditarios, que pasan a ser propiedad del heredero. Sólo a partir de ese momento responde el heredero con esos bienes y con los suyos propios¹³³. Es decir, es finalizado el proceso sucesorio cuando se manifiestan las consecuencias de las modalidades de aceptación escogida, pero no cuando se pretende cobrar dentro de él, lo cual es lógico porque el patrimonio del heredero no integra el activo hereditario.

31. Dejando de lado esa cuestión, el paralelismo desde la perspectiva de los acreedores entre la materia concursal y la sucesoria es, de nuevo, evidente. En un procedimiento concursal de carácter territorial, es decir, abierto en un Estado donde el deudor posea un establecimiento, el pasivo es universal mientras que el activo se limita a los bienes del deudor situados en ese Estado. Corresponde a los acreedores decidir en esas circunstancias si presentan su crédito al cobro sólo en ese Estado, o también en los demás Estados en que se haya abierto un procedimiento concursal sobre ese deudor. Al hacerlo deberán valorar tanto sus posibilidades de cobro en cada uno de los Estados, como el coste de acudir a ellos. La situación de los acreedores en un procedimiento sucesorio cuando hay fragmentación competencial no se plantea en términos diferentes. Pero difiere considerablemente si es una sola autoridad ante quien se plantea la sucesión, aunque al conocer de la cuestión aplique leyes distintas, porque, en este caso basta con que el acreedor acuda al único procedimiento sucesorio abierto para cobrar, en principio, lo mismo que cobraría si hubiera varios, pero con menos costes. La cuestión no es, en este punto, tanto un tema de ley aplicable como de competencia judicial internacional. Es cierto, además, que el paralelismo con el concurso no es absoluto porque en los procedimientos concursales cada autoridad aplica su propio ordenamiento, de manera que, incluso si se trata de un procedimiento universal, es una sola la ley aplicable¹³⁴.

¹³³ Artículos 1068, 1082 y 1084 del CC.

¹³⁴ A salvo las cuestiones que se someten a conexión separada como el tratamiento de los derechos reales, por ejemplo.

32. En consecuencia, los problemas que pueden surgir en relación con el pago de las deudas del causante dentro del procedimiento sucesorio no resultan de la diversidad de leyes aplicables a la sucesión (y, en concreto, a las modalidades de aceptación de la herencia¹³⁵). Siguiendo con el paralelismo concursal, la situación descrita no es muy diferente de aquella en la que la existencia de varios procedimientos de insolvencia abiertos en distintos Estados sobre un mismo deudor puede obligar a los acreedores a analizar dónde es más conveniente presentar sus créditos al cobro y, en su caso, a hacerlo en más de un procedimiento si quieren asegurarse la posibilidad de cobrar el mayor porcentaje posible de dichos créditos. En el sistema previsto por el Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia la correcta regulación de esas situaciones obliga a establecer mecanismos de coordinación de procedimientos, con el objeto de garantizar dicho cobro íntegro. En un futuro reglamento comunitario de sucesiones, en caso de que se mantuviera la fragmentación en la determinación de las autoridades competentes para conocer de la sucesión, habría que buscar mecanismos de cooperación similares que llevaran a liquidar adecuadamente las deudas del causante. Evidentemente tales medidas deberían ir precedidas de la correspondiente publicidad de cada uno de los procedimientos abiertos y exigen la identificación de uno de los procedimientos como principal, de forma que pueda servir como vértice del sistema. En este punto, frente a la fragmentación que una regulación como la descrita supondría, se hace necesaria una concesión a la universalidad: una vez más ese papel sólo puede ser asumido por el procedimiento abierto en el Estado que justifica su competencia en una conexión personal con el causante, puesto que es el elemento común a toda la sucesión.

33. Frente a lo señalado, los distintos órdenes de prelación de créditos que contemplan las legislaciones comparadas pueden tener alguna incidencia en la situación de los acreedores. La cuestión se plantea en España en los casos de aceptación a beneficio de inventario, en que el pago a los acreedores se realiza antes de que el heredero quede «*en pleno goce del remanente de la herencia*»¹³⁶, o en los sistemas anglosajones en que hay una fase de administración que tales sistemas conciben como previa a la sucesión propiamente dicha. Sin embargo, cuando la aceptación del heredero es simple éste irá respondiendo del pago de los créditos a

¹³⁵ En España el artículo 1084 del Código Civil prevé que «*Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio [...]*».

¹³⁶ Artículo 1.032 del CC.

medida que se vayan presentando, y habitualmente en un momento posterior, es decir cuando ya ha quedado en pleno goce del remanente de la herencia, sin que se le pueda exigir caución en caso de conocer la prioridad de uno frente a otro que no se haya presentado al cobro. La idea de establecer una prelación solo tiene sentido si hay un procedimiento colectivo¹³⁷, pero no en los demás casos, lo que acerca de nuevo ciertos aspectos del régimen sucesorio al concursal¹³⁸.

El paralelismo es evidente si tenemos en cuenta que la posibilidad de aceptación a beneficio de inventario se regula en el Código para hacer frente a aquellas situaciones en que existe una sospecha fundada de la insolvencia del causante. Por ello, se constatan dos realidades: (i) es infrecuente que se acepte a beneficio de inventario, ya que, salvo que se produzca la circunstancia señalada, el heredero preferirá aceptar de forma simple, que es más sencillo y menos costoso y (ii) es también infrecuente que uno solo de los herederos acepte a beneficio de inventario y no lo hagan los demás, aunque sea teóricamente posible.

34. Si se acepta a beneficio de inventario, al menos tal como se regula en Derecho español, se observa cierto, aunque lejano, acercamiento entre nuestro sistema y el de los países anglosajones, porque se inicia una fase que podríamos calificar de administración de la sucesión en la que se designa un administrador que debe elaborar un inventario. Dejando de lado cuestiones relativas a la forma de llevarlo a cabo, desde la perspectiva de los acreedores sí se produce una circunstancia que creo sustancial: deben presentar en ese momento sus créditos al cobro y éste se producirá de acuerdo con el orden legalmente previsto. A estos efectos el CC español prevé en su artículo 1028 que «*cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de gradua-*

¹³⁷ En contra, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La herencia...», cit., p. 182. Para este autor haya o no beneficio de inventario entre los acreedores rige respecto de los bienes hereditarios la misma prelación de órdenes o grados. Considera que si estas normas están colocadas dentro del régimen del beneficio de inventario se debe a que tradicionalmente ese régimen se consideró el ordinario.

¹³⁸ Es en esos casos cuando de manera más evidente se manifiesta la existencia de una masa de bienes individualizada. Ello ha llevado a ciertos autores a afirmar que en los casos de heredero único que acepta de forma simple los bienes del causante, al menos en un sistema como el francés o el español, aquéllos pasan inmediatamente a ser propiedad del heredero y las deudas de la sucesión se dirigen tanto contra los bienes del causante como contra los del heredero, de manera que este último no está al frente de dos universalidades distintas. Es la aceptación a beneficio de inventario la que aísla los bienes del causante del patrimonio del heredero, pero la universalidad de bienes y deudas procede de ese tipo de aceptación y no es algo que existía con anterioridad a la misma. BILLARANT, S., *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Dalloz, París, 204, pp. 41-42.

ción»¹³⁹, pero que, no habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten, si bien, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho, siendo la clasificación de los créditos las que prevén los artículos 1921 a 1929 del CC.

35. Situándonos en ese contexto y en un modelo de fragmentación de la sucesión, si asumimos que ésta va acompañada de una fragmentación competencial, los acreedores del causante presentarán sus créditos al cobro ante cualquiera de las autoridades que han abierto un procedimiento sucesorio, o, en su caso, ante todas ellas, de manera equivalente a como ocurre en un procedimiento concursal y, como en el sistema concursal, el orden de prelación de créditos a aplicar en cada procedimiento será el previsto por su ordenamiento –que en el caso del concurso es la ley del foro en tanto que *lex concursus*– y en el procedimiento sucesorio la *lex successionis*. Puede ocurrir en esta situación que el acreedor privilegiado en un sistema no lo sea en el otro, o lo sea en mayor o menor medida.

Si es una sola la autoridad que abre un procedimiento sucesorio pero aplica al mismo distintas legislaciones se plantea de nuevo la necesidad de determinar cuál, entre los distintos en presencia, es el orden de prelación aplicable a los créditos. En este caso la necesidad de dar respuesta a esta cuestión se plantea en los mismos términos que en el anterior, pero quizás de manera más acuciante.

En esta situación posiblemente la única solución de carácter conflictual es establecer un paralelismo con el sistema concursal y considerar que, en última instancia, es el ordenamiento que presenta conexiones con el conjunto del supuesto y no sólo con una parte del mismo el que debe prevalecer y éste será el que establezca la conexión desde el elemento que da unidad a la sucesión, es decir, el causante y no desde el que la fracciona, los bienes¹⁴⁰. Eso supone propugnar una solución en la que el orden de prelación de los créditos lo establezca el Derecho del Estado de la nacionalidad o el domicilio de causante, como único que presenta una conexión con la totalidad de la sucesión y no solo con una parte de la misma.

¹³⁹ Se trata de un precepto que parte de una hipótesis considerada por la doctrina «singular y extraña»: la de un juicio entre los acreedores para determinar su respectiva preferencia. LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho civil...*, cit., p. 394.

¹⁴⁰ Una aproximación más de la situación al Derecho concursal se pone de manifiesto en el hecho de que, al menos desde la perspectiva española, en los pagos rige, en su caso, la doctrina sobre la rescisión de los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no puede ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos, tal como prescribe el artículo 1292 del CC (PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia...*, cit., pp. 277-278).

De nuevo la situación no es distinta a la planteada en aplicación del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, en la que, ante la necesidad de coordinar uno o más procedimientos territoriales y uno universal, se atribuye a este último un papel de vértice, de manera que es su *lex concursus*, la que en última instancia determina el criterio a tener en cuenta en relación con el orden de prelación de créditos ¹⁴¹.

Pero junto a la solución conflictual apuntada, y pensando en una futura reglamentación comunitaria, otra posibilidad es buscar una solución material, de forma que se acabe instaurando, en definitiva, si no una autoridad central para administrar la sucesión, como sugiere M. Férid, a la que se proporcione un criterio único, sí al menos una solución única aplicable cualquiera que sea la autoridad comunitaria que conozca de la cuestión. Como se ha indicado, esto supone no buscar la solución partiendo de un esquema conflictual, sino de uno sustantivo, al modo en que lo hacían los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, aunque no reteniendo necesariamente las soluciones de los mismos ¹⁴². Cuál deba ser dicho orden de prelación es una cuestión que escapa al objeto de este trabajo y que será posiblemente mucho más certeramente abordada por los civilistas.

b) *La contribución de los herederos a las deudas del causante*

36. Dado que se parte de la base de que el pasivo es universal y, en consecuencia, los acreedores pueden dirigirse a cualquiera de las masas hereditarias para obtener el pago de sus créditos, puede ocurrir, en las situaciones de fragmentación tanto conflictual como competencial descritas, que una masa de bienes haya hecho frente al pago de la totalidad o la mayoría de las deudas del causante

¹⁴¹ En este sentido, VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., *Comentario al Reglamento...*, cit., p. 237; TORRALBA, E., «Comentario al artículo 229» en Bercovitz, R. (coord), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, ed. Tecnos, 2004, p. 2209.

¹⁴² Los artículos 46 a 48 del Tratado de Montevideo de 1889 prevén que las deudas que deban ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes gozan de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante; en caso de que dichos bienes no alcancen para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobran sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del derecho preferente de los acreedores locales y si las deudas deben ser canceladas en algún lugar donde el causante no hubiera dejado bienes los acreedores pueden exigir su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares con la misma salvedad a favor de los acreedores locales. El de 1940 establece las mismas reglas con el único añadido de que los créditos con garantía real quedan exentos de tales reglas. El primero de estos Convenios fue aprobado por el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, reunido en Montevideo el 25 de agosto de 1988 y es un Tratado de Derecho civil internacional que, entre otras materias, aborda la sucesión en sus artículos 44 a 50. Este Tratado fue reformado por el de 1940, surgido del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado celebrado en Montevideo en julio-agosto de 1939 y marzo de 1940.

mientras que otra permanezca intacta o sólo haga frente a algunas de tales deudas. Surge entonces la segunda de las cuestiones mencionadas al inicio de este epígrafe: la de la contribución de cada uno de los herederos a la deuda ¹⁴³.

No hay que olvidar, en relación con esta cuestión, que puede ocurrir que los herederos no sean los mismos en todas las masas hereditarias. En esa situación si A es heredero en la masa del Estado X, pero no en la del Estado Y, las deudas se pagan con cargo a los bienes situados en X, A puede tener interés en dirigirse a quienes son herederos en Y para resarcirse, al menos parcialmente, del pago efectuado.

De nuevo la situación va a plantearse sólo si se han abierto varios procedimientos sucesorios, pero no si se abre uno solo y en él se aplican distintas leyes rectoras de la sucesión sobre masas hereditarias diferentes. Si es uno solo el procedimiento, los acreedores se limitarán a presentar en el mismo sus créditos al cobro, sin especificar sobre qué bienes quieren que éstos sean satisfechos.

37. Para resolver esa cuestión pueden adoptarse dos posturas: la que considera que es necesario establecer un mecanismo de compensación entre las distintas masas hereditarias y la que considera innecesario ningún tipo de intervención sobre la base de que mientras vivía el causante el acreedor podía dirigirse frente a cualquier masa de bienes de aquél, sin que se establecieran luego mecanismos de compensación entre unos y otros.

Esta segunda postura debe ser rechazada porque supone analizar la cuestión sólo desde la perspectiva de los acreedores y no desde la de los herederos. Aunque en páginas anteriores se ha partido de la base de que los derechos de cobro de los acreedores tienen preferencia frente a los derechos hereditarios de los sucesores del causante y no deben verse afectados por la muerte de éste, salvo

¹⁴³ Los artículos 1084, 2.º, 1085 y 1087 del Código Civil regulan estas cuestiones, siendo el criterio que establece el segundo el que constituye la regla general, al señalar que «el coheredero que hubiese pagado más del que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional». Además, el artículo 1084 del Código Civil, ya citado, prevé que «Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio [...]». Pero no hay ningún precepto que establezca cuál es el régimen antes de la partición, lo que ha permitido la aparición de distintas teorías, decantándose una parte de la doctrina por la responsabilidad solidaria de los herederos y otra por la mancomunidad. Entre los primeros, CASTÁN, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo VI, vol. 1, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1989, pp. 250-251 y 317; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. 3, ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 590; VALLET DE GOYTISOLO, J., «Apuntes de Derecho sucesorio. (Posición y derechos de los legitimarios en el CC)», *ADC*, Tomo IV, fasc. II, Madrid, 1951, p. 298. Entre los partidarios de la mancomunidad, GARCÍA VALDECASAS, G., «La comunidad hereditaria», *AAMN*, VII, 1953, p. 267; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, IV, 2.º, ed. Nauta, Barcelona, 1966, p. 1023; LACRUZ, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, Derecho de Sucesiones, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 104-105.

en los casos en que la ley aplicable al crédito en cuestión así lo prevea, una vez satisfechos tales créditos, nos situamos fuera de la esfera de la obligación para entrar en la de la contribución. En ese momento los intereses de los acreedores desaparecen del análisis y éste se centra en los herederos y en la forma de garantizar en la mayor medida de lo posible la igualdad en el trato a los mismos, que no está reñida con la desigualdad de sus respectivas posiciones en relación con la herencia que pueda resultar de la ley aplicable o de la voluntad del legislador.

38. En consecuencia, admitida la necesidad de restablecer el equilibrio entre herederos, es posible, de nuevo, buscar una solución conflictual o tratar de dar una solución material al supuesto de hecho. Si la solución se busca en el ámbito conflictual es necesario acudir a una ley única y ésta tiene que estar ligada a la persona del causante. En este sentido se pronuncia Héron¹⁴⁴, partidario por lo demás de un sistema de fraccionamiento sucesorio¹⁴⁵. Este autor justifica la llamada a una ley única en este punto por la naturaleza del problema a resolver: en la contribución a las deudas no son los bienes del difunto y la ley de los mismos lo que aparece en primer plano, sino que lo hace la posición común de todos los herederos como causahabientes del difunto, lo que obliga a incidir sobre el aspecto unitario de la sucesión y a resolver la cuestión desde esa perspectiva. Para este autor el rol de esa ley única consiste en determinar, a la vista de todos los bienes, dondequiera que estén situados, en qué proporción debe contribuir cada heredero a las deudas, para lo cual habrá que tener también en cuenta las disposiciones sustantivas de cada una de las leyes de los bienes. Como ley única propugna la del domicilio del causante básicamente por tres razones: (i) una persona desarrolla la mayor parte de sus relaciones jurídicas en el Estado donde está domiciliada, por lo que, en la mayor parte de los casos, esa ley del domicilio coincidirá también con la de los créditos, (ii) suele coincidir también con la ley aplicable a la mayor parte de los bienes que integran la sucesión y (iii) la sumisión de la contribución a la ley del domicilio contribuye a atribuir competencia al juez del domicilio, en el sentido de que constituye una vinculación con dicho tribunal susceptible de ser tomada en consideración para determinar si procede considerarlo competente o no.

¹⁴⁴ *Le morcellement...*, cit., pp. 282 ss.

¹⁴⁵ Este autor no niega la bondad de la solución unitaria, pero sí afirma que ésta no puede hacerse más que si viene precedida de una armonización de las legislaciones sustantivas en materia sucesoria y que mientras ello no ocurra el fraccionamiento es la solución que presenta el mayor número de ventajas con el menor número de inconvenientes (*Le morcellement...*, cit., p. 322).

39. Frente a la búsqueda de una solución conflictual cabe también buscar una material, lo que, probablemente y si pensamos en una norma comunitaria reguladora de la materia sucesoria, puede ser lo más apropiado y de más sencilla aplicación, a la vez que más fácil de aceptar por los Estados que no tendrían en este caso que ceder frente a la aplicación de una ley extranjera, sino frente a una disposición comunitaria.

Desde esa perspectiva una regla que considerase que el importe del recurso contributivo de un heredero debe calcularse en función del montante de la herencia que habría percibido efectivamente si no hubiera soportado más que los demás la carga de pagar a los acreedores es, a mi juicio, una regla adecuada. Según esto habría que calcular la participación global de ese heredero, sea determinada por una sola ley, sea por el juego de varias, en el activo hereditario y determinar su participación en el pasivo en proporción a la que tiene aquél ¹⁴⁶.

3) LA ADMINISTRACIÓN DE LA SUCESIÓN

40. Como se ha señalado anteriormente, los ordenamientos anglosajones prevén una fase de administración de los bienes hereditarios que conciben como previa a la sucesión en sentido estricto y que, en consecuencia, no recibe una calificación sucesoria. En consonancia con una concepción de la sucesión en que el heredero no es continuador de la persona del causante, sino un nuevo adquirente, la fase que va desde la muerte del causante hasta el momento de la distribución de los bienes de la sucesión es una fase de administración, a cargo del ejecutor designado en el testamento, del administrador designado judicialmente o del trustee en el caso de un trust testamentario. A estos administradores, en sentido general, corresponde la realización de las actividades necesarias para reunir los bienes del causante, proceder al pago de las deudas y establecer cual es el remanente disponible para los herederos. Dado que el Derecho anglosajón no considera que esa fase inicial de administración forme parte de la sucesión, la misma no se rige por la *lex successionis*, sino que se somete a la ley del foro de acuerdo con cuya decisión el ejecutor ejerce sus facultades y donde se encuentran los bienes sujetos a administración.

¹⁴⁶ En este sentido BARNICH, L., *Les successions immobilières...*, cit., p. 332. Esta es la solución, en el ámbito interno, del artículo 1085 del CC, que establece que «*El coheredero que hubiere pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional [...]*».

Si bien la regla general es que tales administradores limiten su actuación a los bienes situados en el territorio para el que han sido nombrados, no es descartable que, en ciertos casos, puedan tener que actuar fuera del territorio del Estado del foro, de la misma forma que ocurre en un caso de insolvencia en el que el administrador nombrado en un procedimiento territorial, cuyas facultades en principio se limitan a los bienes situados en el Estado que lo nombra, excepcionalmente tiene que actuar en el territorio de otro Estado porque, por ejemplo, alguno de esos bienes fue trasladado, después de solicitado el concurso, a aquél.

41. Frente al sistema descrito, los ordenamientos continentales organizan la sucesión de manera distinta, sin que ello signifique que desconocen la figura del administrador. No obstante, tanto el nombramiento de los administradores como su actuación se consideran integrados en la sucesión y se rigen por la *lex successionis*.

En Derecho español es posible que el testador haya designado uno o varios albaceas, a los que corresponden las facultades que el testador les confiera o las previstas por el CC si aquél no hubiera establecido nada al respecto. Entre ellas destaca el artículo 902 del Código la de «tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes», estableciéndose asimismo que cuando los bienes no fueren suficientes para el cumplimiento de algunas de sus funciones (pago de legados y gastos de funerales) los albaceas promoverán la venta de los bienes muebles y, en su caso, de los inmuebles¹⁴⁷.

Además de lo anterior, si la herencia se acepta a beneficio de inventario hay necesariamente una fase que se considera de administración, siendo posible que la función de administrador sea asumida por el propio heredero o por un tercero nombrado por el juez¹⁴⁸. Corresponde a los administradores la representación de la herencia para ejercitar las acciones que le competan y contestar a

¹⁴⁷ Artículo 903 del CC. Ver, además, el Convenio consular entre España y el Reino Unido e Irlanda del Norte. También prevé esta posibilidad el artículo 2197 del BGB (GOTTWALD, P., SCHWAB, D., y BÜTTNER, E., *Family and Succession Law in Germany*, Coges Law International, 2001, pp. 153-154; SCHLÜTER, W., *Erbrecht*, Verlag CH Beck, Munich, 2000, pp. 386 ss.).

¹⁴⁸ El artículo 1020 del CC prevé que «en todo caso el juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamiento Civil» y el 1026 que «hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá en ese concepto la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma».

las demandas que se interpongan contra la misma ¹⁴⁹; además el administrador no podrá pagar los legados sino después de pagar a todos los acreedores ¹⁵⁰ y si para el pago de los créditos y legados es necesaria la venta de los bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de los abintestatos o testamentarías, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

42. En cualquiera de los sistemas previstos para la organización de la sucesión es necesario determinar la extensión de las facultades de los administradores y sus posibilidades de desarrollar su actuación más allá de los límites territoriales del Estado cuyas autoridades les nombran. La cuestión no es otra que la eficacia de la resolución extranjera que nombra a los administradores y, en concreto, si se acepta la extensión de las facultades que les atribuye dicho nombramiento, con independencia de que coincidan con las que tendría de haber sido nombrado por el Estado receptor ¹⁵¹, que, evidentemente, puede establecer ciertos límites ¹⁵².

43. Una vez más el paralelismo entre esta situación y la concursal es evidente ¹⁵³. Como ocurre con los administradores concursales, la necesidad de determinar la eficacia del nombramiento de los administradores designados en un procedimiento concursal –reciba esta fase de administración una calificación sucesoria o no– sólo se plantea en los casos en los que el administrador extran-

¹⁴⁹ Artículo 1026 del CC.

¹⁵⁰ Artículo 1027 del CC.

¹⁵¹ Se señala tradicionalmente que el primero de los sistemas supone el riesgo de que puede atribuir al administrador en cuestión unas funciones que no le atribuya la decisión que le nombró, desvirtuando éstas en consecuencia.

¹⁵² El Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre administración internacional de las sucesiones, en vigor desde el 1 de julio de 1993, establece un sistema destinado a resolver esas cuestiones aplicable únicamente a la sucesión mobiliaria. De acuerdo con él se crea un modelo de certificado cuya emisión corresponde a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del causante en el que se designa a la persona habilitada para administrar la sucesión y sus facultades. La autoridad competente para emitir este certificado aplica su ley interna, excepto en ciertos casos, en los que aplica la ley interna del Estado de la nacionalidad del causante. El certificado así emitido deberá ser reconocido en los demás Estados contratantes, que pueden exigir su presentación, pero no la legalización o algún formalismo análogo. No obstante, se prevé la posibilidad de que los Estados contratantes subordinen el reconocimiento del certificado a la decisión de una autoridad que se pronunciará tras un juicio rápido o a cierta publicidad. Las únicas causas por las que se puede negar el reconocimiento son la no autenticidad del certificado o no adecuación al modelo establecido en el Convenio o si del mismo no resulta su emisión por una autoridad competente según el Convenio. Se prevé asimismo que el Estado requerido subordine el ejercicio de los poderes del titular del certificado al respeto de las reglas de supervisión y control de las autoridades locales, y en concreto, que subordine la toma de posesión de los bienes situados en su territorio al pago de las deudas. Este Convenio no ha sido ratificado por España. Lo han ratificado la República Checa, Portugal y Eslovaquia y son signatarios Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Turquía y el Reino Unido.

¹⁵³ FÉRID, M., «Le rattachement autonome...», cit., p. 107. Señala este autor que «*la fonction du personal representative ressemble à celle d'un syndic qui liquide la faillite*».

jero tiene que adoptar medidas sobre bienes situados fuera del territorio del Estado que lo nombra ¹⁵⁴.

La cuestión se liga fundamentalmente al criterio de determinación de la competencia en los distintos sistemas, siendo la necesidad de regular esta cuestión mayor en los países que prevén la competencia de un solo tribunal para conocer de la sucesión, aunque luego se produzca un fraccionamiento legislativo, que en los que unen a la fragmentación legislativa la competencial. Y ello es así porque si el tribunal considerado competente va a conocer del conjunto de la sucesión de un causante cualquiera que sea el lugar donde se encuentran los bienes del mismo, el administrador nombrado en esa sucesión tendrá que extender su actuación a bienes situados fuera del Estado que lo nombra, lo que no ocurriría si se limita a los situados en su territorio (y en consecuencia a ese ámbito se circunscribe la actuación de los administradores).

No obstante, la limitación en la actuación de los administradores ni siquiera en ese segundo caso sería total. Podría establecerse respecto de los inmuebles, pero no respecto de los muebles, puesto que no sería operativo abrir un procedimiento sucesorio en cada lugar en el que se sitúan bienes muebles del causante, por lo que el administrador nombrado por la autoridad del Estado del domicilio del causante con competencia para pronunciarse sobre los bienes muebles que integran la herencia tendrá necesariamente que actuar en Estados distintos de aquel cuya autoridad lo nombró. Sí es cierto, sin embargo, que en la mayor parte de los casos no será necesario porque los bienes muebles del causante se localizarán en el Estado de su domicilio.

44. En este punto es útil volver a lo señalado en relación con el paralelismo de estas situaciones con las concursales. Tanto la Ley Concursal como el Reglamento comunitario en materia de insolvencia prevén un sistema en el que el procedimiento concursal se concibe como un *continuum*, de forma que tras el reconocimiento de la resolución de apertura, que en el primer caso se hace siguiendo un sistema de homologación y en el segundo es automático, el resto de las resoluciones adoptadas en el procedimiento se reconocen de manera automática y se les atribuyen los mismos efectos que producían en el Estado del que emanan ¹⁵⁵.

No obstante, en relación con los administradores se establecen ciertas reglas especiales, una referida a la forma de acreditar el

¹⁵⁴ Sobre esta cuestión, CHECA, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, 1998, pp. 120-121 y 140-142; VIRGÓS, M., *El Trust y el Derecho español*, ed. Aranzadi, 2006, pp. 135 ss.

¹⁵⁵ AMORES, M., «Comentario al artículo 220» en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios...*, vol. II, cit., pp. 2138 ss.

nombramiento y otra a los límites a su actuación. Respecto de la primera de las cuestiones el Reglamento prevé que para acreditar el nombramiento de los administradores concursales basta la certificación de la resolución que los nombró, u otro certificado expedido por el Tribunal competente de los que, en su caso, se podrá pedir traducción. La Ley Concursal, que debe ser aplicada en un contexto distinto, exige que dicho nombramiento se acredite mediante copia autenticada del original de la resolución por la que se designe al administrador mediante certificado expedido por el tribunal o la autoridad competente, con los requisitos necesarios para hacer fe en España ¹⁵⁶.

Por lo que se refiere a los límites de la actuación de los administradores, éstos deben respetar la ley del Estado miembro en cuyo territorio actúen, en particular en lo que respecta a las modalidades de realización de los bienes, sin que puedan usar medidas de apremio ni pronunciarse sobre litigios o controversias ¹⁵⁷ y siempre con el límite del orden público.

Si se traslada el sistema descrito al ámbito sucesorio, para reconocer en el territorio de un determinado Estado miembro la actuación de un administrador sucesorio habría que reconocer en primer lugar la apertura de la sucesión y a continuación, de manera automática, la del nombramiento de los administradores que gozarán de los poderes que les haya atribuido el Estado donde aquélla se abrió, sin que ello implique que el Estado receptor no pueda establecer ciertos límites ¹⁵⁸.

No obstante, desde la perspectiva del ordenamiento español no hay que olvidar que la sucesión es un expediente de jurisdicción voluntaria y que nuestras normas en materia de reconocimiento se refieren a resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos ¹⁵⁹. El reconocimiento de los expedientes de jurisdicción volun-

¹⁵⁶ Es decir, los previstos en el artículo 323 de la LEC.

¹⁵⁷ Artículo 18 del Reglamento. La Ley Concursal recoge asimismo la primera de estas limitaciones pero no hace ninguna referencia a la segunda (art. 221).

¹⁵⁸ No es ésta la solución adoptada actualmente en la mayoría de los Estados. En el Reino Unido e Irlanda, por ejemplo, salvo en ciertos casos, es necesario obtener un *Grant of Probate* o *Letters of Administration* para poder tomar posesión de los bienes comprendidos en la herencia, dondequiera que estuviera domiciliado o residiera el causante (GARB, L., *Internacional sucesión*, cit., p. 203). Por otra parte, en Inglaterra los *Grants of Administration*, salvo que expresamente se limiten a propiedades en el territorio inglés se extienden a todas las propiedades del causante dondequiera que estén situadas. Pero lo cierto es que en la práctica hay que contar con las autoridades locales. A la inversa, y salvo en ciertos casos, la persona que ha obtenido un «grant» en otra jurisdicción no puede actuar simplemente con él en Inglaterra o Gales, sino que tiene que obtener uno de los tribunales de estos lugares (DENKER, J., en Hayton, D., *European Successions Law*, Jordans, Bristol, 1998, p. 74).

¹⁵⁹ No hay que olvidar además que el reconocimiento de las resoluciones contenciosas en materia sucesoria no se produce por los trámites previstos en el Reglamento 44/2001, ni en ningún instrumento internacional multilateral ratificado por España. España sí es

taria debe hacerse de acuerdo con las normas previstas en la LEC sobre el reconocimiento de documentos públicos extranjeros que no conoce más límite que el orden público¹⁶⁰, lo que acerca el reconocimiento de estos administradores al descrito en relación con los administradores concursales, tal como se prevé en el Reglamento comunitario en materia de insolvencia.

Es decir, al menos en Derecho español basta que los administradores nombrados por una autoridad extranjera acrediten su nombramiento para que puedan ejercer sus funciones, siendo éstas las que establece la ley que rige la sucesión, con el límite del orden público, al que en una futura regulación comunitaria podría añadirse, en consonancia con lo previsto en el Reglamento de insolvencia, el respeto de la ley del Estado miembro en cuyo territorio deba actuar el administrador, en particular, en lo que respecta a las modalidades de realización de los bienes (aun reconociendo que este límite se impone por la fuerza de los hechos), añadiendo además que dichos poderes no incluyen el uso de medios de apremio ni la facultad de pronunciarse sobre litigios o controversias¹⁶¹.

parte, sin embargo, en varios Convenios bilaterales en los que se regula esta cuestión. El único Convenio bilateral del que España es parte cuyo ámbito de aplicación material es exclusivamente la materia sucesoria es el Convenio hispano-griego de 6 de mayo de 1919. Pero también son aplicables algunos Convenios sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de Derecho privado de los que no se excluyen los litigios en materia sucesoria, como el hispano-suizo, de 19 de noviembre de 1896, el hispano-colombiano, de 30 de mayo de 1908, el hispano francés, de 28 de mayo de 1969, el hispano-italiano, de 22 de mayo de 1973, el hispano-alemán, de 14 de noviembre de 1983, el hispano-austriaco, de 17 de febrero de 1984, el hispano-checoslovaco, de 4 de mayo de 1987, el hispano-chino, de 2 de mayo de 1992, el hispano-soviético, de 26 de octubre de 1990 y el hispano-uruguayo, de 4 de noviembre de 1987. En ausencia de convenio se aplica el régimen de la LEC.

¹⁶⁰ Artículo 323 de la LEC.

¹⁶¹ En un sentido que no se aleja de lo que acabamos de ver, el artículo 1030 del CC prevé que cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios ésta se realizará en la forma establecida por la LEC respecto de los abintestatos y testamentarias salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa. Es verdad que se trata de un artículo que está contemplando sólo situaciones de Derecho interno, pero que parece de indudable aplicación también en los casos en que el administrador nombrado en un procedimiento sucesorio extranjero debe ejercer sus facultades en España. El artículo 11 del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, cit., preveía la necesidad de previo reconocimiento para que los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras accedan a los registros públicos españoles, siendo las únicas causas de denegación posibles: (i) que el acto haya sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente; (ii) que el acto haya sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados, y (iii) que el reconocimiento del acto produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español.

En la propuesta de regulación que acompaña a las respuestas del Notariado italiano al Libro Verde se prevé que cuando la administración y la transmisión de los bienes se ha organizado por un administrador o por una autoridad pública, sus poderes deben ser reconocidos en todos los Estados miembros y cuando la ley aplicable sea la de un Estado miembro dichos poderes deben extenderse, independientemente de las disposiciones de dicha ley, y dejando a salvo los límites eventualmente dispuestos por el testador, a todos los bienes de la sucesión, dondequiera que se encuentren, incluso si la *lex successionis* los limita a los muebles (artículos 22, 2.º y 3.º y pp. 78-79).

45. Visto lo anterior, sería recomendable que la futura norma comunitaria en esta materia contemplara no sólo las cuestiones relativas al reconocimiento de las resoluciones dictadas en un procedimiento contencioso en materia sucesoria, sino también las relativas a la eficacia de las resoluciones adoptadas en el desarrollo de una sucesión y de la posible actuación de los administradores de la misma, para lo cual el modelo adoptado por el Reglamento 1346/2000 puede proporcionar ciertas pautas.

4) LA PARTICIÓN Y LA TRANSMISIÓN DE LOS BIENES

46. En esta fase del procedimiento sucesorio es necesario dar respuesta a tres cuestiones distintas: la primera de ellas es a qué ley deben sujetarse las operaciones concretas de partición; la segunda es qué ley nos debe señalar cuál es el resultado a que debe conducir esa partición y la tercera qué ley rige la transmisión de propiedad que se debe producir como consecuencia de la partición¹⁶².

Ya en la década de los setenta M. Cassoni¹⁶³ puso de relieve la «bipolaridad» de la partición, que se sitúa entre la ley sucesoria y la ley de la situación de los bienes. Está claro que las operaciones judiciales de partición (dejamos de lado los casos, en que los propios herederos deciden cómo se efectúa la partición porque en ellos el problema no se plantea en estos términos) y su procedimiento no pueden estar sometidos a una ley extranjera por razones prácticas, aunque esas operaciones tengan por objeto la distribución de la herencia con el resultado indicado por la ley sucesoria¹⁶⁴.

En consecuencia, respecto de las dos primeras cuestiones las respuestas se imponen por su propia obviedad: las operaciones concretas –materiales– de partición se sujetan a la ley del foro y deben llevar al resultado previsto por la *lex successionis* que es la que determina el contenido de dicha partición¹⁶⁵. En cuanto a la

¹⁶² Se ha señalado por parte de la doctrina española que «por partición entendemos la institución que tiene por objeto materializar la porción que a cada heredero –o en su caso legatario de parte alícuota– corresponde en la herencia, mediante la designación de un derecho exclusivo en bienes concretos» (MINGORANCE, C., *El pago...*, cit., p. 59), si bien se observa que el concepto se usa en unos casos en sentido amplio (conjunto de operaciones necesarias para la fijación de los derechos privativos de los coherederos) y en otros en un sentido estricto (división y adjudicación del caudal relicto). Aquí se está usando la segunda de las acepciones.

¹⁶³ *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato. Contributto alla teoria dei limiti dello statuto successorio*, Milán 1974.

¹⁶⁴ FÉRID, M., «Transmisión...», cit., pp. 146-147.

¹⁶⁵ Creo que éste es el sentido en el que hay que interpretar el artículo 786 de la LEC que establece que el partidor realiza las operaciones de partición conforme a la ley aplicable a la sucesión del causante, pero que si el testador había establecido reglas diferentes

transmisión de la propiedad la cuestión merece un análisis más detallado¹⁶⁶.

47. Las cuestiones que estamos analizando guardan relación con un tema que han puesto de relieve ciertos autores que es la distinción, propia de los países de common law, entre distribución o devolución y transmisión de los bienes, siendo esto último, de lo que con frecuencia la doctrina no se ocupa, una cuestión que, se dice, plantea no pocos problemas¹⁶⁷.

Como se ha visto al exponer las ventajas e inconvenientes de los distintos sistemas sucesorios al inicio de este trabajo, la crítica que en mayor medida se hace al sistema de unidad en la determinación de la ley aplicable a la sucesión es que no resuelve adecuadamente los problemas que se suscitan en relación con la transmisión de los bienes inmuebles que integran la masa hereditaria. Se alega que la aplicación de una ley extranjera a la sucesión de un inmueble puede dar lugar a dificultades de delimitación del ámbito de la ley sucesoria respecto del de la *lex rei sitae*, que se ocupa de los aspectos reales. Además, la transferencia de la propiedad de un inmueble en la mayor parte de los ordenamientos necesita de la intervención de un notario o de una autoridad local, por lo que someter todos los aspectos de la situación al Derecho local puede facilitar la liquidación, lo que a veces será el primer interés de los herederos¹⁶⁸.

En consecuencia, en esta última fase del procedimiento sucesorio la fuerza de la ley de la situación de los bienes hereditarios, cuando estos son inmuebles, se manifiesta de manera muy eviden-

para el inventario, evaluación, liquidación y partición de sus bienes habrá que estar a lo establecido por él, a salvo siempre los derechos de los reservatarios.

¹⁶⁶ La definición de ROCA SASTRE, R. M., de que haya que entender por partición ilustra adecuadamente esta distinción: «*aquel acto jurídico, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto de un conjunto ordenado de operaciones, verificadas sobre ciertas bases, supuestos de hecho y de derecho, y en el cual, después de determinarse el activo y el pasivo de la masa hereditaria y de proceder a su avalúo o liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide el caudal partible y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, provocando la transformación de las particiones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados (dominio y propiedad exclusiva)*». En: «Estudios de Derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, Tomo II, Madrid, 1948, p. 71. Aunque la definición responde a la concepción amplia de la partición, que no es la que se usa en este trabajo, sí diferencia de forma clara la existencia de una serie de aspectos puramente sucesorios y de otros de contenido real, lo que tiene forzosamente que tener consecuencias en la delimitación del Derecho aplicable.

¹⁶⁷ FÉRID, M., «Le rattachement autonome...», cit., pp. 71 ss., esp. pp. 89 ss. Este autor propugna una regla de conflicto alternativa a las existentes a la que califica de «escisión funcional» (por oposición a la «escisión territorial») y que consiste en someter la devolución a la *lex successionis* y la administración a la ley del foro (pp. 198 ss.).

¹⁶⁸ OVERBECK, A. V., «Divers aspects...», cit., p. 567.

te, haciendo necesaria la delimitación de los ámbitos de aplicación respectivos de dicha ley y la *lex successionis* ¹⁶⁹.

A. LA PARTICIÓN

48. En el análisis de las ventajas e inconvenientes de los distintos sistemas conflictuales posibles en materia sucesoria se ha señalado reiteradamente que la elaboración de la masa activa se complica con la aplicación de leyes distintas a la sucesión de un mismo causante porque (i) si la sucesión es abintestato la determinación de quien es o no heredero y el orden de suceder pueden no ser los mismos en una ley y otra; y si es testamentaria es posible que, como se ha visto, el testamento sea válido para un ordenamiento y no para otro; (ii) unos ordenamientos conocen el sistema de legítimas y otros no e, incluso, entre los que lo conocen éstas no se regulan de la misma forma; (iii) la regulación de los bienes que deben llevarse a colación es susceptible de recibir tratamientos divergentes en los distintos ordenamientos ¹⁷⁰; (iv) junto a las anteriores se alegan razones de economía procesal ¹⁷¹.

¹⁶⁹ Uno de los problemas que tradicionalmente se alegan en relación con este tema es el de la indivisión de la herencia mientras no se procede a la transmisión, ya que, así como en ciertos Estados esta indivisión puede mantenerse ilimitadamente, en otros está sujeta a límites temporales, de manera que, si la *lex successionis* no establece plazos pero la de situación del inmueble sí, se pueden producir discordancias entre una y otra que inciden sobre el régimen de la propiedad. En consecuencia, siendo la indivisión una forma de copropiedad, la ley sucesoria entra en conflicto con la ley de la situación, siendo las soluciones que dan los distintos Estados diferentes, y así, mientras en Francia el régimen de la masa indivisa viene determinado por la ley del lugar de situación, con el argumento de que es una forma de propiedad y además interesa fundamentalmente a los acreedores (BOULANGER, F., *Étude comparative...*, cit., pp. 176-177), en Alemania, por el contrario, tal cuestión se atribuye a la ley sucesoria. En relación con esta cuestión el CC español señala que ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, salvo que el testador hubiera prohibido expresamente la división y que, incluso en ese caso, la división siempre tendrá lugar mediante alguna de las causas por las que se extingue la sociedad según el artículo 1051 del CC. Añade el artículo 1052 que todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. La comunidad tiene, pues, un claro carácter provisional (MINGORANCE, C., *El pago...*, cit., p. 64).

¹⁷⁰ HOOFT, E. R., *Sucesión hereditaria. Jurisdicción internacional y ley aplicable*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1981, p. 12.

¹⁷¹ Desde mi punto de vista las razones de economía procesal deberían tomarse en consideración sólo en igualdad de condiciones, es decir, sólo en casos en que las alternativas barajadas sean igualmente adecuadas para resolver una determinada situación pero una de ellas presente la ventaja añadida de la economía procesal. Y en cualquier caso lo que sí se constata es que esas razones no sólo están ligadas a la determinación de la ley aplicable, sino también al establecimiento de los criterios de competencia: si ésta se atribuye a las autoridades de un solo Estado las razones de economía procesal se minimizan, a salvo las cuestiones relativas a la información del Derecho extranjero, pero éstas no son decisivas. Si lo fueran no tendría sentido, por ejemplo, que el Convenio de Roma permitiera la fragmentación del contrato al regular la autonomía de la voluntad y que esa solución se haya mantenido en el Reglamento Roma I. Las razones de economía procesal mencionadas sí son más defendibles si la fragmentación legislativa va acompañada de la competencial.

49. Es evidente que en esta fase del procedimiento sucesorio el hecho de que sea una única ley la que rige el orden de suceder, la parte de libre disposición, las legítimas, la colación, etc. facilita la realización de las operaciones necesarias, puesto que no hay que acudir a la adaptación de distintas leyes para elaborar las cuotas, sino que es posible actuar con un cierto automatismo. Si, por el contrario, hay que aplicar distintas leyes, es necesario realizar una adaptación de las mismas y la operación se complica.

Pero lo anterior es cierto en la hipótesis en que la fragmentación en la determinación de la ley aplicable no está acompañada también de la fragmentación en la determinación de la competencia, porque en el caso contrario la labor de cada uno de los jueces individualmente considerada es unidimensional: la reglamentación de todas esas cuestiones conforme a una sola ley nacional que en lugar de operar sobre la totalidad de los bienes del causante lo hace solo sobre una parte de los mismos. En esta hipótesis la cuestión que se plantea es si es necesario arbitrar mecanismos de adaptación de dichas leyes a fin de conseguir un resultado similar al que se produciría de resolver un solo juez.

Es decir, planteada la sucesión ante cada autoridad estatal, si estas tienen que distribuir entre los herederos sólo los bienes situados en su territorio, distribución a la que, en consecuencia, van a aplicar una sola ley –normalmente la del foro– actuarán, en relación con el tema que se analiza en este epígrafe, considerando el supuesto como puramente interno. La situación es la misma que la del juez del concurso territorial. La cuestión es si en tales casos, y como hace el Reglamento de insolvencia, sería adecuado establecer reglas para la coordinación de tales procedimientos. No hay que perder de vista que en este momento del procedimiento sucesorio es donde se pone de manifiesto el carácter del heredero como «acreedor» del causante, en el sentido señalado en páginas anteriores.

50. En este contexto los ordenamientos que conocen un sistema de legítimas plantean una dificultad añadida: si de los Derechos aplicables a la sucesión sólo uno conoce esta institución o, conociéndola varios, la regulan de forma distinta, cada uno pretenderá imponer sus soluciones sobre el conjunto de los bienes de la sucesión y no sólo sobre los bienes situados en su territorio. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho francés que, pese a adoptar un sistema de fragmentación, pretende garantizar a sus nacionales el respeto de los derechos hereditarios establecidos por el Derecho francés, tomando como referencia para el cálculo el conjunto del caudal hereditario.

En situaciones internacionales el Derecho francés prevé un llamado derecho de «prélèvement» a favor de los nacionales franceses que implica operar de la siguiente manera: de forma ficticia se reúnen

todos los bienes hereditarios, estén en Francia o en el extranjero, en una sola masa. Sobre esa masa ficticia se calcula lo que el heredero francés hubiera debido percibir de haberse aplicado el Derecho sucesorio francés y la diferencia entre esa cantidad y lo que efectivamente se ha percibido conforme al Derecho extranjero es lo que integra el «prélèvement». El cobro efectivo se hace, lógicamente, sobre los bienes situados en Francia¹⁷². La misma institución es conocida en Derecho belga, aunque con una regulación algo distinta¹⁷³.

51. Lo primero que hay que plantearse en esta situación, es si es realmente necesario coordinar las leyes que establecen el orden de suceder, las legítimas, y, como consecuencia de eso las cuotas hereditarias, o si la coordinación, argumentada como problema en los sistemas de fragmentación, no es necesaria porque las divergencias que se producen entre los distintos ordenamientos no tienen por qué corregirse. Hay dos cuestiones a analizar: una es la perspectiva de los herederos en cuanto a la determinación de la cuota hereditaria que les corresponde, que no debe ser tenida en consideración al analizar este punto, y otra distinta, y aquí sí radica el problema real, en la que lo que hay que resolver son aquellos casos en los que la aplicación de distintas leyes a distintas partes de la sucesión conduce a situaciones en las que el resultado alcanzado no era el querido por ninguna de las leyes consideradas aplicables.

52. El hecho de que los bienes del causante se dividan en dos o más masas distintas y que sobre cada una de ellas se designen herederos diferentes (o los mismos, pero con cuotas hereditarias distintas) no es, desde mi punto de vista, una dificultad sustancial y sólo será percibido como situación más o menos justa en función del grado de beneficio o perjuicio incurrido por cada uno.

Aquel que se sitúe en primer lugar en la línea sucesoria respecto del ordenamiento de A y sólo en segundo o en tercero según

¹⁷² Así lo establece el artículo 2 de la Ley de 14 de julio de 1989. La doctrina francesa se lamenta de que continúe una institución a la que califican de «expropiación larvada», contraria a las reglas del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (ver al respecto: DURANTON, G., en Verwilghen, M. (Director), *Régime matrimonial, successions...*, cit., pp. 1265 ss.; COHEN, D., «La Convention Européenne des droits de l'home et le Droit international privé», *Rev. Crit.*, 1989, p. 451; LAGARDE, P., *Rep. Droit international*, Dalloz, núm. 103. Las críticas a esta figura vienen de antiguo; para una exposición de las mismas ver OVERBECK, A. VON, «Divers aspects...», cit., pp. 590-591.

¹⁷³ BARNICH, L., *Les successions immobilières...*, cit., pp. 326-327. También este autor lo califica como de «técnica exorbitante» (p. 332). Esas instituciones justamente criticadas por la doctrina no pueden ser propugnadas desde una perspectiva supranacional en cuanto que suponen, al menos en la regulación que reciben en Derecho francés, dar prioridad a un ordenamiento para la defensa de sus nacionales, circunstancia no sólo criticable desde la perspectiva más moderna del Derecho internacional privado, sino desde luego, desde la perspectiva de la integración comunitaria que contempla como uno de sus principios inspiradores el de la no discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de la Unión Europea.

el ordenamiento de B tendrá, desde luego, interés en que sea el ordenamiento de A el que se aplique a la totalidad de la sucesión, cualquiera que sea el lugar donde estén situados los bienes, pero si es designado heredero con la misma prioridad por todos los ordenamientos en presencia, desde la perspectiva de la ley aplicable le va a resultar indiferente la aplicación de una ley o de otra. Por el contrario, desde la perspectiva inversa no le interesará la unidad de la sucesión si eso implica la aplicación a todo el caudal hereditario de la ley de B que no lo considera heredero o lo sitúa en el último lugar del orden sucesorio. En esas circunstancias preferirá la fragmentación, que al menos le reconoce ciertos derechos en relación con una parte de los bienes.

Visto lo anterior, parece que la adaptación no es necesaria: si cada cuota opera sobre masas distintas la ley aplicable a cada una de ellas es la que determina cuánto corresponde a cada heredero en relación con esa masa en concreto. Es verdad que eso implica el riesgo de que en unos casos un heredero pueda recibir más de lo debido conforme a un ordenamiento y menos respecto de otro, pero ¿qué razones objetivas podemos alegar para entender que tiene que primar una solución sobre la otra? Estamos ante el «valor relativo de las soluciones internas»¹⁷⁴.

53. La situación descrita puede producirse también en relación con la obligación de colacionar, que puede recibir un tratamiento distinto en las distintas leyes (o no recibir ninguno)¹⁷⁵. Asumiendo que una misma persona herede en virtud de dos ordenamientos y que uno prevea la obligación de colacionar y el otro no, se alega como argumento contra el sistema de fragmentación que el heredero sólo llevará a colación lo recibido en el Estado donde esa obligación existe y no la totalidad de lo recibido. Si eso ocurre puede generar desigualdades entre los herederos en el caso de que uno solo hubiera recibido bienes en el Estado donde se contempla la colación y otro en un Estado que no conoce dicha obligación o que la regula en forma distinta¹⁷⁶.

¹⁷⁴ GRAULICH, P., *Principes de Droit International Privé*, París, 1961, p. 1. La expresión es retomada por OVERBECK, A. VON, a propósito de las sucesiones en «Divers aspects...», cit., p. 565.

¹⁷⁵ Las divergencias pueden venir determinadas no sólo porque en unos ordenamientos se prevea la obligación de colacionar y en otros no, sino porque en aquellos que sí lo hacen es posible que los casos en que esa obligación se prevé no sean los mismos o que existan divergencias sobre los criterios de valoración de los bienes colacionables o el momento en que esa valoración debe llevarse a cabo. Esa cuestión ha sido ampliamente estudiada por nuestra doctrina civil. Para un resumen de las distintas posturas ver CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades del contador partidor testamentario*, Civitas, 1989, pp. 134 ss. Para un análisis de esta cuestión en Derecho suizo, BENN, J., *Rechtsgeschäftliche Gestaltung der erbrechtlichen Ausgleichung*, Schulthess, 2000.

¹⁷⁶ Una institución similar a la colación se conoce también en Inglaterra, pero sólo para casos en los que el causante murió domiciliado en Inglaterra o Gales, sin que haya habido

La primera de las afirmaciones no parece del todo exacta. Al menos desde la perspectiva del Derecho español no se establecen límites a la obligación de colacionar en función del lugar donde se hayan recibido los bienes, que, por otro lado, no tiene por qué coincidir forzosamente con ninguno de los lugares cuyo ordenamiento resulta aplicable a la sucesión. A estos efectos el CC se limita a señalar que el heredero forzoso que concurre a una sucesión con otros que también lo son debe traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante durante la vida de éste por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas o en la cuenta de partición¹⁷⁷, sin que en ninguna de las disposiciones dedicadas a la regulación de esta materia se haga referencia a la cuestión mencionada. Es verdad que el tema no se plantea porque se están regulando supuestos internos y por la visión universalista que de la sucesión tiene nuestro Código, pero en cualquier caso no hay nada que permita afirmar que el heredero forzoso de acuerdo con la ley española pueda dejar de llevar a colación un bien colacionable conforme a nuestro Derecho por la única razón de que el bien que resultaría afectado se encuentra situado en otro Estado.

54. En consecuencia, el problema no surge cuando quien es heredero según una ley lo es también según la otra, y sí puede plantearse cuando alguien sólo es heredero para la ley que no le obliga a colacionar y recibió en vida del causante bienes que sí serían colacionables desde la perspectiva del otro ordenamiento también aplicable a la sucesión. En este segundo caso, si el ordenamiento que prevé la colación sólo la contempla en relación con los bienes situados en su territorio se pueden producir desigualdades en el tratamiento de los herederos, contemplado el fenómeno sucesorio desde un punto de vista unitario.

Ejemplo: A muere dejando bienes en los Estados X e Y. Asumiendo que la sucesión se abre ante la autoridad de un Estado que conoce un sistema de fragmentación, X e Y aplican su ley sucesoria a los bienes situados en sus respectivos territorios. De acuerdo con ambas leyes B y C son herederos y les corresponde recibir una cuota sucesoria de 100 en el primer Estado y de 80 en el segundo, pero puesto que B ya había recibido previamente por donación del causante 20 en X y la legislación de ese Estado le obliga a colacionar recibirá 80 en cada uno de ellos. De esta forma queda garantizado que B no se beneficia respecto de C. Lo mismo ocurriría si X no obligase a colacionar pero si lo hiciera Y, sin limitación del

jurisprudencia que se pronuncie sobre si se aplica dicha institución a los casos en que se refiere a bienes situados fuera de esos lugares (MILLER, G., *Internacional...*, cit., pp. 227 ss.).

¹⁷⁷ Artículo 1035 del CC.

lugar donde se hubiere producido la donación, puesto que la recibida en X se computaría también en Y.

Si, sin embargo, no fuera esa la solución adoptada en Y, sino que sólo fueran llevados a colación los bienes donados en su territorio la igualdad entre herederos no quedaría garantizada.

55. La cuestión es, no obstante, y una vez más, si es realmente necesaria la búsqueda de esa igualdad. La respuesta afirmativa supone una concepción universalista de la sucesión que no responde más que a una visión, la de nuestro ordenamiento, del fenómeno sucesorio, que es sólo una de las visiones posibles. Esta puesta en cuestión resulta tanto más evidente si pensamos en otra de las situaciones que pueden plantearse: la de aquel que es heredero en una de las masas y no en la otra y había recibido previamente una donación del causante no colacionable de acuerdo con el ordenamiento aplicable a la masa sucesoria en la que está llamado a heredar, pero que sí lo sería según la ley que le instituye heredero. En este caso, puesto que no es heredero de acuerdo con el segundo ordenamiento, no podrá aplicarse la colación respecto de él. Y a la inversa: si fuera colacionable sólo en el ordenamiento en que es heredero vería todavía más reducidos sus derechos sucesorios.

Lo anterior nos lleva a la consideración de que en caso de herederos en todas las masas sucesorias que resultan de un sistema de fragmentación la colación no plantea problemas de desigualdad siempre que sean colacionables los bienes dondequiera que se hubieran recibido. Se pueden suscitar más dificultades cuando quien es heredero en una masa no lo es en otra, pero la duda en este caso es si es necesario realmente restablecer la igualdad por la vía de la colación, siendo, a mi juicio, la respuesta negativa, ya que el punto de partida es en sí mismo desigual, de tal forma que la comparación sólo puede establecerse entre herederos sobre la misma masa y no entre quien lo es para una y no para otra.

Cuestión distinta es que ambos ordenamientos obliguen a colacionar porque en ese caso sí que habrá que arbitrar un mecanismo para no hacerlo dos veces. Y de nuevo en este caso creo que propugnar una solución material similar a la propuesta en relación con la contribución de los herederos a las deudas del causante es la solución más adecuada para la regulación de la materia a nivel comunitario¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Los Convenios de Montevideo de 1889 y 1940 ya mencionados regulan esta cuestión en un sentido idéntico y ambos en sus respectivos artículos 50 que establecen que «*La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida. Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa. Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a las que concurra el heredero que deba la colación, proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.*»

Fuera del ámbito comunitario o en su caso de un convenio multilateral que regulara la materia el problema se minimiza si es un solo tribunal el que conoce de la sucesión y no varias autoridades distintas y no coordinadas porque al final la cuestión se reduce a un problema de cálculo y deja de tener un contenido jurídico ¹⁷⁹.

56. Se trata, en definitiva, de un problema de adaptación que no se plantea en términos muy distintos a los que se dan cuando de lo que se trata es de conciliar los derechos sucesorios del cónyuge viudo con los determinados por su régimen económico matrimonial ¹⁸⁰. Nos situamos, en consecuencia, en una fase en la que, habiendo operado el Derecho conflictual, corresponde aplicar el Derecho material y «*se produce un desajuste tal, que da lugar a un resultado, que no se derivaría en ningún caso, si la situación se hubiera desarrollado enteramente conectada a uno solo de los ordenamientos en presencia*» por lo que «*se hace preciso articular un remedio o correctivo, que permita aportar una respuesta armoniosa*» ¹⁸¹. Y ese remedio o correctivo es la adaptación ¹⁸².

Lo que se hace a través de esta figura es dejar operar a las normas de conflicto y, una vez analizado el contenido de las mismas y las consecuencias de su aplicación al caso concreto, crear, si es necesario, una norma *ad hoc* que resulte de modificar dichas normas materiales o de aplicarlas parcialmente ¹⁸³. Esa creación de una norma *ad hoc* se hace sobre la base del caso concreto, siendo innecesaria si, de no hacerlo, no se producen resultados distorsio-

¹⁷⁹ Desde esa perspectiva, la unidad competencial se favorece si el criterio que se retiene es personal (CASTELLANOS, E., *Unidad vs. pluralidad...*, cit., p. 17). No obstante se ha puesto en duda la posibilidad de llegar a un único tribunal (GAUDEMÉT-TALLON, H., «*Quelques réflexions...*», cit., p. 453).

¹⁸⁰ De esta cuestión se ha ocupado abundantemente la doctrina tanto nacional como extranjera. Sin ánimo de exhaustividad, entre los primeros, ZABALO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo...*, cit.; BOUZA, N., *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional*, Madrid, 1977; CALVO CARAVACA, A., «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», *RGD* núm. 502-503, 1986, pp. 3103 ss. Entre los segundos: BOURSEAU, R., *Les droits successoraux du conjoint survivant*, Bruselas, 1982; DROZ, G., «Régimes matrimoniaux en Droit international privé», *R. des C.*, 1974, 143, pp. 11 ss.; GRAUE, E. D., «The right of surviving spouses under private international law», *AJCL*, 1967, pp. 164 ss.; HERZFELDER, F., *Problèmes relatifs au régime matrimonial en Droit international privé français et allemand*, París, 1978.

¹⁸¹ ZABALO, E., *La situación jurídica...*, cit., p. 101.

¹⁸² En palabras de AGUILAR NAVARRO, M., la adaptación se define como un correctivo funcional de carácter material cuyos principales fines son lograr corregir los resultados que podrían derivarse del acusado carácter formal, conflictual, del Derecho internacional privado, coadyuvar a la empresa de coordinación de los ordenamientos jurídicos y confirmar la *presencia de la justicia material junto a la justicia formal* (*Derecho civil internacional*, Madrid, 1983, p. 258).

¹⁸³ BOUZA, N., *Problemas de adaptación...*, cit., p. 188.

nadores. Evidentemente tal adaptación sólo es posible si el contenido de las normas en presencia no es totalmente inconciliable¹⁸⁴.

Aceptar la necesidad de adaptación en esta fase supone aceptar asimismo una visión universalista del fenómeno sucesorio: sólo desde ella se entiende la necesidad de adaptar los ordenamientos para llegar a un resultado global, porque de considerar la sucesión en cada una de las masas de bienes formadas según criterios territoriales como fenómenos totalmente independientes tal adaptación es innecesaria¹⁸⁵.

Situándonos en la perspectiva de una futura reglamentación comunitaria del Derecho de sucesiones parece que está claro que, al igual que ha ocurrido al regular la insolvencia, es difícil afirmarse de manera absoluta en alguno de los dos grandes bloques de sistemas –el universalista o el de fragmentación– por lo que, de admitir la fragmentación al menos en alguna medida, deberá venir acompañada de algún elemento de corrección que satisfaga a los ordenamientos que, como el nuestro, tienen una visión universalista de la sucesión y, a la inversa, la solución universalista que parece, a priori, tener más posibilidades de ser adoptada, deberá hacer algunas concesiones a la fragmentación. En ese contexto la adaptación se convierte en la herramienta necesaria.

Si se considera necesaria la adaptación hay que establecer cuál es la ley cuyo criterio debe primar y, como se ha visto en relación con otras cuestiones, ésta no puede ser más que la que se vincula a quien da unidad a la sucesión: la persona del causante, por lo que debería ser la ley personal de éste la que en último término proporcionara el criterio de corrección, con la eliminación además de cualquier disposición estatal del tipo de las contempladas por los derechos francés o belga y descritas en páginas anteriores.

¹⁸⁴ Frente a la adaptación material a la que nos estamos refiriendo se dice que el legislador español, al referirse en el 9.8 del CC a los derechos del cónyuge superviviente, realiza una «adaptación conflictual», cuestión sobre la que no se va a entrar porque excede el objeto de este trabajo.

¹⁸⁵ Así lo pone de relieve la doctrina anglosajona cuando señala que el hecho de que un Estado adopte un sistema de unidad de hecho no afecta a la devolución de los inmuebles situados en Inglaterra porque la ley de dicho Estado deberá aceptar que la sucesión de los inmuebles en Inglaterra se produce de acuerdo con la ley inglesa, siendo «powerless to alter the devolution of that property unless, of course, the proceeds of sale are remitted to the country of domicile». Pero, pese a esa impotencia de la ley personal es posible que sí haga algunos ajustes en la distribución de la propiedad bajo su control para tener en cuenta lo que ya se ha recibido de los inmuebles situados en Inglaterra. En este sentido, MILLER, G., *Internacional aspects ...*, cit., pp. 149-150. Este autor llega a afirmar la posibilidad, discutible desde mi punto de vista, de dar en estos casos al heredero acción para reclamar a sus coherederos según el Derecho inglés, admitiendo que las posibilidades de prosperar de esa acción dependen de entre otros factores de la residencia de los herederos que lo son según la ley inglesa y de la situación de sus bienes (p. 150).

57. Pero, puestos a buscar soluciones de este tipo, en realidad la cuestión no se plantea tanto desde una perspectiva conflictual como, en su caso, desde una perspectiva material¹⁸⁶. En relación con la primera no se puede dejar de admitir que en ciertos casos el uso de una conexión única para determinar la ley que debe regir el conjunto de la sucesión conduce a la aplicación de un ordenamiento que poco o nada tiene que ver con la realidad de la situación.

Sirva el siguiente ejemplo para ilustrar la afirmación: un nacional español ha pasado toda su vida en Francia, donde posee varios inmuebles, con excepción de los últimos cinco años, que han transcurrido en el sur de Italia, sin haber tenido, sin embargo, ningún contacto con la vida local y encontrándose sus bienes en Francia donde también residen sus herederos. Parece evidente que en este caso la conexión del Derecho francés con la sucesión es más evidente que la que puedan tener el ordenamiento español o el italiano, que sin embargo, serían los llamados a aplicarse de utilizarse la conexión personal (nacionalidad o domicilio) propugnada por los sistemas de unidad. En tales circunstancias no puede considerarse inapropiada una regla que deja cierto margen de actuación al Derecho francés, sobre todo si tenemos en cuenta que la conexión de los inmuebles con el lugar de su situación presenta una certeza evidente y, además, la aplicación de una ley extranjera a la devolución de un inmueble puede generar dificultades de delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de la ley sucesoria respecto de la lex rei sitae.

Sin embargo, la búsqueda de una solución material puede proporcionar soluciones más adecuadas sobre todo en el contexto de una legislación comunitaria unificadora en que se pueden establecer mecanismos de compensación¹⁸⁷.

B. LA TRANSMISIÓN DE LOS BIENES

a) *Soluciones alternativas: la fragmentación funcional*

58. Una vez determinado el activo y el pasivo y determinadas también las cuotas y adjudicadas a los herederos el ordenamiento español atribuye a cada uno de ellos la propiedad de los bienes¹⁸⁸.

¹⁸⁶ OVERBECK, A. VON, «Divers aspects...», cit., pp. 565 ss.

¹⁸⁷ OVERBECK, A. VON, «Divers aspects...», cit., pp. 567-568.

¹⁸⁸ El artículo 1068 del Código Civil prevé al respecto que «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». Sobre la forma de llevar a cabo la partición cuando los herederos no se entendieren sobre el modo de hacerlo, ver artículos 1054 a 1093 de la LEC por remisión del 1059 del CC. La doctrina civilista distingue tres fases: (i) fijación de haberes, que en definición de ROYO MARTÍNEZ (*El Derecho de sucesiones mortis causa*, Edelca, Sevilla, 1951, p. 357) consiste en el señalamiento de las cifras de valor que corresponden a cada heredero y el concepto o conceptos por los que se les asignan; (ii) la formación de lotes, y

No obstante, la transmisión de la propiedad no opera con tanto automatismo, sino que hay que atender en cada caso al régimen de los bienes.

59. Este tipo de problemas hacen que incluso autores indiscutiblemente partidarios de los sistemas de unidad, como M. Férid, busquen soluciones destinadas a paliar los inconvenientes que en esta fase suscitan tales sistemas. Para este autor esa solución pasa necesariamente por un fraccionamiento de la sucesión, pero de características distintas al que se ha descrito en las páginas iniciales de este trabajo, porque no se trata de un fraccionamiento territorial, sino funcional.

Según esta postura hay que distinguir entre dos aspectos de la sucesión: la devolución y la transmisión y, aunque reconoce las ventajas de someter ambas cuestiones a la misma ley, la sucesoria, no deja de ver los problemas apuntados en relación con esta solución, por lo que se plantea la posibilidad de someter los dos aspectos mencionados a distintas leyes, aplicando la ley sucesoria sólo a la devolución y una ley distinta, como la de situación de los bienes, la de foro o la del domicilio, por ejemplo, a la transmisión¹⁸⁹.

A favor de tal fragmentación argumenta que todas las medidas y formalidades relacionadas con la transmisión presentan lazos muy estrechos con el procedimiento; por eso para el juez la obligación de aplicar en ciertos casos en materia sucesoria reglas de fondo extranjeras y reglas de procedimiento internas puede generar dificultades cuyo origen está en la interdependencia de las reglas de uno y otro tipo, es decir, las de fondo y las de procedimiento. Frente a ello, propone aceptar la escisión no de las distintas categorías de bienes, sino de los diversos estadios de la sucesión, aplicando una ley distinta a la transmisión con lo que se evitan dificultades derivadas de la incompatibilidad mencionada. En ese contexto Férid propone una solución según la cual la ley sucesoria se aplica a los aspectos relativos a la devolución y la ley del foro a los relativos a la transmisión. Eso hace necesario establecer un catálogo que permita determinar cuándo estamos ante una u otra materia, para lo cual puede servir de orientación el proyecto de Convenio Benelux, cuyo artículo 9 establecía una distinción¹⁹⁰, si bien respecto de él este autor establece algunas modificaciones.

(iii) la adjudicación propiamente dicha, a la que se refiere el artículo 1068 del CC citado. Sobre esta cuestión ver CARBALLO, M., *Las facultades ...*, cit., p. 318.

¹⁸⁹ «Le rattachement autonome...», cit., p. 68.

¹⁹⁰ Entre las materias sucesorias situaba: la designación de los herederos, el orden en el que son llamados a suceder, la cuota que le corresponde, las legítimas y la obligación de colacionar. Se consideran incluidas en la transmisión (que en el proyecto se regía por la ley del domicilio) la liquidación, la partición, las reglas relativas al ejecutor testamentario, la

Desde el punto de vista de los intereses en juego se alega a favor de esta solución que implica una mayor rapidez en la reglamentación de la sucesión y desde un punto de vista metodológico que la ley del foro coincidirá habitualmente con la de situación de los inmuebles, con lo cual todos los argumentos que se pueden aportar a favor de la *lex rei sitae* están presentes en esta solución. De hecho, en Francia con frecuencia se alega una cierta autonomía de la transmisión respecto del conflicto de leyes, reclamándose la aplicación si no de la ley del foro sí la de la situación de los bienes, con el argumento de que las instituciones relacionadas con la transmisión sufren ineluctablemente la influencia de la situación real¹⁹¹ o de que las cuestiones relativas a la transmisión de los bienes están tan ligadas a la propiedad que difícilmente pueden regirse por una ley que no sea la del lugar de situación¹⁹².

No obstante, FÉRID considera que, sean cuales sean las ventajas de la ley del lugar de situación, es preferible la aplicación a las cuestiones relativas a la transmisión de la ley del foro, que además elimina los problemas derivados de la actitud de ciertas jurisdicciones nacionales que no se consideran competentes en materia de transmisión sobre bienes situados fuera de su territorio y que da lugar a teorías como la del paralelismo entre la ley aplicable y la jurisdicción internacional, propia del Derecho alemán, que el autor califica de peligrosas¹⁹³. Añade este autor en defensa de su postura que hay países en los que el sistema que propone ya está funcionando y cita como ejemplo el Derecho angloamericano, con la distinción entre distribución y administración¹⁹⁴.

60. Desde mi punto de vista la solución propugnada por FÉRID si bien resuelve alguno de los problemas planteados en esta fase deja de resolver otros: es verdad que la ley del foro facilita al juez la realización de las operaciones requeridas para la transmisión, pero si no coinciden *lex fori* y *lex rei sitae* esos problemas se reproducen en un momento posterior, sobre todo si tenemos en cuenta que en la mayor parte de los Estados para la transmisión de los inmuebles se requiere una cierta constancia registral que se

aceptación y la renuncia, la relación de las deudas y el modo en que se realiza la relación de las liberalidades.

¹⁹¹ DROZ, «Saisine héréditaire et administration de la succession en droit international privé français et comparé», *Rev. Crit.*, 1970, p. 57; LEREOURS-PIGEONNIERE-LOUSSOUARN, *Précis de Droit international Privé*, París, 1962, p. 481.

¹⁹² LOUSSOUARN, «L'administration des successions de Droit international privé», *Journal de Droit International*, 1970, p. 254; DROZ, «Saisine...», cit., p. 23. Sobre todo se invoca el régimen de los bienes para la renuncia y la aceptación y sus modalidades (LEREOURS-PIGEONNIERE-LOUSSOUARN, *Précis...*, cit., p. 481).

¹⁹³ FÉRID, M., «Le rattachement...», cit., pp. 70 ss.; BAUER, H., BAUMANN, W., y LIMMER, P., en VERWILGHEN, M., *Régimes matrimoniaux, successions...*, cit., pp. 573 ss.

¹⁹⁴ «Le rattachement...», cit., p. 184.

va a valorar en función de lo previsto en la ley que rige dicho registro que es, en definitiva, la de situación del inmueble. Por eso creo que la disyuntiva es entre estas dos leyes: la sucesoria y la de situación.

b) *Lex successionis/lex rei sitae*

61. A la vista de lo anterior, la cuestión es fundamentalmente la delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de la ley sucesoria y la ley de situación de los bienes. En este sentido, quién sea el nuevo propietario tras la muerte del causante lo determina la ley sucesoria, no la del lugar de situación de los bienes. Pero el estatuto sucesorio no priva a cada uno de los bienes de su individualidad y de ahí se derivan ciertos límites a la competencia de la ley sucesoria: si la ley de situación no conoce o no acepta la transmisión global de los bienes o establece trámites especiales para la transmisión de determinados bienes, dichos trámites serán efectuados conforme a lo prescrito por la *lex rei sitae*. Lo mismo ocurre si el tipo de derecho ordenado por la ley sucesoria no es compatible con el sistema de derechos reales de la *lex rei sitae*¹⁹⁵.

62. En consecuencia, lo primero que hay que analizar es la naturaleza de las relaciones entre la ley sucesoria y la *lex rei sitae*. La primera respuesta, y tal vez la más evidente si partimos de un ordenamiento como el español que distingue entre el título y el modo en la transmisión de la propiedad, es que la *lex successionis* se aplique a todas las modalidades de la transmisión siempre que no entre en contradicción con la *lex rei sitae*, con lo que la intervención de esta última es puramente pasiva, defensiva. Otra solución posible es regir la causa por la ley sucesoria y la realización de los efectos reales en función del título por la ley real. Esta segunda solución es la que parece mejor si atendemos a nuestro sistema, pero es también más compleja¹⁹⁶.

63. La cuestión no nos resulta, por otra parte, desconocida. En el ámbito contractual, por ejemplo, es posible que la compraventa de un inmueble se rija por un Derecho que no es el del Estado de situación de aquél. Es cierto que el 4.1.c del Reglamento Roma I prevé que «*el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble*», pero también lo es que el aparta-

¹⁹⁵ VIRGÓS, M., *El trust y el Derecho español*, cit., p. 146. Señala este autor que el artículo 9.8 de nuestro CC desplaza tanto al artículo 10.5 como al 10.1 del mismo texto legal, si bien a este último dentro de los límites señalados.

¹⁹⁶ Sobre esta cuestión ver EGGER, A., *Le transfert...*, cit., pp. 67 ss.

do 3 del mismo artículo 4 y prevé que «si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país»¹⁹⁷. Además, el artículo 3 admite siempre la posibilidad de que las partes sometan su contrato a la ley que consideren más oportuna, sin que ésta tenga que ser necesariamente la del lugar de situación del inmueble. Junto a ello, el artículo 10.5 del CC español establece que «a falta de sometimiento expreso se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos [...]».

64. Por otra parte, se señala tradicionalmente¹⁹⁸ que la aplicación imperativa de la *lex rei sitae* a todas las cuestiones que se refieren al régimen de un bien se destina a garantizar la seguridad del Derecho y en esa medida sirve a los intereses de todas las personas afectadas: (i) a las partes porque es en el lugar de situación del bien donde se concreta la relación jurídica que les une. Puesto que necesitan saber qué ley tienen que aplicar para conocer el contenido del derecho que quieren crear o transferir, la situación del bien les ofrece una ley fácil de determinar y neutral, al ser un compromiso entre las respectivas leyes personales; (ii) salvaguarda también los intereses de terceros, puesto que determina con facilidad la ley que deben consultar para conocer el estado jurídico del bien, y (iii) el Estado de situación de los bienes tiene interés en que en su territorio se garantice la seguridad de sus transacciones.

Junto a lo anterior, la aplicación de la ley de situación responde también al criterio de los vínculos más estrechos y corresponde a la idea de que la mejor localización para una relación o situación jurídica es la que indica su objeto material si lo hay¹⁹⁹.

Además, para que sea plenamente eficaz el régimen de los bienes se debe aplicar cada vez que dicho bien se ve afectado por un acto jurídico y se debe poder oponer a los terceros. Eso sólo es posible si se dotan de la suficiente publicidad, y a su vez la publicidad sólo puede ejercer su rol si se somete a ella todo bien situado

¹⁹⁷ Todavía es más claro el paralelismo con la situación contemplada en el Convenio de Roma de 1980, aún en vigor en el momento del cierre de estas páginas, ya que su artículo 4.3 sólo prevé la presunción de que en la medida en que el objeto del contrato fuera un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble los vínculos más estrechos los presenta con el lugar de situación del mismo. Si el juez considera que a través de esta presunción no se llega a la ley más vinculada con el contrato se puede determinar ésta por otros métodos.

¹⁹⁸ Vid. EGGER, A., *Le transfert...*, cit., pp. 3 ss.

¹⁹⁹ BATIFFOL, H./LAGARDE, P., *Droit international privé*, París 1975/76, 267 I, p. 342.

en el territorio. Esta es la necesidad que justifica la aplicación de la *lex rei sitae* a toda cuestión de carácter real²⁰⁰.

65. En esta situación ciertos autores se han planteado si en el plano internacional sigue siendo necesario respetar las reglas del Estado de situación en aquellos casos en que no puede garantizar la seguridad de las transacciones o simplemente no es necesario hacerlo, alegándose que en el caso de la sucesión universal la protección de los intereses de terceros es menos necesaria que en las transmisiones inter vivos porque el causante no puede proceder a una doble transmisión²⁰¹. La consecuencia de ello sería la ausencia de necesidad de respetar las reglas del Estado de situación por desaparecer la razón que la justifica²⁰². Pero frente a estos argumentos se puede alegar que la función principal de la *lex rei sitae* es la salvaguarda de la seguridad jurídica, función que cumple de dos maneras: (i) elimina las dudas en cuanto a la ley aplicable y (ii) rige el poder de hecho sobre los derechos, con lo que salvaguarda los intereses de los acreedores²⁰³. Por ello, y sobre todo por la segunda de estas razones, no se puede prescindir de ella en el ámbito internacional, por lo menos no en relación con todas las cuestiones que se pueden suscitar.

66. El problema señalado se evita si se someten ambas cuestiones –sucesorias y reales– a la misma ley, siendo ésta la del lugar de situación de los inmuebles. En pura teoría podría producirse la unificación si todos los aspectos, sucesorios y reales, se sometieran a la misma ley fuera la que fuera y, en consecuencia, sería planteable la extensión de la *lex successionis* también a las cuestiones reales²⁰⁴. No obstante, eso no solucionaría el problema, ya que de nada sirve que un Estado pretenda extender sus disposiciones a la regulación de cuestiones cuya eficacia práctica no depende de sus propias autoridades. Sólo en el caso de que el Estado de situación

²⁰⁰ EGGER, A., *Le transfert...*, cit., pp. 36-37.

²⁰¹ En este sentido se pronuncia LIGEROPOULOS, A., *La transmission héritaire et le concept de succession à titre universel*, Atenas, 1961.

²⁰² Eso parece defender asimismo KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*, 4 ed., Inc. 1977, p. 329.

²⁰³ EGGER, A., *Le transfert...*, cit., p. 39.

²⁰⁴ Señalan CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA, J., al establecer cuál es en Derecho español el ámbito de la ley aplicable a la sucesión, que dado que el problema de la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios no ha sido abordado por nuestra jurisprudencia reciente, en principio son dos las posibles leyes aplicables: la ley personal rectora de la sucesión ex artículo 9.8 del CC, o la ley real vigente en el lugar donde se encuentren los bienes integrantes de la masa hereditaria ex artículo 10.1 del CC, pero que la ley sucesoria excluye cualquier posibilidad de aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, puesto que nuestro sistema jurídico parte de la aplicación de una ley única a la sucesión internacional, considerando la sucesión mortis causa como una transmisión a título universal de un patrimonio sometido a reglas propias y únicas. En: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, ed. Comares, Granada, 2002, p. 257.

admitiera la posibilidad de que las leyes de otro Estado regularan tales cuestiones se solucionaría el problema, pero eso es hoy por hoy inimaginable. Por ello la solución no es la atracción de los aspectos reales por la ley sucesoria, sino a la inversa, lo que parece conducir necesariamente a afirmar en este punto la mayor eficacia del sistema de fragmentación frente al de unidad en el tratamiento de las sucesiones (inevitablemente si hay varios inmuebles, pero también si sólo hay uno y el resto de los bienes son muebles: nada justifica que la sucesión sobre ellos sea «absorbida» por la ley de situación del inmueble, sobre todo si tenemos en cuenta que hoy día con mucha frecuencia el valor económico de los muebles excede en mucho el de los inmuebles).

67. En consecuencia, si se delimita claramente el ámbito de aplicación de cada una de las leyes (*lex successionis-lex rei sitae*) no deben surgir problemas insalvables en la regulación de estas cuestiones tampoco en un sistema que recoge un tratamiento unitario de la sucesión. La cuestión que se suscita en relación con la delimitación de ambas leyes no es distinta de la que se produce en relación con otras transmisiones no sucesorias que nos obligan asimismo a distinguir entre el título y el modo y se resuelve con una clara delimitación de las funciones que corresponden a cada una de las leyes mencionadas²⁰⁵.

c) Aspectos registrales

68. Lo anterior no se plantea sólo como un problema de ley aplicable, sino también como un problema de carácter registral. En

²⁰⁵ La propuesta de regulación que acompaña la respuesta del Notariado italiano al Libro Verde sobre sucesiones prevé que para garantizar a los herederos y legatarios la certeza y fiabilidad de la transmisión de los bienes hereditarios, sobre todo de los inscritos en los Registros públicos, habrá que tener en cuenta la forma de disponer de la ley de la situación de los bienes. En concreto, el último apartado del artículo 22 de esta propuesta distingue entre los aspectos sucesorios y los reales al señalar que «*la administración y la transmisión de un bien se rigen por la ley del Estado del territorio en que el bien está situado si esta ley exige la intervención de sus tribunales o autoridades y en el ejercicio de esas competencias estos tribunales o autoridades deben respetar las reglas sucesorias de la ley aplicable a la sucesión*». Por otra parte, el artículo 23 de esta propuesta prevé la aplicación de la *lex successionis* a la devolución, aceptación y renuncia, pero, también en esos casos, hay que aplicar la ley de situación en lo que se refiere a las «*formalidades ulteriores respecto de las prescritas por la ley aplicable a la sucesión*» y se prevé la aplicación de la ley del Estado de situación a los límites a la transferibilidad por causa de muerte de los bienes, la transcripción o inscripción en un registro público de la aceptación, renuncia, adquisición de la propiedad u otros derechos reales. A cambio se aplica la *lex successionis* a la aceptación a beneficio de inventario y sus consecuencias, pero si los bienes están situados en un Estado miembro que no conoce esta modalidad de aceptación es necesario darle publicidad para hacer oponible a terceros el límite de la responsabilidad de los herederos y la preferencia de los acreedores del causante sobre los bienes de éste frente a los del heredero. Esto no deja de recordar, una vez más, a las medidas de publicidad del concurso previstas por el Reglamento de Insolvencia y por nuestra Ley Concursal.

efecto, en gran número de sistemas de nuestro entorno la propiedad inmueble tiene acceso a un registro público que ejerce funciones no sólo de publicidad, sino también de control. En esas circunstancias la fuerza del Estado de situación es evidente. Sean las que sean no se puede olvidar ese dato real que ha llevado a que en otros ámbitos se adopten soluciones que, aceptando esa realidad, la extienden al ámbito de la ley aplicable.

69. En esa situación cobra especial relevancia el tratamiento que a estos efectos se da en cada Estado a los documentos extranjeros²⁰⁶. La más reciente doctrina de nuestra Dirección General de registros ha adoptado una postura muy definida en relación con los documentos públicos extranjeros al negar su acceso al Registro de la Propiedad español, postura no exenta, en absoluto, de críticas²⁰⁷. En un reciente caso, no vinculado al Derecho de sucesiones, pero a estos efectos con las mismas consecuencias²⁰⁸, la Dirección General ha negado la equivalencia de un documento notarial extranjero y uno español en cuanto a su posibilidad de acceso al Registro.

Los argumentos empleados por la Dirección general son poco convincentes para el caso a que se refiere, pero además algunos de ellos no serían trasladables al supuesto sucesorio que aquí nos ocupa. No se trata de hacer en este momento un análisis exhaustivo de la citada Resolución, pero sí creo útil señalar por qué, en cual-

²⁰⁶ Y es una de las cuestiones que se plantean en el Libro Verde de la Comisión sobre Sucesiones y Testamentos. En él se señala que la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles da lugar a inscripción en distintos Registros y que en algunos Estados miembros los asientos en estos registros sólo se inscriben a la vista de una resolución dictada o de un documento emitido por las autoridades nacionales. Eso lleva a plantear a los Estados las siguientes cuestiones: (i) ¿hay que reservar la competencia de las autoridades del lugar de ubicación de los bienes inmuebles que dependen de la sucesión, cuando la competencia principal se atribuye a las autoridades de otro Estado miembro para: expedir los documentos necesarios para modificar las inscripciones en los Registros de la Propiedad; realizar actos de administración y de transmisión de la propiedad?; (ii) ¿Pueden elaborarse documentos comunitarios uniformes para su uso en todos los Estados miembros donde haya bienes? En caso afirmativo, ¿qué documentos actualmente existentes podrían uniformizarse? ¿Pueden suprimirse o simplificarse algunos trámites actualmente necesarios en el marco de las sucesiones internacionales? En caso afirmativo ¿cuáles?

²⁰⁷ HEREDIA, I., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005», *CCJC*, enero-abril 2006, pp. 115 ss. (espec. p. 127). Además la resolución ha sido revocada en primera y segunda instancia (sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, de 9 de marzo de 2006-AC 2006/244 y de la A. P. de Santa Cruz de Tenerife nº 391/2006, de 22 de noviembre, AC/2007/188).

²⁰⁸ Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005, 2452). En el caso un residente en Alemania vende a otro, con residencia en el mismo país, ante un notario alemán, la mitad indivisa de una propiedad sobre un apartamento ubicado en las islas canarias. Casi veinte años después el documento alemán se presenta en el Registro de la Propiedad correspondiente a la ubicación del inmueble en España acompañado de una certificación de hechos en la que otro notario alemán presta testimonio del primer documento notarial alemán y advierte de que en todo documento notarial alemán la capacidad legal de los otorgantes debía considerarse implícitamente existente. La inscripción fue denegada. Ver la crítica de HEREDIA, I., en su «Comentario», cit., pp. 115 ss., así como la de SÁNCHEZ LORENZO, S., «La eficacia registral...», cit., pp.

quier caso, no parece que su doctrina fuera aplicable a la situación de una sucesión abierta ante una autoridad extranjera en la que dicha autoridad, tras la partición, adjudica la propiedad de bienes inmuebles situados en otro Estado a alguno de los herederos.

En la argumentación que justifica esta resolución la Dirección General empieza por recordar la diferencia entre la forma como modo de exteriorización de la voluntad y la forma como requisito de fondo del negocio, para continuar diciendo que en el primer caso la intervención de la autoridad extranjera que certifique el consentimiento cuando el acto tenga lugar en el extranjero debe merecer «*una consideración equivalente a la forma intervenida por una autoridad del foro*», pero cuando la intervención de una autoridad del foro se exige como un requisito de eficacia del acto la ley que rige los efectos será la que realice el control de la equivalencia. Añade que no se puede hablar en este caso de una equivalencia de autoridades «*al no estar la autoridad extranjera bajo la dependencia o sujeción de ningún otro Estado que no sea el suyo*»²⁰⁹.

Desde un punto de vista sustantivo los argumentos empleados por la DGRN consisten fundamentalmente en el papel de garante de los intereses de los contratantes, sobre todo el adquirente de un inmueble, controlando una serie de extremos en relación con el inmueble que el notario extranjero no puede controlar con igual nivel de satisfacción porque no tiene medios para ello, y de los intereses de terceros.

70. En relación con la primera cuestión es trasladable aquí la crítica apuntada al principio de este epígrafe en relación con el papel excesivo que la *lex rei sitae* juega en ciertos supuestos del tráfico internacional y en concreto al hecho de que en materia sucesoria el interés del adquirente del inmueble no es ser protegido como en el caso de una compraventa, puesto que aquí las posibilidades de doble venta desaparecen y la existencia de cargas que pesen sobre el inmueble, además de poder en cualquier caso ser conocidas con la simple consulta del registro correspondiente, no afectan al heredero como al comprador en la medida en que aquél no paga precio alguno por el inmueble²¹⁰. En cuanto a los intere-

²⁰⁹ En el mismo sentido se había pronunciado ya la Dirección General en su Resolución de 18 de enero de 2005 en la que afirma que «*cuando, con carácter general, la Ley requiere la intervención notarial debe entenderse referida a la de un notario nacional, único que con su actuación puede incorporar el juicio de legalidad de nuestro ordenamiento*».

²¹⁰ Sin que esto suponga dar la razón a la DGRN en su argumentación, es evidente que la existencia de gravámenes sobre un inmueble será tomada en consideración a la hora de determinar el precio de venta del mismo, circunstancia que no se produce cuando se trata de una transmisión sucesoria.

ses de los terceros no parece que vayan a resultar mejor protegidos por un documento español que por uno extranjero que reúna todos los requisitos establecidos por la legislación española para considerarlos eficaces en España.

Desde esa perspectiva no hay nada que justifique la exigencia de que sea una autoridad española la que haya otorgado la escritura de la que resulta la transmisión del inmueble, cuanto menos en supuestos sucesorios.

V. CONCLUSIONES

1. El análisis de las dificultades que en la práctica suscitan las sucesiones internacionales lleva a la conclusión de que gran parte de las mismas son comunes sea cuál sea el sistema de concreción de la ley aplicable que se establezca: cuestiones como la determinación de la existencia del testamento, la acreditación de quiénes son herederos, el reconocimiento de quiénes ejercen funciones de administración o que tipo de documento es necesario para cada una de las actuaciones requeridas se plantean con independencia de que sean una o varias las leyes aplicables.

Por lo que se refiere a la admisión o no del reenvío, si bien es una cuestión en principio externa a la determinación de cuál sea la norma de conflicto, no lo es a su funcionamiento, pudiendo su aceptación provocar la fragmentación de la ley aplicable a la sucesión, incluso en Estados cuyo sistema es el de unidad. El tema ha sido analizado desde esa perspectiva por la doctrina española que ha considerado mayoritariamente, basándose al hacerlo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en alguna jurisprudencia menor, que no es admisible el reenvío en el sistema español si conduce a la fragmentación de la sucesión y que, a la inversa, sería admisible si no produce ese efecto. No obstante, a la luz de la jurisprudencia existente esta conclusión puede parecer un tanto apresurada porque no resulta tan indiscutible que pueda afirmarse que la preservación de la unidad de la sucesión sea en sí misma una finalidad esencial al ordenamiento español que justifique una respuesta generalizable a la cuestión de la admisión o no del reenvío en el ámbito sucesorio. Con esto no se está afirmando la necesidad de admitirlo (más bien parece mejor la postura contraria, no sólo en sucesiones, sino con carácter general) sino simplemente la de no hacer de la unidad de la sucesión un principio absoluto que justifique su negativa.

2. Por otra parte, la tradicional distinción entre los sistemas de unidad y los de fraccionamiento en el tratamiento de las sucesiones es una simplificación excesiva que responde a razones dogmáticas, pero que no describe adecuadamente la realidad de los ordenamientos comparados, que es mucho más compleja. Incluso aquellos sistemas más claramente partidarios de la unidad tienen que hacer concesiones a un cierto fraccionamiento y, a la inversa, en los sistemas de fraccionamiento se arbitran con frecuencia mecanismos que permitan garantizar la unidad de ciertos aspectos de la sucesión. Además de ello, la propia organización de los procedimientos sucesorios responde en ciertos casos a concepciones tan distintas que es difícil circunscribir la comparación a una simple cuestión de unidad-fraccionamiento. Es el caso de la organización de la sucesión en el Reino Unido frente a la de los ordenamientos continentales.

Además, en algunos casos, y frente a lo que se alega por los partidarios de los sistemas de unidad, no es el fraccionamiento en la determinación de la ley aplicable lo que genera las dificultades en el desarrollo de los procedimientos sucesorios internacionales, sino el fraccionamiento competencial, es decir, el hecho de que sean autoridades de distintos Estados las que conozcan de la sucesión de un único causante. Es verdad que el fraccionamiento en la determinación de la competencia y el fraccionamiento en la determinación de la ley aplicable suelen ir unidos, pero no es siempre y necesariamente así y, en cualquier caso, la determinación de dónde se localiza la dificultad puede llevar a distintas conclusiones acerca de las necesidades de la unificación, el sentido de la misma.

3. En cualquier caso parece poco probable que en una futura reglamentación comunitaria pueda pensarse en la adopción de un texto que se alinee en alguna de las dos posturas (unidad/fraccionamiento) sin hacer concesiones a la otra, por lo que el análisis de las ventajas e inconvenientes planteados por cada una de ellas no está, en absoluto, desprovisto de interés. Al hacerlo, la primera de las constataciones es que los problemas que tradicionalmente se han alegado como propios de un sistema de fraccionamiento deben ser relativizados, bien porque su gravedad ha sido sobredimensionada, bien porque es posible arbitrar soluciones para hacer frente a los mismos y en algunos casos por las dos razones. No se me escapa que al proponer estas soluciones se está primando una visión universalista frente a la territorialista (si no se tuviera ésta no se admitiría siquiera la necesidad de buscar un paliativo a las consecuencias del fraccionamiento). No

se trata de negar que presentaría muchas ventajas la posibilidad del tratamiento unitario de una sucesión internacional; de lo que se trata es de analizar si además es posible, y, puesto que parece que no lo es, al menos no absolutamente, de estudiar cuáles son las opciones que lo posible ofrece.

4. Una de las críticas al sistema de fraccionamiento consiste en señalar las dificultades que éste plantea en los casos de sucesión testamentaria, al ser necesaria la constatación de la validez o nulidad de un testamento según distintas leyes. Siendo eso cierto, también lo es que en la práctica los problemas derivados de ese doble, o múltiple, examen difícilmente se van a plantear en relación con los requisitos formales de los testamentos si tenemos en cuenta el criterio *favor testamentii* que en esta materia impregna a la mayor parte de las legislaciones comparadas, así como la existencia del Convenio de La Haya de 1961 ratificado por un buen número de Estados miembros de la UE y cuya ratificación es aconsejable propiciar entre los demás.

Más problemas se pueden plantear en relación con otras circunstancias que pueden determinar la validez del testamento, como las relativas a la capacidad y al consentimiento o las referentes al contenido del mismo. Las primeras se someten en algunos ordenamientos a la conexión sucesoria y en otros a la conexión separada. En aquellos en los que se adopta la segunda postura no les alcanzan las consecuencias del fraccionamiento, pero sí lo hacen, sin embargo, en los segundos. El contenido del testamento sí es en todos los casos materia sucesoria y su análisis se realiza, en consecuencia, en función de la *lex successionis*, por lo que el fraccionamiento incide plenamente en el mismo. No obstante, los problemas que pueden llegar a suscitarse son susceptibles de resolverse por la vía de adaptación entre ordenamientos, en cuya consecución la voluntad del causante puede servir como criterio hermenéutico último.

5. Al analizar el desarrollo de un procedimiento sucesorio internacional desde la perspectiva de unos ordenamientos comparados que responden en unos casos a una concepción universal de la sucesión y en otros a una concepción territorial, no puede dejar de observarse un cierto paralelismo entre el fenómeno sucesorio y el concursal, ni dejar de constatar que los problemas a que puede enfrentarse el legislador comunitario al adoptar el futuro reglamento en materia de sucesiones en ciertos aspectos no se alejan de los que ya se encontró al elaborar el reglamento de insolvencia en el que no tuvo más remedio que alcanzar una solución de compromiso. Es cierto que, como tal compromiso, no

satisface completamente a nadie, pero también lo es que fue probablemente lo único que hizo posible la adopción de un texto que está siendo aplicado con unos resultados bastante satisfactorios en los Estados miembros.

Desde esa perspectiva, algunas de las soluciones a que llega el Reglamento de insolvencia pueden servir de orientación a la hora de elaborar el futuro Reglamento comunitario en materia de sucesiones.

El paralelismo entre las dos situaciones es evidente si se piensa en un sistema en el que no se unifica en una sola autoridad la competencia en materia sucesoria, sino que el fraccionamiento se extiende también a la determinación de tal competencia.

En este caso sobre los bienes de un único causante se abren distintos procedimientos sucesorios, de la misma forma en que sobre el patrimonio de un único deudor se pueden abrir distintos procedimientos de insolvencia. Tal como resuelve la situación el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia el juez aplica siempre su propia ley al desarrollo del procedimiento concursal, de manera que sobre el mismo deudor se pueden desarrollar en paralelo distintos procedimientos de insolvencia regulados por leyes diferentes. De la misma forma, de admitirse la fragmentación mencionada en el ámbito sucesorio se desarrollan distintos procedimientos hereditarios a los que cada tribunal, que habrá basado su competencia en criterios territoriales, aplicará muy probablemente también su propia ley, que se determina asimismo por tales criterios.

En esa situación, lo que hace el Reglamento comunitario es establecer un sistema de coordinación entre procedimientos, en que el vértice es el procedimiento principal-universal (mal llamado así, porque dicha universalidad puede quedar prácticamente en nada en el caso de que se abran procedimientos territoriales en todos los Estados en los que el acreedor tenga bienes, lo que deja en la masa activa del llamado «universal» sólo los bienes situados en su territorio, como si de un procedimiento territorial más se tratase).

6. La propuesta que aquí se hace consiste en señalar que cabe conciliar las posturas enfrentadas en la regulación de las sucesiones internacionales estableciendo un sistema paralelo al que ya existe en la regulación de la insolvencia, que suponga la aplicación de leyes distintas a las distintas masas hereditarias, pero además la atribución de un papel de última ratio y de vértice del sistema a una de las leyes en presencia, que corregirá las eventuales desigualdades finales de acuerdo con sus propios criterios. En el caso de los

procedimientos de insolvencia esta ley es la del procedimiento principal, entendiendo por éste el abierto en el Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. En el de las sucesiones hay que buscar la ley que presente una conexión con el conjunto de la sucesión y no sólo con algunos bienes de la misma, lo que conduce forzosamente a una conexión ligada a la persona del causante, ya que es él el que proporciona unidad al conjunto del fenómeno sucesorio.

La situación descrita y la necesidad de coordinación no son privativas de los casos en que se permite la apertura de distintos procedimientos sino que se plantea también en aquellos otros en los que, abriéndose solo uno, se tienen que aplicar distintas leyes. En ese caso la solución propuesta, es decir, la toma como referencia de la ley personal del causante como forma de coordinar criterios de solución y de resolver ciertas cuestiones en última instancia se presenta también como la más adecuada. Pero ese papel de vértice de la ley personal del causante no debe entrar en funcionamiento automáticamente y para todas las situaciones, sino sólo cuando sea realmente necesario.

7. El tratamiento de las deudas del causante es otro de los problemas cuya adecuada solución en los sistemas de fraccionamiento ha sido puesta en duda. Sin dejar de reconocer la entidad de la crítica, su importancia se ha exagerado. En relación con esta cuestión es necesario distinguir dos aspectos: el primero de ellos se refiere a las relaciones entre los herederos y los acreedores del causante (cuestión que, a lo largo del trabajo, y tomando la terminología empleada por J. Héron, se ha denominado «obligación a la deuda») y el segundo a las relaciones, que podemos llamar internas, entre herederos una vez que uno de ellos ha hecho frente al pago de alguna de las deudas del causante (que en el trabajo se ha denominado «contribución a la deuda», también en palabras de J. Héron).

La primera de las cuestiones, si bien tiene incidencia en el proceso sucesorio, puesto que afecta a la determinación del remanente que, tras el pago de las deudas del causante, va a constituir el activo hereditario, es una cuestión ajena a la propia sucesión, en el sentido de que la lógica a seguir para encontrar una respuesta regulatoria no es una lógica sucesoria, sino una lógica obligacional: los acreedores deben ver satisfechos sus créditos sin que la muerte del causante tenga incidencia sobre los mismos, salvo en aquellos casos en que el propio crédito, o la ley aplicable a éste, así lo prevea. Si en vida del causante el acreedor tenía la garantía del patrimonio del causante, con independencia de su

localización, no hay ninguna razón para que no la siga teniendo sólo por la muerte de aquél. En consecuencia, no se justifican las posturas que pretenden limitar las posibilidades del causante obligándole en caso de distintos procedimientos sucesorios a dirigirse a uno y no a otro. El pasivo debe ser universal, lo que significa únicamente que, sean una o varias las leyes aplicables a la sucesión y sean uno o varios los procedimientos sucesorios, el acreedor puede pretender el cobro de su crédito en cualquiera de ellos. Es verdad que si los procedimientos son varios puede tener que presentarse al cobro en más de uno, lo que no favorece su posición porque le hace incurrir en mayores costes, pero se trata de uno de esos casos antes mencionados en que el inconveniente viene generado por la fragmentación competencial en mucha mayor medida que por la legislativa.

Por otra parte, la admisión de que el pasivo es universal no implica necesariamente hacer una concesión a la universalidad de la sucesión, sino admitir que, aunque pueda integrarse en el procedimiento sucesorio, la satisfacción de las deudas de los acreedores es en cierta forma un «elemento extraño» en dicho procedimiento, que responde a necesidades y lógicas distintas a las del resto de los aspectos que se suscitan a lo largo de la sucesión.

8. La necesidad de que entre en funcionamiento una ley única como vértice del sistema, a que se ha hecho referencia en líneas anteriores, se plantea en relación con los acreedores sólo en ciertos casos: aquéllos en los que hay que establecer una prelación entre sus créditos porque el cobro de los mismos se pretende dentro del procedimiento sucesorio y no en una fase posterior. En esos casos es el ordenamiento que presenta conexiones con el conjunto del supuesto y no sólo con una parte del mismo el que debe prevalecer y éste será el que establezca la conexión desde el elemento que da unidad a la sucesión, es decir, el causante y no desde el que la fracciona, los bienes. Eso supone propugnar una solución en la que el orden de prelación de los créditos lo establezca el Derecho del Estado de la nacionalidad o el domicilio del causante, como único que presenta una conexión con la totalidad de la sucesión y no sólo con una parte de la misma.

Pero junto a la solución conflictual apuntada, y pensando en una futura reglamentación comunitaria, otra posibilidad es buscar una solución material, de forma que se acabe instaurando, en definitiva, si no una autoridad central para administrar la sucesión, como sugiere M. Férid, sí al menos una solución única aplicable cualquiera que sea la autoridad comunitaria que conozca de la cuestión. Como se ha indicado, esto supone no buscar la solución

partiendo de un esquema conflictual, sino de uno sustantivo. Cuál deba ser dicho orden de prelación es una cuestión que escapa al objeto de este trabajo.

9. La cuestión de la contribución de los herederos a la deuda responde a un razonamiento puramente sucesorio y es por tanto lógico que en ella incidan en mayor medida las consecuencias de los distintos sistemas seguidos en la determinación de la ley aplicable a la sucesión. Pero, incluso tratando de prescindir de la opción por uno u otro de los sistemas, puede admitirse como regla general que todos los herederos deberían en esta fase ser considerados en pie de igualdad, lo que no significa negar la posibilidad de que sean después los ordenamientos nacionales los que, en su caso, puedan tratarlos desigualmente, por no establecer los mismos criterios en la determinación de quién es heredero y quién no, establecer distintos órdenes de suceder o regular de maneras distintas los derechos hereditarios. Pero en este momento, en el que todavía estamos determinando cuál es el activo de la sucesión, es procedente determinar éste de la forma más objetiva posible, no permitiendo que unos herederos hagan frente a más deudas que los demás. No se están todavía fijando sus derechos hereditarios, sino determinando el activo a repartir; las diferencias en el tratamiento de los herederos queridas por los respectivos legisladores entran en la fase posterior, la de la determinación de las cuotas, pero no deberían entrar en este momento, que es previo a dicha determinación.

En cualquier caso la solución no se puede desgajar de la de la participación del heredero en el activo de la herencia y ambas cuestiones están relacionadas, ya que parece que en este punto la solución más razonable para regular esta cuestión es que los herederos respondan de las deudas en proporción a su parte en el activo sucesorio. En este contexto mantener como última ratio el criterio proporcionado por la ley personal del causante, como se ha propugnado en otros casos, parece la solución más adecuada para resolver las reclamaciones internas entre los herederos en caso de que alguno haya hecho frente a las deudas del causante en una cuantía que considere inadecuada por comparación a los demás.

Junto a esa posibilidad puede pensarse también en una regulación material de ese aspecto de la cuestión, lo que en el marco de una futura regulación comunitaria es posiblemente la solución más sencilla. Desde esa perspectiva una regla que considerase que el importe del recurso contributivo de un heredero debe calcularse en función del montante de la herencia que habría percibido efectivamente si no hubiera soportado más que los demás la carga de pagar

a los herederos es, a mi juicio, una regla adecuada. Según esto habría que determinar la participación global de ese heredero, sea determinada por una sola ley, sea determinada por el juego de varias en el activo hereditario y determinar su participación en el pasivo en proporción a la que tiene aquél

10. Por lo que se refiere a las cuestiones suscitadas por la actuación de los administradores nombrados en procedimientos sucesorios extranjeros, éstas son cuestiones relativas a la eficacia de su nombramiento fuera del Estado cuya autoridad lo nombra. Cuestión distinta son las facultades que haya que reconocer a dichos administradores que sí son las determinadas por la *lex successionis*. Desde esa perspectiva, puesto que en los sistemas de fraccionamiento y en lo que se refiere a los inmuebles esa ley es la del lugar de situación de los bienes sobre los que el administrador tiene que actuar no se producirán conflictos en relación con las facultades de los mismos. En los sistemas de unidad, por el contrario, sí puede existir una cierta disparidad que, al menos desde la perspectiva del Derecho español, hay que admitir con el único límite del orden público.

En este punto es útil volver a lo señalado en relación con el paralelismo de estas situaciones con las concursales. Si se traslada el sistema de reconocimiento del nombramiento de los administradores y de la determinación de sus facultades previstos para la materia concursal al ámbito sucesorio, para reconocer en el territorio de un determinado Estado miembro la actuación de un administrador sucesorio habría que reconocer en primer lugar la apertura de la sucesión y a continuación, de manera automática, la del nombramiento de los administradores que gozarán de los poderes que les haya atribuido el Estado donde aquella se abrió, sin que ello implique que el Estado receptor no pueda establecer ciertos límites.

Desde la perspectiva del ordenamiento español no hay que olvidar que la sucesión es un expediente de jurisdicción voluntaria y que nuestras normas en materia de reconocimiento se refieren a resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos. El reconocimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria debe hacerse de acuerdo con las normas previstas en la LEC sobre el reconocimiento de documentos públicos extranjeros, que no conoce más límite que el orden público, lo que acerca el sistema en vigor al descrito en relación con los administradores concursales. Es decir, al menos en Derecho español basta que los administradores nombrados por una autoridad extranjera acrediten su nombramiento para que puedan ejercer sus funciones, siendo

éstas las que establece la ley que rige la sucesión, con el límite del orden público, al que en una futura regulación comunitaria podría añadirse, en consonancia con lo previsto en el Reglamento de insolvencia, el respeto de la ley del Estado miembro en cuyo territorio deba actuar el administrador, en particular, en lo que respecta a las modalidades de realización de los bienes (aun reconociendo que este límite se impone por la fuerza de los hechos), añadiendo además que dichos poderes no incluyen el uso de medios de apremio ni la facultad de pronunciarse sobre litigios o controversias.

11. Pero el paralelismo con el fenómeno concursal no se da solo en los casos mencionados, en que puede resultar más evidente porque se trata de administrar bienes y liquidar la deuda, sino que es útil también para resolver las cuestiones suscitadas en el momento de la partición y, en concreto, por la aplicación de leyes distintas (en un solo procedimiento o en varios) a cuestiones como las legítimas, la colación, y, en definitiva la formación de las cuotas hereditarias.

En esos casos se plantea un problema de adaptación entre ordenamientos que exige en ocasiones la creación de una norma *ad hoc* que resulte de modificar las normas materiales aplicables o de aplicarlas parcialmente. Para realizar la adaptación puede resultar útil establecer cuál es la ley cuyo criterio debe primar y como se ha visto en relación con otras cuestiones, ésta no puede ser más que la que se vincula a quien da unidad a la sucesión: la persona del causante, por lo que debería ser la ley personal de éste la que en último término proporcionara el criterio de corrección. Junto a esta solución, también en relación con estas cuestiones se puede buscar una solución material que proporcione respuestas más adecuadas sobre todo en el contexto de una legislación comunitaria unificadora en que se pueden establecer mecanismos de compensación.

12. Las cuestiones que se plantean en relación con la transmisión de los bienes hereditarios se suscitan en términos distintos en la liquidación concursal ya que a los acreedores no se les transmiten bienes o derechos, sino que, en principio, éstos se liquidan y se pagan las deudas, con lo que las cuestiones que surgen en el ámbito sucesorio en relación con la transmisión de la propiedad de los bienes y de las que se ha hablado en el epígrafe correspondiente no se plantean en el ámbito concursal de la misma forma.

En este ámbito, y pese a que la adecuada respuesta a las cuestiones suscitadas por la transmisión es la crítica fundamental a los sistemas de unidad, si se delimita claramente el ámbito de aplica-

ción de cada una de las leyes (*lex successionis-lex rei sitae*) no deben surgir problemas insalvables en la regulación de estas cuestiones tampoco en un sistema que recoge un tratamiento unitario de la sucesión. La cuestión que se suscita en relación con la delimitación de ambas leyes no es distinta de la que se produce en relación con otras transmisiones no sucesorias que nos obligan asimismo a distinguir entre el título y el modo y se resuelve con una clara delimitación de las funciones que corresponden a cada una de las leyes mencionadas.

La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*

BENEDETTA UBERTAZZI

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La subjetividad del *nasciturus*. 3. La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*. 4. La ulterior capacidad del *nasciturus* de recibir por testamento y por donación. 5. La ley aplicable a la capacidad del *nasciturus* de recibir por testamento y por donación. 6. La ley reguladora de la representación legal del *nasciturus*. 7. El *nondum conceptus*. 8. La interrupción voluntaria del embarazo y la experimentación sobre el embrión.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos decenios ha crecido progresivamente el número de disposiciones internacionales e internas que reconocen al *nasciturus* una subjetividad de derecho material reconducible a la categoría de Derecho internacional privado de la capacidad jurídica. Por tanto, el tema de la capacidad jurídica del *nasciturus* tiene una evidente relevancia práctica. Asimismo, presenta además un interés teórico muy particular y notable, como se desprende de las páginas que siguen. De hecho, en primer lugar, la subjetividad general y la capacidad, por ejemplo, de recibir por testamento o por donación del *nasciturus* se encuentra sometida a una única ley reguladora, individualizada por el sistema de Derecho internacional privado en Italia en la *lex patriae* del *nasciturus* ex artículo 20 frase 1. En segundo lugar, el reenvío del artículo 20 frase 1 a la *lex patriae* del *nasciturus* puede encontrar aplicación concreta sólo si se sigue la tesis según la cual es posible determinar su ley nacional mediante un juicio anticipativo de su nacionalidad futura. Finalmente, las fuentes de Derecho internacional público relativas a los

derechos del hombre que reconocen la subjetividad del *nasciturus* operan como un límite a la aplicación del artículo 1.2 CC italiano que no reconoce la subjetividad del *nasciturus* y, en consecuencia, el artículo 1.2 CC es derogado en esta parte en virtud del principio *lex posterior derogat priori*.

2. LA SUBJETIVIDAD DEL NASCITURUS

Según la tesis más reciente, la subjetividad corresponde «ad ogni individuo umano in quanto tale, essendo congenita al fatto stesso della sua esistenza fisica»¹. Además, esta se distingue de la capacidad jurídica porque la subjetividad es «connessa al modo d'essere della persona», che «non è capacità, ma condizione della capacità»² y, además, porque la subjetividad consiste en la titularidad de todos los derechos fundamentales del hombre y es reconocida desde el nacimiento³; mientras que la capacidad jurídica con-

¹ Así VITTA, E., *Diritto internazionale privato. II, Stato e capacità delle persone-forma degli atti-diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1973, 27.

² Así VITTA, E., *Diritto internazionale privato*, cit., 27.

³ Cfr. FERRI, L., «Tutela giuridica del nascituro», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 48; OPPO, «L'inizio della vita umana», en *RDC*, 1982, I, p. 504; BUSNELLI, F. D., «Lo statuto del concepito», en *XXVIII Dem. dir.*, 1988, IV-V, p. 213; ZATI, P., «Quale statuto per l'embrione umano?», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 458; TRABUCCHI, A., «Il figlio nato o nascituro, inaestimabilis res, e non soltanto res extra commercium», en *RDC*, 1991, I, pp. 219-220; ESPINOZA ESPINOZA, J., «Sullo statuto giuridico del concepito», en *XXIII Riv. dir. fam. pers.*, 1994, p. 385; CASINI, C., «Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?», en *Giur. cost.*, 1997, p. 293; BALDINI, G., «Il nascituro e la soggettività giuridica», en *Riv. dir. fam. pers.* 2000, p. 342; PERLINGIERI, P. y FEMIA, P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali*, en Perlingieri, P. (coordinado por), *Manuale di diritto civile*, 4 ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 73; PERLINGIERI, P. y STANZIONE, P., *Persone fisiche*, en Perlingieri, P. (coordinado por), *Soggetti e situazioni soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 113; PERLINGIERI, P., *Intervento*, en Biscontini, G. y Ruggeri, L. (coordinado por), *La tutela dell'embrione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 56; D'ADDINO SERRAVALLE, P., *La tutela dell'embrione nei documenti internazionali europei e nell'UNESCO*, en Biscontini, G. y Ruggeri, L. (coordinado por), *op. cit.*, p. 45; BELLANOVA, L., *Nascituro e capacità giuridica*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture*, cit., pp. 137-150; D'USSEAU, F. B., *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 197; BUSNELLI, F. D., «L'inizio della vita umana», en *RDC*, 2004, p. 566. Para un examen de la jurisprudencia favorable al reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* vid. el capítulo II de la monografía que he publicado sobre *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2006. *Contra* niegan el reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* DOGLIOTTI, M., «Le persone fisiche», en *Trattato Rescigno* (Persona e Famiglia), Utet, Torino, I, 1982, p. 25; RESCIGNO, P., «Capacità giuridica», en *Dig. civ.*, Utet, Torino, II, 1988, p. 222; MAZZONI, C. M., «L'embrione e le sue capacità», en *Il Sole 24 Ore*, 9.2.1997 n.39, p. 27; GAZZONI, F., *Manuale*, cit., p. 122; VILLANI, R., *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 45-48; TRABUCCHI G., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2005, p. 249; MAZZONI, C. M., *La tutela dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, en *Studi in onore di Piero Schlesinger*, I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 320. Estos autores consideran que el *nasciturus* no es sujeto jurídico y, por tanto, no es titular de ningún derecho. Según los

siste en la capacidad de ser titular de todos los derechos y, por tanto, también de aquellos que no son calificables como derechos fundamentales del hombre y es reconocida a la persona sólo a partir del nacimiento⁴. Finalmente, es pacífico que la noción de Derecho civil de la subjetividad coincide con la de la «personalità» prevista por los sistemas del *civil law* y con la del «status» prevista por los sistemas del *common law*⁵.

mismos autores el *nasciturus* es tan sólo objeto de tutela. Para una posición intermedia cfr. BIANCA, M., *La norma giuridica. I soggetti*, en Bianca, M. (coordinado por), *Diritto civile, I*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 222, que utiliza la categoría de la capacidad provisional del *nasciturus*. La categoría de la subjetividad es propia también de otros ordenamientos jurídicos. Cfr. el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa según «the State acknowledges the right to life of the unborn». Cfr. esta norma en www.oefre.unibe.ch/law/icl/ei00000.html. Cfr. el artículo 1 del Código Civil de Perú según el cual «la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. / La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo». Cfr. esta norma en www.cajpe.org.pe/rjj/bases/legisla/peru/codciv.htm. Cfr. los artículos 51 y 70 del Código Civil argentino según el cual «todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible» y «desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre». Cfr. estas normas argentinas en www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm. Sobre la personalidad del *nasciturus* reconocida por los ordenamientos peruano y argentino cfr. BUSNELLI, F. D, ult. cit., p. 540 y BERGEL, S. D., *Los derechos de las personas por nacer en la ley argentina*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 269-290. También en los países islámicos se reconoce la personalidad del *nasciturus*. Cfr. BUSSI, E., *Principi di diritto musulmano*, Amedeo Nicola & C., Milano, 1943, p. 75; NASIR, J. J., *The Islamic Law of Personal Status*, Graham, London, 2 ed., 1990, p. 209; ENNAIFER, H., *Le foetus dans le discours coranique et le droit musulman*, en Tarantino, A. (coordinado por), cit., pp. 105-114 y D'USSEAU, F. B., cit., 7 nota 9. En particular en Túnez cfr. SAIED, N., *Lo statut juridique de l'embryon en droit tunisien*, en Tarantino, A. (coordinado por), cit., pp. 257-268. Reconoce la personalidad del *nasciturus* también Francia, España y Alemania. Cfr. VENTURA, M., *I diritti del nascituro nella legislazione francese: la sfida alla liceità*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture cit.*, pp. 195-216; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *Il nascituro nel diritto spagnolo*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture cit.*, pp. 217-228; SCHLAG, M., *I diritti del nascituro in Austria, Germania e nel Consiglio d'Europa*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture cit.*, pp. 229-242; DE PASCALIS, L., *L'aborto nella sentenza della Corte Costituzionale austriaca*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture cit.*, pp. 243-248. Sobre la personalidad reconocida por todos estos ordenamientos cfr. también BUSNELLI, F. D, ult. cit., p. 540.

⁴ Vid. la nota 6.

⁵ Cfr. RESCIGNO, P., *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1986, p. 119; HELDRICH, A. y STEINER, A. F., *Legal Personality*, en GLENDON, M. A. (coordinado por), «Persons and Family. Chapter 2: Persons», en *Int. Enc. Comp. Law*, Mohr-Nijhoff, Tübingen-Dordrecht-Boston-Lancaster, 1995, pp. 3-8; BADIALI, G., «Personalità e capacità nel diritto internazionale privato e processuale», en *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Cedam, Padova, 1995, p. 149, según el cual «la personalità (come sinonimo di soggettività) è l'astratta idoneità a diventare titolare di rapporti: è la titolarità potenziale di una serie indeterminata di rapporti. La capacità giuridica è la misura di tale idoneità che definisce i contorni della personalità», y «la personalità corrisponde alla capacità giuridica». En cambio, subrayan la existencia de una sutil diferencia entre la subjetividad y la personalidad y la capacidad jurídica general SPERDUTI, G., «Sulla capacità in d.i.pr. con particolare riguardo alla capacità di obbligarci per fatto illecito», en *Riv. it. sc. giur.* 1950, 284-287,

Algunos Estados prevén la subjetividad del *nasciturus*⁶. En cambio, el Código Civil italiano no la reconoce expresamente, ni parece que esta se pueda deducir de la adaptación del ordenamiento italiano a una norma general de Derecho internacional público consuetudinario⁷.

Así pues, es necesario preguntarse si la subjetividad del *nasciturus* deriva de la adaptación del ordenamiento italiano al Derecho internacional público convencional. Para simplificar el discurso, prescindiré de varios actos internacionales y, en cambio, me ceñiré sobre la situación del *nasciturus* según el CEDH, cuyo artículo 2 garantiza el derecho a la vida de «toda persona»⁸. Según el Tribunal Europeo de Estrasburgo «an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim [...] a right to life under Article 2»⁹. En cambio, la Comisión de Estrasburgo no ha excluido jamás expresamente la titularidad del derecho a la vida del *nasci-*

según el cual «la capacità generale di diritto è data dal possesso del minimo di requisiti di ordine personale o soggettivo che gli uomini debbono presentare in un ordinamento giuridico ai fini di qualunque attribuzione giuridica», y es por tanto la aptitud para ser titular de derechos y deberes, «mientras la personalidad o subjetividad consiste nella concreta partecipazione alla vita giuridica, nella effettiva titolarità di diritti e doveri». Cfr. también DE NOVA R., «Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato italiano», en *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, I, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 301-397; PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1972, 175, p. 551; ZATTI, P., *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padova, 1975, p. 232, según el cual el término sujeto tiene un carácter más técnico, mientras que el de persona se refiere más a la sustancia de las relaciones.

⁶ Vid. la nota 3.

⁷ Cfr. IBEGBU, J., *Rights of the Unborn Child in International Law*, I, Lewiston, 2000, p. 81; D'USSEAU, F. B., cit., p. 77.

⁸ Según el artículo 2 de la CEDH «Toda persona tiene derecho a la vida. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado». El derecho a la vida es el «supreme value in the hierarchie of human rights» así el pár. 94 de la sentencia de la TEDH de 22 de marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Alemania*, en www.hudoc.echr.coe.int) y es el «diritto supremo, presupposto fondamentale della garanzia di tutti gli altri diritti contemplati» de la CEDH (así VIARENGO, I., «Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia», en *RDI*, 2005, 983). Así pues, el derecho a la vida es «di gran lunga il principale tra i diritti umani» y de este «discende ogni altro diritto» (así el artículo 3.2 de la Carta asiática sobre derechos del hombre de 17 de mayo de 1998, que no constituye sin embargo un acto jurídico vinculante y ni siquiera una declaración de intenciones de origen estatal. Vid. sobre el tema SCALABRINO, M., «La Carta asiatica sui diritti dell'uomo: nota informativa», en *RIDU*, 1999, II, p. 747). Sobre el carácter de derecho supremo del derecho a la vida y sobre su existencia estrechamente relacionada con otros derechos, cfr. también CASINI, C., «Risoluzioni del Parlamento europeo», en Sgreccia, E. y Mele, V., *Ingegneria genetica e biotecnologie nel futuro dell'uomo*, Vita e Pensiero, Milano, 1992, p. 321; LAGROTTA, I., *Il diritto alla vita e i diritti fondamentali dell'embrione*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture*, cit., pp. 131-136; PERLINGIERI, P., *Intervento*, en BISCONTINI, G. y RUGGERI, L., *La tutela dell'embrione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 56, y D'ADDINO SERRAVALLE, P., cit., p. 45.

⁹ Cfr. por último las sentencias del TEDH de 7 de marzo de 2006, *Evans c. Reino Unido*, en www.hudoc.echr.coe.int y de 8 de julio de 2004, *VO c. Francia*, en www.hudoc.echr.coe.int sobre la últ. vid. la nota justamente crítica de RANDAZZO, B., *I diritti del nascituro dinanzi alla Corte di Strasburgo*, en *Dir.uomo* 2005, pp. 66-67. Vid. también TEDH de 29 de enero de 1992, *Open door Counselling Ltd. And Dublin Well Human Centre Ltd. v. Ireland*, serie A n.246-a, en www.hudoc.echr.coe.int.

turus y, lo que es más, ha afirmado que este es un centro de imputación jurídica y es titular de un derecho a la vida, igualmente que una persona ya nacida¹⁰. El reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* por parte de la Comisión se debe valorar positivamente, al contrario del desconocimiento por parte del TEDH del derecho del *nasciturus* a la vida, que es criticable, al menos, en base a tres argumentos.

Un primer argumento es ofrecido por la interpretación teleológica *ex* artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados¹¹, según el cual «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin»¹². Este criterio permite determinar el signi-

¹⁰ Cfr. las decisiones de la Comisión de 12 de julio de 1977, *Brueggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany*, n. 6959/75, en *DR* 10, p. 100; 13 de mayo de 1980, *X. v. United Kingdom*, n. 8416/78, en *DR* 19, p. 244; 19 de mayo de 1992, *H. v. Norway*, n.17004/90, en *DR* 73, p. 155.

¹¹ Sobre el Convenio de Viena cfr. entre otros SINCLAIR, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2 ed., Manchester University Press, Manchester, 1984, *passim*; STROZZI, G., *Il diritto dei trattati*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 3; CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, cit., p. 105; BARIATTI, S., «L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati», en CARBONE, S. M., LUZZATTO, R., SANTA MARIA, A. (coordinado por), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2 ed., 2003, pp. 77-117.

¹² Sobre la interpretación de los tratados en general cfr. entre otros SINCLAIR, op.últ. cit., p. 114; BARIATTI, S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 175; STROZZI G., op. cit., p. 53; CONFORTI, B., *Diritto internazionale* cit., p. 105; BARIATTI, S., *L'accordo* cit., p. 90; TANZI, A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Padova, 2003, p. 366; RONZITTI, N., *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 162. Sobre la interpretación de los tratados sobre la tutela de los derechos del hombre cfr. CAMPIGLIO, C., *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Cedam, Padova, 1995, pp. 124 ss.; PIETROBON, A., «Trattati internazionali», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1999, p. 350. Sobre la interpretación de la CEDH cfr. entre otros: DE SALVIA, M., «L'elaboration d'un "jus commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: la oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme», en *Mélanges en l'honneur de Gérard, J. Wiarda, Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Carl Heymanns, Köln, 1988, pp. 565-580; MATSCHER, F., *L'interpretazione della convenzione europea dei diritti dell'uomo per opera dei suoi organi*, en GREMENTIERI, V., *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 39-61; ID., «Dans quelle mesure une violation du droit national entraîne-t-elle une violation de la Convention», en *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 579-592; PUSTORINO, P., *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998, p. 10; GAJA, G., «Does the European Court of Human Rights use its stated Methods of Interpretation?», en *Studi in onore di Francesco Capotorti*, Giuffrè, Milano, 1999, I, pp. 213-227. *Vid.* también GAJA, G., «Nouveaux instruments et institutions de renforcement de la protection des droits de l'homme en Europe?», en ALSTON, P., *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 813, según la opinión del cual la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales CEDH ha modificado profundamente el alcance del convenio originario. Esta labor interpretativa y modificativa hace necesaria la revisión del texto de la CEDH, para actualizar el texto y para eliminar los conflictos potenciales dentro de esta y otros tratados internacionales sobre derechos del hombre. En el mismo sentido RESCIGNO, P.,

ficado de una norma en base a su objeto y a su fin¹³. El objetivo de la CEDH, como todos los convenios sobre los derechos del hombre, es ampliar la esfera subjetiva de protección garantizando estos derechos al número más elevado de destinatarios. Por lo tanto, la interpretación de las normas debe ser necesariamente extensiva en lo que se refiere a su ámbito subjetivo. Así pues, la interpretación teleológica del artículo 2 CEDH induce a aplicarlo también al *nasciturus*.

Un segundo argumento es ofrecido por la interpretación sistemática *latu sensu ex* artículo 31.3.c) del Convenio de Viena de 22 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los tratados, según el cual, para interpretar un tratado «juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: / c) toda forma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Este criterio permite determinar el significado de una norma del CEDH tanto mediante otras disposiciones que son elaboradas en el seno de la misma organización internacional que ha aprobado el CEDH (esto es, el Consejo de Europa) como mediante otras regla elaboradas en el seno de una organización compuesta por Estados (en todo o en parte) diferentes a aquellos miembros del CEDH que, sin embargo, utilizan los mismos conceptos del CEDH y expresan pues el significado que los conceptos CEDH poseen en el ámbito del sistema mundial de tutela de los derechos del hombre¹⁴.

Entre las disposiciones elaboradas en el seno del Consejo de Europa se encuentran algunas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria según las cuales el *nasciturus* debe ser tratado jurídicamente «in conditions appropriate to human dignity»¹⁵; el artículo 3 del Protocolo núm. 1 de Estrasburgo de 12 de enero de 1998 «portant interdiction de clonage d'être humains»¹⁶, adicional al

«Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà e lavoro)», en *RDC*, 2002, 331.

¹³ Sobre el criterio teleológico de interpretación de la CEDH cfr. entre otros: PUSTORINO, P., *op. cit.*, p. 10.

¹⁴ *Vid.* entre otros: MATSCHER, F., «L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: bilancio di quindici anni di ricorsi individuali», en GREMENTIERI, V. (coordinado por), *L'Italia e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 39-62, 58 e *ivi* para las necesarias referencias jurisprudenciales; FLAUSS, J. F., «La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme», en *RTDH*, 2005, pp. 313-332 e *ivi* para las necesarias referencias jurisprudenciales; MCLACHLAN, C., «The principle of systematic integration and Article 31 (3) (C) of the Vienna Convention», en *ICLQ*, 2005, p. 294.

¹⁵ Así el punto 3 de la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2 de febrero de 1989 n. 1100, «on the use of human embryos and foetuses in scientific research» (en www.assembly.coe.int). *Vid.* también las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 26 de enero de 1982, n. 934 «on genetic engineering» y del 1986, n. 1046 «on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes» (en www.assembly.coe.int).

¹⁶ En www.conventions.coe.int.

Convenio de Oviedo sobre biomedicina¹⁷, que considera aplicables a los embriones todas las disposiciones de este último Convenio, entre las cuales se encuentra el artículo 1, que tutela los derechos a la dignidad de la persona y a la identidad de todos los seres humanos en relación con la biología y la medicina; el artículo 2 del Protocolo núm. 3 de Estrasburgo de 25 de enero de 2005 «concerning biomedical research»¹⁸, adicional al Convenio de Oviedo sobre biomedicina¹⁹, que considera aplicables a los embriones «in vivo» todas las disposiciones de este último Convenio, y entre ellas el artículo 1; y el artículo 1 del mismo Protocolo que tutela los derechos a la dignidad y a la identidad de los seres humanos en relación con la investigación médico-científica. Por lo tanto, todas las disposiciones ahora dichas del Consejo de Europa reconocen los derechos del *nasciturus* a la dignidad y a la integridad. Sin embargo, nadie puede ser titular del derecho a la dignidad y de la integridad sin ser titular también del derecho a la vida y, por otra parte, éste está estrechamente vinculado a todos los otros derechos fundamentales del hombre y, entonces, la titularidad del derecho a la vida comporta la titularidad de todos los otros derechos fundamentales del hombre²⁰. Así pues, la normativa adoptada en el seno del Consejo de Europa reconoce que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida y de todos los otros derechos fundamentales del hombre. Por lo tanto, la interpretación del artículo 2 CEDH conforme a las otras disposiciones de los otros convenios o resoluciones del Consejo de Europa confirma que el artículo 2 se aplica también al *nasciturus*.

Entre las disposiciones emanadas en el ámbito de las organizaciones internacionales diferentes al Consejo de Europa, se debe destacar la Declaración de Nueva York de 20 de noviembre de 1959 «de los Derechos del Niño»²¹, elaborada en el seno de la ONU y en cuyo preámbulo se establece que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento». Asimismo, se debe aludir a la Convención de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 «sobre los Derechos del Niño»²²,

¹⁷ Vid. el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, «pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine», a continuación: Convenio de Oviedo sobre la biomedicina, en www.conventions.coe.int.

¹⁸ En www.conventions.coe.int

¹⁹ Vid. la nota 17.

²⁰ Vid. la nota 8.

²¹ En www.unhchr.ch/html/menu3/b/25.htm

²² En LUZZATTO, R. y POCAR, F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 238 (a continuación: Codice Luzzatto-Pocar). Sobre este Convenio vid. entre otros: KILKELLY, U., *The child and the European Convention on Human Rights*,

que ha sido elaborada en el seno de la ONU y cuyo preámbulo requiere que se tenga en cuenta la Declaración ahora dicha de 20 de noviembre de 1959 «de los Derechos del Niño»; el artículo 1 de la Convención prevé que para ésta «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad; y el artículo 3 de la Convención sanciona que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»²³. Y, finalmente, se encuentra la Convención Americana de San José de 22 de noviembre de 1969 «sobre Derechos Humanos», elaborada en el seno de la OEA²⁴ y cuyo artículo 4 sanciona expresamente que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción»²⁵. En síntesis, las disposiciones internacionales ahora recordadas reconocen que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida, a la dignidad humana y a la tutela jurídica. Por tanto, la interpretación del artículo 2 CEDH conforme a las disposiciones sobre los derechos del hombre emanadas de las organizaciones internacionales diferentes al Consejo de Europa confirma que el ámbito de aplicación del artículo 2 se extiende también al *nasciturus*.

Finalmente, un tercer argumento es ofrecido por el criterio de la interpretación dinámico-evolutiva utilizado de manera constante por el Tribunal Europeo de Estrasburgo para interpretar el CEDH²⁶.

Ashgate, Dartmouth, 1999, p. 14; SPALLAROSSA, M. R., *Fanciulli (statuto dei diritti dei)*, en *Digesto disc. Pubbl. Aggiornamento*, Utet, Torino, 2000, p. 262; GIARDINA, F., «La maturità del minore nel diritto civile, en *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei «giovani adulti»*. Seminario di studi organizzato dal Gruppo di ricerca «statuto del minore e strumenti giurisdizionali: verso un diritto uniforme europeo» Università di Padova, Catanzaro, Pavia, Verona», en *NGCC*, 2004, suplemento al fascículo 3, p. 99; FIORAVANTI, C., «I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l'entrata in vigore per la Repubblica italiana della convenzione di Strasburgo», en *NLCC*, 2003, p. 563.

²³ La declaración de New York de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de New York de 20 de noviembre de 1989 han sido aplicados por la Corte Constitucional italiana con la sentencia de 10 de febrero de 1997, n. 35 en *Giur.cost.* 1997, 1, pp. 281-293. Sobre esta sentencia que ha reconocido la subjetividad del *nasciturus* vid. otras en este mismo punto.

²⁴ En www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-32.htm

²⁵ Sobre este artículo vid. Inter-American Commission on Human Rights, *Ris. 23/81, Case 2141 (United States of America)*, Decisión de 6 de marzo de 1981, «*Baby Boy*», en *HRLJ*, II, 1982, 1-2 y 112-130. Cfr. SHELTON, «Abortion and the right to life in the Inter-American system: the case of “Baby Boy”», en *HRLJ*, II, 1981, p. 314; BALESTRERO, E., *Il diritto alla vita prenatale nell'ordinamento internazionale. L'apporto della Santa Sede*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1997, pp. 169-173; D'USSEAU, F. B., cit., 78.

²⁶ La Comisión y el Tribunal han mantenido siempre que es necesario considerar el Convenio como subsistente y, por tanto, interpretarlo en modo que consenta la adaptación a los cambios sociales y jurídicos de los tiempos. La interpretación de las normas CEDH

Asimismo, este criterio permite determinar el significado de una norma del CEDH mediante otras disposiciones elaboradas en el seno del Consejo de Europa o por otras organizaciones internacionales que utilizan los mismos conceptos del CEDH y, por tanto, reflejan la evolución que los conceptos CEDH han adquirido en la nueva conciencia social. La interpretación dinámico-evolutiva invoca todas las disposiciones a las que se refiere la interpretación sistemática del CEDH y confirma una vez más que el ámbito de aplicación del artículo 2 CEDH se extiende también al *nasciturus*.

En síntesis, la posición del Tribunal Europeo es criticable y el artículo 2 CEDH garantiza al *nasciturus* el derecho a la vida. En este punto, es necesario preguntarse si el reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* le hace ser titular solamente del derecho a la vida o también de los otros derechos. A este propósito, las disposiciones, que acabamos de ver y que son útiles para la interpretación del artículo 2 CEDH, garantizan al *nasciturus* los derechos a la dignidad, a la integridad y a la tutela jurídica. Estos derechos están estrechamente vinculados al de la vida y a cualquier otro derecho fundamental del hombre²⁷. Es preciso concluir que las normativas de origen internacional sobre los derechos del hombre garantizan al *nasciturus* la titularidad de todos los derechos fundamentales del hombre y, por tanto, la subjetividad. Pero, puesto que los titulares de los derechos pueden ser tan sólo los sujetos jurídicos²⁸, se deduce que los Estados parte del CEDH están obligados a reconocer la subjetividad jurídica al *nasciturus*²⁹.

es, por tanto, dinámica y evolutiva. Así pues, la interpretación dinámico-evolutiva supera la interpretación histórica, la cual atribuye una relevancia limitada a los trabajos preparatorios de la CEDH, que no pueden ser adoptados si se mantiene la tesis según la cual el *nasciturus* no es titular de ningún derecho. Cfr. MATSCHER, F., *L'interpretazione* cit., 45; ID., «Methods of interpretation of the Convention», en MACDONALD, *The European System for the protection of human rights*, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 63-81; ID., «Le droit international privé face à la convention européenne des droits de l'homme», en *Trav. Com. fr. dr. int. privé* 1996-1997, p. 227; BERNHARDT, R., «Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the Europe Convention on Human Rights», en *GYIL*, 1999, p. 11; KILKELLY, U., cit., p. 14. *Contra* ERIKSSON, M. K., «The Legal Position of the Unborn Child in International Law», en *GYIL*, 1993, p. 104, que atribuye una relevancia fundamental a los trabajos preparatorios de la CEDH en orden a negar el derecho a la vida al *nasciturus*. Algunos ejemplos de interpretación evolutiva de las normas convencionales son las sentencias del TEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrer v. UK*, serie A, n. 26, en www.hudoc.echr.coe.int; y de 13 de marzo de 1978, *Marckx v. Belgium*, serie A, n. 31, en *RDI*, 1974, p. 589, y en www.hudoc.echr.coe.int, con las cuales el TEDH ha establecido la contrariedad con el artículo 3 CEDH de las penas corporales inflingidas en el colegio y la necesidad de garantizar un tratamiento igual a los hijos legítimos y a los naturales. Sobre el caso *Marckx*, cfr. PADELLETTI, M. L., *La tutela della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 6.

²⁷ Vid. la nota 8.

²⁸ Vid. anterior en este punto y la nota 4.

²⁹ Cfr. PASETTI, «I diritti del bambino e la protezione del nascituro nel ventennale della dichiarazione del 1959», en *RDC*, 1979, II, pp. 572-581; PEUKERT, W., *Human Rights in International Law and the Protection of Unborn Human Beings*, en MATSCHER, F. y

Sin embargo, este reconocimiento no es ilimitado. El artículo 2 CEDH indica expresamente los límites que pueden ser legítimamente introducidos al derecho a la vida de la persona ya nacida³⁰. En cambio, el CEDH no indica de manera expresa los posibles límites al derecho a la vida del *nasciturus*. Sin embargo, la jurisprudencia de Estrasburgo mantiene que también la vida del *nasciturus* puede ser limitada³¹; los casos en que pueda serlo son indicados *in primis* por la jurisprudencia de Estrasburgo, la cual ya ha legitimado algunas interrupciones voluntarias del embarazo³² y bajo ciertas condiciones, también la investigación científica sobre el embrión³³, siguiendo la línea del Protocolo núm. 3 de Estrasburgo de 25 de enero de 2005 «concerning biomedical research»³⁴, adicional al Convenio de Oviedo sobre biomedicina³⁵, que establece con precisión las condiciones de licitud de la investigación medico-científica sobre los embriones³⁶.

PETZOLD, H., *Studies in honour of GERARD J. WIARDA, Protecting Human Rights: the European Dimension*, Heymanns, Kön-Berlin-Bonn, 1988, p. 515; CASINI, C., *Risoluzioni* cit., p. 318; MACDONALD, R.ST.J., MATSCHER, F., e PETZOLD, H., *The European system for the protection of Human Rights*, Nijhoff, Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 220; CLEMENTS, L. J., *European Human Rights. Taking a case under the Convention*, Sweet & Maxwell, London, 1994, p. 108; GOMIEN, D., HARRIS, D. y ZWAAK, L., *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996, p. 102; BALESTRERO, E., *Il diritto alla vita prenatale*, cit., p. 115; KILKELLY, U., cit., p. 21. *Contra* ERIKSSON, M. K., cit., p. 86.

³⁰ Sobre los límites del derecho a la vida de los ya nacidos *vid.*, entre otros: VIARENGO, I., ult. cit., p. 983 e *ivi* para las referencias jurisprudenciales necesarias.

³¹ *Vid.* la nota 10. En doctrina en sentido conforme *vid.* entre otros PASETTI, G., *op. cit.*, p. 572; PEUKERT, W., *Human Rights*, cit., p. 517 según el cual «the right to life therefore applies to the foetus with implied limitations. It has to be balanced against other competing rights, in particular with the generally stronger rights of the pregnant woman. Such a balance is struck in the recent reforms in several European States which liberalise abortion for the initial period of pregnancy and therefore appear to be compatible with the right to life»; MACDONALD, R.ST.J., MATSCHER, F., y PETZOLD, H., *The European*, cit., p. 220 según el cual «Article 2 seems to be better understood if one accepts, as the Commission seems to have done on the basis of European realities, that insofar as protection of the right to life of the unborn may be required by law, it must be more relative than that of persons after natural birth».

³² *Vid.* las notas 9 y 10.

³³ Hasta ahora, el Tribunal de Estrasburgo no se ha pronunciado sobre el tema del acceso a la fecundación asistida. En cambio, La Comisión ha intervenido sobre este tema sin examinar sus efectos sobre la subjetividad del concebido. *Vid.* Comisión Europea de 22 de octubre de 1997, 32094/96 y 32568/96, *E.L.H.* y *P.B.H. c. Regno Unito*, en *DR*, 1991, p. 61. Sobre esta decisión, *cf.* CAMPIGLIO, C., *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 130-131. *Vid.* en general sobre el problema también, HARTIG, H., *L'Assemblea Parlamentare europea di fronte alle modificazioni genetiche*, en GERIN, G. (coordinado por), *Modificazioni genetiche e diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1987, pp. 88-89.

³⁴ *Vid.* la nota 18.

³⁵ *Vid.* la nota 17.

³⁶ Sobre las condiciones de investigación sobre los embriones establecidas por el protocolo con particular atención a la normativa interna griega, *cf.* KIRIAKAKI, I., *Die Regelung der Embryonenforschung in Griechenland. Zugleich ein Kommentar zur Umsetzung des Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin des Europarates ins nationale Recht*, en *Rev. Hell. Dr. Int.* 2003, pp. 365-400. Sobre la necesidad de definir a nivel inter-

La subjetividad jurídica del *nasciturus* puede ser afirmada sobre la base de diversas reglas comunitarias relativas a los derechos del hombre. Aquí debo señalar, entre otras, el reenvío del artículo 6 TUE al CEDH y a los principios constitucionales comunes a los Estados miembros³⁷; el artículo 2 del Tratado de Niza, según el cual «toda persona tiene derecho a la vida»³⁸; el artículo 3 del Tratado de Niza, según el cual «toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica»³⁹; el artículo II-62 del Tratado sobre la Constitución Europea⁴⁰, que recoge *verbatim* el contenido del artículo 3

nacional las condiciones de legitimidad de la investigación sobre los embriones y, en particular, de la clonación humana, cfr. GARCÍA SAN JOSÉ, D. I., «Claves para un régimen internacional de la clonación humana», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2005, pp. 153-171.

³⁷ Sobre el artículo 6 n. 2 del TUE, *vid.* en particular PEDRAZZI M., Sub artículo 6 TUE, en POCAR, F. (coordinado por), *Commentario breve ai Trattati della Comunità europea e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001, pp. 18-26 (a continuación: *Commentario Pocar*) y BALLARINO, T., *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, con la colaboración de LEONARDO BELLODI, Cedam, Padova, 2004, pp. 458, 137-138.

³⁸ Sobre el artículo 2 de la Carta de Niza, cfr. entre otros: DI MAJO, F. y RIZZO, A., Sub artículo 2 Carta de Niza, en TIZZANO, A. (coordinado por), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 14 (a continuación: *Commentario Tizzano*); FERRARI BRAVO, L., DI MAJO, F. M. y RIZZO, A., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 9-10. Sobre la Carta de Niza y su valor jurídico *vid.*, entre otros: WEBER, A., «The European Charter of Fundamental Rights», en *GYIL*, 2000, p. 101; VITORINO, A., «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», en *Rev.dr.Union Eur.*, 2000, p. 502; LEVI, L., *Carta dei diritti e Costituzione europea*, en FERRARI, F. G., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 184; PANEBIANCO, M., «Verso una "Costituzione" comune dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», en *RIDU*, 2001, p. 730; FERRARI, F. G., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 184; POCAR, F., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, en *Commentario Pocar*, pp. 1178-1181; VIARENGO, I., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, en NASCIMBENE, B., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 197 ss.; WEBER, A., «Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», en *Riv.it.dir.pub.com.*, 2002, p. 42; CHITI, M. P., «La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?», en *Riv.trim.dir.pub.*, 2002, p. 1; ROSSI, L. S., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1 ss.; CARLIER, J. Y. y DE SCHUTTER, O., *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne: son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Hommage à SILVIO MARCUS HELMONS, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 1 ss.; SACERDOTI, G., «La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini», en *CS*, 2002, XXII, pp. 277-298; RADICATI DI BROZOLO, L., «L'Unione e i diritti fondamentali: un passo avanti e due indietro (sui diritti economici)», en *Dir.Un.eur.*, 2002, pp. 551-554; ACIERNO, S., *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, *ibid.*, pp. 653-670; DI TURI, C., *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, *ibid.*, pp. 671-686; CONETTI, G., «Sulla natura giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 1899-1905.

³⁹ Sobre el artículo 3 de la Carta de Niza cfr. DI MAJO F. y RIZZO A., Sobre el artículo 3 Carta de Niza, en *Commentario Tizzano*, 15; FERRARI BRAVO, L., DI MAJO, F. y RIZZO, A. (coordinado por), *cit.*, pp. 10-11. Sobre la Carta de Niza y sobre su valor jurídico *vid.* la nota precedente.

⁴⁰ Este tratado ha sido ratificado por Italia con ley de 7 de abril de 2005, n. 57, en *GU* de 21 de abril de 2005, p. 92, supl. ord. n. 70. Los Estados que han ratificado el Trata-

del Tratado de Niza⁴¹; la Resolución del Parlamento europeo de 16 de marzo de 1989 «relativa a la fecundación artificial»⁴²; la Resolución del Parlamento europeo de 16 de marzo de 1996 «relativa a la tutela de los derechos humanos y a la dignidad del ser humano en relación a las aplicaciones biológicas y médicas»⁴³; la Resolución del Parlamento europeo de 12 de marzo de 1997 «relativa a la clonación»⁴⁴; la Resolución del Parlamento europeo de 15 de enero de 1998 «relativa a la clonación»⁴⁵; y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que recibe en el Derecho comunitario la disciplina CEDH⁴⁶.

Queda mencionar el Derecho sustancial italiano relativo a la situación jurídica del *nasciturus*. El artículo 1.1 CC italiano dispone

do hasta el momento son Lituania, Hungría, Eslovenia, Grecia, Eslovaquia, Letonia, Chipre, Malta (todos con procedimientos parlamentarios), España y Luxemburgo (a través de referéndum). En Francia y en Holanda el 29 de mayo de 2005 y, respectivamente, el 1 de junio de 2005 los electores han escogido decir no a la ratificación del Tratado en examen. Entre los Estados que deben ratificarlo todavía, Dinamarca, Polonia, Portugal y la República Checa han declarado que someterán el texto a consulta popular, mientras que el Reino Unido y los Países Bajos han optado por un doble procedimiento, que prevé referéndum y ratificación popular. Los Estados restantes procederán por vía parlamentaria. Cfr. www.governo.it/costituzione.europea.it. Sobre este Tratado *vid.*, entre otros: TIZZANO, A. (coordinado por), *Una Costituzione per l'Europa*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*; CANNIZZARO, E., «La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale», en *Dir. Un. eur.* 2005, pp. 1-20; CARETTI, P., *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, *ibid.*, pp. 371-378; CELOTTO, A., *La cittadinanza europea*, *ibidem*, pp. 379-389; MASTROIANNI, R., *Le competenze dell'Unione*, *ibid.*, pp. 390-416; CARTABIA, M., «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali, *ibid.*, pp. 583-610; DONATI, F., *Le fonti del diritto dell'unione*, *ibid.*, pp. 611-631; STROZZI, G., *Il trattato costituzionale: entrata in vigore e revisione*, *ibid.*, pp. 631-648; DELORS, J., «La Constitution, un pas en avant pour l'Union européenne», en *RDUE*, 2005, pp. 5-10; BRIBOSIA, H., *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne*, *ibid.*, pp. 25-64; AUER, A., *E pur si muove. Le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe*, *ibid.*, pp. 65-90. *Vid.* también AA.VV., «Une Constitution pour l'Europe», en *RTDE*, 2005, 2, pp. 227-588. Sobre el artículo II-62 de este tratado *vid.*, entre otros: PRIOLLAUD, F. X. y SIRITZKY, D., «La Constitution européenne. Texte et commentaires», *La Documentation française*, Paris, 2005, 170.

⁴¹ Sobre el artículo II-63 del tratado *vid.* entre otros: PRIOLLAUD, F. X. y SIRITZKY, D., *op. cit.*, p. 171. Sobre este tratado *vid.* la nota precedente.

⁴² En *DOCE* de 17 de abril de 1989, C 96, p. 171. Sobre esta resolución *vid.* CASINI, C., *Il Parlamento europeo per lo statuto giuridico dell'embrione umano*, Edizioni Studium, Roma, 1989, *passim*; *Id.*, *Risoluzioni*, cit., pp. 317-328.

⁴³ En *DOCE* de 28 de octubre de 1996, C 320, p. 268.

⁴⁴ En *Medicina e morale* 1997, II, p. 325.

⁴⁵ En *Medicina e morale* 1998, I, p. 167.

⁴⁶ *Vid.*, por ejemplo, TJCE de 7 de enero de 2004, C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions*, en *Guida al diritto* 2004, pp. 111-114, sobre el cual cfr. CORRADO, A., *Spetta allo stato membro indicare le condizioni per il riconoscimento giuridico del cambio di sesso*, en *Guida al diritto* 2004, pp. 115-116; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellido: un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y GARCÍA AVELLO)», en *Revista de derecho comunitario Europeo*, 2004, pp. 507-529; BALLARINO, T. y UBERTAZZI, B., «On Avello and other Judgments: a New Point of Departure in the Conflict of Laws», en *YPIL*, 2004, p. 112, nota 88; TOMASI, L., «Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario», en *RDIPP*, 2004, pp. 977-998; MOSCONI, F., *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, en *RDIPP*, 2005, p. 311.

que «la capacità giuridica si acquista al momento della nascita». En cambio, otras disposiciones civiles prevén que «sono capaci di succedere tutti coloro che sono [...] concepiti al tempo dell'apertura della successione» (art. 462 CC), y que «la donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito» (art. 784 CC). Sin embargo, el artículo 1.2 CC prevé que «i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita». Es preciso preguntarse acerca de la relevancia que el artículo 1.2 CC y las otras disposiciones ahora dichas pueden tener todavía hoy. La opinión tradicional mantiene que el artículo 1.2 atribuye al *nasciturus* una mera expectativa de convertirse en titular de derechos y, por tanto, la capacidad jurídica en el momento del nacimiento⁴⁷. En cambio, una tesis más reciente mantiene justamente que el *nasciturus* tiene la subjetividad jurídica necesaria y suficiente para ser titular de los derechos fundamentales del hombre desde la concepción, mientras que es titular de una mera expectativa para los otros derechos⁴⁸. Esta tesis es sugerida por no pocos argumentos.

La doctrina civilista más moderna y sensible ha subrayado repetidamente que el artículo 2 es expresión «dell'approccio patrimonialistico del nostro codice civile»⁴⁹; que, en cambio, hoy en día es necesario interpretar el artículo 1 de modo compatible con la normativa de origen internacional sobre la situación del *nasciturus*; y, para este fin, es necesario proceder como sigue. En primer lugar, es necesario separar los dos conceptos de subjetividad y capacidad jurídica. Después, es necesario reservar el primer concepto a los derechos fundamentales del hombre y del *nasciturus*⁵⁰ y utilizar el instituto de la capacidad jurídica para los derechos que no son fundamentales del hombre: y, en relación a estos derechos no fundamentales, se puede continuar manteniendo que el *nasciturus* tiene una mera expectativa de convertirse en titular en el momento del nacimiento⁵¹.

Por otra parte, la tesis favorable al reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* ha sido progresivamente acreditada por la jurisprudencia italiana y, por tanto, atañe al Derecho existente. De hecho, en este sentido, es necesario recordar una sentencia relevante de la Corte Constitucional italiana y una importante jurisprudencia.

⁴⁷ Vid. la nota 3.

⁴⁸ Vid. la nota 3. Para un estudio comparativo sobre la subjetividad del *nasciturus*, cfr. la misma nota.

⁴⁹ Así, PERLINGIERI P., *Intervento*, cit., p. 56.

⁵⁰ Cfr. D'ADDINO SERRAVALLE P., cit., p. 45, según el cual es necesario reafirmar «il valore etico e giuridico dell'essere umano che in quanto tale è persona ed è garantito dal diritto contro ogni negazione e discriminazione, anche di quelle fondate sul diverso grado di sviluppo biologico e sociale».

⁵¹ Vid. la doctrina indicada en la nota 3.

La Corte Constitucional ha intervenido sobre la materia con la sentencia de 10 de febrero de 1997 núm. 35⁵². En primer lugar, esta sentencia ha recordado el artículo 1 de la ley 194/1978 que establece «norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza»⁵³, según el que «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio». Según la Corte Constitucional, el artículo 1 de la Ley 194/1978 no es tan sólo «la base dell'impegno delle strutture pubbliche a sostegno dei presupposti per una lecita interruzione della gravidanza, ma è ribadito anche il diritto alla vita del concepito»⁵⁴. La Corte subraya que el derecho del *nasciturus* a la vida ha conseguido un mayor reconocimiento a lo largo de los años también sobre el plano internacional, como resulta de la Declaración sobre los Derechos del Niño «nel cui preambolo è scritto che “il fanciullo, a causa della sua immaturità fisica ed intellettuale necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita”»⁵⁵. De este modo, la Corte recuerda también los artículos 1 y 3 del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño⁵⁶. Así pues, se concluye justamente que «è perciò evidente, nella prospettiva del giudice costituzionale, l'applicazione» del Convenio sobre los Derechos del Niño «anche al nascituro, qualificato come fanciullo»⁵⁷.

A su vez, jurisprudencia creciente de la Corte de Casación ha reconocido el derecho del *nasciturus* a nacer sano *ex* artículo 32 Constitución italiana y, por tanto, a la subjetividad del *nasciturus*⁵⁸: entre otras, las sentencias de la Casación civil de 22 de noviembre de 1993 núm. 11503⁵⁹, de 9 de mayo 2000 núm. 5881⁶⁰ y de 29 de julio 2004 núm. 14488⁶¹.

⁵² Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de febrero de 1997 n. 35, cit., pp. 281-293. Sobre esta sentencia *vid.* los comentarios de CASINI, C., *Verso*, cit., p. 293 y de OLIVETTI, M., *La Corte e l'aborto tra conferme e spunti innovativi*, *ibidem*, pp. 312-316. *Vid.* también CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L. (coordinado por), *La legge* cit., p. 27.

⁵³ En *GU* de 22 de mayo de 1978, p. 140.

⁵⁴ *Vid.* el punto. 4 de la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de febrero de 1997, n. 35 cit., p. 290.

⁵⁵ *Vid.* el punto 4 de la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de febrero de 1997, n. 35 cit., p. 290.

⁵⁶ *Vid.* la nota 22.

⁵⁷ Así, CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L. (coordinado por), cit., p. 27.

⁵⁸ Sobre el derecho al resarcimiento de los daños prenatales *cfr.*, entre otros: LISERRE, A., «In tema di danno prenatale», en *RDC*, 2002, pp. 97-108.

⁵⁹ En *Foro it.*, 1994, I, p. 2479. Sobre esta sentencia y sobre la relevancia en materia de la subjetividad del *nasciturus*, *cfr.* BUSNELLI, F. D., *L'inizio*, cit., p. 568.

⁶⁰ En *Danno e resp.*, 2001, p. 169.

⁶¹ En *Danno e resp.*, 2001, p. 169.

En el mismo sentido, se ha pronunciado una jurisprudencia creciente de los Tribunales de primer y segundo grado: principalmente con las sentencias del Tribunal de Brindisi del 1 de febrero de 1982⁶², del Tribunal de Milán de 13 de mayo de 1982⁶³, del Tribunal de Catania de 9 de diciembre de 1991⁶⁴, del Tribunal de Nocera Inferiore de 7 de marzo de 1996⁶⁵, del Tribunal de Monza de 8 de mayo 1998⁶⁶ y del Tribunal de Turín de 4 de octubre de 2001⁶⁷.

Además, el reconocimiento de la subjetividad jurídica al *nasciturus* es impuesto por el criterio de la sucesión de leyes en el tiempo. El artículo 1.2 CC ha sido introducido en el 1942. A partir de entonces, varias fuentes del Derecho internacional convencional han reconocido la subjetividad jurídica al *nasciturus*, entre las cuales se encuentran el artículo 3 del Protocolo núm. 1 de 12 de enero de 1998, «portant interdiction de clonage d'être humains» adicional al Convenio de Oviedo sobre biomedicina⁶⁸; la Declaración de 20 de noviembre de 1959 «de los Derechos del Niño»⁶⁹; el Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989, «sobre los Derechos del Niño»⁷⁰; y las Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁷¹. En este punto, es evidente que el artículo 1.2 CC italiano no es compatible con los derechos fundamentales del hombre en la parte en la que excluye la subjetividad del *nasciturus*. Por tanto, es necesario preguntarse si las fuentes de Derecho internacional público relativas a los derechos fundamentales del hombre son suficientemente claras, precisas e incondicionadas para ser preceptivas y, además, si son aplicables en Italia y, finalmente, si son sucesivas al artículo 1.2 CC». Precisamente subsisten estas tres condiciones, al menos, por las disposiciones ahora dichas del Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989, «sobre los Derechos del Niño»; y, por tanto, el artículo 1.2 CC es derogado *in parte qua* por la disciplina sucesiva en virtud del principio *lex posterior derogat priori*⁷².

⁶² En *Giur.it.*, 1983, I, 2, p. 350.

⁶³ En *Resp. civ.*, 1983, p. 156.

⁶⁴ En *Dir. famiglia*, 1992, p. 250.

⁶⁵ En *Giur. merito*, 1997, p. 521.

⁶⁶ En *Danno e resp.*, 1998, p. 927.

⁶⁷ En *Danno e resp.*, 2002, p. 151.

⁶⁸ Vid. la nota 16.

⁶⁹ Vid. la nota 21.

⁷⁰ Vid. la nota 22.

⁷¹ Vid. la nota 15.

⁷² Por razones de espacio no puedo en esta sede demostrar que los derechos del hombre operan como límite a la aplicación del derecho extranjero, según los casos *ex* artículo 16 o *ex* artículo 17 ley D.I.Pr.. Reenvío para esta demostración al capítulo I de la monografía que he publicado sobre *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, antes citada.

Finalmente, la subjetividad jurídica del *nasciturus* ha sido reconocida también por el artículo 1.1 de la Ley de 19 de febrero de 2004 núm. 40 que establece «norme in materia di procreazione medicalmente assistita»⁷³, según el cual «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Así pues, esta ley confirma la tesis aquí repropuesta según la cual el *nasciturus* posee subjetividad jurídica⁷⁴.

En síntesis, el *nasciturus* tiene subjetividad jurídica y es titular de los derechos fundamentales del hombre. Naturalmente, esta conclusión tiene mucha relevancia: porque, por ejemplo, el *nasciturus* es titular de un derecho de resarcimiento del «danno de procreazione» que ha sufrido por la transmisión de una enfermedad grave por parte de los padres en el momento de la concepción⁷⁵; de un derecho de resarcimiento de daños morales y patrimoniales que ha sufrido por un hecho ilícito del progenitor; y así, por ejemplo, el derecho de ser resarcido por el padre en caso de daños sufridos por un golpe que éste haya dado al vientre de la madre, o por la madre en caso de daños derivados de las sustancias que malforman al feto y que ésta había consumido con dolo o culpa⁷⁶; y, finalmente, tiene derecho al resarcimiento de los daños morales y patrimoniales que ha sufrido por hecho ilícito de terceros y así, por ejemplo, a causa del incumplimiento del centro hospitalario⁷⁷ o de la impericia del médico⁷⁸ o del equipo de obstetras⁷⁹.

Queda decir que todos los derechos de los que el *nasciturus* es titular forman el «statuto» del *nasciturus*⁸⁰.

⁷³ En *GU*, de 19 de febrero 2004, p. 40. Sobre esta ley *vid.*, entre otros: CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L. (coordinado por), *cit.*, *passim*; VILLANI, R., *cit.*, *passim*.

⁷⁴ *Vid.* la nota 3 y anteriormente en este punto.

⁷⁵ Cfr. sentencia del Trib. Piacenza, 31 de julio de 1950, en *Foro it.*, 1951, I, p. 987; sobre el cual cfr. LISERRE, A., *cit.*, p. 101, e *ivi* ulteriores indicaciones jurisprudenciales y bibliográficas.

⁷⁶ Cfr. sentencia de la Corte de Casación italiana de 22 de noviembre de 1993, n. 11503, *cit.*, p. 2479. Sobre esta sentencia y sobre su relevancia en materia de reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus*, cfr. BUSNELLI, F. D., *L'inizio*, *cit.*, p. 568.

⁷⁷ Cfr. sentencia del Trib. Milano de 13 de mayo de 1982, *cit.*, p. 156.

⁷⁸ Cfr. sentencia de la Corte de Casación italiana de 9 de mayo de 2000, n. 5881, *cit.*, p. 169.

⁷⁹ Cfr. sentencia del Tribunal de Nocera Inferiore de 7 de marzo de 1996, *cit.*, p. 521. *Vid.* también BUSNELLI, F. D., *L'inizio*, *cit.*, p. 566, que subraya otros detalles relevantes en la práctica del reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus*, entre los cuales por ejemplo aquellos de «consentire di progettare nuove misure di tutela, soprattutto preventiva» y de «riaprire in termini rinnovati la prospettiva di un'adozione prenatale, o giustificare il recupero, depurato delle vischiosità maschiliste accumulate nel tempo, di un moderno *curator ventris* idoneo a consentire l'attuazione di un "ordine di protezione" a favore del concepito».

⁸⁰ Cfr. BUSNELLI, F. D., *Lo statuto*, *cit.*, p. 213; ZATTI, P., *Quale statuto*, *cit.*, p. 458; ESPINOZA ESPINOZA, J., *Sullo statuto*, *cit.*, p. 371; CASOL, I., «Statuto giuridico dell'em-

3. LA LEY REGULADORA DE LA SUBJETIVIDAD DEL NASCITURUS

Pasamos a individualizar la ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*. Ya se ha visto que la categoría civilista de la subjetividad debe ser reconducida a la del D.I.Pr. de la capacidad jurídica general *ex* artículo 20.1 frase 1⁸¹ y que, además, todos los estatutos personales particulares deben ser regulados de modo unitario. Y este principio vale también para el estatuto particular del concebido, que se encuentra sometido a la ley nacional del *nasciturus*.

Sin embargo, el Derecho material de los Estados no atribuye normalmente ninguna nacionalidad al *nasciturus*, sino sólo a las personas ya nacidas⁸². En esta situación, el reenvío del artículo 20 frase 1 a la *lex patriae* parece, a primera vista, no poder encontrar aplicación concreta al *nasciturus*. Pero, en realidad, el criterio de la ley nacional puede ser aplicado al caso del *nasciturus*, mediante un juicio anticipativo de su nacionalidad futura. La última conclusión me parece sugerida por las siguientes razones. En primer lugar, permite regular la situación del *nasciturus*, que de lo contrario estaría privada de disciplina de D.I.Pr.. En segundo lugar, me parece consentida por una interpretación extensiva del reenvío a la *lex patriae*: que viene extendido de la nacionalidad actual a la previsible. En tercer lugar, la extensión sería consentida al menos por la interpretación analógica del reenvío a la *lex patriae*, en tanto que la solución aquí propuesta se corresponde ampliamente con la *ratio* de la adopción (por parte del art. 20) del criterio de la nacionalidad. Queda decir que la tesis aquí propuesta no tiene nada de sorprendente, porque adopta una técnica utilizada por el Derecho interna-

brione e status personale del nato», en *Giust.civ.*, 1994, II, pp. 13-23; BARRA, R. C., «Lo statuto giuridico dell'embrione umano», en *Ius*, 2000, I, pp. 157-165; CASINI, C., «Lo statuto giuridico dell'embrione umano», en *Iustitia*, 2001, 4, pp. 557-572; CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L. (coordinado por), *La legge*, cit., pp. 33 ss. Cfr. también SAIED, N., cit., pp. 257-268. Sobre la subjetividad del *nasciturus vid.* la nota 3.

⁸¹ Sobre el cual *vid.*, entre otros: DANIELE, L., *Capacità e diritti delle persone (artt. 20-25)*, en CAPOTORTI, F. (coordinado por), «Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato», en *Il Corr. giur.*, 1995, pp. 1239-1243; BADIALI, G., cit., *passim*; DI BLASE, A., Sub artículo 20 1.218/1995, en *Commentario RDIPP*, pp. 105-110; BAREL, B., Sub artículo 20 1.d.i.pr., en *Commentario breve Cian-Trabucchi*, pp. 41-42; CAFARI PANICO, R., Sub artículo 20 1.218/1995, en *Commentario Bariatti*, pp. 1085-1092; MOSCONI, F. y CAMPIGLIO, C., «Capacità nel diritto internazionale privato», en *Dig.civ.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2000, pp. 125-129; TONOLO, S., Sub artículo 20 1.d.i.pr., en *Commentario Conetti-Tonolo-Vismara*, pp. 65-72; VILLANI, U., *Capacità*, cit., pp. 173-195. *Vid.* también el capítulo I de la monografía que he publicado sobre *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, antes citada.

⁸² Cfr. DURANTE, F., *La capacità giuridica delle persone fisiche nel d.i.pr. italiano*, en *Studi in onore di GAETANO ZINGALI*, Giuffrè, Milano, 1965, II, p. 352; BOSCO, G., *Corso di diritto internazionale privato*, Castellani, Roma, 3.^a ed., 1939, p. 164; BADIALI, G., cit., p. 27 según el cual «solo un soggetto di diritto è in grado di possedere la cittadinanza».

cional privado (también) italiano: en cuanto que ya en la materia «circoscritta» de la capacidad, la reconstrucción de situaciones anticipativas/hipotéticas tiene relevancia en relación a determinar la ley reguladora de una capacidad en caso de concurso de leyes aplicables⁸³; mientras que fuera del tema de la capacidad la misma técnica anticipativa tiene relevancia, por ejemplo, *ex* artículo 8 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales)⁸⁴, porque la ley reguladora de un contrato inválido es aquella que sería aplicable si el contrato fuese válido⁸⁵.

En particular, en la búsqueda de la nacionalidad hipotética del *nasciturus* es necesario partir de las circunstancias existentes en el momento de la concepción; anticipar ficticiamente a este instante la adquisición de la nacionalidad; aplicar los diversos criterios de atribución de la nacionalidad *iure soli* o *iure sanguinis*; individualizar así la que sería la nacionalidad del *nasciturus*; y, en caso de concurrencia de nacionalidades, asumir como relevante *ex* artículo 20 la nacionalidad más «effettiva» en el sentido del artículo 19 pár.2 ley D.I.Pr.⁸⁶. Veremos dentro de poco que el criterio de la nacionalidad hipotética y el método ahora dicho para individualizarla se utilizará para regular también otros aspectos de la capacidad de la persona⁸⁷.

⁸³ Cfr. BALLARINO, T., *Diritto internazionale privato*, cit., 1982, pp. 647-648; BAREL, B., «Sub artículo 20 l.d.i.pr.» cit., p. 42.

⁸⁴ El Convenio ha sido ratificado por Italia con Ley de 18 de diciembre de 1984, n. 975, en *GU*, supl. ord. de 30 de enero de 1985, p. 25. El Convenio ha sido publicado en *RDIPP*, 1980, p. 297. Sobre ésta *vid.*, entre otros: BALLARINO, T. (coordinado por), *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione. Lectio notariorum*, Giuffrè, Milano, 1994, *passim*; POCAR, F., «Obbligazioni e contratti in generale», en *Codice delle convenzioni d.i.pr.*, pp. 469-473; BALLARINO, T., *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1999, pp. 606-656; VILLANI, U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2.^a ed., 2000, p. 8. Se discute desde hace tiempo si el Convenio de Roma es un Convenio «comunitario»: sobre este problema *vid.*, entre otros: ROSSI, L. S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 57-69.

⁸⁵ *Vid.* el pensamiento de FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho*, cit., p. 292, recordado en la nota 86.

⁸⁶ Sobre el artículo 19.2 ley D.I.Pr. cfr. BAREL, B., «Sub artículo 19 l.d.i.pr.», en *Commentario Bariatti*, pp. 1075-1085; CLERICI, R., Sub artículo 19 l.d.i.pr.», en *Commentario RDIPP*, pp. 95-105; BALLARINO, T., *D.i.pr.*, p. 274; POCAR, F., *Il nuovo*, cit., p. 48; CONETTI, G., Sub artículo 19 l.d.i.pr., en *Commentario Conetti-Tonolo-Vismara*, pp. 60-62; BAREL, B., Sub artículo 19 l.d.i.pr., en *Commentario breve Cian-Trabucchi*, pp. 38-40.

⁸⁷ Sobre el cual cfr. CAPOTORTI, F., *La capacità*, cit., p. 181; VON OVERBECK, A., «Existence and Capacity of Natural persons», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, Private International Law, Chapter 15. Persons, p. 7; STANZIONE, P., «Capacità V) Diritto comparato e straniero», en *Enc. Giur. Treccani*, V, 1988, p. 1; BADIALI, G., *Personalità*, cit., p. 7; HELDRICH, A. e STEINER, A. F., *Legal Personality*, en GLENDON, M. A. (coordinado por), *Persons and Family. Chapter 2: Persons*, en *Int. Enc. Comp. Law*, Mohr-Nijhoff, Tübingen-Dordrecht-Boston-Lancaster, 1995, p. 4; CLERICI, R., *La disciplina*, cit., p. 40; BALLARINO, T., *D.i.pr.*, 1999, cit., p. 319; VILLANI, U., *Capacità*, cit., p. 176.

En algunos casos, la ley nacional hipotética del *nasciturus* reconocerá su subjetividad jurídica, y será entonces plenamente aplicable en Italia. En otros casos, la ley nacional hipotética no le reconocerá subjetividad, y será entonces incompatible con las normas sobre los derechos fundamentales del hombre del *nasciturus*, que se opondrán a la aplicación de esta ley, en calidad de normas de aplicación necesaria o (según el caso) de orden público⁸⁸.

4. LA ULTERIOR CAPACIDAD DEL *NASCITURUS* DE RECIBIR POR TESTAMENTO Y POR DONACIÓN

Algunas reglas de Derecho civil prevén que «sono capaci di succedere tutti coloro che sono [...] concepiti al tempo dell'apertura della successione» (art. 462 CC), y que «la donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito» (art. 784 CC). La opinión tradicional mantiene que estas normas atribuyen al *nasciturus* una mera expectativa subordinada al nacimiento de convertirse en titular de los derechos de recibir por testamento y por donación⁸⁹.

En realidad, ya se ha dicho que el *nasciturus* tiene la subjetividad jurídica necesaria y suficiente para ser titular de los derechos fundamentales del hombre⁹⁰. Además, con la sentencia de 1 de febrero de 2000, *Mazurek*⁹¹, y de 28 de octubre de 1987, *Inze*⁹², el Tribunal Europeo de Estrasburgo ha declarado que la noción de (derecho de) propiedad *ex* artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH⁹³ comprende también el derecho de suceder por testamento; y con la sentencia de 5 de mayo de 2000, *Beyeler*, ha reconducido a la noción de propiedad *ex* artículo 1 Protocolo 1 incluso las simples expectativas patrimoniales reconocidas por el Estado de origen⁹⁴. Se puede llegar a las mismas conclusiones sobre la base del reenvío

⁸⁸ Vid. la nota 72.

⁸⁹ Vid. la nota 3.

⁹⁰ Vid. el punto 2 y la nota 3.

⁹¹ Sentencia del TEDH de 1 de febrero de 2000, *Mazurek c. Francia*, en www.hudoc.echr.coe.int. Sobre el caso *Mazurek* vid., entre otros: PADELLETTI, M. L., *La tutela della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 73.

⁹² Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1987, *Inze*, serie A, n. 126, en www.hudoc.echr.coe.int. Sobre el caso *Inze*, vid., entre otros: PADELLETTI, M. L., *La tutela*, cit., p. 63.

⁹³ Sobre el artículo 1 Protocolo 1 CEDH vid., entre otros: PADELLETTI, M. L., *La tutela*, cit., *passim*.

⁹⁴ Cfr. sentencia del TEDH de 5 de enero de 2000, *Beyeler c. Italia*, en *Recueil* 2000-I, en *AIDA*, 2001, pp. 271-277 y en www.hudoc.echr.coe.int. Sobre el caso *Beyeler* vid., entre otros, PADELLETTI, M. L., «Il caso *Beyeler* di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo», en *RDI*, 2000, pp. 781-800 y mi comentario en *AIDA*, 2001, pp. 271-277.

del artículo 6 TUE⁹⁵ al CEDH, como también de la jurisprudencia del TJCE que recibe la disciplina CEDH⁹⁶. Todas estas reglas relativas a los derechos del hombre son claras, precisas e incondicionadas y, por tanto, tienen eficacia directa⁹⁷. Entonces, como ya habíamos visto para el artículo 1 CC y también los artículos 462 y 784 CC, deben ser interpretados de modo compatible con las reglas ahora dichas relativas a los derechos del hombre⁹⁸ en el sentido de reconocer al *nasciturus* en Italia la titularidad del derecho fundamental del hombre a recibir por testamento y por donación *ex* artículos 462 y 784 CC. Sin mencionar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa al derecho de la propiedad impondría de todos modos a Italia el reconocimiento del *nasciturus*, que es sujeto jurídico para el ordenamiento italiano, la subjetividad y la capacidad jurídica suficientes a suceder y recibir por donación también en el caso de que se debiese mantener que las reglas de Derecho civil de los artículos 462 y 784 CC se limitan a reconocer al *nasciturus* una mera expectativa a la sucesión o a la donación⁹⁹.

5. LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD DEL NASCITURUS DE RECIBIR POR TESTAMENTO Y POR DONACIÓN

Pasamos ahora a la ley reguladora de la capacidad de recibir por testamento o por donación del *nasciturus*. Hasta el momento, la doctrina de D.I.Pr. ha asumido como base la tesis civilista tradicional según la cual el *nasciturus* no tiene capacidad, sino tan sólo una mera expectativa *sub condicione*, y ha deducido de esto que las expectativas del *nasciturus* serían un «aspetto della disciplina sostanziale degli istituti rilevanti»¹⁰⁰, «assimilabili, quanto al trattamento, alle capacità speciali», pero sólo «al fine del funzionamento delle norme di conflitto e della qualificazione dei rapporti cui ineriscono»¹⁰¹. Así pues, las mismas expectativas serían sometidas a la *lex substantiae actus ex* artículos 20 frase 2 y 23.1 frase 2, es decir, a la *lex successionis* individualizada por el artículo 46 ley D.I.Pr. y a la *lex donationis* individualizada por el artículo 56 ley D.I.Pr.¹⁰².

⁹⁵ Vid. la nota 37.

⁹⁶ Vid. la nota 46.

⁹⁷ Vid. la nota 72.

⁹⁸ Vid. el punto 2.

⁹⁹ Vid. el caso Beyeler y los comentarios de la doctrina citados en la nota 94.

¹⁰⁰ Así, VILLANI U., *Capacità*, cit., p. 177.

¹⁰¹ Así, TONOLO, S., Sub artículo 20, cit., p. 67.

¹⁰² Cfr. entre otros: BADIALI, G., *Personalità*, cit., p. 117; CAFARI PANICO, R., Sub artículo 20, cit., p. 1088; VILLANI, U., *Capacità*, cit., p. 177; TONOLO, S., Sub artículo 20, cit., p. 67.

En realidad, ya se ha dicho ¹⁰³ que estas capacidades son verdaderas y propias manifestaciones de la subjetividad de Derecho civil, que se integra en la categoría de D.I.Pr. de la capacidad general jurídica disciplinada por la *lex patriae*. Por tanto, la ley aplicable a estas capacidades es la ley reguladora de la capacidad general jurídica ex artículo 20 frase 1, o sea, la *lex patriae* y la capacidad del *nasciturus* de recibir por testamento y por donación está sujeta a la ley de su nacionalidad hipotética ¹⁰⁴. La ley nacional hipotética del *nasciturus* le reconocerá en algunos casos la capacidad de recibir por testamento o por donación: y será plenamente aplicable en Italia. En otros casos no le reconocerá tal capacidad, y entonces será incompatible con las normas sobre los derechos fundamentales del hombre relativas al *nasciturus*, que se opondrán a la aplicación de esta ley, en calidad de normas de aplicación necesaria o (según los casos) de orden público ¹⁰⁵.

6. LA LEY REGULADORA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL NASCITURUS

Para completar lo anterior, queda recordar que el Derecho material de los Estados prevé normalmente la existencia de un representante legal del *nasciturus*, que en el Derecho material de los países del *civil law* coincide generalmente con los padres, mientras que en los sistemas del *common law* es frecuentemente un *trustee* ¹⁰⁶. Naturalmente, el representante legal y el *trustee* están previstos para tutelar los intere-

¹⁰³ Vid. el punto precedente.

¹⁰⁴ Vid. el punto 3.

¹⁰⁵ Vid. la nota 72.

¹⁰⁶ Para el Derecho material italiano cfr., entre otros, BIANCA, M., *La norma*, cit., p. 223. Para un estudio comparado entre los ordenamientos de *civil law* y de *common law* cfr., entre otros: HELDRICH, A. y STEINER, A. F., *Legal Personality*, cit., p. 3, según el cual «in a civil law system, the holder of the right and the one who exercises the right are different persons, so that legal personality and capacity to act are separated. The *civil law* overcomes this split by way of the institution of “legal representation” by which a person capable of acting will be appointed as general legal representative of the incapable person [...] who is a legal subject but unable to act with legal effect. By contrast, the *common law* solves these problems mainly by way of trust arrangements. Such arrangements preserve the unity of the holding of a right and its exercise by one person, but make the benefits available to the protected person». Sobre la utilización siempre más frecuente en los Estados de *civil law* del trust como instrumento de tutela de los incapaces, *vid.*, entre otros: SPALLAROSSA, M. R., *Trust e soggetti deboli*, en DOGLIOTTI, M. y BRAUN, A. (coordinado por), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 144-150; MARTINELLI, P., *Limiti della protezione dei soggetti deboli*, en DOGLIOTTI, M. y BRAUN, A. (coordinado por), cit., pp. 155-161 según el cual el *trust* irrumpe sobre la escena de la enfermedad mental con las características «dell’abito su misura»; MAZZA GALANTI, F., *Trust con disponente minorenne*, en DOGLIOTTI, M. y BRAUN, A. (coordinado por), cit., p. 201. Cfr. también LUPOI, M., «La legittima funzione “protettiva” dei *trust* interni», en *Contratto e impresa*, 2004, pp. 236-246, 239.

ses del *nasciturus* y para «integrare» su típica incapacidad civil de obrar. En este punto, es preciso localizar la ley reguladora de las relaciones entre el *nasciturus* y su representante legal o *trustee*.

Según la opinión unánime¹⁰⁷, las relaciones con el representante legal que sea uno de los padres se integran en la amplia categoría de D.I.Pr. italiano constituida por «rapporti tra genitori e figli» ex artículo 36 ley italiana D.I.Pr., según el cual «i rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la potestà dei genitori, sono regolati dalla legge nazionale del figlio»¹⁰⁸.

Las relaciones entre el *nasciturus* y el representante legal que no sea uno de los progenitores están reguladas por la ley aplicable a la tutela del menor, que es individualizada por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de la autoridad y sobre la ley aplicable en materia de protección del menor, a la que se remite el artículo 42 ley italiana D.I.Pr. «in ogni caso»¹⁰⁹. De hecho, apenas se ha dicho que la noción de «figlio» prevista en el artículo 36 ley D.I.Pr. puede ser interpretada de modo que comprenda (no sólo el hijo nacido, sino también) el hijo únicamente concebido; además, me parece que una lectura análoga puede incluir al *nasciturus* también en la noción de «minore» ex artículo 42 ley D.I.Pr. y esto es confirmado también por la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de febrero de 1997 núm. 35¹¹⁰, según la cual la referencia al Convenio de la ONU de Nueva York

¹⁰⁷ Cfr. BADIALI, G., *Personalità*, cit., p. 119; VILLANI, U., *Capacità*, cit., pp. 177-178.

¹⁰⁸ El artículo 36 reenvía a la *lex patriae* del *nasciturus* y esto hace surgir nuevamente el problema de determinar la *lex patriae* de un sujeto todavía no nacido. *Vid.* el punto 3.

¹⁰⁹ Este Convenio ha sido ratificado por Italia con ley de 24 de octubre de 1980 n. 742, en *GU*, supl. ord. de 12 de noviembre de 1980, p. 310. Sin embargo, esta ley no contenía las necesarias normas de actuación. Estas últimas han sido predisuestas con la ley de 15 de enero de 1994 n. 64, en *GU* de 29 de enero de 1994, p. 23. El Convenio ha entrado en vigor en Italia el 23 de abril de 1995. Cfr. el texto del Convenio en *RDIPP*, 1995, p. 839. *Vid.* el estado de las ratificaciones constantemente actualizado en www.hcch.net/ff/conventions/menu.html. Sobre este Convenio, cfr. MOSCONI, F., *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1965; DROZ, G. A. L., «La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961», en *JDI*, 1973, p. 603; KROPHOLLER, J., *Das Haager Abkommen ueber den Schutz Minderjaehriger*, Bielefeld, Giesecking, 1977; BEGHÈ LORETI, A., *Le Convenzioni internazionali per la protezione dei minori*, en AA.VV., *La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali*, SSI, Roma, 1982, p. 14; LAGARDE, P., *La protection du mineur double-national talon d'Achille de la convention de la Haye du 5 octobre 1961*, en *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale-Studi in memoria di Mario Giuliano*, Cedam, Padova, 1989, p. 529; BONOMI, A., «La convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione», en *RDIPP*, 1995, pp. 607-656; MOSCONI, F., *La protezione dei minori*, en SALERNO F. (coordinado por), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1997, p. 59; FRANCHI, M., *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 1 ss.; HAMMJE, P., «L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé», en *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, p. 366.

¹¹⁰ Citada en la nota 23 y comentada en el punto 2.

de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño ¹¹¹ a este último puede ser extendida al *nasciturus* y, en consecuencia, sus disposiciones pueden ser aplicadas también a este. Además, ya se ha dicho que el artículo 42 contiene un reenvío *in ogni caso* al Convenio de La Haya y que este tipo de reenvío puede ampliar en Italia el campo de aplicación del Convenio a las relaciones entre el *nasciturus* y sus representantes legales, porque el reenvío en todo caso amplía el ámbito de aplicación subjetivo de un Convenio a todas las situaciones que no tienen cabida en el ámbito de aplicación originario del Convenio y, al mismo tiempo, no poseen una norma de conflicto específica relativa a éstas ¹¹²; las relaciones entre el *nasciturus* y sus representantes legales no están incluidas en el ámbito de aplicación subjetiva del Convenio del La Haya, y no tienen una norma de conflicto propia; en consecuencia, el reenvío en todo caso de éstas al artículo 42 ley D.I.Pr. es idóneo para extender en Italia el ámbito de aplicación originario del Convenio a las relaciones entre el *nasciturus* y sus representantes legales.

Finalmente, las relaciones entre el *nasciturus* y el *trustee* son reguladas por la ley aplicable al *trust* a la que se remite el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento ¹¹³.

¹¹¹ Vid. la nota 22.

¹¹² En este sentido, cfr. entre otros: GAJA, G., *Il rinvio alla convenzione di Bruxelles in tema di giurisdizione*, en SALERNO, F. (coordinado por), *Convenzioni*, cit., pp. 3-20; FORLATI PICCHIO, M. L., *Limiti posti dalla convenzione di Roma alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, en GAJA, G. (coordinado por), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale: raccolta in onore di Edoardo Vitta*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 359; MARI, L., *Delimitazione della giurisdizione italiana mediante rinvio alla convenzione di Bruxelles del 1968 e competenza pregiudiziale della Corte di giustizia*, nota a TJCE 28 de marzo de 1995, C-346/93, en *Foro it.*, 1996, IV, p. 368; HONORATI, C., Sub artículo 42 l.d.i.pr., en *Commentario RDIPP*, p. 209; FRANCHI, M., *Protezione*, cit., p. 12; DAMASCELLI, D., «Il rinvio “in ogni caso” a convenzioni internacionales nella nuova legge sul diritto internazionale privato», en *RDI* 1997, p. 98; BARIATTI, S., *Le norme generali della legge n. 218 e le convenzioni internazionali applicabili «in ogni caso»*, en SALERNO, F. (coordinado por), *Convenzioni*, cit., pp. 369-375; CAMPIGLIO, C. y MOSCONI, F., «Minore. Diritto internazionale privato e processuale», en *Enc. giur.*, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1999, 1; POCAR, F., *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2002, pp. 11 ss.; DAVÌ, A., «Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria», en *RDI*, 2002, pp. 883-883. En sentido contrario, cfr. PICONE, P., «La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge di riforma della materia», en *RDI*, 1996, pp. 289-364, 341 según el cual el valor «preceptivo» de las disposiciones de la ley de reforma que reenvían en todo caso a los Convenios en cuestión es «dal punto di vista pratico, assai ridotto, se non addirittura inesistente». Cfr. también ID., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1998, pp. 339, e ID., *Le convenzioni internazionali nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, en SALERNO, F. (coordinado por), *Convenzioni*, cit., pp. 389 ss.

¹¹³ El Convenio ha sido ratificado por Italia con ley de 9 de octubre de 1989, n. 364, en *GU*, de 8 de noviembre de 1989, supl. ord., 261. Vid. el texto del Convenio en *RDIPP*, 1985, p. 194 y el estado actualizado de las ratificaciones en www.hcch.net/f/conventions/menu.html. Sobre este Convenio *vid.*, entre otros: BERAUDO, J. P., «La convention de La Haye du 1er juillet relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance», en *Trav. Com. fr. dr. int. privé*, 1985-1986, p. 21; DYER, A., *Introductory Note on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, en *Uniform Law*

7. EL NONDUM CONCEPTUS

A veces, el Derecho sustancial de los Estados permite testar o donar a favor del *nasciturus nondum conceptus*¹¹⁴. En estos casos, las situaciones correspondientes al *nondum conceptus* son «aspetti della disciplina sostanziale degli istituti rilevanti»¹¹⁵ y están sometidas a las respectivas leyes reguladoras. Por mi parte, añado que las cuestiones ahora dichas no son cuestiones de capacidad, en tanto que el *nondum conceptus* no tiene subjetividad jurídica¹¹⁶.

8. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y LA EXPERIMENTACIÓN SOBRE EL EMBRIÓN

Ya se ha dicho que el Derecho material de algunos Estados reconoce al *nasciturus* la capacidad jurídica *ex* artículo 20

Rev. 1985, p. 274; KÖTZ, H., «Die Haager Konferenz und das Kollisionsrecht der trust», en *RebelsZ*, 1986, p. 562; HAYTON, D., «The Hague Convention on the Law Applicable to trusts and on their Recognition», en *ICLQ*, 1987, p. 260; JAUFFRET SPINOSI, C., «La convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985)», en *Clunet*, 1987, p. 23; LUPOI, M., «Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985», en *Vita not.*, 1992, p. 964; FUMAGALLI, L., «La convenzione dell'Aja sul «trust» e il diritto internazionale privato italiano», en *Dir.comm.int.*, 1993, pp. 533-568; GAMBARO, A., GIARDINA, A. y PONZANELLI, G. (coordinado por), «Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento», en *NLCC*, 1993, pp. 1211-1349; PATON, A. G. y GROSSO, R., «The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition: Implementation in Italy», en *Riv. not.*, 1995, p. 561; LUZZATTO, R., «“Legge applicabile” e “riconoscimento” di trust secondo la convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985», en *RDIPP*, 1999, pp. 5-20; CARBONE, S. M., «Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985», en *RDIPP*, 1999, pp. 773-788; CONTALDI, G., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim*; CARBONE, S. M., *Trust interno e legge straniera*, en DOGLIOTTI, M. y BRAUN, A. (coordinado por), cit., p. 25; UBERTAZZI, B., «El trust en el Derecho internacional privado italiano y español», de próxima publicación, en *AEDip*; Madrid, 2005.

¹¹⁴ En Italia *vid.*, por ejemplo, los artículos 462, párr. 3 CC, según el cual «possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti» y 784 párr. 1 CC italiano según el cual «la donazione può essere fatta anche a favore [...] dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione, benché non ancora concepiti». «La differenza tra il nascituro concepito e il nascituro non concepito» es que «solo il primo è capace di succedere nella successione legittima e ha, quindi, diritto anche alla quota riservata ai legittimari, mentre il secondo può ricevere solo per testamento o donazione. La ratio della differenza è evidente: riguardo al non concepito si tratta di espandere l'autonomia dispositiva del testatore o del donante (e, dunque, è l'interesse dell'adulto che viene tutelato), mentre l'inclusione del concepito nella categoria degli eredi legittimi e necessari tutela in primo luogo l'interesse dei concepiti stessi. Ciò prova che l'esistenza biologica del nascituro è apprezzata dal legislatore». Así CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L., cit., p. 29. Para otros ordenamientos *vid.*, entre otros: HELDRICH, A. y STEINER, A. F., cit., p. 6.

¹¹⁵ Así, VILLANI, U., cit., p. 177 con referencia no al *nasciturus* no todavía concebido, sino al *nasciturus* ya concebido. Para una crítica de la tesis de Villani, cfr. el punto 5.

¹¹⁶ Cfr. BIANCA, M., *La norma*, cit., p. 224.

frase 1¹¹⁷. Los mismos derechos pueden prever que esta capacidad se extinga con la muerte del *nasciturus*¹¹⁸ (i) por aborto espontáneo, o (ii) por interrupción voluntaria del embarazo, o (iii) por experimentaciones sobre el *nasciturus* que acaben con su vida.

Además, ya se ha dicho que la regla del artículo 20 que reenvía a la *lex patriae* como ley reguladora de la capacidad jurídica se aplica también a la capacidad del *nasciturus* no todavía (nacido y) nacional¹¹⁹. Es necesario añadir que, en líneas generales, ésta se aplica también a la pérdida de la capacidad jurídica del *nasciturus* en las tres hipótesis ahora dichas¹²⁰. Esta conclusión no plantea problemas particulares en la hipótesis del aborto espontáneo. Sin embargo, los plantea en las otras dos hipótesis, sobre las que es preciso detenerse aquí sintéticamente. Y, en relación a éstas, es necesario distinguir dos casos diversos.

Un primer caso se da cuando la interrupción voluntaria del embarazo y la experimentación sobre el *nasciturus* se producen en Italia. Para este caso, la ley italiana de 22 de mayo de 1978 núm. 194 sobre la «*interruzione volontaria di gravidanza*»¹²¹ y la ley de 19 de febrero de 2004 núm. 40 sobre la «*procreazione medicalmente assistita*»¹²² no indican específicamente si se aplican también a los extranjeros¹²³. El decreto del Presidente de la República (d.P.R.) de 13 de agosto de 1999 núm. 394 que establece el «*regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, núm. 286*»¹²⁴ ha previsto, por el contrario, que todas las intervenciones sanitarias efectuadas en Italia¹²⁵

¹¹⁷ Vid. el punto 2.

¹¹⁸ La pérdida de la capacidad jurídica es generalmente individualizada en la muerte de las personas ya nacidas. En conclusión, también la muerte del *nasciturus* puede constituir razonablemente el momento final de su personalidad.

¹¹⁹ Vid. el punto 3.

¹²⁰ La aplicación de la ley nacional en el momento de la pérdida de la capacidad jurídica de los ya nacidos es pacífica. En resumen, se puede llegar a la misma conclusión en relación con la muerte del *nasciturus*.

¹²¹ Vid. la nota 53.

¹²² Vid. la nota 73.

¹²³ La ley 194/1978 establece su aplicación a las interrupciones voluntarias del embarazo por parte de las mujeres que lo requieran y que satisfagan las condiciones en ella indicadas. Por tanto, esta no precisa si su ámbito de aplicación subjetivo se extiende al menos también a las extranjeras. La ley 40/2004 no dice nada sobre su aplicabilidad al caso concreto con elementos de extranjería.

¹²⁴ En GU de 3 de noviembre de 1999, 286. El d.P.R. 394/1999 ha sido modificado por la ley de 30 de julio de n.189 que establece normas sobre la «*modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*», en GU de 26 de agosto de 2002, 199. De todos modos, esta ley no ha modificado las disposiciones en materia sanitaria del d.P.R. 394/1999.

¹²⁵ El carácter de actividad médica de las interrupciones voluntarias del embarazo es confirmado: a) en primer lugar, por el artículo 43.1 del d.P.R. 394/1999 según el cual a los extranjeros «*regolarmente soggiornanti*», pero no inscritos en el «*Servizio Sanitario*

deben ser efectuadas del modo y bajo las condiciones previstas por la ley italiana incluso en relación con extranjeros¹²⁶. Por tanto, el d.P.R. 394/1999 confirma que las normativas sobre tratamientos sanitarios quieren aplicarse a cada persona, italiana o extranjera, que se someta a estas en Italia y así, quieren permitir a los médicos y a los especialistas italianos operar conforme a una sola legislación y, precisamente, la italiana que es conocida por ellos. El fin y el objeto de estas disposiciones las califican como normas de aplicación necesaria *ex* artículo 17 ley D.I.Pr. y, precisamente, como alguna de las reglas que la doctrina española de D.I.Pr. llama *lex fori profesional*¹²⁷, con una terminología que quiere indicar las reglas de la *lex fori* que deben ser necesariamente observadas en el ejercicio de una profesión, por ejemplo, médico/sanitaria¹²⁸ y,

Nazionale» les son «assicurate le prestazioni sanitarie urgenti», establecidas por el art. 35, párr. 1 del texto único de las disposiciones sobre la inmigración y sobre las condiciones del extranjero (d.lgs. 25.7.1998, n. 286), en *GU* de 18 de agosto de 1998, 191, entre los cuales se encuentran precisamente las interrupciones voluntarias del embarazo; *b*) además, por el artículo 43.2 d.P.R. 394/1999 según el cual a los extranjeros presentes en el territorio del Estado, pero no en regla con las normas de ingreso y residencia, les son aseguradas las prestaciones sanitarias previstas por el artículo 35, párr. 3 del texto único ahora dicho, entre los cuales se encuentran precisamente las interrupciones voluntarias del embarazo [cfr. BONETTI, P. y PASTORE, M., *L'assistenza sanitaria*, en NASCIBENE B. (coordinado por), *Diritto degli stranieri. Contributi di BONETTI*, Cedam, Padova, 2004, 1008]; y *c*) finalmente por la sentencia de la Corte de justicia italiana de 4 de octubre de 1991, C-159/90, *Society for the Protection of the Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, en *Raccolta*, I-4733, cuyo punto 18 establece que «l'interruzione di gravidanza, così come lecitamente praticata in diversi Stati membri, è un'attività medica normalmente fornita dietro retribuzione». Sobre esta sentencia cfr. BALLARINO, T., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001, 475 y TESAURO, G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2001, 473-475.

¹²⁶ Según el artículo 42 del d.P.R. 394/1999 el extranjero residente regularmente «è tenuto a richiedere l'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale ed è iscritto, unitamente ai familiari a carico, negli elenchi degli assistibili dell'Azienda unità sanitaria locale, d'ora in avanti indicata con la sigla U.S.L., nel cui territorio ha residenza, ovvero, in assenza di essa, nel cui territorio ha effettiva dimora». El extranjero regularmente inscrito tiene derecho a recibir todas las prestaciones sanitarias erogadas a los nacionales en las mismas condiciones previstas para estos últimos. El artículo 43.1 del d.P.R. 394/1999 establece que a los extranjeros «regolarmente soggiornanti», pero no inscritos en el «Servizio Sanitario Nazionale» les son «assicurate le prestazioni sanitarie urgenti», establecidas por el art. 35, párr. 1 del texto único recordado en la nota precedente bajo las mismas condiciones que a los nacionales italianos. El artículo 43.2 d.P.R. 394/1999 establece que a los extranjeros presentes en el territorio del Estado, pero no en regla con las normas de ingreso y residencia, les son aseguradas las prestaciones sanitarias previstas por el artículo 35, párr. 3 del texto único, bajo las mismas condiciones que a los ciudadanos italianos. Cfr. BONETTI, P. y PASTORE, M., cit., 1008.

¹²⁷ Así FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., cit., 293.

¹²⁸ Sobre el carácter de las normas de la aplicación necesaria de las disposiciones italianas en materia de intervenciones sanitarias, con especial referencia a los trasplantes de órganos, cfr. BALLARINO, T., *D.i.pr.*, 344; TONOLO, S., Sub artículo 24 I.218/1995, en *Commentario Conetti-Tonolo-Vismara*, 96. En la doctrina extranjera se califica como normas de aplicación las normas relativas a la reproducción medicalmente asistida GRAMMATIKAKI-ALEXIOU, A., *Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: an Initial Approach*, en 60 *Louis. Law Rev.* 2000, 1119. Vid. también SCALIA, A., *I diritti umani e il mestiere di giudice costituzionale*, en *Il foglio*, 23 de febrero de 2006, número 46, según

como tales, prevalecen sobre la *lex personae* del *nasciturus*, a la cual se remite el artículo 20 ley D.I.Pr.

En cambio, un segundo caso se da cuando la interrupción voluntaria del embarazo y la experimentación sobre el feto tienen lugar en el extranjero. En este caso, el artículo 20 frase 1 reenvía a la *lex patriae* del *nasciturus*. En esta hipótesis, las normas materiales del Estado en el cual se produce la interrupción voluntaria del embarazo o la experimentación son consideradas por el mismo Estado como reglas de aplicación necesaria; y, por tanto, según la opinión prevalente deberían ser de aplicación necesaria también en Italia como *lex fori profesional*¹²⁹. Sin embargo, en ciertos casos, estas últimas normas pueden ser contrarias a los derechos fundamentales del hombre del *nasciturus*, como sucede, por ejemplo, en los casos poco antes considerados¹³⁰ de las reglas extranjeras contrarias a cualquier reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* o de las reglas que prevén la experimentación sobre el embrión para fines contrarios al orden público; y, en estos casos, las normas extranjeras no pueden ser aplicadas.

el cual los tribunales de los Estados Unidos de América no han aplicado nunca la ley extranjera en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

¹²⁹ *Vid.* la nota 132.

¹³⁰ *Vid.* el punto 3.

Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)

ALEJANDRO M. GARRO

Profesor en la Universidad de Columbia
y en la Universidad de La Plata

PILAR PERALES VISCASILLAS

Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de La Rioja

I. INTRODUCCIÓN

Setenta y un países forman parte en la actualidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, conocida como Convención de Viena (CNUCCM o más conocida por su acrónimo inglés *CISG-Convention on International Sale of Goods*), ya que fue aprobada en esa ciudad¹. Ello significa que 2/3 de la población mundial disponen del mismo conjunto de normas en relación con el contrato de compraventa internacional y, lo que es todavía más importante, que más de 2/3 del conjunto del comercio internacional de exportación e importación de mercaderías queda gobernado por la Convención de Viena.

La Convención de Viena establece el conjunto de normas sustantivas reguladoras del contrato de compraventa. Principalmente regula la formación del contrato (parte II), los derechos y obligaciones de compradores y vendedores, así como las acciones que pueden inter-

¹ La Convención actualmente forma parte del Derecho interno de 71 países. La lista actualizada puede verse en <http://www.uncitral.org>. La Convención es igualmente auténtica en los seis idiomas oficiales de Naciones Unidas: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

ponerse en los casos de incumplimiento de alguna de las partes de todas o parte de sus obligaciones contractuales o legales (parte III). Además, la Convención contiene importantes reglas relativas al ámbito de aplicación de la Convención (parte I). Una de las normas más importantes de la parte I de la Convención es el artículo 7 CISG, que exhorta al tribunal encargado de aplicar la Convención de Viena a lograr una interpretación internacional y uniforme del texto vienés y propone una metodología para colmar sus eventuales lagunas.

El primer párrafo del artículo 7 señala que: «*En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.*» La inclusión de esta norma en el articulado de la Convención obedece al deseo de los redactores de evitar los peligros que supondría la aplicación del texto uniforme en países con ordenamientos jurídicos diferentes y, por consiguiente, con reglas de interpretación dispares. Se evitan así los peligros derivados de una aplicación al texto uniforme de las reglas interpretativas propias de un ordenamiento jurídico, que son inadecuadas para un texto de origen, elaboración, aplicación y aprobación en un foro internacional, lográndose de esta forma que no se destruya la uniformidad que se intenta conseguir en la aplicación de la Convención.

El segundo párrafo del artículo 7 expresa: «*Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.*» El propósito de estas directivas apunta, en primer lugar, a evitar que el intérprete ceda a la tentación de apoyarse en el derecho interno que le resulta más familiar cada vez que no encuentre una respuesta nítida y manifiesta en la Convención a una cuestión relacionada con la formación del contrato o las obligaciones de las partes. Así, este párrafo (2) de este artículo 7 llama la atención acerca de los numerosos casos en que la cuestión a resolver se encuentra dentro del ámbito de aplicación material de la Convención pero ésta no resuelve el problema de manera clara y expresa. En este supuesto, es imprescindible indagar si el punto no podrá ser resuelto recurriendo a alguno de los principios jurídicos que subyacen o inspiran a la Convención (por ej., la conveniencia de mantener la validez del contrato, fomentar una conducta de cooperación y buena fe en su formación y cumplimiento, pago de una compensación integral en caso de violación del contrato). Sólo en el supuesto de que no sea

posible resolver la cuestión mediante la aplicación de uno de estos principios, el juez o árbitro se encuentra legitimado a recurrir a la norma de conflicto que lo ha de conducir a la aplicación del derecho interno de algún país.

Este artículo 7 CISG puede considerarse, sin duda alguna, como una pieza central en la Convención dirigida a los jueces, tanto estatales como arbitrales, abogados y estudiosos de la Convención, cada vez más conscientes de la necesidad de interpretar uniforme y de forma autónoma las normas del texto vienés. Son diversas las iniciativas que tratan de seguir el mandato del artículo 7 CISG, destacando los diversos sistemas de recopilación y difusión de la jurisprudencia como el *Institute of International Commercial Law* de la Universidad de Pace², el sistema CLOUT³, recientemente complementado con un digesto o compendio en materia de compraventa internacional⁴. Otra herramienta jurídica de gran utilidad con la que cuenta el estudiante, investigador, juez, árbitro o abogado interesado en la Convención es la reproducción y recopilación ordenada de sentencias que ha llevado a cabo UNILEX⁵ y, de especial utilidad para los juristas de países de idioma castellano, la base de datos de la Universidad Carlos III de Madrid dirigida por los profesores Illescas Ortiz y Perales Viscasillas⁶.

II. EL CONSEJO: ORIGEN, OBJETIVOS Y COMPOSICIÓN

Una nueva iniciativa, aunque de diferente carácter a las anteriores, se suma a los esfuerzos por lograr el máximo de uniformidad aplicativa de la Convención. Se trata del *Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o «CISG-AC»* o «Consejo», que responde al acrónimo de *Convention on International Sale of Goods-Advisory Council* (<http://www.cisgac.com>).

² CISG W3 Database del *Institute of International Commercial Law* de la Universidad de Pace (White Plains-New York) (<http://www.cisg.law.pace.edu>). Editores generales: profesores Albert H. Kritzer y Nicholas Triffin.

³ CLOUT (*Case Law on Uncitral Texts*) es un sistema de recopilación de decisiones creado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) (<http://www.uncitral.org>).

⁴ Este digesto o compendio está disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law/digests/cisg.html

⁵ UNILEX (*International Case Law and Bibliography on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), accesible en <http://www.unidroit.org>

⁶ CISG-España y Latinoamérica, *CISG Spain and Latin America* (<http://www.uc3m.es/cisg>). Un completo listado de bases de datos, en idiomas diversos, puede encontrarse en <http://www.cisg.law.pace.edu>

El CISG-AC se fundó en el año 2001 merced a una iniciativa privada del profesor Albert H. Kritzer del Institute of International Commercial Law de la Universidad de Pace. Esta iniciativa pronto encontró el respaldo de un grupo de eminentes estudiosos de la Convención de Viena, siendo en la actualidad liderada por el profesor Dr. Eric E. Bergsten, profesor emérito de la Universidad de Pace y antiguo Secretario de la CNUDMI/UNCITRAL y cuyos miembros son el profesor Dr. Michael Joachim Bonell, Universidad de Roma La Sapienza, antiguo Secretario General de UNIDROIT, profesor E. Allan Farnsworth, Universidad de Columbia, Nueva York, profesor Dr. Alejandro Garro, Universidad de Columbia y Universidad de La Plata, profesor Sir Roy Goode, Universidad de Oxford, profesor Dr. Sergei N. Lebedev, Instituto de Relaciones Internacionales de Moscú, profesor emérito Dr. Jan Ramberg, Universidad de Estocolmo, profesor emérito Dr. h.c. Peter Schlechtriem, Universidad de Friburgo, *profesor Hiroo Sono*, Universidad de Kyushu, y profesor Dr. Claude Witz, Universidad de La Sarre y Universidad Robert Schuman, Estrasburgo. A la reunión también asistieron los representantes de las instituciones patrocinadoras: Albert Kritzer, Universidad de Pace, y Dr. Loukas Mistelis, Clive M. Schmitthoff, Senior Lecturer en Derecho Mercantil Internacional, Centro de Estudios para el Derecho Mercantil, Queen Mary, Universidad de Londres. El profesor Schlechtriem fue elegido presidente del Grupo y el Dr. Mistelis secretario. Otros miembros adicionales se incorporaron al Grupo. En junio de 2003 fueron incorporados la profesora Dra. M.^a del Pilar Perales Viscasillas, Universidad Carlos III de Madrid, actualmente en la Universidad de La Rioja, y la profesora Dra. Ingeborg Schwenzer, Universidad de Basel. En 2006, se incorporó el profesor *John Gotanda*, Universidad de Villanova y en 2007 el profesor Michael Bridge de la London School of Economics. Lamentablemente, el Consejo perdió a dos de sus grandes maestros: en 2005 falleció el profesor Edward Allan Farnsworth y en 2007 falleció el profesor Peter Schlechtriem, quien presidió al grupo durante los primeros años.

Durante los años 2004-2007 fue elegido presidente el profesor Jan Ramberg. El Dr. Loukas Mistelis fue el Secretario del Consejo CISG-AC desde su fundación hasta el 2007. En la actualidad, el Consejo está presidido por el profesor Eric E. Bergsten y actúa como Secretario, el Profesor Sieg Eiselen, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Sudáfrica.

El objetivo del CISG-AC es promover una interpretación uniforme de la Convención, por lo que el precepto del artículo 7 CISG se convierte en el faro que guía al grupo. Como se ha comentado,

se trata de una iniciativa privada, puesto que sus miembros no representan a sus países ni a culturas jurídicas en particular, sino que son estudiosos de la Convención que intentan responder a las cuestiones candentes, y conflictivas de la Convención. En este sentido, el grupo puede permitirse el lujo de criticar decisiones judiciales y arbitrales, y tratar cuestiones que no han sido previamente abordadas por otras instituciones.

En términos prácticos, el principal propósito del CISG-AC es emitir opiniones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención, ya sea previa petición de parte interesada o a su propia iniciativa. Organizaciones internacionales, como así también entidades privadas, pueden dirigir su pedido de Opinión consultiva al profesor Sieg Eiselen, *Department of Private Law*, PO Box 392, UNISA 0003, South Africa.

Las reuniones del CISG-AC suelen acompañarse de Seminarios Internacionales. La presentación oficial y pública del CISG-AC se celebró el 26 de septiembre de 2003 en Nueva York en la sede del *New York State Judicial Training Institute*, de la Universidad de Pace. La segunda tuvo lugar el 30 enero 2004 en la Universidad de Londres, *Centre for Commercial Law Studies*, *Queen Mary* en el marco del Seminario 2004 *Clive M. Schmitthoff International Commercial Law: CISG & UNIDROIT Principles: Crossing Cultures and Filling Gaps*. El 20 octubre 2004 se celebró en la Universidad Carlos III de Madrid el *Seminar on International Sale of Goods*. Durante los días 13-14 octubre 2007 se celebró el Seminario Internacional *The application and Interpretation of the CISG in member states with emphasis on Litigation and Arbitration in the P.R. China*, en Wuhan, P. R. China. Otras conferencias tuvieron lugar en las Universidades de Villanova, Basel y Estocolmo. Otros seminarios, a celebrarse en el futuro, cubrirán otros temas que reclaman atención especial en aras de su interpretación uniforme.

III. LAS OPINIONES DEL CONSEJO

El CISG-AC ha aprobado por el momento siete Opiniones consultivas, de las cuales cuatro se presentan ahora en su traducción al castellano (Opiniones 2 a 5). La última de las Opiniones aprobadas, la número 7 sobre fuerza mayor se aprobó en la última reunión del CISG-AC en Wuhan (China), en octubre 2007, en la cual es relator el profesor Alejandro M. Garro. Asimismo, otras cuatro opiniones más están en curso de elaboración. Las Opiniones se encuentran disponibles en su versión original en inglés en

<http://www.cisgac.com> o en la base de datos de la Universidad de Pace: <http://www.cisg.law.pace.edu>.

Opinión número 1: Comunicaciones electrónicas en el ámbito de la CISG

El CISG-AC emitió su primera opinión en respuesta a una solicitud informal de la Cámara de Comercio Internacional (*International Chamber of Commerce*) para que se abordase el reto de las comunicaciones electrónicas en el marco de la Convención. El CISG-AC invitó a la profesora Christina Ramberg de la Universidad de Göteborg para que elaborase un dictamen al respecto, que fue discutido por el Consejo asesor en tres sesiones. El resultado más importante que se deriva de la opinión es que la Convención es capaz de acomodar en su texto a las comunicaciones electrónicas. La primera opinión repasa todos los preceptos de la Convención en los cuales las comunicaciones electrónicas pueden tener incidencia y por lo tanto sugiere la forma en que se acomodarán las mismas al texto de la Convención. La traducción de la opinión número 1 al castellano ha sido realizada de forma oficiosa por los profesores Alejandro Garro, de la Universidad de Columbia, Nueva York, y Pilar Perales Viscasillas, de la Universidad Carlos III, Madrid. La traducción de los comentarios ha sido realizada por la profesora María Pérez Pereira y supervisada por los profesores Garro y Perales. La publicación en castellano puede encontrarse como «Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): Primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)», *Revista de la Contratación Electrónica*, 2003, núm. 44, pp. 101-115.

Opinión número 2: Examen de las mercaderías y comunicación de la falta de conformidad

En la sesión del Consejo celebrada en Londres a finales de enero de 2004, se aprobó la Opinión número 2 sobre examen de las mercaderías y comunicación de la falta de conformidad (arts. 38 y 39 CISG). El relator de esta opinión fue el profesor Eric. E. Bergsten, profesor emérito en la Universidad de Pace (Nueva York). Esta opinión fue emitida en respuesta a un encargo del Grupo de Trabajo de Utrecht sobre compraventa que forma parte del Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo (*Study Group on a European Civil Code*). Se trata de una opinión que intenta clarificar la divergencias interpretativas que han surgido en

la jurisprudencia vienesa en relación con los artículos 38 y 39 de la Convención, esto es, acerca del deber de examinar las mercancías por parte del comprador y de la comunicación de los defectos al vendedor. La traducción ha sido realizada por el profesor Jorge Oviedo Albán, profesor de Derecho Civil y Comercial, Jefe del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho Universidad de La Sabana. Bogotá (Colombia) y por Paola Daza López, estudiante de Derecho, Facultad de Derecho Universidad de La Sabana (Colombia), y la revisión estuvo a cargo de los profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

Opinión número 3: Las Reglas de Exclusión de Prueba Oral y Previa, del Significado Común, la Cláusula de Integración del Contrato y la CISG

Esta opinión consultiva fue adoptada por el CISG-AC en su 7.^a reunión en la ciudad de Madrid el 23 octubre 2004 y fue dedicada a la memoria del, profesor Allan Farnsworth, fallecido el 31 de enero de 2005. Su redactor fue el profesor Richard Hyland, Facultad de Derecho de Rutgers, Camden, NJ, Estados Unidos de América. Esta opinión responde a una consulta sometida por el Comité de Derecho Extranjero y Comparado del Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York. Es una opinión que intenta calibrar el peso que determinadas reglas de interpretación del derecho anglosajón, particularmente las llamadas *parol evidence rule* y *plain meaning rule*, pudieran tener en el ámbito de la Convención. Esta Opinión ha sido citada por el Tribunal Federal de Distrito de la Ciudad de Nueva York en su sentencia de 23 agosto 2006 en la causa *TeeVee Tunes, Inc. et al. v. Gerhard Schubert GMBH*, en apoyo a la interpretación predominante en la doctrina y jurisprudencia estadounidense que niega que la *parol evidence rule* pueda servir de regla interpretativa bajo la CISG. La traducción de esta opinión ha sido realizada por el licenciado Alejandro Osuna, del bufete Osuna & Rivero de Tijuana, México, y la Dra. Inés de San Martín del Estudio De San Martín y Asociados, Buenos Aires, Argentina, y supervisada por Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

Opinión número 4: Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (art. 3 CISG)

Esta opinión estuvo a cargo de la Prof. Pilar Perales Viscasillas y fue aprobada el 24 octubre 2004 en la 7.^a reunión del Consejo en

Madrid. La traducción estuvo a cargo de David Ramos Muñoz, Becario del área de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid, y revisada por la autora y el profesor Alejandro Garro. Esta Opinión es una respuesta a la solicitud del Grupo de Estudio sobre un Código Civil europeo y su Comité encargado de la fijación de prioridades y agenda, dirigida al Consejo, con objeto de reflejar la interpretación del artículo 3 de la CNUCCIM y proporcionar una respuesta a diversas cuestiones complejas que derivan de dicho precepto.

Opinión número 5: El derecho del comprador a resolver el contrato en caso de entrega de mercaderías o documentos no conformes

Esta opinión, que estuvo a cargo de la profesora Ingeborg Schwenzer, de la Universidad de Basilea, gira en torno a la resolución del contrato en caso de entrega de mercaderías o documentos no conformes. La opinión fue aprobada el 7 mayo 2005 en Badenweiler (Alemania). La traducción fue realizada por Anselmo Martínez Cañellas, profesor titular de Derecho Mercantil, Universidad de las Islas Baleares, y revisada por los profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

Opinión número 6: Cálculo de los daños en el artículo 74 CISG

Esta opinión estuvo a cargo del profesor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, y fue aprobada en la primavera de 2006 en la reunión del Consejo que tuvo lugar en Estocolmo, Suecia. Esta opinión se refiere a la interpretación del artículo 74 de la Convención, el principio de reparación integral que establece el artículo 74 de la Convención, las categorías de daños que deben ser objeto de compensación y la manera de calcularlos. Esta opinión del Consejo está pendiente de traducción.

Opinión número 7: Exoneración de daños y perjuicios en el artículo 79 CISG

Esta opinión estuvo a cargo del profesor Alejandro M. Garro, Universidad de Columbia, Nueva York, y fue aprobada en octubre de 2007 en la reunión del Consejo que tuvo lugar en Wuhan, China. Esta opinión se refiere a la interpretación del artículo 79 de la Convención. Esta opinión está pendiente de traducción.

Opinión número 2: Examen de las mercaderías y aviso de falta de conformidad (arts. 38 y 39)

(Adoptada por el CISG-AC por unanimidad)¹

PETER SCHLECHTRIEM, *Presidente*

ERIC E. BERGSTEN, MICHAEL JOACHIM BONELL, ALEJANDRO M. GARRO, ROY M. GOODE, SERGEI N. LEBEDEV, PILAR PERALES VISCASILLAS, JAN RAMBERG, INGBORG SCHWENZER, HIROO SONO, CLAUDE WITZ, *Miembros*
LOUKAS A. MISTELIS, *Secretario*

Ponente: Profesor **ERIC E. BERGSTEN**, Emérito
Universidad de Pace, Facultad de Derecho, Nueva York

Traducción al castellano realizada por Jorge Oviedo Albán (Abogado y especialista en Derecho comercial de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Profesor de Derecho Civil y Comercial, jefe del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho Universidad de La Sabana. Bogotá D.C.-Colombia) y Paola Daza López (Estudiante de octavo semestre de Derecho, Facultad de Derecho Universidad de La Sabana. Monitora de Derecho Civil Obligaciones. Bogotá D.C.-Colombia), revisada por Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas².

Artículo 38

1. Aunque un comprador debe examinar las mercaderías, o hacerlas examinar, dentro de un período tan corto como sea posible según las circunstancias, no existe ninguna sanción independiente por no hacerlo así. Sin embargo, si el comprador

¹ Para ser citado: CISG-AC Opinión núm. 2. Examen de las mercaderías y aviso de falta de conformidad: artículos 38 y 39; Ponente: profesor Eric E. Bergsten, Emérito, Universidad de Pace, Facultad de Derecho, Nueva York.

La reproducción de esta opinión está autorizada.

Esta Opinión es una respuesta a una consulta hecha por el Grupo de Estudio del Código Civil europeo-Grupo de trabajo de Utrecht en materia de compraventa, al Consejo para ilustrar en la interpretación de las disposiciones relativas a los plazos de tiempo previstos en los artículos 38 y 39 CISG. La pregunta formulada al Consejo era: «Deben los plazos de tiempo de los artículos 38 y 39 CISG (“en el plazo más breve posible” y “razonable”) ser más concretos por aplicación de las respectivas directrices establecidas por los Tribunales o en proyectos de unificación legislativa, por ejemplo, calificando como “razonable” en el sentido del artículo 39 (1) CISG bajo circunstancias normales un período de 2 o 4 semanas respectivamente».

² Para efectos de esta traducción, ténganse en cuenta las siguientes abreviaturas:

CISG- A.C.: United Nations Convention on Contracts for International Sales of goods Advisory Council.

Consejo Consultivo sobre la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

CNUCCIM: Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

LUVI: Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías Muebles Corporales.

se abstiene de examinar las mercaderías y hay una falta de conformidad con los bienes que dicho examen habría revelado, el período de aviso en el artículo 39 comienza a partir del momento en que el comprador «debería haber descubierto» la falta de conformidad.

2. Las circunstancias del caso determinan no sólo si es posible examinar las mercaderías, sino cuándo y cómo es practicable dicho examen. Suele ser comercialmente posible examinar las mercaderías inmediatamente después de recibidas. Éste sería normalmente el caso cuando se trata de productos perecederos. En otros casos, como maquinaria compleja, su inspección puede no ser comercialmente posible, salvo que el daño u otra falta de conformidad sea visible externamente, hasta el momento en que las mercaderías puedan ser usadas para el fin requerido. Si las mercaderías deben ser revendidas, la inspección suele llevarse a cabo por el siguiente comprador. Otro ejemplo es al que se refiere el artículo 38(3).

3. El plazo para examinar los vicios ocultos comienza al manifestarse los signos de la falta de conformidad.

Artículo 39

1. El plazo para comunicar, según el artículo 39, comienza cuando el comprador descubrió «o debía haber descubierto» la falta de conformidad. El comprador «debería haber descubierto» la falta de conformidad antes de expirar el plazo para examinar las mercaderías, de acuerdo con el artículo 38, o dentro del plazo de entrega cuando la falta de conformidad se manifiesta sin llevarse a cabo la inspección.

2. A menos que la falta de conformidad fuera manifiesta sin necesidad de examinar las mercaderías, el lapso de tiempo disponible para dar el aviso después de haber sido entregadas está constituido por dos períodos separados: el plazo para el examen de las mercaderías de conformidad con el artículo 38 y el plazo para notificar de acuerdo con el artículo 39. La Convención requiere que estos dos plazos sean distinguidos y se mantengan separados, aun cuando los hechos del caso les permitieran combinar ambos plazos para dar el aviso en un solo período.

3. El plazo razonable para dar aviso después de que el comprador descubrió o debió haber descubierto la falta de conformidad varía según las circunstancias. En algunos casos, el aviso debería ser dado el mismo día. En otros casos, un período más largo podría

ser apropiado. No existe un término exacto, como 14 días, un mes o cualquier otro, que deba considerarse como razonable en abstracto sin tener en cuenta las circunstancias del caso. Entre las circunstancias para ser consideradas se encuentran la naturaleza de las mercaderías, la naturaleza del defecto, la situación de las partes y los usos comerciales relevantes.

4. La comunicación del comprador deberá incluir la información disponible. En algunos casos esto significa que el comprador debe identificar detalladamente la falta de conformidad. En otros, el comprador solamente podrá indicarla. Cuando éste sea el caso, un aviso que describa los síntomas es suficiente para especificar la naturaleza de la falta de conformidad.

COMENTARIOS

1. INTRODUCCIÓN

Las disposiciones en cuanto a la comunicación que el comprador debe dar al vendedor en caso de que se alegue falta de conformidad de las mercaderías conforme al contrato, fue uno de los asuntos más discutidos durante la preparación de la CNUCCIM. La interpretación apropiada de aquellas disposiciones constituye uno de los asuntos más polémicos en su implementación, ya que implica tanto cuestiones de hecho como de derecho, como se muestra en el apéndice de esta opinión.

2. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DOMÉSTICOS

2.1 Las diferencias de opinión en la redacción de la exigencia de comunicación y en su interpretación surgen en gran parte a raíz de diferencias en las legislaciones domésticas sobre compraventa. Aquellas leyes adoptan tres aproximaciones diferentes sobre el tema:

1. El comprador debe dar un aviso especificando la naturaleza de la falta de conformidad, dentro de un período corto de tiempo después de la entrega de las mercaderías. El plazo aceptable puede ser especificado (por ejemplo, ocho días), o puede usarse una palabra como «inmediatamente».

2. El comprador debe dar un aviso de la falta de conformidad antes «de la aceptación» de las mercaderías a fin de recha-

zarlas, una acción que suele conllevar la resolución del contrato. Sin embargo, a fin de reclamar daños y perjuicios, el comprador no está obligado a inspeccionarlas mercaderías ni dar aviso alguno de falta de conformidad dentro de un período específico de tiempo.

3. El comprador debe dar un aviso de la falta de conformidad. El aviso puede no tener que ser tan específico como en los ordenamientos jurídicos del primer grupo y debe ser dado dentro de un plazo que puede ser descrito como «un tiempo razonable».

2.2 Los ordenamientos jurídicos en el primer grupo enfatizan la seguridad de la operación para el vendedor. Las reclamaciones de falta de conformidad planteadas luego de un período considerable de tiempo con posterioridad a la entrega de las mercaderías son sospechosas, no permiten que el vendedor verifique la falta de conformidad a partir del tiempo de entrega y reducen la posibilidad de que las consecuencias de la falta de conformidad puedan ser minimizadas con la reparación o el suministro de mercaderías de reemplazo.

2.3 Los ordenamientos jurídicos en el segundo grupo enfatizan el derecho del comprador a ser compensado por la falta de entrega de mercaderías conformes al contrato por parte del vendedor. Privar al comprador de toda reparación porque el aviso no es dado dentro de algún período específico de tiempo es considerado un resultado demasiado riguroso. El comprador automáticamente tiene una posibilidad reducida de recuperación en caso de no presentar reclamación alguna por falta de la conformidad durante un período de tiempo considerable, ya que el comprador, quien tiene la carga de la prueba, tendría más dificultad de justificar que las mercaderías no eran conformes en el momento de la entrega. Ya que el comprador tiene la obligación de mitigar daños, no serán compensados aquellos daños sufridos después de que el comprador es consciente de la falta de conformidad. A este grupo pertenecen varios países industrializados, así como muchos países en vías de desarrollo.

2.4 Los ordenamientos jurídicos en el tercer grupo intentan establecer un equilibrio entre la seguridad de la transacción para el vendedor y la seguridad para el comprador de poder lograr una compensación ante el incumplimiento del vendedor en la entrega de mercaderías conformes al contrato. La exigencia de comunicar se explica como diseñada para derrotar la mala fe comercial del comprador.

3. HISTORIA DE LA REDACCIÓN

a) *El deber de inspeccionar las mercaderías bajo el artículo 38*

3.1 Los principales participantes en la preparación de la Ley Uniforme sobre venta Internacional de Mercaderías –LUVI–, de la cual derivó la CNUCCIM, pertenecían a ordenamientos jurídicos que tienen una exigencia de comunicación estricta. Por consiguiente, el artículo 38 de la LUVI estipulaba que el comprador tenía que inspeccionar las mercaderías «prontamente», lo cual era definido en el artículo 11 de la LUVI como «dentro de un período de tiempo tan corto como sea posible, según las circunstancias». El artículo 39 LUVI establecía que el aviso debía ser dado «prontamente después –de que el comprador– haya descubierto la falta de conformidad o debía haberla descubierto». Esto, de nuevo, significaba que la comunicación debía darse dentro de un período de tiempo tan corto como fuera posible. El único aminoramiento de este régimen estricto fue el artículo 40, que estableció que el vendedor no podría confiarse en la falta de notificación del comprador de conformidad con el artículo 39 «si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador»³.

3.2 La participación de una serie más amplia de delegaciones pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos durante la preparación de la CNUCCIM condujo a varias modificaciones en el régimen estricto de aviso de los artículos 38 y 39 LUVI. La mayor parte de las preocupaciones expresadas fueron relativas a mercaderías que el comprador revendió y transportó al subcomprador, cuando no se pudiese abrir el contenedor o el embalaje. El Grupo de Trabajo de la CNUDMI consideró que «el lenguaje flexible» introducido en el artículo 38 (2) (y 3) «satisfaría aquellas objeciones»⁴. En una sesión posterior el Grupo de Trabajo fue más allá de la estricta exigencia de examen en la LUVI, disponiendo que el examen requerido por el artículo 38 (1) debería ser realizado «en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias»⁵.

b) *El deber de dar aviso de falta de conformidad bajo el artículo 39*

3.3 Hubo menos discusión en relación con el deber de notificar del artículo 39. Sin embargo, el deber de comunicar «pronto»

³ El artículo 40 pasó por una nueva redacción de la LUVI en la CNUDMI y en la Conferencia Diplomática con casi ninguna discusión y un cambio editorial menor.

⁴ WG 3.^a sesión, Anexo II, para. 71, A/CN.9/62, Add. 2.

⁵ WG 6.^a sesión, A/CN.9/100, pág. 59.

en el artículo 39 LUVI, es decir, dentro de un período tan corto como fuere posible, fue enmendado para disponer que el aviso de la falta de conformidad debe ser dado «dentro de un plazo razonable» después de que el comprador lo descubrió o debería haber descubierto la falta de conformidad. Se indicó que «lo que es “un plazo razonable” era, por supuesto, una cuestión que dependía de las circunstancias de cada caso»⁶.

3.4 En contraste con la situación durante los trabajos preparatorios, en la Conferencia Diplomática prácticamente no hubo discusión alguna acerca del artículo 38, pero las discusiones sobre el artículo 39 fueron intensas. Dichas discusiones se han caracterizado por haberse entablado entre representantes de países en vías de desarrollo y representantes de países industrializados. Los argumentos a favor de posteriores modificaciones en el régimen de la comunicación se estructuraron básicamente a partir de las inaceptables consecuencias para los compradores de países en vías de desarrollo, quienes podrían encontrarse incapacitados de examinar las mercaderías o hacerlas examinar en un año o más, haciéndose así imposible para ellos dar el aviso con anterioridad. Sin embargo, el debate puede entenderse entre representantes de ordenamientos jurídicos cuya legislación interna tiene una exigencia de comunicación estricta, y representantes de ordenamientos jurídicos cuya legislación interna carece de dicha exigencia para reclamar daños por la falta de conformidad de las mercaderías. Como fue declarado en la Conferencia Diplomática por el defensor principal de una modificación adicional en la exigencia de aviso: «los comerciantes podrían ser excesivamente castigados en jurisdicciones que carecen de una regla que requiera el aviso al vendedor, ya que es muy poco probable que tomen conciencia de las nuevas exigencias hasta que sea demasiado tarde»⁷.

3.5 Varias enmiendas al artículo 39 fueron propuestas para reducir las consecuencias adversas para el comprador que dejó de dar el aviso adecuado y a tiempo de la falta de conformidad de las mercaderías, incluyendo una sugerencia para suprimir completamente el artículo 39 (1). Finalmente, en un esfuerzo para satisfacer las preocupaciones que habían sido expresadas, se adoptó una nueva disposición, que en la actualidad es el artículo 44. Éste dispone que el comprador pueda rebajar el precio o exigir la indemnización de daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si tiene una

⁶ WG 3.ª sesión, Anexo II, párr. 78, A/CN.9/62, Add. 2.

⁷ Archivos Oficiales (A/Conf.97/19), Archivos Sumarios, Primer Comité, 16.ª Reunión, párrafo 32.

excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida por el artículo 39.

4. COMENTARIOS GENERALES EN CUANTO AL TEXTO DE LOS ARTÍCULOS 38, 39, 40 Y 44

4.1. La obligación de examinar las mercaderías del artículo 38 esta diseñada para el supuesto en el que, de no haberse realizado inspección alguna, el comprador «debería haber descubierto» la falta de conformidad conforme al artículo 39. No hay ninguna otra consecuencia que provenga del incumplimiento del deber de examinar las mercaderías. Hay otras ocasiones en las que el comprador debería descubrir una falta de conformidad aunque no hubiera examinado las mercaderías. Por ejemplo, un comprador debería descubrir una falta de conformidad que fuera evidente al momento de la entrega de las mercaderías. Del mismo modo, aun si el artículo 38 no existiera, una interpretación razonable del artículo 39 sería que un comprador «debería haber descubierto» cualquier falta de conformidad que un examen razonable pudiera revelar. La condición de que el comprador «debería haber descubierto» la falta de conformidad es, por lo tanto, un concepto del artículo 39 que está relacionado, pero no depende del artículo 38.

4.2 Eso es relevante para una interpretación adecuada del artículo 44. El artículo 44 permite al comprador rebajar el precio o exigir una indemnización por daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida por el artículo 39, si la causa de aquella omisión fue que el comprador no sabía de la falta de conformidad, aunque debía haber sabido de ello, o si dejó de dar el aviso de la falta de conformidad de la cual era conocedor.

4.3 Puede preguntarse si el artículo 44 añadió algo al régimen de notificación, ya que tanto el artículo 38 como el artículo 39 contienen un lenguaje que puede ser interpretado para alcanzar el resultado que el artículo 44 intenta alcanzar. Además, algunos tribunales interpretando la LUVI, sortearon los requisitos estrictos de los artículos 38 y 39, interpretando el artículo 40 en el sentido de que un vendedor que entregó mercaderías defectuosas «no podía haber sido inconsciente» de los defectos, permitiendo de esta manera al comprador confiarse en una notificación de una falta de conformidad que haya sido tardía o defectuosa⁸. Al mismo resul-

⁸ OLG Köln, 29 de junio de 1978, 7 U 141/76, MDR 1980, 1023; OLG Hamm, 17 de septiembre de 1981, 2 U 253/80.

tado se podría llegar bajo el artículo 40 CNUCCIM, que es idéntico al artículo 40 LUVI, en todos sus aspectos esenciales. Sin embargo, la adopción del artículo 44 en la Conferencia Diplomática confirma el movimiento que se gestó en la CNUDMI hacia un régimen de aviso menos estricto.

4.4 El resultado final del proceso de redacción puede ser justamente caracterizado como más cercano a la solución encontrada en el Derecho interno de los ordenamientos jurídicos que pertenecen al tercer grupo descrito anteriormente, que al régimen estricto de aviso de los ordenamientos jurídicos del primer grupo, o que al régimen del segundo grupo, que no exige dar el aviso a fin de reclamar daños y perjuicios.

5. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS ARTÍCULOS 38 Y 39 CNUCCIM

5.1 Las disposiciones que regulan las obligaciones del comprador de examinar las mercaderías y de comunicar cualquier falta de conformidad se encuentran entre las materias más disputadas en la CNUCCIM. Resulta extraño, sin embargo, que parece haber pocas decisiones de países en los cuales el derecho interno en materia de compraventa no requiere que se dé el aviso a fin de reclamar daños y perjuicios por falta de conformidad. Esto es consistente con el hecho de que hay pocas sentencias de cualquier naturaleza en relación con la CNUCCIM en aquellos países, aunque varios de ellos sean parte de la Convención. Del mismo modo, hay relativamente pocas sentencias de países en los cuales el derecho interno de la compraventa requiere que el aviso sea dado dentro de un plazo razonable. Con mucho, la mayoría de las sentencias han sido pronunciadas en aquellos países en los cuales el derecho interno de la compraventa es relativamente estricto tanto en términos de contenido del aviso como en el límite de tiempo dentro del cual debe ser enviado al vendedor. Esto significa necesariamente que cualquier análisis de la jurisprudencia hasta el momento se incline de manera considerable hacia la doctrina pronunciada por aquellos tribunales.

5.2 Mientras que muchas de las sentencias publicadas hasta ahora son inobjetables en cuanto a los hechos, ha habido una tendencia de parte de algunos tribunales de interpretar los artículos 38 y 39 de la CNUCCIM a la luz de las disposiciones análogas en su derecho interno. Esto ha sido especialmente manifiesto donde el texto de

la CNUCCIM es similar al derecho interno⁹. Si bien el método de interpretar la Convención a la luz del derecho interno, que también requiere que la comunicación, sea dada en un tiempo razonable, no concuerda con la exigencia del artículo 7 (1) CNUCCIM, puesto que no respeta el carácter internacional de la Convención¹⁰, los resultados obtenidos en los casos individuales son difíciles de criticar.

5.3 La situación es perceptiblemente diferente en aquellos casos en que el texto de los artículos 38 y 39 es más indulgente con el comprador que el derecho interno de la compraventa o cuando el país fue parte de la LUVI y tenía numerosas sentencias de tribunales interpretándola. Algunos tribunales han indicado que no se ha producido un cambio significativo en la Ley¹¹. La mayoría de los tribunales, sin embargo, han luchado para aplicar los artículos 38 y 39 de la CNUCCIM. No es sorprendente que su marco de referencia para decidir si las mercaderías fueron examinadas «tan pronto como fuese posible», si el examen era adecuado, si el aviso fue dado dentro de un tiempo razonable y si el aviso fue suficientemente detallado se basó en su experiencia previa con el derecho interno y la LUVI. No es tampoco sorprendente que sus sentencias tiendan a exigir más al comprador que las sentencias provenientes de tribunales de países que siempre han requerido que la comunicación sea dada dentro de un plazo razonable.

5.4 Varios tribunales de alta jerarquía en aquellos países han intentado brindar orientaciones en cuanto a cómo determinar lo que podría ser un plazo razonable para comunicar la falta de conformidad. Quizás porque es difícil dar una pauta clara en cuanto a cómo evaluar los muchos factores, comerciales y de otra naturale-

⁹ *Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co.*, 29 de mayo de 2003, Tribunal de Distrito estadounidense [Northern Dist. Illinois], 2003 WL 21254261 (N.D. Cal.), presentación del caso <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030529u1.html>>, «[jurisprudencia interpretando disposiciones análogas del artículo 2 de... [El UCC] también puede informar un tribunal donde el lenguaje de las disposiciones relevantes de la CNUCCIM señala aquel de los UCC. Sin embargo, la jurisprudencia de UCC “no es en sí aplicable”», citando *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, 6 de diciembre de 1995, Tribunal Superior Estadounidense de Apelaciones, 71 F.3d 1024, 1028 (2o Cir.1995) presentación de caso <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>>.

¹⁰ «En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.»

¹¹ OLG Oldenburg, 5 de diciembre de 2000, 12 U 40/00, RIW 2001, 381-382, presentación del caso y traducción inglesa <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001205g1.html>>. El tribunal reconoció que, en cuanto a la exigencia de aviso, la CNUCCIM dio la apariencia de ser más «comprador amistoso» que LUVI. El tribunal declaró, sin embargo, que no había diferencias entre el artículo 38 LUVI y el artículo 38 CNUCCIM que fueran tan significativas como para cuestionar la jurisprudencia en relación a LUVI. Se citó una decisión del *Bundesgerichtshof* (BGH, 2 de junio de 1982, VIII ZR 43/81, NJW 1982.2730, 2731) acerca de LUVI en apoyo de su decisión que el comprador debería y podría haber examinado las mercaderías dentro de un plazo más breve, una acción que dijo debería ser «cuanto antes».

za, que podrían ser relevantes en un caso dado, una técnica a la que se ha recurrido ha sido fijar un período de tiempo que se presumiría razonable. El Tribunal Supremo Austriaco (*Oberster Gerichtshof*) ha sugerido que 14 días serían normalmente razonables¹², mientras que el *Obergericht Kanton Luzern* de Suiza ha sugerido un mes¹³. Aunque estas sentencias constituyen un esfuerzo genuino para flexibilizar las estrictas exigencias de aviso exigidas por la legislación de esos países, las dificultades inherentes en la fijación de un período presunto de razonabilidad son ilustradas en una decisión 1999 de la Corte Suprema alemana (*Bundesgerichtshof*)¹⁴.

5.5 El comprador había adquirido un dispositivo pulidor y lo había unido a una máquina de fabricación de papel. Nueve días después de juntarlos, el dispositivo sufrió una falla total. El comprador pensó que la falla había sido probablemente causada por errores cometidos por personal a su cargo y por lo tanto no tomó ninguna acción en cuanto al dispositivo mismo. Tres semanas después de la falla, un comprador de papel fabricado durante el período en que el dispositivo había estado en uso se quejó de oxido en el papel. Diez días más tarde el comprador encargó que un experto determinara la causa de la herrumbre. Después de unas dos semanas adicionales, el experto informó que la herrumbre se debía al pulidor. El comprador notificó al vendedor tres días después de recibir el informe.

5.6 No hay ninguna duda de que el aviso dado por el comprador tres días después de recibir el informe del experto fue dado dentro de un plazo razonable a partir del momento en que el comprador tuvo conocimiento de la falla en la cortadora de papel y de que la herrumbre en el papel, producida con la máquina que contiene el dispositivo para cortar papel, se produjo a causa de que el dispositivo en sí mismo era defectuoso. Sin embargo, es asombroso que el *Bundesgerichtshof* decidiera que la comunicación fue dada a tiempo, aun cuando fue dada más de nueve semanas después de la entrega y siete semanas después de aparecer los primeros signos del problema.

5.7 El alto tribunal comenzó destacando que el tribunal de apelación había decidido que el defecto en el dispositivo era un vicio oculto, de modo que ni el período para examinar ni el período para el aviso podría haber comenzado antes de que fallara el dispositivo. El tribunal de apelación había concluido que al fallar el dis-

¹² OGH 27 de agosto de 1999, 1 Ob 223/99x, [2000] el No 10 RdW, presentación del caso y traducción inglesa <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990827a3.html>>.

¹³ *OG des Kantons Luzern*, 8 de enero de 1997, 11 95 123/357, [1998] *Schweizerische Juristen-Zeitung* 94, 515-518, presentación del caso <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108s1.html>>.

¹⁴ BGH, 3 de noviembre de 1999, VIII ZR 287/98, [2000] RIW 381, presentación del caso y traducción inglesa <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991103g1.html>>.

positivo el comprador debería haber tenido conocimiento que había un defecto en el dispositivo y que el período razonable para dar el aviso debía comenzar a partir de ese momento. El *Bundesgerichtshof* discrepó. El *Bundesgerichtshof* aceptó la opinión del comprador de que no podía haber determinado inmediatamente y por sí mismo si el dispositivo falló debido a un defecto o debido a errores de operación por su personal. Por lo tanto, no era el plazo para el aviso del artículo 39 el que había comenzado al fallar el dispositivo sino el período para examinar las mercaderías bajo el artículo 38¹⁵.

5.8 El Tribunal Supremo alemán calculó entonces la cantidad de tiempo de que disponía el comprador para comunicar la falta de conformidad asumiendo que éste debería haber tenido una semana para decidir si hay que contratar a un perito para que informara acerca del origen de la falla. El plazo para que el experto preparara su informe había sido de hecho dos semanas, que el tribunal juzgó apropiado. A las tres semanas así calculadas, añadió un período de una cuarta semana para dar el aviso después de que el comprador descubrió o debería haber descubierto la falta de conformidad de las mercaderías. El tribunal describió al plazo de una cuarta semana para dar el aviso como «*regelmäßig*», es decir, «regular» o «normal». Así, el tribunal calculó que la comunicación dada por el comprador siete semanas después de la falla del dispositivo había sido dada dentro de plazo.

5.9 Es posible realizar dos lecturas alternativas del período de notificación calculado por el *Bundesgerichtshof*. Una es que el tribunal dio al comprador solamente un período de siete semanas a partir del momento en que por primera vez detectó los síntomas, que deberían haberlo alertado sobre la posible presencia de un vicio oculto en el dispositivo. Si ésta hubiera sido la decisión del tribunal, no sería acorde con la CNUCCIM que prevé dos plazos separados.

5.10 Una segunda lectura es que el tribunal calculó realmente dos plazos separados conforme a la CNUCCIM. El tribunal permitió al comprador tres semanas para hacer examinar el dispositivo por un perito, de acuerdo con el artículo 38, a partir del momento en que el dispositivo falló y no cuando el cliente se quejó de la herrumbre en el papel. Al final de dicho hipotético examen el comprador «debería haber sabido» de la falta de conformidad del dispositivo y el período de un mes para dar el aviso que el tribunal consideró ser presuntamente razonable había comenzado. Esta lectura de la decisión ilustra

¹⁵ El tribunal dijo que no era necesario decidir si, en caso de un vicio oculto, el período para el examen comenzó cuando el comprador conoció de la falta de conformidad de las mercaderías del informe del experto o en el tiempo en que aparecieron los síntomas. Para los objetivos del caso, se calculó el período para el examen a partir del tiempo en que aparecieron los síntomas.

que no hay ninguna sanción independiente por incumplir con la obligación de examinar las mercaderías dentro del plazo permitido por el artículo 38. El comprador en este caso recibió el informe del experto 46 días después de la falla del dispositivo, que equivalen a tres semanas a partir de que el comprador «debería haber sabido» del defecto según el *Bundesgerichtshof*. Por consiguiente, en lugar de tomarse tres semanas para determinar la naturaleza del defecto en el dispositivo y cuatro semanas para dar aviso, como anticipara el *Bundesgerichtshof*, el comprador tomó seis semanas para determinar la naturaleza del defecto y sólo tres días para dar el aviso.

5.11 Conforme a una u otra lectura del fallo, el comprador tenía siete semanas a partir de la falla del dispositivo para dar el aviso.

5.12 Si el tribunal se hubiera limitado a expresar que el plazo de cuatro semanas a partir del momento en que el comprador «debería haber descubierto» la falta de conformidad de las mercaderías y el tiempo que le llevó enviar el aviso constituía un plazo razonable, la decisión podría ser cuestionada en los hechos. Un período de un mes a partir del momento en que el comprador conoció o debió haber conocido la falta de conformidad parece bastante largo en este caso para ser presumido como un plazo «*regelmäßig*», es decir, «regular» o «normal». Sin embargo, habría sido inobjetable desde un punto de vista de hermenéutica jurídica. Un mes o un plazo mayor para dar aviso podría constituir un plazo razonable conforme a los hechos particulares del caso.

5.13 El aspecto más positivo de este fallo del *Bundesgerichtshof*, así como también de las sentencias del *Oberster Gerichtshof* en Austria y *Obergericht Kanton Luzern* en Suiza, es que constituye una indicación a los tribunales alemanes de que deberían aceptar plazos más largos para dar el aviso que en relación a la LUVI ó al § 377 HGB.

5.14 Un último punto de la sentencia del *Bundesgerichtshof* demanda un comentario y aprobación. En casos anteriores los tribunales alemanes habían requerido que el comprador informara al vendedor detalladamente en cuanto a la naturaleza de la falta de conformidad. Eso puede estar más allá de la capacidad de un comprador, sobre todo cuando el comprador no tiene el conocimiento técnico para saber qué hay de malo con las mercaderías. En el caso comentado, el *Bundesgerichtshof* expresó claramente que un comprador de maquinaria y equipo técnico tiene que dar el aviso solamente de los síntomas, sin estar obligado a explicar las causas subyacentes. En esta causa, el aviso dado por el comprador al vendedor destacaba que un comprador de su papel había encontrado astillas de acero en el papel producidas usando el dispositivo en cuestión. El comprador expresó

la sospecha de que el dispositivo era defectuoso. El tribunal creyó que el aviso del comprador era suficientemente específico de acuerdo con el conocimiento del comprador en ese momento. Parecería que la descripción de los síntomas también pondría al vendedor en una posición para decidir cómo proceder para proteger sus intereses.

5.15 En cambio, la Corte de Casación francesa, en una sentencia del 26 de mayo de 1999, rechazó adoptar un plazo específico como razonable¹⁶. En este fallo, la Corte de Casación declaró que la Corte de Apelación había «ejercido su discreción soberana, expresando, luego de efectuar una cronología de los hechos, que el comprador había inspeccionado las mercaderías dentro de un plazo pronto y normal, teniendo en cuenta el manejo [de las hojas metálicas laminadas] requerido, y que [el comprador] *había* alertado [al vendedor] de la falta de conformidad dentro de un plazo razonable en el sentido del artículo 39(1) CNUCCIM». (Énfasis en el original). Este fallo constituye una categórica afirmación de que la inspección de las mercaderías del artículo 38 o el aviso de la falta de conformidad del artículo 39 dependen, en última instancia, de las circunstancias con las cuales se enfrentó el comprador.

JURISPRUDENCIA SOBRE LOS ARTÍCULOS 38 Y 39 CNUCCIM

Preparado por el Consejo Consultivo CISG (CISG A.C.), enero de 2004¹⁷, como anexo a la opinión núm. 2 del Consejo Consultivo CISG (CISG A.C.).

Examen de las mercaderías y aviso de falta de conformidad, artículos 38 y 39.

A continuación se describe la jurisprudencia publicada sobre estas disposiciones de la CNUCCIM. Esto permite «de un vistazo» distinguir casos que originan cuestiones diferentes, perfilándolos en palabras claves. Esta lista no es exhaustiva¹⁸.

Para el razonamiento detallado de los Tribunales en varios casos, ir a: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html>>

¹⁶ *Société Karl Schreiber GmbH v. Société Termo Dynamique Service et autres*, 26 de mayo de 1999, Corte de Casación, [2000] *Recueil Dalloz* 788, <<http://Witzjura.uni-sb.de/CISG/decisions/260559v.htm>>, presentación del caso y traducción inglesa, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990526f1.html>>, reafirmando, *Cour d'Appel d'Aix-en-Provence*, 21 de noviembre de 1996.

¹⁷ La descripción del caso fue preparada para el Consejo Consultivo CISG por Camilla Baasch Andersen, Queen, Universidad de Londres.

¹⁸ Hay también otras fuentes de la información de jurisprudencia, por ejemplo, el Resumen CNUDMI de Casos CNUCCIM: un esbozo del Resumen de casos CNUDMI está disponible actualmente por Sellier, European Law Publishers: Manchen and Sweet & Maxwell: Londres, el texto final del Resumen de Casos de CNUDMI está programado para ser publicado por la CNUDMI en la segunda parte de 2004.

donde se puede tener acceso a los textos completos de los casos o los «conectores» (*links*) de los mismos.

Las tres cuestiones diferenciadas son:

1. Alcance y oportunidad del examen de las mercaderías (art. 38)
2. Precisión y forma de comunicar la falta de conformidad (art. 39)
3. Oportunidad de comunicar la falta de conformidad (art. 39)

1. *Alcance y oportunidad del examen de las mercaderías (art. 38)*

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	¿EXAMEN APROPIADO?
BÉLGICA				
Rb Hasselt	06.03.02	A.R. 2703/01	Rollos con números impresos	No; el comprador debió comprobar la enumeración, no confiar en los clientes.
Rb Ieper	29.01.01	No disponible	Refrigeración de instalaciones	Sí; uso continuado necesario para ver el defecto.
Rb Kortrijk	06.10.97	A.R. 4143/96	Hilo ordinario	Sí; no se requería desenrollar los hilos para examinar.
DINAMARCA				
Corte Marítima y Comercial de Copenhague	31.01.02	H-0126-98	Pescado congelado	No; una muestra debió haber sido descongelada y analizada.
FINLANDIA				
Helsinki Corte de apelaciones	30.06.98	S 96/1215	Productos de cuidado de piel (vicio oculto) Vitamina A reducción sobre tiempo de durabilidad antes de la venta)	Sí; la prueba llevó tiempo, diez semanas entre entrega y aviso correcto debido a 38.
Corte de apelaciones de Turku	12.11.97	S 97/324	Comida enlatada	Sí, el tribunal permitió que el comprador confiara en quejas de clientes cuando él no podía haber examinado latas.
FRANCIA				
Corte de Apelaciones de París	06.11.01	2000/04607	Cables para ascensores	No, el defecto debería haber sido descubierto, como máximo embalando de nuevo 8 días después de la entrega.

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	¿EXAMEN APROPIADO?
Corte de Casación	26.05.99	P 97-14.315 Arret 994D <i>Schreiber v. Thermo Dynamique</i>	Metal de hoja laminado	Sí; 11 días oportunos debido a manejo pesado de metal (días del aviso 20 después de examen. también oportuno); determinación a cargo del tribunal inferior.
ALEMANIA				
Landgericht Berlin	21.03.03	n.a.	Tejido	No; aunque el vicio oculto sólo se manifestó después del teñido de la tela.
Landgericht Manchen	27.02.02	5 HKO 3936/00	Voladizos metálicos para pantallas de vídeo	Sí; un comprador no tiene el deber de inspeccionar en cuanto a la seguridad operacional eléctrica de las mercaderías.
Landgericht Trier	29.03.01	7 HKO 204/99	Teléfonos móviles (algunos sustituidos por adosquines)	No; el examen externo debería haber revelado signos de falsificación.
Oberlandesgericht Oldenburg	05.12.00	12 U 40/00	Barra de timón	No; los defectos fueron advertidos por el comprador con el primer uso 3 meses después de la entrega.
Oberlandesgericht Köln	13.11.00	16 U 45/00	Enganches de enchufe.	No; no examinado antes de venta.
Oberlandesgericht Koblenz	18.11.99	2 U 1556/98	Telas de fibra de vidrio	No; Defectos perceptibles deberían ser descubiertos dentro de una semana.
Oberlandesgericht Thüringen	26.05.98	8 U 1667/97	Pescado vivo	No; aunque el virus es un vicio oculto, las mercaderías debieron haber sido examinadas.
Landgericht Paderborn	25.06.96	7 O 147/94	Plástico	Sí; defecto demasiado difícil de detectar.
Landgericht Ellwangen	21.08.95	1 KfH O 32/95	Pimentón dulce	Sí; el problema de contenido de óxido de etileno es considerado vicio oculto.
PAÍSES BAJOS:				
Rb Rotterdam	20.01.00	HAZA 99-325	Cerezas	No; el embalaje inadecuado debió haber sido descubierto.
Hof s' Hertogenbosch	15.12.97	C9700046/HE	Pieles de visón	No; falta de examen antes de reventa no aceptable.
Rb Roermond	19.12.91	900366	Queso congelado	El comprador debe descongelar una muestra y probarla para cumplir con el art. 38.
ESPAÑA				
Audiencia de Barcelona	20.06.97	755/95-C	Tinte de ropa	No; a pesar del vicio oculto, el comprador esperó a la

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	¿EXAMEN APROPIADO?
				queja de un tercero y con posterioridad a que el vendedor le reclamase el precio.
SUIZA				
Pretura di Locarno-Campagna	27.04.92	6252	Mobiliario	No; no se puede confiar en los clientes.
Arbitraje:				
ICC Corte Internacional de Arbitraje	7.06.99	9187	Coca-Cola	Insuficiente. El examen por un tercero bajo el art. 38 no es vinculante para el comprador. El art. 44 excusa.
ICA Arbitraje Federación Rusa.	12.03.96	166/1995	n.a.	Sí; ausencia de certificado de calidad; descubrimiento después de unos días aceptable.
CIETAC Arbitraje (China)	04.08.88	n.a.	Partes de calculadora	No; examen 4 meses después de la entrega (60 días en contrato),

2. Notificación, forma y especificación (art. 39)

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	¿AVISO ESPECÍFICO Y SATISFACTORIO?
BÉLGICA				
Corte de apelaciones Mons	08.03.01	R.G. 242/99	Insignia	No; no probado.
Rb Kortrijk	16.12.96	A.R. 4328/93	Tela	Telefónicamente correcto, pero no es específico decir simplemente «mala calidad».
ALEMANIA				
Landgericht Stendal	12.10.00	22 S 234/94	Piedra de granito	No; telefónicamente correcto, pero «inverosímil» y no probado.
Landgericht Köln	30.11.99	89 O 20/99	Piedras de fachada	No; «etiquetado incorrectamente» no es suficientemente específico, debe detallar el defecto y la cantidad defectuosa.
Landgericht Regensburg	24.09.98	6 O 107/98	Tela	No; los faxes no especifican defectos.
Landgericht Erfurt	29.07.98	3 HKO 43/98	Suelas de zapato	No; dos cartas no especifican el defecto.
Landgericht Manchen	09.07.97	7 U 2070/97	Mercancía de cuero	No; «los productos no se conforman a nuestra especificación y no pueden ser vendidos a clientes» «o 250 artículos fueron mal sellados».

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	¿AVISO ESPECÍFICO Y SATISFACTORIO?
Oberlandesgericht Koblenz	31.01.97	2 U 31/96	Mantas	No; no es específico cuando el aviso no precisó qué diseños fallaban.
Oberlandesgericht Köln	08.01.97	27 U 58/96	Máquinas	No, aviso no probado.
Bundesgerichtshof (Corte Suprema)	04.12.96	VIII ZR 306/95	Software y sistema de impresión	No; no especificó si los papeles ausentes eran para la impresora/sistema.
Landgericht Aachen	19.04.96	43 O 70/95	Máquinas	No; aviso no probado.
Landgericht Kassel	15.02.96	11 O 4187/95	Mármol	No; aviso oral a un tercero no es suficiente.
Landgericht Bochum	24.01.96	No disponible	Trufas	No; no es específico expresar «suave» en lugar de «dañado», riesgo de transmisión de aviso sobre el comprador.
Landgericht Marburg	12.12.95	2 O 246/95	Máquinas	No; no específico (perdidos números consecutivos de máquinas) y no probado.
Amtsgericht Kehl	06.10.95	3 C 925/93	Mercancía de moda	No; llamada por teléfono no probada (también no oportuna, 6 semanas).
Landgericht Kassel	22.06.95	8 O 2391/93	Ropa	No; llamada telefónica no probada.
Oberlandesgericht Frankfurt a.M.	23.05.95	5 U 209/94	Zapatos	No; llamada telefónica no probada.
Landgericht München	20.03.95	10 HKO 23750/94	Tocino	No; télex «las mercaderías están rancias» no es suficientemente específico.
Landgericht München	08.02.95	8 HKO 24667/93	Software	No; no es específico pedir simplemente ayuda.
Landgericht Oldenburg	09.11.94	12 O 674/93	Partes de camión	No; necesita nuevo aviso después de la reparación.
Landgericht Frankfurt	13.07.94	3/13 O 3/94	Zapatos	No; llamada telefónica no probada.
Amtsgericht Nordhorn	14.06.94	3 C 75/94	Zapatos	Sí; la devolución de las mercaderías es un aviso válido; también: el límite de tiempo de 10 días estuvo de acuerdo.
Landgericht Aachen	28.07.93	42 O 68/93	Madera	No; falta de pago no equivale a notificación específica.
Landgericht Frankfurt	09.12.92	3/3 O 37/92	Zapatos	Sí; llamada telefónica 19 días después de la entrega (oportuno).
Landgericht Bielefeld	18.01.91	15 O 201/90	Tocino	En parte; tocino «sucio» es específico, pero «no correctamente ahumado» no es suficientemente específico.

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	¿AVISO ESPECÍFICO Y SATISFACTORIO?
Landgericht München	03.07.89	17 HKO 3726/89	Textiles, Mercadería de moda	No; «confección pobre y prueba impropia» no es suficientemente específico.
ITALIA				
Tribunale di Busto Arsizio	13.12.02	n.a.	Máquina para reciclaje plástico	Sí; el comprador no requería indicar causa de defecto.
Tribunale di Vigevano	12.07.00	n. 405	Caucho de suela de zapato	No; no es específico «[las mercaderías] causaron algunos problemas».
PAÍSES BAJOS				
Rb Middelburg	01.12.99	408/98	Paneles de construcción	Suspendido para que el comprador demostrara notificación.
Rb s'Gravenhage	07.06.95	94/0670	Árboles de manzana	No; ningún aviso probado por el comprador.
SUIZA				
Obergericht Luzern	29.07.02	11 01 125	Maquinaria (prensas)	No; expresar la sospecha que las prensas pueden no haber no es adecuado.
Bundesgericht (Corte Suprema)	28.05.02	4C.395/2001/ rnd	Madera de arce	Sí; suficiente decir que la calidad es demasiado baja cuando la calidad ha sido concordada (revocando la instancia inferior).
Handelsgericht Zürich	17.02.00	HG 980472	Software y hardware	No; no es específico decir simplemente no funciona correctamente.
Handelsgericht Zürich	21.09.98	HG 960527/O	Libros	No; no es específico declarar que las mercaderías no se conforman al contrato, especialmente cuando el comprador es un experto.
Kantonsgericht Nidwalden	03.12.97	15/96Z	Mobiliario	No; no es específico indicar simplemente «partes incorrectas».
Handelsgericht Zürich	09.09.93	HG 930138 U/H93	Mobiliario	No; aviso no probado por el comprador (su carga).
ARBITRAJE				
ICC Corte Internacional de Arbitraje	23.01.97	8611/HV/JK	Equipo industrial	No; aviso no probado.

3. *Notificación de falta de conformidad dentro de un «plazo razonable» artículo 39(1)*

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	NOTIFICACIÓN OPORTUNA
AUSTRIA				
Oberster Gerichtshof (Corte Suprema)	14.01.02	7 Ob 301/01t	Sistema de refrigeración	Sí, ambos avisos para los defectos obvios (12 días) y ocultos (varios meses). OGH 14 días práctica repetida.

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	NOTIFICACIÓN OPORTUNA
Oberster Gerichtshof	21.03.00	10 Ob 344/98	Madera	No; art. 39 no usado, pues según el art. 9 significa que prevalece una práctica comercial establecida.
Oberster Gerichtshof	27.08.99	1 Ob 223/99x	Zapatos atléticos	No; 19 días considerados como no razonables.
Oberster Gerichtshof	15.10.98	2 Ob 191/98x	Madera	No; 14 días enmarcan para lo dispuesto en los arts. 38 y 39.
Oberster Gerichtshof	30.06.98	1 Ob 273/97x	Piñas	No; las reglas de COFREUROPE en el contrato quitan mérito al art. 39; requieren el aviso inmediato.
Oberster Gerichtshof	27.05.97	5 Ob 538/95	Estabilizadores de taladro profundo	Sí; 4 semanas; permite 10-14 días para el examen (38) y un mes para el aviso (39).
Oberlandesgericht Innsbruck	01.07.94	4 R 161/94	Flores	No; 3 meses desde el descubrimiento, 2 meses considerados razonables.
BÉLGICA				
Hof van Beroep Gent	08.10.03	2002/AR/1184	Textiles	No; no esperan quejas de clientes después de la reventa.
Hof Gent	12.05.03	2000/AR/1957	Ropa de moda	No; tres meses es demasiado tarde.
Rb Veurne	15.01.03	A/02/00430	Animales de cría	No; 1 ½ años después de la entrega, 1 año después de conocida la enfermedad.
Hof van Beroep Gent	02.12.02	1997/AR/384	Ropa	No; 3 meses después de la entrega.
Rb Hasselt	06.03.02	A.R. 2671/01	Zapatos	No; no esperar para el final de la temporada.
Rb Mechelen	18.01.02	n.a.	Tomates	Sí; pocos días, las condiciones generales en el contrato estipulando 24 horas no son válidas (en alemán y también letra pequeña).
Hof van Beroep Gent	23.05.01	1999/A/2160	Hilo	No; ningún aviso probado por el comprador (en cambio el vendedor muestra un fax donde el comprador califica a las mercaderías como «muy buenas»).
Rb Veurne	25.04.01	A/00/00665	Diesel para tranvía	No; más de 2 meses; el aviso anterior por fax no podía ser probado por el comprador (su carga de la prueba); una pauta de mes propuesta.
Cour d'appel Mons	08.03.01	R.G. 242/99	Insignias metálicas	No; 6 semanas después de la entrega (defectos fácilmente detectables).

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	NOTIFICACIÓN OPORTUNA
Hof van Beroep Gent	28.04.00	1997/AR/ 2235	Bolsas de plástico	No; 14 y 5 meses.
Rb Hasselt	17.02.00	n.a.	?	No; 8 meses después de la entrega.
Rb Hasselt	19.05.99	n.a.	Ardillas	No; 6 semanas.
Hof van Beroep Antwerpen	04.11.98	1995/AR/ 1558	?	Sí; 20 días; a pesar de acuerdo sobre 14 días máximo.
Rb Kortrijk	27.06.97	A.R. 651/97	Hilo (para tejidos)	No; 3 meses después de la entrega.
Rb Hasselt	21.01.97	A.R. 1972/96	Signos de neón	No; 4 meses después de la entrega.
Rb Kortrijk	16.12.96	A.R. 4328/93	Tela	No; 2 meses después de la entrega (velocidad requerida en comercio de ropa).
Rb Hasselt	03.12.96	A.R. 2987/95	Calderas	No; 4 meses después de descubrimiento.
Tribunal Commercial Bruxelles	05.10.94	R.R. 1.205/93	Zapatos	No; 9 meses después de la entrega.
CANADA				
Ontario Superior Court of Justice	31.08.99	98-CV-14293CM	Molduras de marco para pinturas	No; 2 años después de la entrega.
DINAMARCA				
Vestre Landsret	10.11.99	B-29-1998	Arboles de Navidad	Sí; 1 y 2 días, ¡PERO! Aviso de resolución después de 8 días es inoportuno.
FRANCIA				
Cour d'appel de Colmar	24.10.00	Unavailable	Pegamento aditivo para laminación	Sí, dos meses después de la entrega.
Cour d'appel de Versailles	29.01.98	95/1222	Máquinas de molinillo de rollo de doble filo de alta tecnología	Sí; serie de avisos: dos semanas después de la prueba inicial y un mes después de la segunda prueba (aviso final 6 y 11 meses después de la entrega).
Tribunal de commerce de Besançon	19.01.98	97 009265	Ropa deportiva para niños	Sí; 6 meses después de la entrega, porque «dentro» del Art. 39 (2) el límite es de 2 años.
Cour d'appel de Grenoble	13.09.95	93/4126	Queso	Sí, 30 días después de la entrega.
ALEMANIA:				
Oberlandesgericht Manchen	13.11.02	U 346/02	Cebada orgánica	No; no debería haber esperado la declaración formal, pero haber reconocido que la carencia del certificado era el inconformismo en sí mismo.
Oberlandesgericht Rostock	25.09.02	6U 126/00	Comida congelada	No; comprador incapaz de demostrar

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	NOTIFICACIÓN OPORTUNA
Oberlandesgericht Schleswig	22.08.02	11 U 40/01	Ovejas vivas	No; el ganado requiere el aviso 3-4 días después de la entrega.
Landgericht Saarbrücken	02.07.02	8 O 49/02	Azulejos	No; porque después de período de 1 mes, a pesar del vicio oculto (los azulejos absorben líquidos como jugo de manzana y mancha).
Oberlandesgericht Manchen	01.07.02	10 O 5423/01	Zapatos de moda	No; varios meses no pueden ser de ninguna manera razonables para mercaderías de temporada.
Landgericht München	30.08.01	12 HKO 5593/01	Vino	No; 8 meses después de entrega, período corto de tiempo requerido.
Oberlandesgericht Saarbrücken	14.02.01	1 U 324/99-59	Puertas y ventanas	No; más de 2 años, 39 (2); un mes y medio es considerado razonable como «opinión general».
Oberlandesgericht Oldenburg	05.12.00	12 U 40/00	Máquina para campos atléticos	No; 7 semanas después de entrega no es razonable
Landgericht München	16.11.00	12 HKO 3804/00	Equipo para pizzería	No; casi un año.
Oberlandesgericht Koblenz	18.11.99	2 U 1556/98	Fibra de vidrio	No; 3 semanas después de entrega, los defectos son fácilmente reconocibles
Bundesgerichtshof	03.11.99	VIII ZR 287/98	Máquina picadora (vicio oculto)	Sí; el tribunal permite 1 mes después del informe del experto para el aviso.
Landgericht Berlin	25.05.99	102 O 181/98	Tela	No; 7 semanas inoportunas
Bundesgerichtshof	25.11.98	VIII ZR 259/97	Película adhesiva	No; pero el vendedor implícitamente renunció el derecho de confiar los Arts. 38/39 (24 días no oportunos en instancia previa).
Oberlandesgericht Koblenz	11.09.98	2 U 580/96	Componentes para tubos de cloruro de polivinilo	No; 3 semanas después de la entrega, el tribunal permite 1 semana para el examen y 1 semana para el aviso.
Oberlandesgericht Celle	02.09.98	3 U 246/97	Aspiradoras	No; 8 y 5 semanas, noticia «dudosa».
Oberlandesgericht Saarbrücken	03.06.98	1 U 703/97	Flores frescas	No; ningún aviso probado; el tribunal declara <i>obiter</i> que para flores el aviso debe ser mismo día de la entrega.
Oberlandesgericht Thüringen	26.05.98	8 U 1667/97 (266)	Pescado vivo	No; 1 mes después de entrega, ninguna prueba de inspección del art. 38; el tribunal declara que 8 días serían razonables (ganado, infectado).

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	NOTIFICACIÓN OPORTUNA
Oberlandesgericht Manchen	11.03.98	7 U 4427/97	Suéteres de cachemira	No; 4 meses, 2 semanas estuvieron de acuerdo.
Landgericht Hagen	15.10.97	22 O 90/97	Calcetines	No; 3 mes y medio demasiado tarde.
Oberlandesgericht Köln	21.08.97	18 U 121/96	Productos químicos (hidróxido de aluminio)	No; aunque 1 mes normalmente razonable, noticia inmediata es necesaria antes de entregas mezcladas.
Bundesgerichtshof	25.06.97	VIII ZR 300/96	Alambre de acero	Sí; el vendedor renunció el derecho de oponerse a avisos tardíos aceptándolos.
Oberlandesgericht Karlsruhe	25.06.97	1 U 280/96	Protección superficial de película	No; 24 días después de entrega. Revocada por BGH.
Oberlandesgericht Köln	08.01.97	27 U 58/96	Máquina de corturiduría	No; aunque latente, debería haber notificado al vendedor antes de encargar la reparación.
Landgericht Saarbrücken	26.03.96	7 IV 75/95	Accesorios de salón de helados.	No; el tribunal sostiene que pagando el precio final termina para el comprador el derecho de quejarse.
Amtsgericht Augsburg	29.01.96	11 C 4004/95	Zapatos de moda	No; 18 meses (1 mes es correcto).
Landgericht Düsseldorf	11.10.95	2 O 506/94	Generador	Sí; 1 semana, pero no mencionado; decidido en base a otros fundamentos.
Amtsgericht Kehl	06.10.95	3 C 925/93	Tejidos	No; seis semanas - un mes se consideró razonable.
Oberlandesgericht Nürnberg	20.09.95	12 U 2919/94	Software	Sí; un día después del descubrimiento.
Oberlandesgericht Stuttgart	21.08.95	5 U 195/94	Máquinas	No; ninguno probado, un mes se consideró razonable.
Oberlandesgericht Hamm	09.06.95	11 U 191/94	Ventanas	Sí, aplicando el artículo 46.
Bundesgerichtshof	08.03.95	VIII ZR 159/94	Mejillones	No; 6 semanas, 1 mes se consideró razonable.
Oberlandesgericht Manchen	08.02.95	7 U 3758/94	Plástico	No; 3 meses irrazonables; 8 días razonable.
Amtsgericht Riedlingen	21.10.94	2 C 395/93	Jamón	No; 20 días a pesar de vacaciones; la averiguación en el acto es factible dentro de unos días (el jamón desarrolló el moho dentro de unas horas en el desembalaje).
Landgericht Nürnberg-Fürth	26.07.94	5 HKO 10824/93	Software	Sí; 1 día después del descubrimiento.
Landgericht Gießen	05.07.94	6 O 85/93	Ropa	No; fuera de límite de tiempo acordado. Art. 39 derogado.

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	NOTIFICACIÓN OPORTUNA
Landgericht Düsseldorf	23.06.94	31 O 231/94	Prensas	No; 4 y 20 meses después de la entrega, ambos tardíos.
Oberlandesgericht Köln	22.02.94	29 U 202/93	Madera	Sí; 8 días después de examen.
Oberlandesgericht Düsseldorf	10.02.94	6 U 32/93	Textiles	No; 2 mes, construcción estricta.
Landgericht Hannover	01.12.93	22 O 107/93	Zapatos	No; fuera de límite de tiempo acordado. Art. 39 derogado.
Landgericht Köln	11.11.93	86 O 119/93	Investigación	No; 21 días, debido a la fecha límite de la cual el vendedor sabía.
Oberlandesgericht Düsseldorf	12.03.93	17 U 136/92	Textiles	No; 25 días, analogía del HGB alemán §377 y renuncia implícita de defensa de aviso inoportuna.
Oberlandesgericht Saarbrücken	13.01.93	1 U 69/92	Puertas	No; 2 meses después de entrega.
Oberlandesgericht Düsseldorf	08.01.93	17 U 82/92	Pepinillos	No; 7 días desde la carga, implicado acuerdo de re examen.
Landgericht Berlin	30.09.92	99 O 123/92	Zapatos	No; 3½ meses después de la entrega.
Landgericht Berlin	16.09.92	99 O 29/93	Zapatos	No; más de 2 meses después de la entrega.
Landgericht Mönchengladbach	22.05.92	7 O 80/91	Textiles	No; 1 mes, el tribunal considera 1 semana para el examen y 1 para el aviso razonable.
Landgericht Baden-Baden	14.08.91	4 O 113/90	Azulejos	No; fuera de límite de tiempo acordado-art. 39 derogado.
Landgericht Stuttgart	13.08.91	16 S 40/91	Ropa	No; 6 semanas no son razonables. Nota: no fue dado un aviso separado bajo el art.39, sólo el aviso de resolución bajo el art. 49.
Landgericht Aachen	03.04.90	41 O 198/89	Zapatos	Sí; un día después del descubrimiento.
Landgericht Stuttgart	31.08.89	3KfHO 97/89	Zapatos	No; 16 días no oportunos en vista de defectos en entrega más temprana.
ITALIA				
Tribunale di Rimini	26.11.02	3095	Vajilla de porcelana	No; 6 meses después de la entrega (antesaviso no probado)
Tribunale di Vigevano	12.07.00	405	Goma de zuela de caucho	No; 4 meses caso por caso base para determinación (también no específico y no probado)
Pretura di Torino	30.01.97	No disponible	Tela de algodón	No; 7 meses después de entrega/descubrimiento

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	NOTIFICACIÓN OPORTUNA
Tribunale Civile di Cuneo	31.01.96	93/4126 [45/96]	Ropa	No; 23 días después de la entrega, el defecto fácilmente reconocible reduce el marco de tiempo.
PAISES BAJOS				
Hof Arnhem	27.04.99	97/700 y 98/046	Unidades de habitación	No; límite de más de 2 años: artículo 39 (2).
Hoge Raad (Corte Suprema)	20.02.98	16.442	Azulejos de suelo	No; 4 meses después de quejas de cliente (vicio oculto).
Hof Arnhem	17.06.97	96/449	Compresores de gases	No; 3 meses después de entrega.
Rb Zwolle	05.03.97	HA ZA 95-640	Pescado fresco	No; los productos perecederos requieren un período corto.
Rb Rotterdam	21.11.96	95/3590	Margaritas	No; 4 meses después de entrega.
Rb Roermond	06.05.93	925159	Calderas	No; 3 meses después de descubrimiento.
Hof s'Hertogenbosch	26.02.92		Zapatos	No; pagando por las mercaderías 2 meses después de la última entrega que el comprador aceptó sin objetar.
ESPAÑA				
Audiencia Provincial Pontevedra	03.10.02		Pescado congelado	Sí; 3 meses después de entrega (1 para examen, 2 para aviso).
Audiencia Provincial Coruña	21.06.02	201/2001	Huevos de trucha de arco iris	No; 10 semanas después de entrega, 6 semanas después de enviar huevos para análisis (virus detectable después de 2-7 días).
Audiencia Provincial Barcelona	12.09.01	566/2000	Mariscos congelados	Sí; aviso dado 11 días después de la publicación del informe sobre los defectos.
Audiencia Provincial Castellón	16.06.00	371/1999	Máquina industrial	No; pero el tribunal considera que el art. 39 tiene una «expresión mas laxa» que la del derecho interno español, que establece 30 días.
Audiencia Provincial Navarra	27.03.00	No disponible	Dosificadores de agua eléctricos	No; 6 meses después de entrega no oportuna.
SUIZA				
Tribunale d'appello di Lugano	08.06.99	12.19.00036	Botellas de vino.	No; 8 días acordados dejan sin mérito el tiempo del artículo 39. También el aviso no especificado.
Handelsgericht Zürich	30.11.98	HG 930634/O	Abrigos de piel de cordero	No; 1 mes. Permite 7-10 días para el Art. 38 y 2 semanas «generosas» para el aviso del art. 39; el defecto era obvio (colorante).

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	NOTIFICACIÓN OPORTUNA
Bezirksgericht Unterrehtal	16.09.98	EV. 1998.2 (1KZ. 1998.7)	Mobiliario	No; un año no es razonable.
Tribunale Cantonal Valais	29.06.98	CI 97 288	Ropa de deportes	No; 7-8 meses son demasiado tarde.
Obergericht Zug	24.03.98	OG 1996/2	Carne	Sí; 7-17 días, a pesar de productos perecederos
Obergericht Kanton Luzern	08.01.97	11 95 123/357	Aplicaciones médicas (dispositivos de infusión de sangre).	No; 3 meses después de la entrega no son razonables.
Cour de Justice Genève	10.10.97	C/21501/ 1996	Algodón acrílico.	Sí; vicio oculto – El plazo de 1 año fue reformado en Suiza y prevalece el art. 39(2).
Gerichtskommission Oberrheintal	30.06.95	OKZ 93-1	Deslizadores de puertas	No; 1 año obviamente demasiado tarde.
Handelsgericht Zürich	26.04.95	HG 920670	Tanque de aislamiento de agua de sal.	No; 4 semanas después de descubrimiento de la fuga.
ESTADOS UNIDOS				
US Circuit Court of Appeals (5 th Circuit)	11.06.03	<i>BP Oil v. Impresa</i>	Gasolina	No; debido a pruebas de la agencia, el comprador debería haber descubierto defectos y haber notificado antes de aceptar la entrega; pero remitido por Art. 40
US District Court (N.D. Illinois)	29.05.03	<i>Chicago Prime Packers v. Notham Foods</i>	Costillas de carne de cerdo congeladas	Sin decidir; el tribunal negó el juicio sumario para determinar si el aviso después de 1 mes de la entrega es razonable, Más hechos eran necesarios.
ARBITRAJE				
ICA Russian Federation Arbitration	11.02.00	226/1999	Equipo	Sí; 6 días después de descubrimiento.
ICC Corte Internacional de Arbitraje	7.08.99	9887	Productos químicos	Sí; 12 días después de la entrega.
ICC Corte Internacional de Arbitraje	7.08.99	9083	Libros	No; pauta de 14 días adoptada por la ley austriaca.
ICC Corte Internacional de Arbitraje	7.02.99	9474	Billetes de banco	No; 3 años.
CIETAC Arbitraje (China)	1999	n.a.	Piperonal aldehído	Sí; las mercaderías llegaron el 18 de noviembre: los avisos fueron cursados el 27 de diciembre cuando se descargaron las mercaderías del puerto; y el 30 de noviembre cuando se descargaron del contenedor, y el 4 de diciembre.

LUGAR	FECHA	REGISTRO NÚM.	MERCADERÍAS	NOTIFICACIÓN OPORTUNA
ICC Corte Internacional de Arbitraje	?09.97	8962	Mercaderías de cristal.	No; 5 semanas, 1 mes se consideró razonable.
ICA Russian Federation Arbitration	04.06.97	256/1996	n.a.	No; fuera del límite de tiempo del contrato de 30 días.
ICC Corte Internacional de Arbitraje	?06.96	8247	Compuesto químico	No; 3 semanas es demasiado tiempo para examen y aviso.
BTTP Bulgarian Arbitration	24.04.96	56/95	Carbón	No; artículo 40 revelado.
Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg	21.03.96	No disponible	Mercaderías	No; más de dos años.
Hungarian Court of Arbitration	05.12.95	VB/94131	Contenedores de desecho	No; 32 días asuntos rápidos
CIETAC Arbitration (China)	1995	No disponible	<i>Jasmine aldehyde</i>	Sí; los mismos días que el usuario final rechazó las mercaderías (pocos días después de la entrega)
ICC Corte Internacional de Arbitraje	23.08.94	7660/JK	Maquinaria	Sí; no explicado por qué.
Int. Schiedsgericht Bundeskammer Viena	15.06.94	SCH-4318	Hojas metálicas	No; fuera de marco de tiempo acordado. - Art. 39 derogado.
ICC Corte Internacional de Arbitraje	1994	7331	Cueros	Sí; marco de tiempo acordado de un mes, correcto.
ICC Corte Internacional de Arbitraje	1994	7565	Coca Cola	Sí; indiscutible.
ICC Corte Internacional de Arbitraje	1989	5713	No disponible	Sí; 8 días después del descubrimiento.

Opinión número 3: las reglas de exclusión de prueba oral y previa, del significado común, la cláusula de integración del contrato y la CISG

(Adoptada por el CISG-AC por unanimidad)¹

PETER SCHLECHTRIEM, *Presidente*

ERIC E. BERGSTEN, MICHAEL JOACHIM BONELL, ALEJANDRO M. GARRO, ROY M. GOODE, SERGEI N. LEBEDEV, PILAR PERALES VISCASILLAS, JAN RAMBERG, INGEBORG SCHWENZER, HIROO SONO, CLAUDE WITZ, *Miembros*
LOUKAS A. MISTELIS, *Secretario*

Ponente: Profesor **RICHARD HYLAND**

Facultad de Derecho de Rutgers, Camden, NJ, Estados Unidos de América

Traducción al castellano realizada por el licenciado Alejandro Osuna (Bufete Osuna & Rivero de Tijuana, México) y la Dra. Inés de San Martín (Estudio De San Martín y Asociados, Buenos Aires, Argentina), revisada por Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

OPINIÓN

1. La «Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa» (*«parol evidence rule»*) no ha sido incorporada a la CISG. La CISG regula

¹ Para ser citado: Consejo Asesor sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías («CISG-AC»), Opinión Consultiva núm. 3, Las Reglas de Exclusión de Prueba Oral y Previa, del Significado Común, la Cláusula de Integración del Contrato y la CISG. 23 de octubre de 2004. *Relator*: profesor Richard Hyland, Facultad de Derecho de Rutgers, Camden, NJ, Estados Unidos de América.

La reproducción de esta opinión está autorizada.

Esta opinión consultiva se dedica a la memoria de nuestro querido amigo, colega y maestro, profesor Allan Farnsworth, fallecido el 31 de enero de 2005.

Esta opinión es la respuesta a una consulta sometida por el Comité de Derecho Extranjero y Comparado del Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York. Las preguntas propuestas al Consejo fueron:

«1. Al resolver que la CISG permite a un tribunal dejar de lado la “Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa” (*Parol Evidence Rule*), que en general excluye «la prueba de cualquier acuerdo previo» (UCC 2-202), el Undécimo Circuito ha introducido un grado de incertidumbre innecesario en la redacción de contratos. Si prevalece la decisión en *MCC-Marble*, no hay seguridad de que las previsiones de los contratos más cuidadosamente negociadas y redactadas sean definitivas.

2. ¿Es aplicable la «Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa» (*Parol Evidence Rule*) bajo la CISG? Aunque dicha regla se considera sustantiva y no procesal, y por ello, dentro del alcance de la CISG, se puede argumentar que tal regla se ocupa de una materia «no regulada expresamente» por la CISG. La ley aplicable sería entonces la ley de la jurisdicción cuya ley «fuera aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado» [CISG art. 7 (2)], y si esa jurisdicción fuera los Estados Unidos u otra jurisdicción de *common law*, se aplicaría la «Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa».

3. ¿Es aplicable la «Regla del Significado Común» bajo la CISG?

4. ¿Podría una «Cláusula de Integración del Contrato» invocar la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa bajo la CISG, sin importar si esta última resultara aplicable de todas maneras?

el rol y el valor que se habrá de atribuir al acuerdo plasmado por escrito.

2. En algunas jurisdicciones del «*common law*», la «Regla del Significado Común» («*plain meaning rule*») impide que el tribunal tome en consideración, a fin de interpretar el contrato, pruebas que sean ajenas al texto escrito cuando su redacción, en apariencia, es inequívoca. Esta Regla del Significado Común no se aplica a los contratos regidos por la CISG.

3. Una «Cláusula de Integración del Contrato», también conocida como «Cláusula de Acuerdo Completo» («*Entire Agreement Clause*»), cuando se incluye en un contrato regido por la CISG, excluye la aplicación de las normas de interpretación y prueba previstas en la CISG. El efecto de esta cláusula puede ser el de impedir que una parte confíe en la prueba de declaraciones o acuerdos no incluidos en el texto escrito. Además, si ésta es la intención de las partes, una Cláusula de Integración del Contrato puede excluir la prueba de «usos del comercio» (*trade usages*). Sin embargo, para determinar el efecto que puede tener una Cláusula de Integración del Contrato, deben tomarse en cuenta las declaraciones y negociaciones de las partes, así como todas las demás circunstancias relevantes.

COMENTARIOS

1. INTRODUCCIÓN

1.1 *Interpretación y pruebas conforme a la CISG*

1.1.1 La CISG establece normas y principios para la interpretación y prueba de operaciones de compraventa internacional. Entre ellas se encuentran el artículo 8, que en general permite tomar en consideración todas las circunstancias relevantes en el transcurso de la interpretación de un contrato; el artículo 9, que incorpora ciertos usos en el contrato, y el artículo 11², que indica que un contrato y sus términos podrán ser probados por cualquier medio, incluso por testigos. Estas normas prevalecen sobre las normas internas sobre interpretación y prueba de los contratos. Toda vez que estas normas se aplican, salvo previsión en contrario, el artículo 6 permite a las partes derogarlas o modificar sus efectos.

² A menos que hayan introducido una reserva bajo el artículo 96.

1.1.2 El artículo 6 permite que las partes deroguen o modifiquen el efecto de dichas normas; por ejemplo, mediante una Cláusula de Integración del Contrato. Esta opinión consultiva examina algunas cuestiones que surgen cuando se requiere que un tribunal judicial o arbitral determine si las partes pretendieron, por medio de una Cláusula de Integración del Contrato, derogar las normas de la Convención que rigen la interpretación contractual.

1.2 *La Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa*

1.2.1 La Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa se refiere a los principios desarrollados por los tribunales del *common law* con el propósito de determinar la función o rol que debe cumplir y el valor que habrá de otorgarse a los textos contractuales. El propósito básico de estos principios es «preservar la integridad de los contratos por escrito rechazando la admisión de manifestaciones orales o del intercambio epistolar previos a la celebración del contrato, para contradecir el acuerdo escrito»³. A fin de permitir que la intención expresada por escrito sea la que prevalezca, el juez podrá excluir lo que se conoce como prueba extrínseca o prueba oral, especialmente aquellas declaraciones hechas durante las negociaciones. La Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa se aplica al derecho de los contratos en general, inclusive a la compraventa de mercaderías en jurisdicciones de *common law*⁴.

1.2.2 Se cree que la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa se ha desarrollado como un método para que los jueces eviten que los jurados de *common law* ignoren la prueba escrita, verosímil y confiable del contrato⁵. El orden jurídico de los EEUU conserva el derecho a juicio por jurado en materia civil, y la mayoría de los juicios civiles por jurado se llevan a cabo en los Estados Unidos⁶.

³ Larry DiMATTEO, «The Law of International Contracting» 212 (2000).

⁴ Por ejemplo, la Regla de la Exclusión de Prueba Oral y Previa ha sido incorporada a la regulación de la compraventa en el Código de Comercio Uniforme de los EEUU, Sección 2-202: «*Los términos respecto de los cuales acuerden los escritos confirmatorios de las partes, o aquéllos, de alguna otra manera plasmados en un escrito, que las partes pretenden sea la expresión última y definitiva de lo acordado en relación a esos términos allí incluidos, no pueden ser contradichos por la prueba de algún acuerdo anterior ni por un acuerdo verbal contemporáneo a la celebración del contrato, aunque pueden ser explicados o complementados por: a) el cumplimiento subsiguiente, el trato entre las partes o por usos del comercio (Sección 1-303), y b) por la prueba de términos adicionales concordantes con el contrato escrito, a menos que el tribunal concluya que, conforme a la intención de las partes, el documento escrito constituye una declaración exclusiva y completa de los términos del acuerdo.*»

⁵ Charles McCORMICK, «Handbook of the Law of Evidence» §§ 210-11 (1954).

⁶ Edward J. IMWINKELRIED, «A Comparative Critique of the Interface between Hearsay and Expert Opinion in American Evidence Law», 33 *Boston College Law Review* 1 (1991) at 34.

Como consecuencia, la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa se torna más importante en el derecho norteamericano que en otros sistemas de *common law*.

1.2.3 La Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa entra en juego cuando concurren dos circunstancias. Primero, que el acuerdo haya sido instrumentado por escrito; Segundo, que una de las partes intente ofrecer prueba extrínseca u oral ante quien ha de juzgar los hechos. La prueba extrínseca u oral incluye la prueba de las negociaciones, o de acuerdos relacionados con la materia del contrato, que no fue incorporada en el contrato escrito. Un caso típico involucra las aseveraciones del vendedor o sus representantes, expresadas durante las negociaciones, acerca de la calidad de los bienes. De acuerdo con la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa, el vendedor puede solicitar al tribunal que deniegue la admisión de prueba de cualquier aseveración no incorporada en el contrato escrito.

1.2.4 En el derecho inglés, la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa involucra la presunción, que admite prueba en contrario, de que el escrito ha previsto la inclusión de todos los términos del contrato⁷. Los tribunales ingleses primero examinan el escrito para determinar si fue hecho para servir como un verdadero registro del contrato⁸. Así, según el derecho inglés, la parte que confía en el escrito tiene el beneficio de que, cuando ese escrito parece estar completo, se presume que representa el contrato íntegro, sujeto al derecho de la otra parte de demostrar lo contrario⁹.

1.2.5 En el derecho de los EEUU, la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa opera en dos etapas¹⁰. Un tribunal de los EEUU pregunta primero si el escrito fue «integrado», es decir, si el escrito fue redactado con la finalidad de representar la expresión definitiva de los términos contenidos en él. Las notas de las partes, o un mero borrador del acuerdo, por ejemplo, usualmente no se considerarían integrados. Un escrito firmado por las partes y que contenga especificaciones detalladas se considerará por lo general como «integrado». Si el escrito está integrado, ninguna parte puede introducir prueba oral para contradecir los términos del escrito. Si el escrito se considera integrado, el segundo paso es determinar si está «integrado completamente», es decir, si fue hecho para representar la expresión completa del acuerdo de las partes. Si el escrito está completamente integrado, la prueba oral no resulta admisible para contradecir ni para completar los términos de ese escrito.

⁷ TREITEL, G. H., «The Law of Contract», 192 (11th ed. 2003).

⁸ Ídem.

⁹ Ídem at 193.

¹⁰ FARNSWORTH, *vid.* E. Allan, «Contracts», § 7.3 (3rd ed. 1999).

1.2.6 En el derecho de los EEUU se utilizan diferentes métodos para determinar si el escrito está completamente integrado¹¹. Algunos tribunales se comprometen con una presunción concluyente de que el escrito incorpora al contrato en su totalidad. Otros tribunales presumen que el escrito se encuentra completamente integrado, salvo que, conforme a sus propios términos, se refiera a factores extrínsecos al contrato. Otros tribunales incluso admiten la prueba de circunstancias extrínsecas, aunque no así de las negociaciones preliminares, cuando tratan de determinar si el escrito se encuentra integrado. Quizá el método más liberal es el propuesto por el *Restatement 2d of Contracts*: toda prueba extrínseca, incluyendo las negociaciones, puede ser considerada para determinar si las partes tuvieron la intención de que el escrito fuera una declaración completa y definitiva de sus obligaciones¹². El derecho de los EEUU en materia de compraventa ha adoptado un enfoque igualmente liberal¹³.

1.2.7 La Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa fue diseñada para cumplir tanto una función probatoria como una función de canalización, pero su eficacia ha sido cuestionada con frecuencia¹⁴. La función probatoria sirve para proteger al contrato escrito de perjurio o de prueba testimonial poco confiable con relación a expresiones orales. La función de canalización excluye los acuerdos anteriores que han sido reemplazados por otros acuerdos o que se han fusionado en el documento escrito. A pesar de su nombre, la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa es una regla de derecho sustantivo de interpretación de los contratos, más que una regla de prueba¹⁵. La Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa, por lo tanto, se aplica cuando el derecho sustantivo que rige el contrato la incluye.

1.2.8 Los sistemas de derecho continental (o de «derecho civil») en general no prevén juicios por jurado en causas civiles¹⁶ y usualmente tampoco imponen límites respecto del tipo de pruebas admisibles para probar los contratos celebrados entre comer-

¹¹ LINZER, Peter, «The Comfort of Certainty: Plain Meaning and the Parol Evidence Rule» 71 *Fordham L. Rev.* 799, 805-06 (2002).

¹² Restatement (Second) of Contracts § 214 (1981).

¹³ Por ejemplo, el hecho de que el documento escrito incluya detalles específicos no crea una presunción de que haya sido completamente integrado. «[...] Esta sección rechaza definitivamente ...cualquier suposición de que por haberse acordado un contrato por escrito que decide en forma definitiva algunos aspectos debe ser tomado como incluyendo todas las materias sobre las que se ha acordado ...» Vid. UCC Sección 2-202, comentario 1(a).

¹⁴ Joseph PERILLO & John CALAMARI, *Contracts*, § 3.2 at 123 (4th ed. 1998).

¹⁵ Vid. *MCC-Marble Ceramic Center, Inc. vs. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A.*, 114 F.3d 1384, 1388-89 (11th Cir. 1998); E. Allan Farnsworth, *supra* note 11, § 7.2 at 428-30.

¹⁶ RHEINSTEIN, Max, «Comparative Law-Its Functions, Methods and Usages», 22 *Ark. L. Rev.* 415, 422 (1968).

ciantes. Conforme al Código Civil francés, por ejemplo, a pesar de que incorpora una versión de la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa para contratos comunes sujetos al derecho civil¹⁷, toda forma de prueba se halla generalmente disponible contra los comerciantes.¹⁸ En el Derecho alemán no existe la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa para los contratos civiles ni para los mercantiles, aunque el Derecho alemán presume que todo contrato por escrito es preciso y completo¹⁹. Éste también es el caso en otros ordenamientos jurídicos, tales como el japonés²⁰ y el escandinavo.

1.2.9 Las declaraciones, acuerdos y la conducta que surgen después de la celebración del contrato por escrito son tratados de manera diferente en diversos sistemas de *common law*. En el Derecho de los EEUU, dichas declaraciones, acuerdos y conducta no se consideran «*parol evidence*» y por lo tanto no quedan excluidos por la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa²¹. El Derecho inglés, al contrario, intenta evitar la situación en la cual el significado de un contrato al momento de celebrarse varíe posteriormente. Por lo tanto, el derecho inglés no permite que la prueba de declaraciones de las partes o de la conducta posterior a la conclusión del contrato pueda alterar la interpretación del mismo²².

3.3 La «Regla del Significado Común» («The Plain Meaning Rule»)

Aun cuando la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa excluye la prueba oral que tenga como propósito contradecir o complementar los términos del contrato, la prueba oral es todavía generalmente admisible con el propósito de interpretar los términos volcados por escrito. No obstante, una doctrina del derecho estadounidense, conocida como la «Regla del Significado Común» donde ha sido adoptada, excluye, a los efectos de interpretar un

¹⁷ C.Civ. (Fr.), art. 1341 (1). Vid. también *Codice civile Italiano*, art. 2722, pero vid. también art. 1350.

¹⁸ Vid. *C.Comm. (Fr.) art. L. 110-113*.

¹⁹ Vid. OTTO PALANDT (*Helmut Heinrichs*), *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 125 BGB Rn. 15 (64a ed., Munich, 2005).

²⁰ En el Derecho japonés no existe una Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa Probatoria ni en materia de contratos civiles ni mercantiles. El derecho japonés presume que el contrato por escrito es preciso y completo. Un documento escrito auténtico tiene el valor probatorio de demostrar que el contrato fue celebrado tal como consta en el escrito. Vid., p. ej., Makoto Ito, *Minjisoshoho [Derecho Procesal Civil]* (3d ed.), 2004, p.66.

²¹ «*El curso de la ejecución del contrato por las partes del contrato se considera el mejor indicio de lo que pretendieron que significara el documento escrito*». Comentario 2 a la Sección 2-202 del UCC.

²² TREITEL G. H., *supra* note 8, at 195-196.

contrato, la prueba de hechos extrínsecos al mismo, particularmente la prueba de las negociaciones previas, a menos que el término en cuestión se considere ambiguo. En contraste con la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa, la Regla del Significado Común se ocupa sólo de la interpretación del contrato y no pretende excluir términos contradictorios o complementarios. La Regla del Significado Común se sustenta en la premisa de que, cuando el lenguaje es suficientemente claro, su significado puede determinarse de manera concluyente sin recurrir a la prueba de hechos extrínsecos al contrato²³. Según la Regla del Significado Común, el análisis preliminar se enfoca en determinar si el término del contrato en disputa es claro. Sólo si se considera que el término es ambiguo, se podrán admitir pruebas de negociaciones anteriores con miras a aclararlo²⁴.

1.4 Cláusulas de Integración del Acuerdo

Quizá las partes deseen asegurarse que no se tomen en cuenta las declaraciones previas a la suscripción del contrato por escrito. La «Cláusula de Integración del Acuerdo» o «Cláusula de Acuerdo Completo» («*Merger Clause*» o «*Entire Agreement Clause*») ha sido desarrollada para lograr mayor certeza al respecto. Esta Cláusula de Integración, que usualmente aparece entre las cláusulas finales de un contrato escrito, prevé que el documento contiene el acuerdo completo de las partes y que ninguna de ellas podrá valer-se de aseveraciones vertidas fuera del documento escrito²⁵.

2. LA REGLA DE PRUEBA ORAL PREVIA

La Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa no ha sido incorporada a la CISG. La CISG rige el rol y la relevancia que habrá de dársele al escrito que documenta el contrato.

²³ FARNSWORTH, E. Allan, *supra* note 11, § 7.12 at 476.

²⁴ *Vid. Id* § 7.12.

²⁵ Una típica Cláusula de Integración en un contrato de compraventa puede ser redactada de esta manera:

«El comprador acuerda que la Orden de Compra y el Contrato de Compraventa a los que se refiere esta operación incluyen todos los términos y condiciones de este Acuerdo y que este Acuerdo revoca y suspende cualquier acuerdo anterior y que a partir del día de la fecha incorpora la versión exclusiva y completa de los términos de este Acuerdo relativo a los temas cubiertos por él. El comprador también acepta y comprende que las promesas verbales de cualquier representante del vendedor no son válidas, renunciando a hacer valer cualquier promesa o entendimiento no expresado por escrito en este contrato.»

2.1 La CISG no incluye versión alguna de la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa. Al contrario, varias disposiciones de la CISG establecen que las declaraciones y otras circunstancias relevantes serán consideradas al determinar los efectos del contrato y de sus términos. Las más importantes de éstas son los artículos 8 y 11.

2.2 La segunda oración del artículo 11 establece que una parte que busque probar que una declaración se ha vuelto parte del contrato podrá hacerlo por cualquier medio de prueba, incluso por declaraciones de testigos. El artículo 8 se refiere a la interpretación del contrato²⁶. El artículo 8(1) establece que, en ciertas circunstancias, los contratos serán interpretados de acuerdo con la intención real de las partes. Cuando la investigación de la intención subjetiva resulta insuficiente para determinar dicha intención, el artículo 8(2) prevé que las declaraciones y la conducta deben interpretarse desde el punto de vista de una persona razonable. Esta evaluación, de acuerdo con el artículo 8(3), toma en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso, incluyendo las negociaciones, cualquier forma de conducirse o de ejecución que las partes hubieran establecido entre ellas, cualquier uso relevante y la conducta subsiguiente de las partes. Así, el artículo 8 permite que la prueba de hechos extrínsecos sea en general considerada cuando se determina el significado de un término contractual. En resumen, la CISG señala que el texto escrito del contrato es una, pero sólo una, de las muchas circunstancias que deben ser consideradas al establecer el sentido e interpretar los términos de un contrato²⁷.

2.3 La historia legislativa de la Convención concuerda con lo aquí expresado. El delegado canadiense en Viena propuso una versión de la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa²⁸. La pro-

²⁶ La mayoría de los comentaristas están de acuerdo en que el artículo 8, que cubre de manera expresa la interpretación que debe darse a las declaraciones y conducta de una de las partes, debiera también ser usado, *mutatis mutandis*, para interpretar los términos de un contrato. John Honnold, *Uniform Law for International Sales* § 105 (3rd ed. 1999). *Vid.* también, SCHLECHTRIEM & Schwenger (Schmidt-Kessel), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2d edition, Oxford 2005, art. 8.

²⁷ STAUDINGER, J. von (Ulrich Magnus), «Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch», art. 8 CISG Rn. 24 (*Neubearbeitung 1999*).

²⁸ «Entre las partes de un contrato de compraventa por escrito, será inadmisibles la prueba de testimonial con el fin de refutar o alterar sus términos, a menos que exista prueba prima facie, que surja de un escrito de la contraparte, de su prueba, o de un hecho cuya existencia haya quedado fehacientemente demostrada. Sin embargo, la prueba testimonial será admisible con el propósito de interpretar el documento.» *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Contratos para la Compraventa Internacional de Mercaderías, Registros Oficiales, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records, U.N. Doc. A/Conf./97/19, U.N. Sales No. E.81.IV.3, at 90 (1981) [hereinafter UNCISG Official Records]*, reproducido en John Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales, 662 (1989)*. Para un resumen de la historia legislativa, *vid.* Nota, «The Inapplicability of the Parol Evidence Rule to the United Nations

puesta fue justificada como un medio para limitar la admisibilidad de pruebas en aquellos casos en los cuales las partes habían optado por plasmar su acuerdo por escrito²⁹. El representante austríaco indicó que su delegación se oponía a la enmienda ya que «apuntaba a limitar la libre apreciación de la prueba» por el juez. Impedir que un juez revisara todas las pruebas violaría «un principio fundamental del derecho austríaco»³⁰. El representante de Japón también se opuso a la enmienda, a la que caracterizó como una «reformulación de la regla sobre prueba extrínseca que prevalecía en los países angloparlantes del *Common Law*»³¹. El único otro país que habló a favor de la propuesta fue Irak. La enmienda recibió escaso apoyo y fue rechazada³².

2.4 Hubo varias razones prácticas para no incluir una Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa en la CISG³³. Primero, la mayoría de los ordenamientos jurídicos admiten todas las pruebas relevantes en los litigios sobre contratos. En segundo lugar, la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa, especialmente como funciona en los Estados Unidos, se caracteriza por su gran variación y extrema complejidad³⁴. También ha sido objeto de constantes críticas³⁵.

2.5 Dado que la Convención ha resuelto específicamente aquellas cuestiones regidas por la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa del *Common Law*, no existe laguna alguna en la CISG, y por lo tanto no hay fundamentos para recurrir al derecho

Convention on Contracts for the International Sale of Goods» 28 *Hofstra L. Rev.* 799, 823-26 (2000).

²⁹ «El señor Samson (Canadá), quien introdujo [esta] enmienda... dijo que la finalidad era introducir un límite a la prueba admisible en aquellos casos donde las partes contratantes hubieran optado libremente por plasmar el contrato por escrito. En el contexto internacional, era importante asegurar una protección mínima para las partes que hubieran elegido esta opción. La enmienda apuntó a excluir la prueba testimonial a menos que estuviera apoyada por otra prueba resultante de un documento escrito emanado de la contraparte o por prueba circunstancial. La enmienda aspiraba a lograr un cierto grado de certeza con relación a hechos que pudieran ser usados para establecer un caso «prima facie»: por ejemplo, la clara determinación de un hecho importante podría ser aducido como prueba de la existencia del contrato.» UNCISG Registros Oficiales. Official Records, *supra* nota 28, at 270, reproducida en John Honnold, *Documentary History*, *supra* note 28, at 491.

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

³³ *Vid.* Nota, «MCC-Marble Ceramic Center: The Parol Evidence Rule and Other Domestic Law Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods», 1999 *BYUL, Rev.* 351, 360-62.

³⁴ «Pocas cosas son más oscuras que ésta, o más llenas de sutiles dificultades... [Una] masa de materias incongruentes están agrupadas juntas aquí y entonces, observadas con un enfoque erróneo». James THAYER, «The "Parol Evidence" Rule» 6 *Harv. L. Rev.* 325, 325 (1893).

³⁵ «La verdad es que la [Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa] ayuda muy poco a alcanzar los objetivos para los que supuestamente sirve», *Zell vs. American Seating Co.*, 138 F.2d 641, 644 (2d Cir. 1943) (Frank, J.).

interno no-uniforme³⁶. Por lo tanto, la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa no se aplica cuando el contrato se rige por la CISG³⁷. Los tribunales de los EEUU así lo han resuelto³⁸.

2.6 El caso rector en los EEUU es *MCC-Marble Ceramic Center, Inc. vs. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A.*³⁹ D'Agostino, el vendedor italiano, acordó vender al comprador, MCC-Marble, una compañía de Florida, azulejos de cerámica ordenados por el comprador. Después que MCC-Marble se negó a hacer ciertos pagos mensuales, D'Agostino rehusó a completar las órdenes pendientes. MCC-Marble demandó por incumplimiento. D'Agostino

³⁶ Dado que la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa no se aplica cuando el contrato se rige por la CISG, no hay nada que ganar, aunque algunos expertos lo han intentado, en decidir cuál de los varios aspectos de la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa concuerdan con los principios básicos de la CISG. *Vid. por ejemplo*, Harry FLECHTNER, «The U.N. Sales Convention (CISG) and MCC-Marble Ceramic Center, Inc. vs. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A.: The Eleventh Circuit Weighs in on Interpretation, Subjective Intent, Procedural Limits to the Convention's Scope, and the Parol Evidence Rule» 18 *J. L. & Com.* 259, 284 (1999) («*Algunos aspectos de la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa ... parecen mantener su validez bajo la Convención*»; Note, «The Parol Evidence Rule and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Justifying Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. vs. American Business Center, Inc.» 1995 *BYUL Rev.* 1347 (1995). En cambio, el particular método interpretativo de la CISG debe ser desarrollado desde el texto y propósitos de la misma CISG.

³⁷ La mayoría de los comentaristas están de acuerdo. *Vid.*, p.ej., Larry DiMatteo, *supra* note 4, at 21; John Honnold, *Uniform Law*, *supra* note 26, § 110; Peter SCHLECHTRIEM (Peter SCHLECHTRIEM), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Art. 11 No. 13 (2nd ed. 1998); Kritzer, Albert, «Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods» 94 (1994); AUDIT, Bernard, «La vente internationale de marchandises» 43 n. 3 (1990); Note, *supra* note 33, 1999 *BYUL Rev.* at 359; WINSHIP, Peter, «Domesticating International Commercial Law: Revising U.C.C. Article 2 in Light of the United Nations Sales Convention,» 37 *Loyola L. Rev.* 43, 57 (1991); MURRAY, John, «An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,» 8 *J. L. & Comm.* 11, 44 (1988) («CISG rejects the parol evidence rule in the most frugal terms») (La CISG rechaza la regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa en sus términos más restrictivos»). Para ver la opinión contraria, *Vid.* Note, *supra* note 37, 1995 *BYUL Rev.* at 1351.

³⁸ *Vid.* *MCC-Marble Ceramic Center, Inc. vs. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A.*, *supra* note 16, 114 F.3d at 1392-93 («La CISG... descarta la aplicación de la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa, la cual de otra manera excluiría la consideración de prueba relativa a acuerdos orales previos o negociados contemporáneamente»); *Shuttle Packaging Systems, LLC vs. Tsonakis*, 2001 *WL 34046276 (W.D.Mich. 2001)* («los acuerdos de compraventa internacional regidos por la Convención no están sujetos a la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa»); *Mitchell Aircraft Spares, Inc. v. European Aircraft Service AB*, 23 *F.Supp.* 2d 915, 919-21 (N.D.Ill. 1998); *Claudia v. Olivieri Footwear Ltd.*, 1998 *WL 164824 *5-6 (S.D.N.Y.)* («los contratos regidos por la CISG están libres de los límites de la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa y existe un espectro más amplio de prueba admisible para considerar al interpretar los términos del acuerdo de las partes»); *Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp.*, 789 *F.Supp.* 1229, 1238 n. 7 (S.D.N.Y. 1992), app. dismissed, 984 F.2d 58 (2nd Cir. 1993) («la Convención esencialmente rechaza... la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa»). *Contra*: *Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. vs. US Business Center, Inc.*, 993 F.2d 1178, 1183 n. 9 (5th Cir. 1993) (en un pasaje no esencial para el tema a decir, el tribunal aplicó el Derecho interno de Texas).

³⁹ *Supra*, nota 16.

se defendió basándose en la falta de pago. D'Agostino señaló las cláusulas pre-impresas en el reverso del contrato escrito, que le daban el derecho de terminar el contrato si MCC incumplía con el pago. Durante el juicio, MCC-Marble intentó ofrecer prueba de las negociaciones de las partes para acreditar que el acuerdo no incluía las cláusulas pre-impresas. El Juez de primera instancia aplicó al Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa y dictó una sentencia, como una cuestión de puro derecho, a favor del vendedor. El Undécimo Circuito revocó la resolución, resolviendo que la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa no se aplica cuando el contrato se rige por la CISG.

2.7 Aunque la Regla de Exclusión de Prueba de Oral y Previa no se aplica a contratos regidos por la CISG, ésta ha incorporado directivas similares a dicha regla. El propósito principal de la Regla de Exclusión de Prueba Oral y Previa es respetar la importancia que las partes han otorgado a su escrito. Conforme a la CISG, un escrito también constituye un hecho importante de la operación se debe presumir que cumple una función, en caso contrario no se hubiera utilizado. Uno de los objetivos de la interpretación contractual es determinar el rol que ha de desempeñar el escrito. Los comentaristas concuerdan en que el contrato por escrito recibirá con frecuencia una consideración especial bajo la CISG⁴⁰.

2.8 El rol especial del escrito, sin embargo, debe interpretarse de conformidad con los principios generales que rigen la CISG. La intención de las partes respecto del rol de su escrito merece el mismo respeto que cualquier otro elemento de su voluntad. Los principios del artículo 8 han de ser utilizados para determinar esa intención. Si las partes pretendieron que su escrito fuera la única manifestación de sus obligaciones, las negociaciones previas y otras circunstancias extrínsecas no deberían ser consideradas durante la interpretación del contrato. Sin embargo, los artículos 8 y 11 expresan el principio general de que no se presumirá que los escritos están «integrados»⁴¹.

⁴⁰ Vid. SCHLECHTRIEM, See Peter (Peter SCHLECHTRIEM), Commentary, *supra* nota 39, art. 11, Rn. 13 («eso no descarta la existencia de una “preferencia” por la prueba de declaraciones por escrito»); HONNOLD, John, «Uniform Law», *supra* note 28, § 110 (Es de esperar que los juristas al interpretar los acuerdos sujetos a la Convención continúen otorgando efecto especial, y en la mayoría de los casos dominante, a los minuciosos acuerdos por escrito).

⁴¹ FLECHTNER, Harry, *supra* note 33, 18 *J. L. & Comm.* at 278-79 («la pregunta si las partes tuvieron la intención de que un escrito sea integrado debe ser contestada como cualquier otra pregunta sobre la intención de las partes conforme a la CISG, y sin el beneficio de una presunción en el sentido que el escrito constituye una integración»).

3. LA REGLA DEL SIGNIFICADO COMÚN

En algunas jurisdicciones de la *common law*, la Regla del Significado Común impide a un tribunal considerar, al interpretar un contrato, pruebas que están fuera de un escrito aparentemente inequívoco. La Regla del Significado Común no se aplica bajo la CISG.

3.1 La mayoría de las jurisdicciones en los Estados Unidos conservan alguna versión de la Regla del Significado Común en su *common law*, aunque ésta ha sido rechazada por otras jurisdicciones de ese país así como por el *Restatement (Second) of Contracts*⁴², y por el Código de Comercio Uniforme⁴³. Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales también rechazan la Regla del Significado Común al establecer que, aun en presencia de una Cláusula de Integración del Contrato, las declaraciones o acuerdos previos pueden ser utilizados para interpretar un escrito⁴⁴.

3.2 El artículo 8 especifica el método de la Convención para la interpretación de los contratos. Por regla general, el artículo 8 dispone que todos los hechos y circunstancias del caso, incluyendo las negociaciones entre las partes, deben ser consideradas en el transcurso de la interpretación del contrato. El escrito constituye uno de esos factores, y aunque siempre es importante, no es el factor exclusivo. Las palabras no son casi nunca inequívocas⁴⁵. Más aún, la aplicación de la Regla del Significado Común frustraría uno de los objetivos básicos de la interpretación contractual conforme a

⁴² «Se ha dicho a veces que la prueba extrínseca no puede cambiar el significado común de un escrito, pero el significado casi nunca puede ser claro salvo dentro de un contexto... Cualquier determinación de significado o de ambigüedad sólo podría ser hecha a la luz de la prueba relevante de la situación y de las relaciones de las partes, la materia objeto de la operación, las negociaciones preliminares y las declaraciones hechas en ellas, los usos de comercio y el transcurso del intercambio entre las partes... Pero después que la operación se ha mostrado en toda su extensión, las palabras de un acuerdo integrado quedan como la prueba más importante de la intención». *Restatement (Second) of Contracts* § 212 comment b (1981).

⁴³ «Esta sección definitivamente rechaza... [l]a premisa de que el lenguaje que ha sido utilizado tiene el significado que se le atribuye a ese lenguaje por las normas jurídicas de interpretación, más que el significado que surge del contexto comercial en el cual fue usado...» *UCC* § 2-202, *Comentario 1 (b)*.

⁴⁴ *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* Art. 2.1.17 (2nd sentence).

⁴⁵ Nunca se puede descartar la posibilidad de que por acuerdo de partes, usos de comercio o criterio comercial, se otorgue un significado especial a palabras comunes. Por esa misma razón no existe un término contractual completamente inequívoco, a pesar de la supuesta regla que habilita el recurso a prueba extrínseca sólo cuando hay ambigüedad. Entre pasteleros, aparentemente, una docena significa trece. Cabe recordar que la Casa de los Lores en *The Antaios* [1985] AC 191, confirmó un laudo arbitral que interpretó la palabra «incumplimiento» como «incumplimiento sustancial» a fin de darle sentido comercial al contrato, aun cuando «incumplimiento» es una palabra totalmente inequívoca.

la CISG, que consiste en centrarse en la intención real de las partes. Si los términos del contrato son considerados inequívocos, la Regla del Significado Común evitaría la presentación de otras pruebas acerca de la intención de las partes⁴⁶.

3.3 Por lo tanto, conforme a la CISG, el hecho de que el significado del escrito parezca inequívoco no excluye el recurso a prueba extrínseca como ayuda para determinar la intención de las partes.

4. CLÁUSULAS DE INTEGRACIÓN DEL ACUERDO

Una «Cláusula de Integración,» conocida también como «Cláusula de Acuerdo Completo», cuando se incluye en un contrato regido por la CISG, deroga las normas de interpretación y de prueba contenidas en la CISG. El efecto puede ser el de prevenir que una parte intente valerse de pruebas de declaraciones o acuerdos no incluidos en el escrito. Inclusive, si las partes tuvieron esa intención, una Cláusula de Integración del Contrato puede excluir la prueba de usos de comerciales.

Sin embargo, al determinar el efecto de tal Cláusula de Integración del Contrato, se tomarán en cuenta tanto las declaraciones de las partes y sus negociaciones, como cualquier otra circunstancia relevante,

4.1 Cuando las partes incorporan una Cláusula de Integración del Contrato,⁴⁷ ésta puede tener como efecto la derogación, conforme al artículo 6 de la CISG, de las normas de interpretación y de prueba contenidas en la CISG. En tal sentido, la Cláusula de Integración del Contrato tiene dos objetivos⁴⁸. El primero es el de excluir la prueba extrínseca que de otra manera hubiera complementado o contradicho los términos del escrito⁴⁹. Tales Cláusulas de Integración del Contrato principalmente derogan el artículo 11, que establece que un contrato de compraventa puede ser probado por cualquier medio, incluso por testigos. El segundo objetivo es el de evitar que se recurra a pruebas extrínsecas a fines de interpretar

⁴⁶ «Cuando un contrato es inequívoco, el tribunal debe... hacer lugar al contrato tal cual está escrito, dado que el deber del tribunal es declarar el significado de lo que fue escrito en el documento y no de lo que se intentó fuera escrito» «Vol 11 Samuel Williston, *A Treatise on the Law of Contracts* § 30:6 at 80-83 (Richard Lord ed., 4th ed. 1999). Criticando la Regla del Significado Común, *vid.* Vol 5 Arthur Corbin (Margaret Kniffen), *Contracts* § 24.7 (rev. ed. 1998).

⁴⁷ Para un ejemplo, *vid.* nota 27 *supra*.

⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo, *vid.*, e.g., C. M. Bianca & M. J. Bonell (E. Allan Farnsworth), *Commentary on the International Sales Law* Art. 8 § 3.3 at 102 (1987).

⁴⁹ Para «escrito» *vid.* CISG-AC Opinion núm. 1 - <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html>

el contrato. Este objetivo constituiría una derogación de los cánones de interpretación incorporados en el artículo 8. Conforme a la CISG, la medida en que la Cláusula de Integración del Contrato alcanza uno o ambos objetivos es una cuestión de interpretación de esta cláusula.

4.2 Varias cuestiones relativas a las Cláusulas de Integración son tratadas en instrumentos de Derecho internacional uniforme, tales como los Principios UNIDROIT⁵⁰ y los Principios de Derecho Contractual Europeo⁵¹.

4.3 Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales reconocen expresamente las Cláusulas de Integración del Acuerdo. Conforme a los Principios Unidroit, si bien las declaraciones y acuerdos previos no pueden utilizarse para contradecir o complementar un escrito que contiene una Cláusula de Integración, tales declaraciones y acuerdos pueden ser utilizados para interpretar el contrato.

4.4 El artículo 2.105 de los Principios de Derecho Contractual Europeo distingue entre las Cláusulas de Integración del Acuerdo que resultan de negociaciones individuales y aquellas que no. Si la Cláusula de Integración fue negociada individualmente, las declaraciones, compromisos o acuerdos previos que no están incorporados en un escrito no forman parte del contrato. Si no fue negociada individualmente, la Cláusula de Integración del Contrato establece una mera presunción de que no hubo intención de hacer que las declaraciones y acuerdos previos formaran parte del contrato. Esta presunción puede ser refutada⁵². Además, los Principios Europeos establecen que una parte, por sus declaraciones o conducta, se verá impedida de hacer valer una Cláusula de Integración del Contrato en la medida en que la otra parte haya confiado razonablemente en esas declaraciones o en esa conducta.

4.5 La CISG no se ocupa de las Cláusulas de Integración del Contrato y por lo tanto no contiene distinciones similares. Efectivamente, la línea divisoria puede ser borrosa. Conforme a la CISG existen precedentes a favor de la proposición de que una Cláusula de Integración debidamente redactada excluye la consideración de

⁵⁰ Vid. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, artículo 2.1.17.

⁵¹ Vid. *Article 2:105*.

⁵² «Sucede a menudo que las partes utilizan contratos estandarizados que contienen una Cláusula de Integración del Contrato a la cual no le prestan atención. Una regla conforme a la cual tal cláusula siempre impediría a una de las partes invocar declaraciones o compromisos previos sería demasiado rígida y conduciría frecuentemente a resultados contrarios a la buena fe.» *Principles of European Contract Law*, artículo 2:105, *Comentario. Principles of European Contract Law Artículo 2:105 y Comentario*.

la prueba extrínseca⁵³. Sin embargo, la prueba extrínseca no debe ser excluida, a menos que las partes hubieran querido efectivamente que ése fuera el efecto de la Cláusula de Integración del Contrato. La cuestión debe resolverse por referencia a los criterios enunciados en el artículo 8 y sin referencia al derecho interno. Al decidirse si una Cláusula de Integración del Contrato representa la intención de las partes, el artículo 8 requiere el análisis de todos los hechos y circunstancias relevantes.

4.6 Conforme a la CISG, una Cláusula de Integración del Contrato no tiene generalmente el efecto de excluir la prueba extrínseca a fines de la interpretación contractual. Sin embargo, la Cláusula de Integración del Contrato puede evitar que se recurra a prueba extrínseca para este propósito si la redacción específica, unida a todos los demás factores relevantes, dejan en claro la intención de las partes de derogar el artículo 8 para la interpretación del contrato⁵⁴.

4.7 El artículo 9 exige que una corte o tribunal considere varios factores al determinar si las partes han acordado ciertos usos o establecido prácticas comerciales entre ellas. Generalmente, no habrá de mantenerse que una Cláusula de Integración del Contrato excluye los usos comerciales relevantes conforme al artículo 9(1) o las prácticas establecidas dentro del contexto implícito de la operación, a menos que dichos usos y prácticas sean específicamente mencionados.

⁵³ Vid. por ejemplo, MCC-MARBLE «Ceramic Center», Inc. vs. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A., *supra* note 16, 114 F.3d at 1391 (« en la medida en que las partes deseen evitar problemas de prueba oral y previa (parole evidence), ellas pueden incluir una cláusula de integración en su acuerdo, apuntando que se extinga todo acuerdo o entendimiento previo que no esté expresado en el escrito»); HONNOLD, John, «Uniform Law», *supra* note 26, § 110 (1) («los términos contractuales (frecuentemente denominados “cláusulas de integración”) que dejan sin efecto cualquier acuerdo previo o contemporáneo al contrato estarían respaldados por el art. 6»); AUDIT, Bernard, *supra* note 39, at 43 n. 3 (1990) («la cláusula relativamente frecuente según la cual el escrito firmado por las partes debe ser tomado en consideración excluyendo todo otro elemento... debería ser eficaz en virtud del art. 6»); DiMATTEO, Larry, *supra* note 4, at 215-16.

⁵⁴ Vid. MURRAY, John, *supra* note 39, 8 J. L. & Comm. at 45 («la típica cláusula de integración, bien conocida por los abogados norteamericanos, puede resultar insuficiente para este propósito. Al menos, alguna referencia explícita a la voluntad de las partes de derogar el art. 8 (3) a través del art. 6 proporcionaría una vía más segura»).

Opinión número 4: contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (art. 3 CISG)

(Adoptada por el CISG-AC por unanimidad)¹

PETER SCHLECHTRIEM, *Presidente*

ERIC E. BERGSTEN, MICHAEL JOACHIM BONELL, ALEJANDRO M. GARRO, ROY M. GOODE, SERGEI N. LEBEDEV, PILAR PERALES VISCASILLAS, JAN RAMBERG, INGEBORG SCHWENZER, HIROO SONO, CLAUDE WITZ, *Miembros*
LOUKAS A. MISTELIS, *Secretario*.

Ponente: Profesora **PILAR PERALES VISCASILLAS**

Universidad Carlos III de Madrid

Traducción al castellano realizada por David Ramos Muñoz, Becario del Área de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid, y revisada por los profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

OPINIÓN

1. Los párrafos (1) y (2) del artículo 3 de la CNUCCIM rigen materias distintas, si bien en operaciones complejas puede existir cierta influencia recíproca en su interpretación y aplicación.

Artículo 3(1) CNUCCIM: Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

2. Al interpretar las palabras «parte sustancial» según el artículo 3(1) CNUCCIM debe usarse, con carácter primordial, el criterio del «valor económico». El criterio de «esencialidad» debe

¹ Para ser citado: CISG-AC Opinión núm. 4, Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (art. 3 CNUCCIM), 24 octubre 2004. Rapporteur: profesora Pilar Perales Viscasillas, Universidad Carlos III de Madrid.

La reproducción de esta opinión está autorizada.

Esta opinión es una respuesta a la solicitud del Grupo de Estudio sobre un Código Civil europeo y su Comité encargado de la fijación de prioridades y agenda, dirigida al Consejo, con objeto de reflejar la interpretación del artículo 3 de la CNUCCIM y proporcionar una respuesta a las siguientes preguntas:

1. Si ambas partes suministran materiales que se utilizarán en la fabricación de mercaderías para una de las partes, ¿cuáles son los factores relevantes según el artículo 3(1) para trazar la distinción entre un contrato de compraventa regido por la Convención y un contrato de servicios regido por el derecho interno no uniforme?

2. Si una parte se ha comprometido a entregar mercaderías y suministrar servicios, ¿cuáles son los factores relevantes según el artículo 3(2) CNUCCIM para determinar la aplicabilidad de la CNUCCIM en lugar del derecho interno no uniforme en dichos casos?

3. ¿Cuál es la relación entre los párrafos (1) y (2) del artículo 3 CNUCCIM?

considerarse únicamente cuando el del «valor económico» no puede o no debe aplicarse por no ser apropiado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

3. Lo «sustancial» no debe medirse de acuerdo con porcentajes de valor predeterminados, sino que debe determinarse sobre la base de un análisis global.

4. El suministro de mano de obra u otros servicios necesarios para la manufactura o producción de las mercaderías se encuentra contemplado dentro de las palabras «manufacturadas o producidas» del artículo 3(1) CNUCCIM y no se rige por el artículo 3(2) CNUCCIM.

5. Las palabras «materiales necesarios para esa manufactura» en el artículo 3(1) CNUCCIM no contemplan los dibujos, especificaciones técnicas, tecnología o fórmulas, a menos que los mismos incrementen el valor de los materiales suministrados por las partes.

6. En la interpretación del artículo 3(1) CNUCCIM, es irrelevante si las mercaderías son fungibles o no fungibles, estandarizadas o fabricadas por encargo.

Artículo 3(2) CNUCCIM: La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

7. El artículo 3(2) regula los contratos mixtos. Discernir si las diferentes obligaciones relativas a bienes y servicios están contempladas en un contrato mixto, o bien en varios contratos, es una cuestión de interpretación del contrato.

8. En la interpretación de los acuerdos de las partes, los elementos relevantes a tomar en cuenta incluyen, *inter alia*, la denominación y contenido completo del contrato, la estructura del precio y el valor otorgado por las partes a las diferentes obligaciones del contrato.

9. En la interpretación del término «parte principal» según el artículo 3(2) CNUCCIM, debe utilizarse primordialmente el criterio del «valor económico». El criterio de la «esencialidad» debe considerarse sólo cuando el del «valor económico» es imposible o inapropiado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

10. Lo «principal» no debe cuantificarse mediante porcentajes de valor predeterminados, sino que debe determinarse sobre la base de un análisis global.

11. En el artículo 3(2) CNUCCIM debe prevalecer la forma plural de la palabra «obligaciones», a pesar del uso de la forma singular en las versiones árabe y francesa de la Convención.

COMENTARIOS

1. INTRODUCCIÓN

1.1 El artículo 3 CNUCCIM es una de las disposiciones que define el campo de aplicación de la Convención. El artículo considera los contratos para el suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas como contratos de compraventa, a menos que el comprador asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para la manufactura o producción [art. 3(1) CNUCCIM]. Según el artículo 3(2) CNUCCIM, la Convención no se aplica a los contratos mixtos en los que existe suministro de mano de obra u otros servicios si el suministro de mano de obra o los otros servicios constituyen la parte principal de las obligaciones de la parte que proporciona las mercaderías.

1.2 Los párrafos (1) y (2) del artículo 3 CNUCCIM regulan materias diferentes, aunque en operaciones complejas puede existir cierta influencia recíproca en su interpretación y aplicación. Por ejemplo, cuando los materiales suministrados por el comprador no constituyen la parte sustancial de los materiales necesarios para manufacturar las mercaderías (y, por consiguiente, según el artículo 3(1), se aplicaría la CNUCCIM), y los servicios proporcionados por el vendedor evaluados por separado no suponen la parte principal de la prestación de servicios del contrato mixto (de modo que, según el artículo 3(2), la CNUCCIM también se aplicaría a esta parte), no obstante, en circunstancias excepcionales, ambas contribuciones combinadas podrían cambiar el carácter de la operación en su conjunto de tal modo que no pudiese considerarse como una compraventa regida por la CNUCCIM. Sin embargo, en estas situaciones, no sólo debe tenerse en cuenta y caracterizarse la operación completa, sino también el principio de que, en caso de duda, debe preferirse la aplicación de la Convención.

1.3 Distinguir los contratos para la compraventa de mercaderías de los contratos de prestación de servicios es una cuestión muy controvertida en muchos ordenamientos internos en los que existe una sub-categoría de los últimos: contratos de obra en los que una de las partes proporciona los materiales necesarios para la construcción por la otra (contratos de obra con suministro de materiales). Aunque los distintos ordenamientos considerarían unánimemente al contrato como de obra cuando el comprador (propietario) proporciona todos o una parte sustancial de los materiales, cuando es el vendedor (contratista) quien los proporciona, se contemplan diferentes soluciones: contratos de compraventa, contratos de obra, o incluso contratos mixtos *sui generis*.

1.4 Los ordenamientos internos difieren en lo relativo a los criterios y factores que deben aplicarse para caracterizar un contrato como de compraventa. Los criterios que deben seguirse incluyen, entre otros, la comparación entre la obligación de hacer y la obligación de dar; el carácter del objeto/mercaderías (fungible/no fungible; estándar/hecho a medida); la posible alteración del objeto (si se ha creado un artículo con individualidad propia); si la producción de las mercaderías se llevó a cabo antes del contrato, o si las mercaderías pertenecen al tipo usualmente producido por el vendedor; la cualificación de la persona que produce las mercaderías; y, finalmente, la necesidad de transferir la propiedad de las mercaderías².

1.5 En comparación con la diversidad de enfoques que encontramos en los ordenamientos internos, la Convención adopta dos criterios de distinción, el de la «parte sustancial» (art. 3(1) CNUCCIM) y el de la «parte principal» (art. 3(2) CNUCCIM). Por tanto, la Convención considera como contratos de compraventa los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas por el vendedor con materiales provistos por él mismo o por el comprador, si el comprador se compromete a proporcionar parte, si bien no una parte sustancial, de los materiales necesarios para la manufactura o producción (art. 3(1) CNUCCIM)³. No obstante, según muchos ordenamientos internos, dichos contratos no se considerarían contratos de compraventa de mercaderías. Por otro lado, la Convención no se aplica si la parte principal de las obligaciones de la parte que proporciona las mercaderías consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

1.6 Los términos «sustancial» y «principal» han sido objeto de opiniones divergentes por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Muchas de estas interpretaciones se derivan y reflejan las doctrinas nacionales aplicadas al análisis del artículo 3 CNUCCIM. Es necesaria una interpretación autónoma, internacional y uniforme del artículo 3 CNUCCIM [art. 7(1) CNUCCIM].

1.7 El análisis del artículo 3 CNUCCIM se convierte en más complejo debido a otros cuatro factores:

a) Diferencias entre los distintos textos auténticos de la Convención con respecto a las palabras «sustancial» [art. 3(1)], «principal» [art. 3(2)] y «obligaciones» [art. 3(2)];

² Vid PERALES VISCASILLAS, Pilar, «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo». *Actualidad Civil*, núm. 47-48, 15 al 28 de diciembre de 2003, pp. 1199-1224.

³ En esta situación las reglas de la Convención se aplican al incumplimiento o cumplimiento defectuoso del comprador con las necesarias adaptaciones. Vid. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford: 2005, art. 3, núm. 3.

- b) Diferentes interpretaciones del artículo 3 CNUCCIM y otros tratados internacionales relevantes⁴;
- c) Los comentarios y la jurisprudencia sobre el artículo 3 son escasos y a menudo no contienen análisis profundos de las diferentes cuestiones interpretativas en juego; y
- d) Finalmente, la relación entre el artículo 3(1) y el artículo 3(2) CNUCCIM.

2. EL ARTÍCULO 3(1) CNUCCIM: LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE MERCADERÍAS QUE HAYAN DE SER MANUFACTURADAS O PRODUCIDAS

a) *La interpretación de «parte sustancial»*

2.1 La Convención utiliza un término vago, «parte sustancial», como uno de los elementos clave en la interpretación del artículo 3(1) CNUCCIM. Existen diferencias entre los textos auténticos de la Convención («*substantial part*», «parte sustancial», y «*part essentielle*»), que parecen denotar la existencia de diferentes estándares interpretativos. La doctrina ha utilizado también diferentes términos indeterminados para delimitar «parte sustancial», lo que no ayuda a aclarar su significado. Por ejemplo, «parte sustancial» ha sido definido como «considerable part»⁵, o como «parte cuantiosa»⁶.

2.2 Existen dos criterios interpretativos distintos del término «sustancial»: valor económico y esencialidad. También es preciso examinar la necesidad de cuantificar el término «sustancial».

1. El criterio del «valor económico» vs. la «esencialidad»

2.3 Diversos autores han considerado que «parte sustancial» se refiere al valor económico⁷: los materiales proporcionados por

⁴ El texto en inglés del artículo 4 de la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales de Compraventa (22 de diciembre de 1986) es idéntico al artículo 3 CNUCCIM. No obstante, en este caso el texto francés no utiliza el término «*part essentielle*» (como el art. 3(1) CNUCCIM), sino «*part importante*».

El artículo 6 de la Convención de 1974 de las Naciones Unidas sobre el período de prescripción en la Compraventa Internacional de Mercaderías es prácticamente idéntico al artículo 3 de la CNUCCIM. La versión española sigue la francesa más que la inglesa y, por tanto, el estándar utilizado es «parte esencial» en lugar de «parte sustancial» (*substantial part*) como en la CNUCCIM.

⁵ KHOO, Warren, Article 3, núm. 2.2, en Cessare Massimo Bianca y Michael Joachim Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, Giuffrè, 1987.

⁶ ADAME GODDARD, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, México: McGraw-Hill, 1994, p. 50.

⁷ *Vid.*, entre otros: O. HONNOLD, John, «Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention», *The Hague: Kluwer Law International*, 3.^a ed.

el comprador deben ser superiores en valor (precio) comparados con aquellos provistos por el vendedor para poder excluir la CNUCCIM⁸. Este criterio ha sido seguido en algunos casos⁹.

2.4 Otros autores, apoyados por cierta jurisprudencia, consideran que el estándar interpretativo del término «parte sustancial» debería basarse en la esencialidad de las mercaderías, *i.e.*, en la calidad/funcionalidad de los materiales proporcionados por las partes, como parece sugerir la versión francesa al utilizar el término «parte esencial»¹⁰. También ha habido casos que siguen esta postura¹¹.

1999, núm. 106. Alguna doctrina utiliza también el «test de la esencialidad» como criterio secundario tras el test del valor económico: ENDERLEIN, Fritz/MASKOW, Dietrich, «International Sales Law», *Oceana*, 1992, pp. 36-37.

⁸ También en la jurisprudencia donde se compara el valor de los materiales suministrados por el vendedor con el valor de los materiales suministrados por el comprador: LG Berlin, 24 de marzo de 1998 (Alemania); HG Zürich, 10 de febrero de 1999 (Suiza); y HG Zürich, 8 de abril de 1999 (Switzerland).

⁹ Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Budapest, 5 de diciembre de 1995 (VB/94131) (Hungría): suministro de contenedores de residuos que debían ser fabricados por el vendedor, el valor de los materiales suministrados por el comprador sólo ascendía a, aproximadamente, el 10% del valor total de los contenedores que debían ser fabricados, por lo que la CNUCCIM resultó aplicable por medio del artículo 3 (1); HG Zürich, de 8 de abril de 1999 (Suiza); y el laudo de la CCI 8855/1997, JDI, 2000, 4, p. 1070, con las observaciones de J. Arnaldez, afirmando que el art. 3(1) se refiere a «la part prépondérante, c'est-à-dire la valeur essentielle».

OLG München, de 3 de diciembre de 1999 (Alemania) es un caso interesante porque aplica el criterio del valor económico y de la esencialidad, este último sobre la base de la redacción del texto francés: «Las pocas herramientas que debían ser suministradas por el comprador no son esenciales ni desde el punto de vista de su valor ni de su función».

¹⁰ Existe jurisprudencia y comentarios doctrinales que han considerado que el término francés «part essentielle» implica una interpretación basada en la calidad/funcionalidad de los materiales suministrados por las partes. Por ejemplo: AUDIT, Bernard, «La vente internationale de marchandises (Convention des Nations-Unies du 11 Avril 1980)», *Droit des Affaires*. Paris: L.G.D.J., 1990, núm. 25, pp. 25-26. Y OLG München, de 3 de diciembre de 1999 (Alemania), donde el tribunal tuvo en cuenta el criterio de la esencialidad sobre la base del texto francés: «Las pocas herramientas que debían ser suministradas por el comprador no son esenciales ni desde el punto de vista de su valor ni de su función –el texto francés de la Convención habla de “part essentielle”– no “substantial parts” –tal como se establece en el texto inglés– de la planta que debía entregarse».

El criterio de la «esencialidad» ha sido utilizado como complementario al del valor económico por algunos autores, aunque otros consideran que el criterio de la esencialidad está al mismo nivel que el económico: Vid entre los comentarios más recientes: OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)», Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 194. El criterio de la esencialidad es rechazado por: KHOO, Article 3, núm. 2.2: («Los materiales suministrados no han de ser esenciales para la fabricación o producción. Tampoco es suficiente para excluir la aplicación de la Convención el que el material suministrado sea una parte esencial»).

¹¹ Laudo de la CCI 11256/ESR/MS, de 15 de septiembre de 2003 (Los Angeles) (sin publicar) (en posesión de la autora) considera la CNUCCIM inaplicable sobre la base del artículo 3(1). Se concluyó que los motores proporcionados por el comprador eran una parte sustancial de los materiales necesarios para la fabricación de los camiones, ya que eran necesarios para que el producto fuese considerado un «vehículo».

En la Sentencia de la *Cour d'appel* de Grenoble, de 21 de octubre de 1999 (Francia), el tribunal analizó un caso en el que el vendedor debía fabricar zapatos con algunos elementos suministrados por el comprador: las suelas y una característica decoración metálica de la marca Pierre Cardin, y afirmó que «teniendo por objeto la compraventa de bienes que han de ser fabricados, para los cuales los elementos materiales esenciales –distintos de

2.5 La historia legislativa de la Convención apoya la conclusión de que el criterio de la esencialidad fue rechazado. Tanto el artículo 6 de la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964 (LUVI) como el artículo 1(7) de la Ley Uniforme sobre Formación de 1964 (LUF) establecen que las mismas quedarán excluidas si la parte que encarga las mercaderías proporciona una parte esencial y sustancial de los materiales. La palabra «esencial» fue eliminada, sugiriendo que el criterio de la esencialidad fue rechazado por los redactores de la CNUCCIM. No obstante, a pesar del hecho de que «esencial» había sido expulsado «por la puerta», entró «por la ventana» a través de la versión francesa del texto de la Convención, de la interpretación de algunos autores y de cierta jurisprudencia.

2.6 El criterio del «valor económico» debe prevalecer en la interpretación de los términos «parte sustancial» del artículo 3.1 CNUCCIM. En ausencia de cualquier otra indicación en el contrato, el precio de los materiales que debe tenerse en cuenta es el del mercado del comprador en el momento de conclusión del contrato¹².

2.7 El criterio de «esencialidad» sólo debería tenerse en cuenta cuando el del «valor económico» resulta imposible de aplicar o inapropiado, por ejemplo, cuando la comparación entre los materiales proporcionados por cada parte es de aproximadamente el mismo valor.

2) Cuantificación del término «parte sustancial»

2.8 La doctrina que sigue el criterio del valor económico generalmente cuantifica el término «parte sustancial» mediante la comparación del artículo 3(1) CNUCCIM (sustancial) con el artículo 3(2) CNUCCIM (principal): «sustancial» sería menos que «principal». De este modo, la doctrina ha utilizado los siguientes porcentajes para cuantificar el término «sustancial»: 15%¹³,

las suelas y una característica decoración metálica de la marca Pierre Cardin – necesarios para la manufactura fueron suministrados por el vendedor».

¹² Vid SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHLECHTRIEM, Article 3, núm. 3 a).

¹³ HONNOLD, *Uniform Law*, núm. 59. Vid. ejemplo 3B, en el que el valor del cromo –un ingrediente esencial para la manufactura del acero sin estaño– suponía el 15% del valor total de los materiales utilizados para fabricar los bienes. El profesor Honnold afirma que «un tribunal podría fácilmente concluir que un 15% es «sustancial» pero la evaluación de esas cuestiones de grado es difícil de predecir». Como se demostrará, el estándar del 15%, al igual que cualquier otro estándar por debajo del 50% debería considerarse demasiado bajo en la interpretación del término «parte sustancial» (vid. *infra* 2.10).

entre 40% y 50%¹⁴, o más, generalmente el 50%¹⁵. Al mismo tiempo, otros autores, aunque no establecen ningún número en relación con la cuantificación del término «sustancial» han declarado que «principal» significa «considerablemente más del 50% del precio» o «claramente por encima del 50%»¹⁶. Por tanto, parece que, para los últimos, la cuantificación del término «sustancial» se situaría por encima de la cifra del 50%. Algunos tribunales también han seguido esta postura¹⁷.

2.9 Considerar un porcentaje fijo podría ser arbitrario debido al hecho de que deben tenerse en cuenta las particularidades de cada caso; que la doctrina está dividida; y que el origen de estas cifras no está claro¹⁸.

¹⁴ ADAME, p. 51, que también afirma que, si el valor representa un porcentaje del 35%, el tribunal tendría que decidir si es o no sustancial en un análisis caso por caso.

¹⁵ Vid por todos: ENDERLEIN/MASKOW, p. 36.

¹⁶ SCHLECHTRIEM, Peter, «The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods», Vienna: Manz, 1986, p. 31: «*principal en este sentido debería ser considerablemente más del 50% del precio*»; y SCHLECHTRIEM/Herber, «Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)», 1st ed., Oxford: 1998, artículo 3, núm. 4.

¹⁷ El HG de Zürich, en sentencia de 8 de abril de 1999 (Suiza), refiriéndose al Art. 3(1) CNUCCIM, afirmó que: «*La CNUCCIM también resulta aplicable si las materias primas que han de ser entregadas son bastante menos importantes en relación con el precio de las mercaderías y, por tanto, la manufactura es el factor crucial*».

OLG Munich, 3 de diciembre de 1999 (Alemania) afirmó, en relación con el artículo 3(2) CNUCCIM: «*Un valor aproximadamente idéntico de las diferentes obligaciones es suficiente para que la Convención resulte aplicable (Staudinger/Magnus, nota 22)*»; y el laudo arbitral de 30 de mayo de 2000 (356/1999) (Rusia) donde el tribunal consideró la CNUCCIM aplicable –art. 3(2), aunque el tribunal se refirió al art. 3(1)– a un contrato que incluía la entrega por transporte marítimo de equipos industriales y algunos servicios posteriores a la entrega, puesto que el precio del equipo que debía ser entregado ascendía a más del 50% del precio total del contrato.

¹⁸ Los porcentajes fijos sólo se mencionaron tres veces durante los trabajos preparatorios de la Convención. Una fue en relación con el artículo 3(2) CNUCCIM, Mr. Sevón (Finlandia) se refirió a una propuesta del Reino Unido para sustituir las palabras «parte principal» por «parte de mayor valor»; afirmó que: «*Según esa propuesta, el 51 por ciento del valor del contrato decidirá la naturaleza de dicho contrato. El texto existente no era tan rígido*» (A/CONF.97/C.1/SR.2, p. 242; también en O. HONNOLD, John, «“Documentary History” of the Uniform Law for International Sales», Deventer/Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 463). Parece que, para el delegado finlandés, «parte de mayor valor» suponía que debería tomarse más del 51% del valor para excluir la Convención. Las otras dos intervenciones se hicieron en relación con el párrafo (1) del artículo 3 CNUCCIM. Mr. Rognlien, de Noruega, propuso la exclusión de la Convención únicamente cuando el comprador se obligara a suministrar «todo o una parte sustancial» (A/CONF.97/C.1/L.13, p. 84; también en HONNOLD, «Documentary History», p. 656). Para explicar esa propuesta, Mr. Rognlien afirmó que el término «sustancial» podría sustituirse por «mayor», indicando que la proporción debe estar por encima del 50% (Official Records, p. 243; también en HONNOLD, «Documentary History», p. 464). Parece que, para las delegaciones noruega y finlandesa, la definición de «mayor» se sitúa por encima del 50%. La última intervención se efectuó por Mr. Herber (República Federal de Alemania), quien, en relación con la propuesta noruega, afirmó que: «*Su delegación no había previamente sostenido la postura de que se debe implicar necesariamente más del 50 por ciento. Si el texto original no estuviera claro, su delegación podría apoyar la propuesta noruega*» (Official Records, p. 243, también en HONNOLD, «Documentary History», p. 464).

Por consiguiente, no parece aconsejable cuantificar el término «sustancial» a priori en porcentajes. Sería preferible un análisis caso por caso y, por tanto, debería determinarse sobre la base de un análisis global.

2.10 Incluso si se usase un porcentaje, la cifra del 50% podría ser muy baja para justificar la exclusión de la Convención, particularmente bajo la perspectiva del propósito de la CNUCCIM [art. 3(1)], que establece un principio «pro Convención». Una interpretación que favoreciese la aplicación de la Convención es preferible porque el artículo 3(1) CNUCCIM se redactó expresando una regla general (aplicabilidad de la Convención) y una excepción (exclusión de la Convención). Además, debería buscarse una postura basada en los principios de interpretación internacional y uniforme y de aplicación de la Convención (art. 7 CNUCCIM). Además, la interpretación moderna, jurídica y económica, de los contratos de compraventa, es incluso más amplia que la contenida en el artículo 3(1) CNUCCIM¹⁹.

b) *Interpretación del término «materiales necesarios para esa manufactura o producción»*

2.11 Otro elemento clave en la interpretación del párrafo (1) del artículo 3 CNUCCIM es el análisis de la frase «materiales necesarios para esa manufactura o producción» de las mercaderías. Está claro que se incluyen las materias primas, y también que se excluyen los llamados «elementos accesorios», tales como los materiales necesarios para el empaquetado y transporte de las mercaderías, o los materiales necesarios para un test de aceptación. Además, los materiales que no son, necesarios, estrictamente hablando, para la

¹⁹ Esta tendencia se puede observar en diversos y recientes instrumentos nacionales e internacionales: Directiva de la UE 1999/44, 25 de mayo de 1999, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171, 7 de julio de 1999, pp. 12 ss.), artículo 1.4: «*Los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva*»; Principios de Derecho Europeo de Compraventa, Borrador 14, junio de 2004. El Equipo de Trabajo de Utrecht sobre Derecho de Compraventa, subgrupo Compraventas, Servicios y Contratos a Largo Plazo, artículo 1:102(1) sigue el texto del artículo 3(1) CNUCCIM. El párrafo 2 del artículo 1:102 adopta los mismos criterios que la Directiva 1999/44: «*En una transacción de consumo cualquier contrato de suministro de bienes que hayan de fabricarse o producirse se considerará un contrato de compraventa*». Vid también la nueva sección 651 del BGB (Código civil alemán) (Aplicación del Derecho de Compraventa): «*Las disposiciones relativas a la compraventa se aplican al contrato de suministro de bienes muebles que hayan de producirse o fabricarse (...). Cuando los bienes muebles que hayan de producirse o fabricarse sean bienes específicos, se aplicarán las secciones 642, 643, 645 y 650, salvo que el momento relevante según las secciones 446 y 447 sustituya al momento de aceptación del trabajo*. Vid. entre los trabajos más recientes: PERALES VISCASILLAS, «Hacia un nuevo», pp. 1199-1224.

manufactura o producción de las mercaderías no pueden considerarse como «materiales» en este sentido. Un ejemplo sería la cinta impresora proporcionada por el comprador en un contrato de compraventa por el cual el vendedor se compromete a imprimir y entregar libros, puesto que, en ese caso, la cinta proporcionada es necesaria para el proceso de producción de las mercaderías y sus necesidades, pero no se convierte en parte de las mercaderías como tales²⁰.

2.12 Resulta aún más problemática la inclusión o exclusión del término «materiales» de la tecnología, especificaciones técnicas, dibujos, formulas y diseños necesarios para la producción de las mercaderías. La jurisprudencia y los autores están divididos. La controversia comenzó con una decisión francesa (Cour d'appel de Chambéry, 25 de mayo de 1993) en donde se consideró que la CNUCCIM no era aplicable sobre la base de que la producción de las mercaderías debía efectuarse siguiendo los diseños proporcionados por el comprador. En opinión del tribunal francés, los diseños se consideraban una parte sustancial de los materiales en el sentido del artículo 3(1) CNUCCIM. Parece deducirse de la información sobre el caso que el único «material» proporcionado por el comprador fueron los diseños.

2.13 Esta decisión ha sido criticada porque los diseños no se encuentran dentro del concepto de «materiales» y porque los contratos en los que se transfiere «*know-how*» están regidos por la CNUCCIM²¹. La historia legislativa de la Convención apoya estas críticas. Hubo una propuesta, que tuvo cierta oposición y, finalmente, fue rechazada, de la delegación del Reino Unido que pretendía excluir la Convención cuando el comprador proporcionase el «*know-how*», esto es, cuando «la parte que encarga las mercaderías se compromete a proporcionar: a) una parte sustancial de los materiales; o b) la información o experiencia necesarios para dicha manufactura o producción»²². El Consejo Asesor de la CNUCCIM considera que los contratos en los que el comprador suministra sólo

²⁰ Laudo de la CCI núm. 8855/1997, *JDI*, 2000, 4, p. 1070, con las observaciones de J. Arnáldes. El tribunal afirmó que: «*La distinction mentionnée à l'article 3, paragraphe 1 de la Convention est fondée sur l'origine des matériaux de fabrication et non sur la nature particulière du procédé de fabrication ou de ses conditions*».

Vid. también: HG Zürich, 10 de febrero de 1999 (Suiza) en un contrato para la impresión, encuadernado y entrega de libros de arte y catálogos, el tribunal sostuvo que «*En este caso, no resulta contestado que —mientras el (comprador) entregó copias con el contenido artístico de los catálogos de arte— el (vendedor) tuvo que adquirir él mismo el material para la ejecución de las órdenes de impresión. Por tanto, la CNUCCIM se aplica en la medida en que contenga disposiciones relevantes para la relación contractual de las partes*».

²¹ Vid., por ejemplo: C. SCHROETER, Ulrich, «Vienna Sales Convention: Applicability to "Mixed Contracts" and Interaction with the 1968 Brussels Convention». *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2001, p. 74, con las correspondientes citas.

²² A/CONF.97/C.1/L.26, p. 84; también HONNOLD, «Documentary History», p. 656.

los diseños (o dibujos, especificaciones técnicas, tecnología o fórmulas) están cubiertos por la Convención²³ como demuestra la historia legislativa de la Convención e, implícitamente, el artículo 42(2)(b) CNUCCIM.

2.14 Sin embargo, la sentencia francesa introduce una ramificación muy importante en la interpretación del término «materiales» de la Convención. El «*know-how*» o los diseños proporcionados por cualquiera de las partes se tomarán en consideración sólo si realizan el valor de los materiales. No obstante, si los dibujos, especificaciones técnicas o diseños son accesorios, no se considerarán «materiales»²⁴. Primero, la historia legislativa demuestra que dentro del concepto de «materiales» no sólo se incluyen las materias primas²⁵ y, por tanto, aquellas que sean componentes del objeto final –comple-

²³ Vid la decisión del Tribunal Supremo Federal suizo, de 17 de octubre de 2000, que analiza un contrato de compraventa de armarios que debían ser fabricados por el vendedor siguiendo los diseños del comprador. El Tribunal Supremo Federal no discutió la aplicabilidad de la CNUCCIM, que fue denegada por el Tribunal de apelación sobre la base del artículo 3(2) CNUCCIM, es decir, el suministro de servicios (trabajos de instalación) se consideró la parte preponderante.

²⁴ La sentencia del OLG Munich, de 3 de diciembre de 1999 (Alemania) es un ejemplo de esta situación. De acuerdo con el contrato, el vendedor tenía que fabricar y entregar una planta de producción de ventanas (también existían algunas obligaciones posteriores a la entrega). Según el contrato, el comprador también tenía la obligación de proporcionar algunas herramientas y *diseños del tipo de ventanas que debían producirse en la planta*. Al analizar el párrafo (1) del artículo 3 CNUCCIM, el tribunal no se refirió a los diseños. Hay dos explicaciones posibles a dicho silencio: primero, que el tribunal no considerara los diseños dentro del concepto de materiales en el artículo 3(1) CNUCCIM, o una segunda visión en línea con el concepto de que los materiales accesorios no se consideran como «materiales necesarios para dicha manufactura o producción»: los diseños que debían ser proporcionados por el comprador no correspondían a la producción de la planta de ventanas (objeto del contrato) sino al tipo de ventanas que debían producirse en la planta.

Sentencia del OGH, de 18 de abril de 2001 (Austria): las partes concluyeron un «acuerdo de cooperación» para desarrollar un material de sellado llamado «Resitrix». El comprador, que era el titular de la patente, estaba obligado a entregar el producto semiterminado para que fuera procesado por el vendedor de acuerdo con especificaciones desarrolladas conjuntamente; el vendedor tenía la licencia exclusiva para distribuir el producto en algunos países. Aunque el contrato estaba, en cualquier caso, fuera del ámbito de aplicación temporal de la Convención, el tribunal se refirió al artículo 3 CNUCCIM y mantuvo que ésta no resultaba de aplicación porque el comprador tenía que entregar una parte sustancial de los materiales: los productos semi-terminados influían decisivamente el producto final.

La Sentencia del OLG Frankfurt a.M., de 17 de septiembre de 1991 (Alemania) decidió que debía incluirse dentro del ámbito de la CNUCCIM [art. 3(1)] un contrato en el que debían fabricarse zapatos de acuerdo con las instrucciones del comprador y distinguidos con la marca «M».

²⁵ El término «materias primas» apareció por primera vez en algunas Convenciones de La Haya sobre Ley Aplicable al Contrato de Compraventa (art. 1 *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, 15 de junio de 1955; art. 1 *Convention sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels*, 15 de abril de 1958; y artículo 1 *Convention sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels*, de 15 de abril de 1958). Estos textos establecen que: «*Pour son application sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication ou à la production*». Este texto supuso la base para la deliberación de las Leyes Uniformes de 1964 (LUVI, y LUF), en las que se decidió referirse únicamente al término «materiales».

tamente manufacturado o no—estarían incluidas. Segundo, la propuesta del Reino Unido que fue retirada no sugería que, dentro del concepto de «materiales» se excluyera siempre el «*know-how*», sino que un contrato no se consideraría de compraventa en una situación en la que el comprador únicamente suministrase la experiencia necesaria para la manufactura o producción de las mercaderías, como demuestra el hecho de que la propuesta comprendía dos opciones separadas (a/b), así como del uso de la conjunción «o».

2.15 No obstante, no todos los diseños o dibujos estarían incluidos dentro del concepto de «materiales», sino sólo aquellos necesarios para la manufactura y producción de las mercaderías y que, por consiguiente, contribuyen a la originalidad, especialidad o exclusividad de las mercaderías. Esto normalmente implicará que cuando el comprador o el vendedor aporten materiales que comprendan derechos de propiedad industrial o intelectual (p. ej., una patente u otros derechos de propiedad industrial), estos derechos deberían incluirse en la idea de realzar el valor de las mercaderías en el sentido del artículo 3(1) CNUCCIM²⁶.

3. EL ARTÍCULO 3(2) CNUCCIM: LOS CONTRATOS PARA EL SUMINISTRO DE MANO DE OBRA Y OTROS SERVICIOS

3.1 Un vendedor a menudo tiene que realizar servicios accesorios a la entrega, como el empaquetado, envío de las mercade-

²⁶ La Sentencia del LG Mainz, 26 de noviembre de 1998 (Alemania) es un ejemplo. En este caso, las partes acordaron la producción y entrega de un cilindro para la producción de papel tisú, existiendo también obligaciones accesorias: «carga, transporte, descarga, instalación, seguro hasta el final de la instalación, también la gestión de los residuos del cilindro antiguo, así como trabajos extra en virtud de acuerdos adicionales». Aunque la discusión se planteó en relación con el artículo 3(2) CNUCCIM, se afirmó que: «*El tribunal es consciente de que, antes de que el cilindro (que había sido ajustado para las necesidades individuales del comprador) fuera producido y entregado, se requería un gran esfuerzo de ingeniería, así como planificación y esfuerzo conceptual. Sin embargo, dichos esfuerzos de ingeniería contribuyeron a la producción y entrega de la unidad, a determinar su valor, y por tanto no cambian el hecho de que lo importante del contrato fuera el cilindro como tal. Las demás obligaciones contractuales a cargo del [vendedor] (transporte, instalación, mantenimiento) constituyen obligaciones accesorias que palidecen en comparación con el valor del cilindro fabricado. Este análisis lleva a la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (cfr. v. Caemmerer/SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, 2nd ed., art. 3 n. 8)*». Implícitamente, la misma postura se encuentra en la sentencia del OLG Köln, de 26 de agosto de 1994 (Alemania), donde en un contrato para la elaboración y entrega de un análisis de mercado no se consideró dentro del ámbito de aplicación de la Convención porque no se podía considerar una compraventa de mercaderías, y tampoco estaba dentro del ámbito del artículo 3(1) CNUCCIM. *A sensu contrario*, resulta implícito del caso que cuando las ideas (trabajo intelectual) están incluidas en las mercaderías, el contrato podría estar regido por la Convención.

rías, conclusión de contratos con los transportistas, etc. Estos servicios no alteran la calificación de las relaciones contractuales entre las partes como pertenecientes a una compraventa. No obstante, con frecuencia el vendedor se compromete a más, esto es, servicios que también podrían constituir el objeto de un contrato independiente, como la instalación de la cadena de montaje vendida²⁷, instalación de módulos de una pared²⁸ de montaje de las partes de una planta para fabricar ventanas²⁹, instrucción de los empleados del comprador en el manejo de una máquina vendida, marketing de las mercaderías que han de ser producidas por la planta vendida, etc. Si dichos servicios se contemplan en el mismo contrato que contiene la obligación de entregar las mercaderías y transferir su propiedad, la cuestión se plantea sobre si dicho contrato se encuentra regido por la Convención. El artículo 3(2) CNUCCIM está pensado para resolver esta cuestión. Excluye del ámbito de la Convención los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporciona las mercaderías consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Por consiguiente, debe realizarse una comparación entre las obligaciones relativas a las mercaderías y las obligaciones de mano de obra y otros servicios para ver si se aplica la Convención. La Convención presupone un único contrato unificado, pero debe analizarse primero si las diferentes obligaciones son, de hecho, parte de un único contrato, aunque sea mixto. Ésta es una cuestión de interpretación del contrato. Si existe un contrato para el suministro de bienes y servicios, la Convención se aplica al contrato en su totalidad (art. 3(2) CNUCCIM)³⁰. No obstante, si las partes pretendían concluir dos contratos separados, la Convención sería aplicable al contrato de compraventa, en la medida en que se cumplan los demás requisitos para su aplicación.

3.2 Existen diversas cuestiones interpretativas respecto del artículo 3(2) CNUCCIM. La primera es la interpretación del término «parte principal» («*preponderant*», «*préponderante*»). La inter-

²⁷ Laudo de la CCI núm. 7660/1994.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Apelación de Lugano, de 29 de octubre de 2003 (Suiza), donde se establece que la instalación debe ser un servicio opcional [art. 3(2) CNUCCIM].

²⁹ Sentencia del OLG München, de 3 de diciembre de 1999.

³⁰ En esta situación, los remedios legales de la CNUCCIM se aplican al incumplimiento de las obligaciones de servicio con las necesarias adaptaciones (art. 7(2), *vid*: SCHLECHTRIEM, Peter, «Interpretation, gap-filling and further development of the UN Sales Convention», May 2004, disponible online en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/SCHLECHTRIEM6.html>>; y Rb Hasselt, 4 de febrero de 2004 (Bélgica), donde se afirma que las reglas sobre notificación de la CNUCCIM se aplican a los servicios parte del contrato. *Vid.* también la sentencia del tribunal de apelación de Lugano, de 29 de octubre de 2003 (Suiza), estableciendo que la CNUCCIM resulta aplicable a un contrato para la entrega e instalación de los bienes, de manera comprensiva a ambas obligaciones.

pretación es difícil debido a tres factores: el estándar aplicable (criterio del valor económico o de la esencialidad); la confusión de la interpretación de los términos «principal» y «sustancial» por la doctrina; y la cuantificación en porcentajes.

3.3 El criterio del valor económico es correcto a pesar de que existen algunas dudas en cuanto a la aplicación de dicho criterio por cuanto una propuesta del Reino Unido, que finalmente fue rechazada, intentaba sustituir el término «principal» por «parte de mayor valor»³¹. La propuesta del Reino Unido no encontró apoyo entre los delegados por el cambio de la palabra «principal» por «mayor parte»³², pero no porque adoptara el criterio del valor económico³³. El criterio del «valor económico»³⁴ prevalece, y el

³¹ A/CONF.97/C.1/L.26, p. 84; also in HONNOLD, «Documentary History», p. 656.

³² Resulta interesante que el Consejo de Ministros de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA) aprobó el 17 de abril de 1997 una Ley Uniforme relativa a Derecho Mercantil General, que entró en vigor el 1 de enero de 1998. El Libro V (Compraventa Mercantil) que sigue estrechamente la CNUCCIM, ha adoptado el estándar de «*major part*» para el texto en inglés. El artículo 204, correspondiente al artículo 3(2) CNUCCIM, establece que «*The provisions of this Book shall not apply to contracts in which the major part of the obligations of the party that delivers the goods shall be the supply of manpower or other services*». La versión francesa utiliza las palabras «*part prépondérante*». La Ley no refleja una disposición similar al artículo 3(1) CNUCCIM. Se ha de destacar que los textos de la OHADA están escritos en francés y posteriormente traducidos al inglés.

³³ A/CONF.97/C.1/SR.2, p. 242; también en HONNOLD, «Documentary History», p. 463. Sin embargo, *vid.* la intervención del Prof. Farnsworth (EEUU).

³⁴ En la jurisprudencia: LG Mainz, 26 de noviembre de 1998 (Alemania), donde se compara el valor del cilindro con el valor de los servicios posteriores a la entrega; OLG Munich, 3 de diciembre de 1999 (Alemania): «*En este caso, el valor de los servicios de varios mecánicos contratados por el periodo de seis semanas simplemente constituye una pequeña parte de los costes totales de la planta, que son de 1.245.000.00 marcos*»; laudo de la CCI 7153/1992, en donde, de acuerdo con Hascher, la conclusión del tribunal arbitral de que el contrato estaba regido por la Convención [art. 3 (2)] quedó confirmada por un recibo en el que el precio pagado por el ensamblaje del material era completamente secundario en magnitud, comparado con el precio de los materiales (HASCHER, Dominique, ICC 7153/1992. *JDI*, 1992, núm. 4, pp. 1005-1010); *Cour d'appel* de Grenoble, de 26 de abril de 1995 (Francia): el art. 3(2) CISG se aplicó a la compraventa de un almacén en la que también existía una obligación de desmantelamiento y entrega. El precio pagado por el contrato fue de 500.000 francos franceses, con 381.200 francos a pagar por el almacén y 118.800 francos por el desmantelamiento y entrega; KG Bern-Laupen, de 29 de enero de 1999 (Suiza), aunque de manera errónea se compara el coste de los materiales con la fabricación de las mercaderías, el valor de la fabricación de las mercaderías ascendía al 56,25% del precio total (400.000 francos franceses); KG Zug, de 25 de febrero de 1999 (Suiza) en un contrato en el que el vendedor iba a proporcionar los materiales de construcción para un tejado y su instalación. El tribunal comparó los costes laborales con los costes de suministro y sostuvo que los primeros no eran sustancialmente más altos, comparados con los últimos; laudo arbitral de 30 de mayo de 2000 (356/1999) (Rusia). El tribunal arbitral consideró aplicable la CNUCCIM [art. 3(2)], aunque el tribunal se refirió al art. 3(1)] para un contrato para el transporte marítimo y entrega de equipamiento y prestación de algunos servicios posteriores a la entrega puesto que el precio del equipo que debía entregarse ascendía a más del 50% del precio del contrato; HG Zürich, de 17 de febrero de 2000 (Suiza), aunque no cita el artículo 3(2) CNUCCIM, el tribunal realizó una comparación del valor de los servicios proporcionados por el vendedor; LG Munich, de 16 de noviembre de 2000 (Alemania): el contrato era para la entrega de instalación de accesorios eléctricos de pizzería en las instalaciones del restaurante del comprador. El tribunal lo consideró un

momento relevante para comprobar el valor es el de la celebración del contrato. El criterio de la «esencialidad» sólo debería considerarse cuando resulte imposible o inapropiado aplicar el del valor económico teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

3.4 El término «principal» no debería cuantificarse mediante porcentajes predeterminados, sino sobre la base de una comprobación global. A la hora de interpretar la intención de las partes, así como de interpretar los acuerdos de las mismas, también se debe tener en cuenta dicha intención, tal como se expresa en los documentos, así como en la formación del contrato. Entre los factores relevantes que deben considerarse por los tribunales ordinarios o arbitrales están: la denominación y el contenido completo del contrato³⁵, la estructura del precio³⁶, y la importancia otorgada por las partes a las diferentes obligaciones del contrato³⁷. No obstante, si se utiliza un porcentaje fijo, un porcentaje del 50% o menos no debería tomarse en cuenta a la hora de excluir la Convención. Ade-

contrato de compraventa regido por la Convención [art. 3(2) CNUCCIM]. Tras interpretar el contrato y el hecho de que el precio fuese unitario, es decir, no existía un precio separado por el servicio, el tribunal sostuvo que: «*En vista del considerable valor y cantidad de los objetos, que puede colegirse de los precios individuales, la entrega de las mercaderías no mengua frente al de los trabajos realizados, incluso si se necesita un periodo más largo para la instalación*». Y la sentencia del Tribunal de Apelación de Lugano, de 29 de octubre de 2003 (Suiza) considerando la CNUCCIM aplicable puesto que la entrega de las mercaderías (módulos para su ensamblaje como pared) constituía la parte preponderante del contrato y era de mayor valor en el cumplimiento del contrato objeto de disputa.

³⁵ Vid. laudo de la CCI 7153/1992. El tribunal sostuvo que un contrato para el suministro y ensamblaje de materiales para un hotel estaba regido por la CNUCCIM, puesto que el contrato dejaba muy claro que se trataba de un contrato de compraventa.

³⁶ Vid. LG Munich, 16 de noviembre de 2000 (Alemania): el contrato era para la entrega e instalación de accesorios eléctricos de pizzería en las instalaciones de restaurante del comprador. El tribunal afirmó que el contrato estaba regido por la CNUCCIM: «*De acuerdo con el contrato escrito, el precio de la «entrega completa» estaba determinado por la suma de los precios de los artículos individuales. La «construcción», esto es, la instalación de los accesorios, estaba incluida en el precio global, al igual que el transporte marítimo; no se facturó una comisión por servicios. Esto indica que la parte principal de la obligación del vendedor era la entrega de los accesorios y no el trabajo prestado durante su instalación*».

³⁷ Ésta fue precisamente la posición de la sentencia del LG Mainz de 26 de noviembre de 1998 (Alemania) al interpretar «parte principal» según el artículo 3(2) CNUCCIM. En el caso, el precio de la producción/entrega/y servicios posteriores correspondientes a un cilindro se trataba de un precio unitario y el tribunal encontró imposible determinar el valor de las obligaciones del vendedor de acuerdo con el contrato. Por consiguiente, el tribunal tuvo en cuenta los documentos contractuales y las circunstancias de la formación del contrato con objeto de averiguar si las partes vieron la parte principal de la obligación del vendedor en la entrega del cilindro o en los servicios que acompañaban la entrega. A este respecto, el tribunal señaló que las obligaciones de producción y entrega estaban muy detalladas en el contrato, en oposición a las obligaciones de servicio posteriores.

Vid. también: OLG München, de 3 de diciembre de 1999 (Alemania): «Adicionalmente, el interés particular que la parte compradora pone en una determinada obligación, es decir, la obligación característica puede ser decisiva (*Herber*, nota 5 del art. 3 CNUCCIM; *Staudinger/Magnus, BGB*, 13.^a ed., nota 21, en el art. 3 CNUCCIM)». Y la *Corte di Cassazione*, de 9 de junio de 1995 (Italia), considerando «la intención esencial del contrato y su significado que, en relación con el mismo, la entrega y contribución de hacer asumen, considerando el resultado que las partes querían lograr».

más, un porcentaje escasamente por encima del 50% no será decisivo, en general, para excluir la Convención. El valor de los servicios prestados deberá ser principal.

3.5 La inclusión de los contratos «llave en mano» (*turnkey contracts, clé en main, Lieferverträge mit Montagverpflichtung*) dentro del artículo 3(2) CNUCCIM resulta muy controvertida. Aunque algunos autores han afirmado que el artículo 3(2) se introdujo con objeto de excluir este tipo de contratos de la Convención³⁸, se necesita un análisis caso por caso y, por tanto, sin prestar atención a la denominación, cada situación requerirá un estudio especial para comprobar si el test del artículo 3(2) CNUCCIM se cumple³⁹.

4. LA RELACIÓN ENTRE LOS PÁRRAFOS (1) Y (2) DEL ARTÍCULO 3 CNUCCIM

4.1 Los párrafos (1) y (2) del artículo 3 CNUCCIM regulan distintas materias. La relación entre ellos podría derivarse del uso del singular de la palabra «obligación» en algunos de los textos auténticos de la Convención. Los textos francés y árabe utilizan el singular, mientras que, en las demás lenguas oficiales, excepto el chino, que es neutral en este punto, utilizan el plural. El impacto del uso del término «obligación» en singular posee implicaciones claras en la interpretación del texto. El singular podría alentar una interpretación en la que la mano de obra y otros servicios se comparasen, en lugar de que la comparación fuera entre la mano de obra y los servicios de un lado, y el proporcionar las mercaderías de otro. O, lo que es peor, el uso del singular podría crear una relación entre los párrafos (1) y (2) del artículo 3 CNUCCIM en el

³⁸ SCHLECHTRIEM/HERBER, art. 3, núm. 8 (1st ed).

³⁹ En la jurisprudencia, la sentencia del HG Zürich, de 9 de julio de 2002 (Alemania) parece excluir automáticamente la Convención en presencia de un contrato «llave en mano». En el caso, el vendedor tenía la obligación de planificar, entregar, ensamblar, supervisar el ensamblaje y poner en funcionamiento una planta completa para el análisis y separación de cajas de cartón para el envasado de comida. El tribunal consideró éste como un contrato «llave en mano» no regido por la Convención [art. 3(2)]: «*Va de suyo que el suministro de mano de obra para el ensamblaje, supervisión del ensamblaje y puesta en funcionamiento de la planta juega un papel muy importante en dicho proyecto. A menudo, el funcionamiento, respectivamente el correcto ajuste de las diversas partes de la planta y la coordinación entre las mismas sólo puede acometerse cuando la planta está efectivamente operativa [...]. De acuerdo con esto, el ensamblaje, adaptación, instrucción y trabajos similares constituyen una parte considerable del cumplimiento contractual. De acuerdo con la opinión de la doctrina, el tribunal, por tanto, asume que la CNUCCIM no se supone aplicable a contratos llave en mano, que no prevén tanto un intercambio de mercaderías por precio, sino más bien un entramado de deberes mutuos de colaboración y asistencia a la otra parte [...]*».

sentido de que la obligación de hacer, de manufacturar las mercaderías se compararía con las obligaciones de entrega. La intención de los redactores era el referirse a la forma plural, y por tanto el uso del singular debe rechazarse⁴⁰.

4.2 La doctrina y la jurisprudencia han creado otra asociación incorrecta en los contratos sobre mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas por el vendedor⁴¹: la importancia de la interpretación está en el término «materiales» y no en la obligación de manufacturar las mercaderías. No obstante, el proceso de manufactura o producción de las mercaderías requiere algún tipo de obligaciones de hacer/mano de obra que podrían incluirse y han sido incluidas incorrectamente en el análisis del párrafo (2) del artículo 3 CNUCCIM⁴². Algunos casos también han establecido un vínculo entre el número (1) y el número (2) del artículo 3 CNUCCIM sobre la base de la distinción entre mercaderías estandarizadas y hechas a medida⁴³. Si las mercaderías están estandari-

⁴⁰ El uso del singular también se observa en la versión francesa del artículo 4.2 de la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, 1986. Es de destacar, sin embargo, que el texto francés de la Convención sobre Prescripción en la Compraventa Internacional de Mercaderías [art. 6(1)] utiliza el plural. *Vid.*, entre la doctrina: SCHLECHTRIEM, Peter, «*Internationales Kaufrecht*», Mohr, Siebeck, 2003, pp. 21-22, nota 39.

⁴¹ Por ejemplo, como se mostró antes, la discusión sobre qué es parte sustancial se entremezcla con la discusión de qué es parte principal.

⁴² ADAME, p. 51, afirma que el párrafo (2) puede aplicarse a las situaciones referidas en el párrafo (1) del artículo 3 CNUCCIM. Ello ha sido realizado por el LG Munich, en sentencia de 16 de noviembre de 2000 (Alemania): el contrato era para la entrega e instalación de accesorios eléctricos de pizzería en las instalaciones de restaurantes del comprador, el tribunal analizó la fabricación de los accesorios como parte de las obligaciones del vendedor según el artículo 3(2) CNUCCIM; OGH, de 27 de noviembre de 1994 (Austria) en un contrato para la fabricación de cepillos y escobas con materias primas proporcionadas por el comprador, la CNUCCIM se consideró inaplicable sobre la base de que el comprador suministró una parte sustancial [art. 3(1)] y que el procesamiento de las materias primas era la principal obligación del vendedor [art. 3(2)]; y *Kreisgericht Bern-Laupen*, de 29 de enero de 1999 (Suiza), donde el tribunal no consideró la CNUCCIM aplicable sobre la base de que la fabricación de la maquinaria era el elemento característico del contrato (art. 3(2) CNUCCIM), esto es, el interés del comprador estaba principalmente en la fabricación de la máquina.

También parece ésta la posición del HG Kanton Aargau, en sentencia de 5 de noviembre de 2002 (Suiza), en la que la CNUCCIM CISG se consideró aplicable sobre la base del artículo 3(1) CNUCCIM en un contrato para la producción, etiquetado, colocación, servicio y retirada de tres arcos de triunfo inflables; el tribunal afirmó que el objeto sustancial del contrato era la producción de los bienes.

⁴³ Esta postura ha sido erróneamente seguida por alguna jurisprudencia, particularmente en Alemania, al considerar la aplicabilidad de la Convención a contratos de software. Aunque esta Opinión no trata los contratos de software, los casos sirven como ilustración del diferente tratamiento de los bienes estándar o personalizados.

– Para casos que consideran que el software estándar está regido por la CNUCCIM, pero no el software personalizado, *vid.*: Olg KÖLN, de 16 de octubre de 1992 (Alemania); OLG Köln, de 26 de agosto de 1994 (Alemania); y LG Munich, de 8 de febrero de 1995 (Alemania).

– En el otro sentido, el HG Zürich, de 17 de febrero de 2000 (Suiza), consideró la venta de software al igual que la compra conjunta de software y hardware como compraventa de mercaderías dentro de la CNUCCIM, citando los artículos 1, 3(1), y 51.

zadas, el vendedor no realiza actividad alguna de producción y, por tanto, no hay prestación de servicios u obra alguna⁴⁴. No obstante, dicha distinción no ha sido adoptada por la Convención.

4.3 Las obligaciones de obra, mano de obra u otros servicios deben considerarse como parte de las obligaciones de manufacturar o producir las mercaderías referidas en el artículo 3(1) CNUCCIM. Esta postura se halla confirmada por la doctrina⁴⁵ y la mayoría de la jurisprudencia⁴⁶. No obstante, al interpretar una situación en la que no existen obligaciones de obra o servicios incluidas en la

⁴⁴ Vid. LG Munich, de 16 de noviembre de 2000 (Alemania): el contrato era para la entrega e instalación de accesorios eléctricos de pizzería en las instalaciones del restaurante del comprador. El tribunal afirmó que: «Se desprende que los accesorios no fueron diseñados por el (vendedor), sino que eran bienes estandarizados que únicamente fueron ajustados en sus medidas a los requerimientos del comprador y las condiciones de las instalaciones del restaurante. Por consiguiente, la producción de los objetos tampoco constituyó prestación de trabajo o servicios, que contrasta a todas luces con la entrega de mercaderías». En OLG Munich, de 3 de diciembre de 1999 (Alemania) el tribunal, al analizar el término «parte sustancial», consideró relevante el hecho de que la planta que debía ser producida era de un modelo estándar.

⁴⁵ Los contratos que requieren la producción, ensamblaje y entrega de una máquina están regidos por el artículo 3(1) CNUCCIM. Vid., entre otros, HONNOLD, *Uniform Law*, núm. 60.1, nota núm. 4: «Como resultado de la regla básica del art. 3(1), los costes de mano de obra en la fabricación de la maquinaria serían irrelevantes; dichos costes no suponen «suministrar mano de obra o prestar otros servicios» según el art. 3(2).

La solución es lógica porque de otro modo podría ser que el contrato se considerara regido por la Convención en virtud del art. 3(1) CNUCCIM, pero excluido al aplicar el párrafo (2).

⁴⁶ Laudo de la CCI 7660/1994: Un contrato para la producción, entrega e instalación de una cadena completa para el montaje de baterías está regido por el artículo 3(1) CNUCCIM; *Cour d'appel* de París, de 14 de junio de 2001 (Francia), en el que las partes acordaron la fabricación de 128 paneles de cristal decorados que debían ser instalados en la pared de un hotel en Egipto. El tribunal sostuvo que el contrato no se trataba de un contrato *d'entreprise*, como estableció el tribunal de primera instancia, sino un contrato de compraventa. El tribunal afirmó que el artículo 3(2) CNUCCIM no se aplicaba puesto que la obligación del trabajo realizado para la producción de los paneles de cristal no puede considerarse como una obligación de suministro de mano de obra o de prestación de servicio en el sentido de dicha disposición (JDI, 2002, núm. 2, pp. 483 ss., con nota de Claude Witz, quien también es favorable a la postura del tribunal). La decisión fue apelada ante el Tribunal Supremo, que no mencionó el artículo 3 CNUCCIM (*Cour de Cassation*, 24 de septiembre de 2003 [Francia]). Vid. también: HG Zürich, de 8 de abril de 1999 (Suiza); LG Mainz, de 26 de noviembre de 1998 (Alemania); OLG Munich, de 3 de diciembre de 1999 (Alemania); St. Gallen, *Gerichtskommission Oberrheintal*, de 30 de junio de 1995 (Suiza) al revisar un contrato para la entrega e instalación de cuatro puertas deslizantes que debían usarse para la construcción de dos salas, sostuvo que la fabricación de las puertas estaba dentro del párrafo (1) del artículo artículo 3, y que la instalación estaba dentro del párrafo (2); *Tribunal de commerce* de Namur, de 15 de enero de 2002 (Bélgica), en un contrato para la compraventa de un «centro de procesamiento» donde las partes acordaron la construcción de la máquina en los talleres del vendedor; la recepción provisional, desmontaje y transporte de las partes en el establecimiento del comprador, ensamblaje de la máquina y puesta en funcionamiento y recepción final. El tribunal consideró el contrato dentro del artículo 3(1) y no discutió la aplicación del artículo 3(2) CNUCCIM; y KG Schaffhausen, de 25 de febrero de 2002 (Suiza), aunque el tribunal no se refirió al artículo 3(2) CNUCCIM, consideró aplicable la Convención porque los servicios (instalación, transporte) eran de importancia subsidiaria comparados con la obligación de entrega de las mercaderías (cuatro artículos para aparatos perforadores, tres bombas de alta presión, dos máquinas mezcladoras y diversas partes de repuesto).

manufactura o producción de las mercaderías [art. 3(1) CNUCCIM], los servicios previos a, concurrentes con, y posteriores a la entrega se analizarían en virtud del artículo 3(2) CNUCCIM.

4.4 Por último, como ha sido señalado⁴⁷, es recomendable una interpretación autónoma de los párrafos (1) y (2) del artículo 3 CNUCCIM. No obstante, en operaciones complejas puede haber cierta influencia recíproca en su interpretación y aplicación. En estas situaciones, la operación debería analizarse en conjunto, teniendo en cuenta el principio «pro Convención».

⁴⁷ *Vid. supra* 1.2.

Opinión número 5: el derecho del comprador a resolver el contrato en caso de entrega de mercaderías o documentos no conformes

(Adoptada por el CISG-AC por unanimidad)¹

JAN RAMBERG, *Presidente*

ERIC E. BERGSTEN, MICHAEL JOACHIM BONELL, ALEJANDRO M. GARRO, ROY M. GOODE, SERGEI N. LEBEDEV, PILAR PERALES VISCASILLAS, PETER SCHLECHTRIEM, INGEBORG SCHWENZER, HIROO SONO, CLAUDE WITZ,

Miembros

LOUKAS A. MISTELIS, *Secretario*

Ponente: Profesora DR. **INGEBORG SCHWENZER, LL.M.**²,
Profesora de Derecho privado, Universidad de Basilea

Traducción al castellano realizada por el profesor Dr. Anselmo Martínez Cañellas, profesor titular de Derecho Mercantil, Universidad de las Islas Baleares, y revisada por los profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

OPINIÓN

Artículo 49 CCIM

(1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

(a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

(b) [...]

¹ Para ser citado: Opinión núm. 5 del Consejo Asesor de la CCIM, El derecho del comprador a resolver el contrato en caso de entrega de mercaderías o documentos no conformes. 7 mayo 2005, Badenweiler (Alemania). Ponente: profesora Dr. Ingeborg Schwenger, LL.M., profesora de Derecho privado, Universidad de Basilea.

La reproducción de esta opinión está autorizada.

Esta opinión es una respuesta a la petición del Presidente del Comité de compraventa internacional de la Sección de Derecho y práctica internacional del Colegio de Abogados del Estado de Nueva York. La cuestión remitida al Consejo fue:

¿Bajo qué circunstancias puede el comprador resolver el contrato conforme al artículo 49 CCIM en caso de un ofrecimiento no conforme? Si las partes de un contrato no derogan o modifican el efecto de cualquiera de las disposiciones de la CCIM, ¿existen circunstancias en las cuales la CCIM podría permitir la resolución si las mercaderías o el ofrecimiento de su entrega no fueren conformes, en cualquier aspecto, con el contrato? Esta Opinión se centra en los supuestos más importantes de ofrecimiento no conforme, es decir, los casos de falta de conformidad de mercaderías o de documentos.

² La ponente agradece encarecidamente al *lic. iur.* Benjamin K. LEISINGER su ayuda en la preparación de esta Opinión.

1. Para determinar si un incumplimiento es esencial en el caso de falta de conformidad de las mercaderías que otorgue al comprador el derecho a resolver el contrato conforme al artículo 49(1)(a) CCIM, debe atenderse a los términos del contrato.

2. Si el contrato no aclara qué incumplimiento debe calificarse como esencial, deberá atenderse en particular a la finalidad para la cual los bienes fueron comprados.

3. No hay incumplimiento esencial cuando la falta de conformidad puede ser subsanada bien por el vendedor, bien por el comprador, sin causar al comprador inconvenientes irrazonables o una demora incompatible con la importancia acordada al momento del cumplimiento.

4. Los costes adicionales o los inconvenientes que resulten de la resolución no influyen por sí mismos en la calificación de un incumplimiento como esencial.

5. La cuestión de la resolución en caso de falta de conformidad de los documentos que acompañan las mercaderías, tales como pólizas de seguro, certificados, etc. debe decidirse conforme a los criterios ya expuestos en los puntos 1 a 4.

6. En el caso de compraventa documentaria, no hay incumplimiento esencial si el vendedor puede subsanar la falta de conformidad de los documentos teniendo en cuenta la importancia acordada al momento del cumplimiento.

7. En el comercio de materias primas, en general, hay incumplimiento esencial si no existe una entrega en plazo de los documentos conformes.

8. Si la falta de conformidad no supone un incumplimiento esencial, el comprador todavía conserva el derecho a retener el pago y rehusar la recepción de las mercaderías, siempre que esta conducta sea razonable según las circunstancias.

COMENTARIOS

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Las reglas sobre resolución del contrato en caso de falta de conformidad de las mercaderías deben tener en cuenta tres perspectivas diferentes³: El comprador está interesado en un umbral

³ Cf. SCHLECHTRIEM, «Subsequent Performance and Delivery Deadlines-Avoidance of CCIM Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods, en I». *Avoiding a Contract*

bajo para la resolución, mientras que el interés del vendedor está en un umbral alto para la resolución. Razones económicas tales como costes y riesgo del transporte o almacenamiento pueden jugar también un importante papel. Estos intereses en conflicto deben ser sopesados.

1.2 Han existido grandes diferencias de opinión entre los ordenamientos jurídicos internos respecto de las circunstancias que dan derecho al comprador a resolver el contrato en caso de entrega de mercaderías o documentos no conformes. El artículo 49(1)(a) CCIM establece que la resolución es posible «si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato». Conforme al artículo 25 CCIM, un incumplimiento es esencial «cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

1.3 La referencia a la jurisprudencia demuestra que la interpretación de la noción de incumplimiento esencial en casos de falta de conformidad de las mercaderías por parte de los jueces y tribunales nacionales y de los tribunales de arbitraje difiere considerablemente, incluso cuando nos encontramos en un mismo ordenamiento jurídico.

1.4 Problemas especiales surgen respecto a la falta de conformidad de los documentos y al comercio de materias primas en particular. Se han establecido reglas específicas por la Cámara de Comercio Internacional. Así, los INCOTERMS 2000⁴ contienen reglas detalladas referentes a las obligaciones del vendedor de entregar documentos⁵, y del comprador de aceptarlos⁶, respectivamente. Tales reglas están ampliamente incorporadas en los contratos internacionales⁷.

on Account of Non-Conformity with Tendered Goods, p. 1 ss., online en <<http://www.cisg-online.ch/cisg/SCHLECHTRIEM-PaceInt'ILRev.pdf>>

⁴ Vid. ICC- Publication núm. 560 ED.

⁵ Vid. A8 de las cláusulas respectivas.

⁶ Vid. B8 de las cláusulas respectivas.

⁷ Esto puede hacerse, en primer lugar, mediante una referencia expresa. Es más, hay una tendencia entre los tribunales y la doctrina de que tales reglas constituyen usos del comercio internacional en el sentido del artículo 9(2) CCIM. Vid. WITZ/SALGER/LORENZ/WITZ, W., «International Einheitliches Kaufrecht», Heidelberg 2000, artículo 9 para 14; Italy, *Marc Rich & Co. A.G. v. Iritecna S.p.A.*, Corte d'appello di Genova, 24 marzo 1995, CISG-online 315; Argentina, *Elastar Sacifia v. Bettcher Industries, Inc.*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, 20 May 1991, CISG-online 461; United States, *St. Paul Ins. Co. v. Neuromed Med. Sys.*, US District Court (S.D.N.Y.), 26 marzo 2002, CISG-online 615; United States, *BP International, Ltd. and*

2. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES

2.1 Los sistemas de derecho continental se basaron originariamente en la regla del Derecho romano de compraventa en virtud de la cual, en caso de defectos en la calidad de las mercancías, el comprador tenía el derecho a reclamar la reducción del precio de compra (*actio quanti minoris*) o a desistir⁸ del contrato (*actio redhibitoria*)⁹. Sin embargo, legislaciones modernas, como la Ley alemana de reforma del derecho de obligaciones¹⁰, las leyes escandinavas sobre compraventa¹¹ o el Código Civil holandés¹², están orientados hacia la CCIM y aplican la noción de incumplimiento esencial o conceptos claves similares para justificar la resolución del contrato. Lo mismo puede predicarse de otros instrumentos internacionales de derecho uniforme, como los Principios de UNIDROIT¹³ y los Principios de Derecho Europeo de Contratos¹⁴.

2.2 Por el contrario, los derechos de compraventa de los países de derecho anglosajón estaban basados en la idea de que el comprador puede únicamente resolver el contrato si la falta de conformidad es suficientemente seria¹⁵. Esta restricción, sin embargo,

BP Exploration & Oil, Inc., Plaintiffs-Appellants v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador, et al., Defendants, Empresa Estatal Petroleos de Ecuador and Saybolt, Inc., Defendants-Appellees, US Court of Appeals (5th Circuit), 11 junio 2003, CISG-online 730. En sentido diferente: Bridge, *The International Sale of Goods*, Oxford 1999, en 2.48 y 2.49; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHMIDT-KESSEL, «Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CCIM)», 2nd ed., Oxford 2005, artículo 9 p. 26.

⁸ Los ordenamientos jurídicos nacionales usan nociones diferentes tales como terminación, anulación, repudiación, cancelación, rescisión o resolución. Esta opinión usa siempre la expresión «resolución» ya que refleja la terminología de la CCIM, *vid.*, *p.ej.*, en artículos 49, 75, 76(1) CCIM.

⁹ Cfr. Alemania: antiguo § 462 *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* (vigente hasta el 31 de diciembre de 2001); Francia: artículo 1644 *Code Civil*; Suiza: artículo 205 *Code des Obligations*. Pero *vid.* Austria: artículo 932 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*, que sólo permite un derecho a resolver el contrato en caso de no ser factible la reparación y un uso adecuado de las mercaderías. Para más detalles, *vid.* Rabel, *Recht des Warenkaufs*, Volume 2, Tübingen 1958, pp. 232 ss.

¹⁰ *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 26 noviembre 2001, en vigor el 1 de enero de 2002, § 323 *BGB*.

¹¹ *Vid.* Sección 39 de la Ley noruega sobre compraventa de mercaderías de 1988 <<http://www.jus.uio.no/lm/norway.sog.act.1988/doc#116>>; Sección 39 de la Ley finlandesa de compraventa de mercaderías de 1987 <<http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E9870355.PDF>>; Sección 39 de la Ley sueca de compraventa de mercaderías de 1990. Para más detalles, *vid.* KJELLAND, «Das neue Recht der nordischen Länder im Vergleich mit dem Wiener Kaufrecht (CCIM) und dem deutschen Kaufrecht», Aachen 2000.

¹² *Vid.* artículo 6:265 *Burgerlijk Wetboek*.

¹³ *Vid.* artículo 7.3.1 Principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales 2004.

¹⁴ *Vid.* artículo 4.303 Principios de Derecho contractual europeo.

¹⁵ En Derecho inglés, la resolución depende de la cuestión de si hubo un incumplimiento de una «condition» o un mero incumplimiento de una «warranty». *Vid.* para

sólo se aplica a mercaderías aceptadas¹⁶, convirtiendo en nociones clave la «aceptación» o su revocación. Antes de que haya existido una aceptación, se aplica la conocida «*perfect tender rule*» («regla del ofrecimiento de la entrega exacta¹⁷, dando al comprador el derecho a rechazar las mercaderías si no son conformes con el contrato en cualquier aspecto. Sin embargo, durante las pasadas décadas la misma «*perfect tender rule*» ha sido objeto de varias modificaciones restrictivas. Así, la sección 15 A de la Ley de Compraventa de Mercaderías del Reino Unido (*Sale of Goods Act*), incluida en esta por la Ley del Contrato de Compraventa y Suministro de 1994 (*Sale and Supply of Goods Act 1994*), establece que si el comprador no actúa como consumidor, el incumplimiento no puede ser tratado como incumplimiento de una condición esencial («*condition*») si el incumplimiento fue tan leve que no sería razonable que el comprador rechazara las mercaderías. De manera similar, algunos tribunales norteamericanos han limitado la «*perfect tender rule*» aplicando el principio de buena fe¹⁸, especial-

la distinción entre «*condition*» y «*warranty*»: *Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. (The Hansa Nord)*, 1 Q.B. 44 (C. A.), 1976; *vid.* también s. 11, s. 14 and s. 15A de la *Sale of Goods Act 1994*. Según el § 2-608(1) Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos (UCC), el comprador puede rechazar la aceptación si la aceptación de cualquiera de los objetos vendidos o de una unidad comercial que no fuera conforme al contrato perjudicara sustancialmente su valor al comprador si el comprador la hubiera aceptado. Para una visión general del sistema de resolución en los sistemas de Derecho anglosajón, *vid.* Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford 1988, Secciones 259, 260.

¹⁶ En Derecho inglés, la sección 35(1) de la Ley de Compraventa de Mercaderías modificada por la Ley de Compraventa y Suministro de 1994, establece que se entiende que comprador ha aceptado las mercaderías cuando da a entender al vendedor que ha aceptado, o cuando las mercaderías le han sido entregadas y él realiza cualquier acto en relación a las mismas que es incompatible con el derecho de dominio que ejerce el vendedor. Para detalles, *vid.* Benjamin's *Sale of Goods*, 6th ed., London 2002, 12-044 ss. En el UCC, la aceptación («*acceptance*») se trata en § 2-606. La aceptación acontece de tres maneras distintas: según el § 2-606(1)(a) UCC, la primera posibilidad es que el comprador, después de una razonable posibilidad de inspeccionar las mercaderías, indique al vendedor que estas son conformes o que las aceptará o retendrá a pesar de su falta de conformidad. Conforme al § 2-606(1)(b) UCC, la aceptación también se da cuando el comprador no logra hacer un rechazo eficaz después de que el comprador haya tenido una oportunidad razonable de inspeccionar las mercaderías. Finalmente, existe aceptación si, de acuerdo con el § 2-606(1)(c) UCC, «el comprador realiza cualquier acto incompatible con el dominio que ejerce el vendedor». Aquí, el conocimiento del comprador y su comportamiento son decisivos; para ilustraciones, *vid.* WHITE/SUMMERS, «Uniform Commercial Code», 5th ed., St. Paul 2000, § 8-2.

¹⁷ *Vid.* § 2-601(a) UCC, s. 35 Ley inglesa de compraventa de mercaderías de 1994.

¹⁸ *Vid.* § 1-203 UCC. *Vid.* también Treitel que indica que «la llamada *perfect tender rule* [en especial, tal y como se cita en UCC 2-601] a primera vista da lugar a un poder muy amplio para resolver el contrato independientemente de la seriedad de la falta de conformidad. Pero la apariencia es engañosa, ya que la necesidad de seriedad es reintroducida en otras disposiciones que deben ser leídas conjuntamente con UCC 2-601». Treitel, *op. cit.* (nota 16), Section 269. Para otras disposiciones relevantes del UCC, *vid.* KRITZER, Albert H., «Guide to Practical Applications of the CCIM», Deventer/Boston 1990, Suppl. 4 (febrero de 1993), p. 206.

mente en casos de subsanación efectiva y legítima¹⁹ por el vendedor conforme al § 2-508 UCC²⁰.

3 ANTECEDENTES

3.1 El concepto básico de incumplimiento esencial estaba ya presente en el artículo 10 LUCI²¹ y no fue cuestionado durante los trabajos preparatorios de la CCIM. La función de este concepto en el caso de ofrecimiento de entrega de mercaderías no conformes era resolver el contrato obligando a la devolución de las mercaderías, lo que supondría un considerable detrimento económico.

3.2 Aunque el mismo concepto de incumplimiento esencial no fue cuestionado, las precondiciones para que dicho incumplimiento fuera considerado esencial y la necesidad de declarar el contrato resuelto se mantuvieron como objeto de disputa hasta la Conferencia de Viena. Finalmente, se decidió que la seriedad del incumplimiento debería determinarse en referencia a los intereses del acreedor, tal y como fueron establecidos y dentro de los límites del contrato²². En cuanto a la resolución del contrato, la CCIM se desvía claramente de la LUCI. Bajo el artículo 44(2) LUCI, el comprador podía fijar un plazo adicional para subsanar cualquier incumplimiento en casos en los que la falta de conformidad de las mercaderías o el retraso en la entrega de mercaderías conformes no constituyera un supuesto de incumplimiento esencial conforme al artículo 43 LUCI. El transcurso infructuoso de tal plazo suplemen-

¹⁹ La subsanación puede consistir en la entrega de mercaderías de reemplazo conformes, reparación o incluso ajustes de precio suficientes para compensar al comprador y reducción del precio. *Vid.* para mercaderías de reemplazo: *T.W. Oil, Inc. v. Consolidated Edison Co.*, US Court of Appeals (N.Y.), 15 diciembre 1982, 1982 N.Y. LEXIS 3846; DEL DUCA/GUTTMAN/SQUILLANTE, «Problems and materials on sales under the Uniform Commercial Code and the Convention on International Sale of Goods», Cincinnati 1993, p. 359; Calamari & Perillo, *Contracts*, 3rd ed., St. Paul 1988, § 11-20, p. 468. Para la reparación: *Wilson v. Scampoli*, US Court of Appeals (D.C.), 2 May 1967, 1967 D.C. App. LEXIS 156. Para reducción y ajustes de precio: WHITE/SUMMERS, *op. cit.* (nota 17), § 8-6, p. 338; *Oral-X Corp. v. Farnam Cos., Inc.*, US Court of Appeals (10th Circuit), 26 abril 1991, 1991 U.S. App. LEXIS 7377.

²⁰ Durante una reciente revisión del UCC, el Grupo de Estudio se planteó sustituir la *perfect tender rule* por el requisito de que el rechazo de las mercaderías sea permitido únicamente si la falta de conformidad «perjudica sustancialmente el valor del cumplimiento al comprador», *vid.* el borrador de § 2-501 UCC en julio 1996 <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucc2/ucc2sale.pdf>>. Sin embargo, últimamente una mayoría del Grupo de Estudio recomendó el mantenimiento de la *perfect tender rule* como estándar, *vid.* § 2-601 UCC Draft 2002. Para toda la discusión *vid.*: Lawrence, Symposium: The Revision of Article 2 of the Uniform Commercial Code: Appropriate Standards for a Buyer's Refusal to Keep Goods Tendered by a Seller, 35 *Wm and Mary L. Rev.* 1635, 1637 ss. (1994).

²¹ Ley Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías, en <<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>>

²² *Cfr.* O.R. p. 295 ss., p. 300; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHLECHTRIEM, *op. cit.* (nota 8), artículo 25 párr. 2.

tario («*Nachfrist*») siempre permitiría al comprador resolver el contrato, sin necesidad de tener en cuenta lo fundamental del defecto original en el cumplimiento. Por el contrario, el artículo 49(1)(b) CCIM, limita la posibilidad de fijación de un plazo adicional por parte del comprador a los supuestos de falta de entrega, excluyendo esta posibilidad en los supuestos de entrega de mercaderías no conformes²³. Es más, también bajo CCIM, al definir un incumplimiento esencial²⁴, debe ser tenido siempre en cuenta la importancia acordada por el contrato al momento de cumplimiento

3.3 La historia de la CCIM claramente documenta que no hay equivalente a la original «*perfect tender rule*» del derecho angloamericano. Aunque pueda malinterpretarse su literalidad²⁵, el artículo 86 CCIM en sí mismo no otorga al comprador un derecho general a rechazar cualquier ofrecimiento de entrega no conforme²⁶. Más bien, bajo la CCIM dicho derecho está limitado a ciertas situaciones: el artículo 52 CCIM permite que el comprador rechace la recepción de las mercaderías sólo cuando el vendedor entregue mercaderías antes de la fecha fijada o si entrega una cantidad de mercaderías mayor de la que establecía el contrato. En todos los demás casos de falta de conformidad en el ofrecimiento de entrega, el requisito de rechazo es un incumplimiento esencial.

4. INTERPRETACIÓN

a) *Observaciones generales*

4.1 Un incumplimiento esencial del contrato que dé al comprador el derecho a resolver el contrato o a reclamar mercaderías sustitutivas presupone que el defecto tiene una importancia seria para el comprador. Al considerar la resolución, debe tenerse en cuenta si se puede requerir al comprador para que retenga las mercaderías porque puede ser compensado adecuadamente mediante los daños y perjuicios o una reducción del precio. La importancia que debe acordarse al detrimento sufrido por el comprador puede ser establecida teniendo en cuenta los términos del contrato, la finalidad para la cual las mercaderías fueron compradas y, final-

²³ Durante la redacción de los borradores de la CCIM, se intentó introducir reiteradas veces el «elemento temporal» *Vid.* O.R., p. 354 ss.

²⁴ Cfr. SCHLECHTRIEM, *op. cit.* (nota 4), p. 6.

²⁵ Artículo 86(1): «El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, [...]»; artículo 86(2): «Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de éste en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, [...]».

²⁶ *Vid.* O.R., p. 399.

mente, por la cuestión de si es posible remediar el defecto. En cualquier caso, la cuestión del tiempo tiene que ser tenida en cuenta.

aa) Cláusulas del contrato

4.2 En primer lugar, corresponde a las partes estipular lo que consideran la esencia del contrato²⁷. Que un acuerdo contractual sea o no esencial es una cuestión de interpretación conforme al artículo 8 CCIM. Algunos tribunales mantienen que un incumplimiento es esencial si las partes han acordado expresamente ciertas características centrales de las mercaderías, tales como que un concentrado de zumo de manzana no esté azucarado²⁸, el grosor de un rollo de aluminio²⁹ o productos de proteína de soja que no haya sido genéticamente modificada³⁰. Si las partes actúan como corresponde, tampoco hay espacio para que el vendedor pueda argumentar que no previó el detrimento del comprador, si las mercaderías no son conformes con tales términos expresos.

bb) Finalidad para la cual han sido compradas las mercaderías

4.3 Si el mismo contrato no aclara qué se entiende por incumplimiento esencial, una de las cuestiones centrales es con qué finalidad se compraron las mercaderías. Cuando el comprador quiere usar las mercaderías por sí mismo, como en el caso de maquinaria para procesado, globos con finalidades de marketing³¹ o compresores para usarlos en aparatos de aire acondicionado³², lo normal será que no sea decisivo si las mercaderías podían revenderse incluso a un precio rebajado. Más bien, el factor decisivo es si las mercaderías son inadecuadas para el uso pretendido por el comprador. Sin embargo, debe atenderse a la cuestión de si el comprador es capaz de utilizar las mercaderías o procesarlas de manera diferente sin un gasto excesivo³³. Cuando el mismo comprador está en el negocio de reventa, la cuestión de una potencial reventa se convier-

²⁷ Esto se consideraría una «condition» en terminología legal inglesa. Vid. también la noción de «Zusicherung» bajo el antiguo §§ 459(2), 463 BGB (vigente hasta el 31 diciembre 2001) o la «dicta et promissa» en Derecho romano de compraventa, vid. Rabel, *op. cit.* (nota 10), p. 132 ss.

²⁸ Vid. Alemania, OLG Stuttgart, 12 marzo 2001, CISG-online 841.

²⁹ Vid. CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission), 30 octubre 1991, CISG-online 842.

³⁰ Vid. Suiza, Appellationsgericht Basel-Stadt, 22 agosto 2003, CISG-online 943.

³¹ Vid. Alemania, LG München, 27 febrero 2002, CISG-online 654.

³² Vid. Estados Unidos, *Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.*, US Court of Appeals (2nd Circuit), 6 diciembre 1996, CISG-online 140.

³³ Vid. Corte internacional de arbitraje de la CCI, 7754 de 1995, CISG-online 843; Alemania, OLG Stuttgart, 12 marzo 2001, CISG-online 841. Pero vid.: Alemania, LG München, 27 febrero 2002, CISG-online 654, los globos todavía podían ser usados para publicidad incluso aunque no fueran capaces de girar.

te en relevante. También hay incumplimiento esencial si no existe posibilidad alguna de reventa de las mercaderías (*p. ej.*, comida que no cumpla con las normas sanitarias nacionales³⁴). Pero aunque el defecto de las mercaderías no dificulte su posibilidad de reventa, todavía no puede afirmarse que no exista en ningún caso un incumplimiento esencial. Entonces la cuestión clave reside en si la reventa por parte del comprador original puede ser razonablemente esperada en el curso normal de su negocio³⁵. Un mayorista con un amplio acceso a los mercados en cuestión tiene mayores oportunidades de revender las mercaderías que un minorista. No puede esperarse que un minorista revenda las mercaderías con descuento si, haciendo esto, podría perjudicar su reputación³⁶. Para determinar esta probabilidad debe atenderse al grupo específico de clientes a quienes se dirige el minorista³⁷. En todos estos casos, deberían tenerse en cuenta las posibilidades de que el mismo vendedor disponga de las mercaderías, sopesando las posibilidades e intereses del comprador y el vendedor.

cc) Posibilidad de reparación o sustitución

4.4 La naturaleza objetivamente esencial del defecto es siempre una condición necesaria para establecer si existe un incumplimiento esencial del contrato, pero no siempre será suficiente. No habría incumplimiento esencial en aquellos casos en los que la falta de conformidad de las mercaderías puede ser subsanada por el vendedor —*v.gr.*, reparando las mercaderías³⁸ o entregando mercaderías sustitutivas o perdidas³⁹— sin causar una demora excesiva o inconvenientes al comprador⁴⁰. Aquí debe atenderse debidamente a las finalidades para las que el comprador necesitaba las mercade-

³⁴ Vid. Alemania, LG Ellwangen, 21 agosto 1995, CISG-online 279; Corte internacional de arbitraje de la CCI, 8128 de 1995, CISG-online 526; Suiza, Appellationsgericht Basel-Stadt, 22 agosto 2003, CISG-online 943; Alemania, BGH, 2 marzo 2005, CISG-online 999, en este caso, sin embargo, no se declaró la resolución, aunque el tribunal reconoció una reducción del precio hasta cero. Pero *vid.*: Alemania, BGH, 8 marzo 1995, CISG-online 144, los mejillones todavía eran buenos para ser consumidos porque no había riesgo para la salud.

³⁵ Vid. Alemania, OLG Frankfurt a.M., 18 enero 1994, CISG-online 123, la carga de la prueba de que la reventa es imposible recae sobre el comprador; Alemania, OLG Stuttgart, 12 marzo 2001, CISG-online 841.

³⁶ Vid. Alemania, LG Landshut, 5 abril 1995, CISG-online 193, ropa; Alemania, Hans. OLG Hamburg, 26 noviembre 1999, CISG-online 515, jeans; Alemania, OLG Köln, 14 octubre 2002, CISG-online 709, ropa de diseño. *Vid.* también: Alemania, OLG Oldenburg, 1 febrero 1995, CISG-online 253, círculo limitado de subcompradores interesados podrían únicamente comprar las mercaderías con un descuento del 50%.

³⁷ Vid. Alemania, OLG Köln, 14 octubre 2002, CISG-online 709, los compradores de ropa de diseño tienen unos estándares mayores.

³⁸ Vid. Suiza, Handelsgericht des Kantons Aargau, 5 noviembre 2002, CISG-online 715.

³⁹ Vid. Alemania, LG Köln, 16 noviembre 1995, CISG-online 265.

⁴⁰ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHLECHTRIEM, *op. cit.* (nota 8), art. 25 párr 20.

rías. Si la entrega en plazo de mercaderías conformes es de la esencia del contrato, la reparación o sustitución normalmente supondrá una demora excesiva⁴¹. Para encontrar dicha falta de razonabilidad deben emplearse los mismos criterios que para determinar si la entrega ha sido tardía; a saber, cuando la superación del plazo –sea éste una fecha fija o el final de un período de tiempo– supone un incumplimiento esencial. Aún más, no debería esperarse del comprador que aceptara la subsanación por parte del vendedor si la base de confianza en el contrato ha sido destruida, p.ej., debido a la conducta falsa del vendedor⁴². Cuando el vendedor rehúsa subsanar el defecto⁴³, o simplemente no logra reaccionar, o si el defecto no puede ser subsanado en un razonable número de intentos en un plazo razonable⁴⁴, entonces también se estima que existe un incumplimiento esencial⁴⁵.

4.5 Si en un caso dado el comprador está en una mejor posición que el vendedor para reparar las mercaderías por sí mismo o por un tercero, para comprar las partes defectuosas⁴⁶ o –en caso de un defecto de cantidad– para comprar las cantidades que faltan de mercaderías, está obligado a hacerlo y no podrá declarar el contrato resuelto a causa de un incumplimiento esencial.

dd) Costes adicionales o inconvenientes derivados de la resolución

4.6 Puede cuestionarse si el hecho de que las mercaderías estén todavía en el establecimiento del vendedor –p.ej., en caso de entrega EXW, o si el comprador se da cuenta de la falta de conformidad antes del enviar las mercaderías– o estén guardadas en un almacén afecta a la noción de incumplimiento esencial porque las mercaderías no tienen que ser transportadas de regreso al vendedor en caso de resolución del contrato. La idea de evitar costes comer-

⁴¹ Todas las cláusulas INCOTERMS 2000 en A4 señalan que la entrega debe realizarse «en la fecha o dentro del período acordado para la entrega». Un tribunal alemán, Hans. OLG Hamburg, 28 febrero 1997, CISG-online 261, ha argumentado que en un contrato C.I.F. se entiende pactado un plazo fijo. Pero *vid.*: Corte de Arbitraje de la CCI, 7645 de 1995, CISG-online 844, indican que las cláusulas INCOTERMS C.F.R. no especifican que el respeto al plazo sea una obligación de importancia especialmente esencial.

⁴² *Vid. obiter*, Alemania, BGH, 3 abril 1996, CISG-online 135, BGHZ 132, 290 ss.

⁴³ *Vid.* Alemania, LG Berlin, 15 septiembre 1994, CISG-online 399.

⁴⁴ *Vid.* Alemania, LG Oldenburg, 6 julio 1994, CISG-online 274; United States, *Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.*, US Court of Appeals (2nd Circuit), 6 diciembre 1996, CISG-online 140.

⁴⁵ Para un debate más detallado de la controversia dogmática referente a la relación entre el artículo 49(1)(a) CCIM y el artículo 48(1) CCIM *vid.*: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHLECHTRIEM, *op. cit.* (nota 8), artículo 25 pár. 20; FOUNTOLAKIS, «Das Verhältnis von Nacherfüllungsrecht des Verkäufers und Vertragsaufhebungsrecht des Käufers im UN-Kaufrecht», *Internationales Handelsrecht (IHR)* 2003, p. 160 ss.

⁴⁶ *Vid.* Alemania, LG Heidelberg, 3 julio 1992, CISG-online 38.

cialmente no razonables del transporte de las mercaderías podría abogar por rebajar o incrementar, respectivamente, los prerequisites de la resolución. Sin embargo, incluso si el vendedor no se encuentra obligado a transportar las mercaderías a su lugar de origen, puede tener que irrogar los costes de almacenamiento que excedan de los costes de transporte⁴⁷. Todavía más, en casos en los que las mercaderías ya han sido enviadas, no tienen que ser necesariamente transportadas de regreso al vendedor si el comprador resuelve el contrato; el vendedor podría redireccionarlas a otro comprador o venderlas en el mismo lugar donde se encuentren. En este supuesto, sería necesario decidir acerca de la esencialidad del incumplimiento independientemente del lugar donde se encuentren las mercaderías. Esto, sin embargo, conduciría a resultados impredecibles.

b) *Documentos no conformes*

4.7 En primer lugar, deben distinguirse dos situaciones diferentes: Primera, cuando hay varios documentos que normalmente acompañan al contrato de venta, p.ej., pólizas de seguro, certificados de origen, certificados de inspección, certificados de despacho de aduanas, etc. Segunda, un contrato de compraventa puede requerir la entrega de títulos representativos de las mercaderías («*documents of title*»), v. gr., conocimientos de embarque. Otros documentos, tales como certificados de depósito en almacenes del puerto («*dock warrants*»), certificados de depósito en almacén o recibos de bodega («*warehouse receipts*») o sus respectivos equivalentes electrónicos también pueden ser necesarios.

aa) *Documentos anejos*

4.8 En el caso de documentos anejos, la cuestión de si el comprador puede resolver el contrato debe decidirse acudiendo a los mecanismos generales ya establecidos por la Convención para determinar la existencia de un incumplimiento esencial⁴⁸.

4.9 Si los documentos se entregan pero no son conformes con la descripción contractual, debe tratarse como un defecto de calidad. En principio, lo que es decisivo es si los documentos defectuosos limitan al comprador el uso de las mercaderías de acuerdo con sus planes, p.ej., para revenderlas. Si no es así, la entrega de documentos defectuosos no puede suponer nunca la existencia de un incumplimiento esencial. Si la entrega de documentos defectuosos limita el uso de las

⁴⁷ Vid. CIETAC, 6 junio 1991, CISG-online 845, costes de transporte US \$1,750 y costes de almacenamiento durante un período de tres años aproximadamente US \$17,000.

⁴⁸ Vid. Alemania, BGH, 3 abril 1996, CISG-online 135, BGHZ 132, 290 ss.

mercaderías, la seriedad del defecto depende de si el comprador puede todavía hacer uso de las mercaderías de una manera razonable incluso si los documentos no son conformes, o –si no es así– si la falta de conformidad de los documentos puede ser subsanada dentro del plazo, bien por el vendedor, bien por el mismo comprador⁴⁹.

4.10 El caso de ausencia de documentos anejos debe tratarse como un defecto en la cantidad y no como un equivalente de la falta de entrega de las mercaderías. Ello implica que, también en este caso, un incumplimiento esencial debe basarse en los hechos concretos del caso, permitiendo así al comprador resolver el contrato únicamente conforme al artículo 49(1)(a) CCIM; el artículo 49(1)(b) CCIM no es aplicable.

bb) Compraventa documentaria

4.11 Hoy en día, la mayoría de los contratos de compraventa internacional incorporan los INCOTERMS de la CCI. La jurisprudencia y doctrina ya mantienen que los INCOTERMS se han convertido en un uso del comercio internacional en el sentido del artículo 9(2) CCIM. Complementando las reglas de la Convención⁵⁰. Excepto en EXW, todas las cláusulas de INCOTERMS 2000 contienen la obligación del vendedor de entregar o ayudar al comprador a obtener ciertos documentos representativos de las mercaderías⁵¹. En consecuencia, todos esos contratos deben entenderse como contratos de compraventa documentaria.

4.12 Según el artículo 1(1) CCIM, la Convención se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías. No obstante, no cabe ninguna duda de que las compraventas de mercaderías sobre documentos también deben estar cubiertas por la Convención, «aunque en algunos ordenamientos jurídicos tales compraventas puedan ser calificadas como compraventas de títulos de crédito»⁵². Esto debe mantenerse incluso para las llamadas «transacciones encadenadas», *i. e.*, cuando los documentos son vendidos y transmitidos varias veces hasta que el comprador final recibe físicamente las mercaderías⁵³.

⁴⁹ *Vid.*, por ejemplo: Alemania, BGH, 3 abril 1996, CISG-online 135, BGHZ 132, 290 ss. En este caso, el vendedor entregó un certificado de origen y un certificado de analítico no conforme con el contrato. El tribunal sostuvo que el vendedor podría haber conseguido fácilmente un nuevo certificado de origen de la Cámara de Comercio local y que el certificado realizado por el perito del comprador era un nuevo y válido certificado analítico.

⁵⁰ Para referencias *vid. supra* (nota 8).

⁵¹ *Vid.* la disposición A8 de las cláusulas respectivas.

⁵² *Vid.* Comentario de la Secretaría, O.R., p. 16, artículo 2, *pár.* 8.

⁵³ *Vid.* Para un debate más detallado sobre esta cuestión: SCHLECHTRIEM, «Interpretation, gap-filling and further development of the UN Sales Convention», en <http://www.cisg-online.ch/cisg/publications.html>, texto de las notas 15-24.

4.13 En los contratos de compraventas documentarias, el ofrecimiento de documentos «limpios» hace a la esencia del contrato. Así, el apartado B8 de todas las cláusulas de INCOTERMS 2000 (excepto en EXW) establecen que el comprador debe aceptar el conocimiento de embarque y/o otra prueba de la entrega en concordancia con la obligación del vendedor. Esto implica el derecho del comprador a rechazar cualquier ofrecimiento de documentos no conformes, independientemente de la conformidad o falta de conformidad genuina de las mercaderías con el contrato⁵⁴.

4.14 Sin embargo, el vendedor puede subsanar cualquier falta de conformidad en los documentos. Si, por ejemplo, el conocimiento de embarque se refiere al deterioro de las mercaderías o a su embalaje, el vendedor puede ofrecer un nuevo conocimiento de embarque relativo a otras mercaderías, que no contenga tal reserva. Si el conocimiento de embarque indica una fecha tardía de carga, el vendedor puede posteriormente comprar mercaderías en tránsito marítimo que sean cargadas en plazo y ofrecer al comprador el conocimiento de embarque emitido para aquellas mercaderías. Sin embargo, de nuevo, esto solo es posible si no causa un grave inconveniente al comprador o un retraso incompatible con la importancia acordada al momento en que se haya producido el cumplimiento⁵⁵.

4.15 En la mayoría de contratos internacionales de compraventa, las partes suelen pactar que el precio de compra debe pagarse por medio de un crédito documentario incluida una carta de crédito «standby»⁵⁶. En este caso, suelen aplicarse las UCP 500⁵⁷, bien sea por expresa referencia o, como se mantiene frecuentemente, como un uso de comercio internacional⁵⁸ en el sentido del artículo 9(2) CCIM⁵⁹.

4.16 Los artículos 20 *ss.* UCP 500 establecen, con detalle, bajo qué circunstancias los documentos deben ser aceptados limpios o rechazados. Esta cuestión, sin embargo, afecta a la relación entre el vendedor y el banco, que no es objeto de esta Opinión. Basta con decir que el pago mediante crédito documentario *como tal* no influye necesariamente en la posibilidad de que el compra-

⁵⁴ *Vid. ibid.*, en II.5.c)cc).

⁵⁵ Para un debate más detallado sobre esta cuestión, *vid. supra*, pág. 4.4.

⁵⁶ *Vid.* SCHÜTZE, «Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr», 5th ed., Heidelberg 1999, p. 26; también *vid.*: <http://www.iccwbo.org/home/documentary_credits/documentary_credits.asp>

⁵⁷ Cfr. Revisión de 1993, Publicación de la CCI núm. 500.

⁵⁸ *Vid.* para un listado de países que las han reconocido colectivamente y bancos en otros países que también las han reconocido: Schütze, *op. cit.* (nota 57), Appendix IV, p. 341 *ss.*

⁵⁹ *Vid.* WITZ/SALGER/LORENZ/WITZ, W., «International Einheitliches Kaufrecht, Heidelberg 2000», artículo 60, pág. 13, *ibid.*, artículo 54 *pár.* 3.

dor pueda resolver el contrato en caso de falta de conformidad de los documentos.

c) *Comercio de materias primas*

4.17 En aquellas partes del mercado de materias primas donde predominan las transacciones encadenadas y/o los precios están sujetos a considerables fluctuaciones⁶⁰, deben aplicarse estándares especiales para determinar si existe un incumplimiento esencial. En este caso, la entrega en plazo de documentos limpios –que pueden ser revendidos en el curso normal del negocio– forma parte siempre de la esencia del contrato⁶¹. Si las partes no estipulan esta importancia mediante cláusulas respectivas, se podrá deducir de las circunstancias mediante una interpretación del contrato siguiendo el artículo 8(2), (3) CCIM⁶². En la práctica, la posibilidad de que el vendedor subsane un defecto en los documentos no suele presentarse en el comercio de materias primas. Así, en esta específica rama del comercio la solución bajo la CCIM es bastante similar a la que se obtendría en caso de aplicarse la «*perfect tender rule*». Con todo, el último comprador, quien en realidad es el que recibe las mercaderías, no puede resolver el contrato apoyándose solamente en la falta de conformidad de los documentos.

d) *Derecho del comprador a suspender el cumplimiento*

4.18 En las compraventas no documentarias, si la falta de conformidad de las mercaderías ofrecidas no puede considerarse un incumplimiento esencial, como regla general, el comprador está obligado a aceptar las mercaderías al no tener derecho a resolver el contrato según el artículo 49(1)(a) CCIM. No obstante, en esta situación, puede alegarse un derecho a suspender el cumplimiento independientemente de los derechos y acciones (*remedies*) regularmente disponibles. El comprador puede rehusar el pago, al menos

⁶⁰ Vid. para productos agrícolas: FUHRMANN/GIUCCI, «Wareterminbörsen in Deutschland», Working Paper 9603, en 2.a., online en: <<http://www.uni-potsdam.de/w/makrooekonomie/docs/9603.htm>>. Para molibdeno férrico: Alemania, Hans. OLG Hamburg, 28 febrero 1997, CISG-online 261: el precio era 9,70 US \$/kg y cambió a 30 US \$/kg. Para precios de materias primas en general, vid.: MATTHIES/TIMM, «World Commodity Prices 1999-2000», Association d'Instituts Européens de Conjoncture Economique - Working Group on Commodity Prices, 1999, online en: <<http://www.hwva.de/Publikationen/Report/1999/Report191.pdf>>

⁶¹ Cfr. Principios de UNIDROIT 2004, artículo 7.3.1, Comentario Oficial 3.b.; Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford 1997, p. 155; Poole, *Textbook on contract law*, 7th ed., Oxford 2004, p. 7.5.3.2; SCHLECHTRIEM, *op. cit.* (nota 54), en I.1.; Mullis, *Termination for Breach of Contract in C.I.F. Contracts Under the Vienna Convention and English Law; Is there a Substantial Difference?*, en: Lomnicka/Morse (ed.), «Contemporary Issues in Commercial Law (essays in honor of Prof. A.G. Guest)», London 1997, pp. 137-160, en: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mullis.html>>

⁶² Vid. SCHLECHTRIEM, *op. cit.* (nota 54), en I.1.

temporalmente, e incluso suspender su obligación de recibir las mercaderías hasta decidir los pasos a seguir⁶³.

4.19 La CCIM reconoce un derecho a suspender el cumplimiento en varios artículos. El artículo 58 CCIM expresa el principio del pago contra entrega como condiciones simultáneas. Según el artículo 71 CCIM, una parte también puede suspender su propio cumplimiento si el cumplimiento de la otra parte es inseguro. Otros derechos sobre la suspensión del cumplimiento se encuentran en los artículos 81(2) segunda frase CCIM, 85 segunda frase y 86(1) segunda frase CCIM. La doctrina dominante deriva de ellos un principio general de derecho a suspender el cumplimiento conforme al artículo 7(2) CCIM⁶⁴.

4.20 La primera consecuencia que se extrae de ese principio general es que el comprador puede retener el pago del precio de compra; sin embargo, este derecho debe ser limitado al alcance de la falta de conformidad y del detrimento esperado. Si el alcance de la falta de conformidad no puede ser fácilmente evaluado, debería concedérsele al comprador el derecho a retener la totalidad del precio de compra durante el tiempo razonable necesario para inspeccionar las mercaderías y estimar el alcance del detrimento esperado.

4.21 Además de la posibilidad de retener el precio de compra, el derecho general a suspender el cumplimiento permite al comprador suspender su obligación de aceptar la entrega en el sentido de los artículos 53, 60 CCIM durante un plazo razonable⁶⁵. [66] Esto no significa, sin embargo, que el comprador no esté obligado a tomar posesión física de las mercaderías y conservarlas conforme al artículo 86 CCIM. La consecuencia práctica del derecho del comprador a rechazar la recepción de las mercaderías únicamente es importante cuando el riesgo de pérdida todavía no ha sido transmitido conforme a los artículos 67 o 68 CCIM. El riesgo se transmite entonces conforme al artículo 69(1) CCIM cuando el comprador recibe las mercaderías, lo que implica una aceptación –en el sentido de recepción– por el comprador.

⁶³ SCHLECHTRIEM, *op. cit.* (nota 54), en II.5.a).

⁶⁴ *Vid.* Para un detallado debate: SCHLECHTRIEM, *op. cit.* 54, en II.5.; ídem, Internationales UN-Kaufrecht, 2nd ed., Tübingen 2003, en: 42d, 205 ss., 250; STAUDINGER/MAGNUS, «Wiener UN-Kaufrecht (CISG)», Berlin 2005, artículo 4, párr. 74a; WITZ, W., «Zurückbehaltungsrechte im Internationalen Kauf-Eine praxisorientierte Analyse zur Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs im CISG», en: Schwenzler/Hager (eds.), Festschrift für Peter SCHLECHTRIEM zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, p. 291, 293 ss.; para jurisprudencia, *vid.* también Alemania, AG Altona, 14 diciembre 2000, CISG-online 692. La cuestión se dejó abierta en Alemania, OLG Düsseldorf, 24 abril 1997, CISG-online 385. Sección 42 de las Leyes escandinavas de compraventa de mercaderías (Finlandia, Noruega y Suecia) también reconocen un derecho explícito de suspensión; para comentarios, *vid.* RAMBERG, Köplagen, Stockholm 1995, pp. 455-459. *Vid.* también artículo 7.1.3 Principios de UNIDROIT 2004.

⁶⁵ *Vid.* SCHLECHTRIEM, *op. cit.* (nota), en II.5.c)bb).

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

SUMARIO: PRESENTACIÓN.–EDITORIAL: El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo (Susana Navas Navarro).–RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO, COMPARADO Y COMUNITARIO (2007): Alemania, Bibliografía (Martin Ebers), España, Bibliografía (Esther Arroyo i Amayuelas), Legislación (Andrés Domínguez Luelmo), Dictámenes (Esther Arroyo i Amayuelas), Francia, Bibliografía (Elise Poillot), Legislación (Cédric Montfort), Jurisprudencia (Argèlia Queralt Jiménez), Gran Bretaña (Alexandra Braun), Bibliografía, Legislación, Italia (Mirko Faccioli, Stefano Troiano), Bibliografía, Legislación.–SECCIÓN TEMÁTICA: ESPACIO JUDICIAL EUROPEO, DERECHO DE FAMILIA, DERECHO DE AUTOR Y DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA: Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). Derecho procesal comunitario (Jordi Nieva Fenoll). Derecho de contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). Derechos reales en la Unión Europea (Sergio Nasarre Aznar). Derecho de Familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). Derecho de autor en 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: Bar, Christian von / Clive, Eric / Schulte-Nölke, Hans et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008, ISBN 978-3-86653-059-1, 396 pp. (Miguel Ángel Adame). Study Group on a European Civil Code (DROBING, Ulrich coord.), *Principles of European Law. Personal Security*, Sellier-Bruilant-Stämpfli, Munich, 2007. ISBN 978-3-935808-42-2 (Sellier), XXXII+567 pp. (Joaquín Ataz López). Muñiz Espada, Esther; Nasarre Aznar, Sergio, y Sánchez Jordán, Elena, *Un modelo para una eurohipoteca. Desde el informe Segre hasta hoy*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 2008, ISBN: 978-84-96782-22-8, 281 pp. (Reyes Barrada Orellana). Pasa, Barbara; Rossi, Piercarlo, y Weitenberg, Martin (eds.), *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, Torino, Giapichelli, 2007, ISBN 978-88-348-7533-9, XXII-402 pp. (Beatriz Fernández Gregoraci). Tans, O.; Zoethout, C., y Peters, J., *National Parliaments and European Democracy. A Bottom-up Approach to European Constitutionalism*, Europa Law Publishing, Amsterdam 2007, ISBN 978-90-76871-81-3, 253 pp. (Laura Huici Sancho). Magnus, Ulrich, y Mankowski, Peter (ed.), *Brussels I Regulation, European Commentaries in Private International Law*, Sellier. European Law Publishers, ISBN 978-3-935808-32-3, 852 pp. (Cristina González Beilfuss). Arroyo i Amayuelas, Esther (dir.), *El trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007, ISBN: 978-84-9790-341-7, 626 pp. (Sonia Martín Santisteban). Waelde, Charlotte, y McQueen, Hector, *Intellectual Property. The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar Publishing, 2007, ISBN: 978 1 84542 874 7, pp. 262. (Susana Navas Navarro). Grossi, Paolo, *Europa y el Derecho* (traducción castellana de Luigi Giuliani. Prefacio de Jacques Le Goff), Madrid, Crítica, 2007, ISBN: 978-84-8432-964-0, 235 pp. (Margarita Serna Vallejo).–MISCELÁNEA (Esther Arroyo Amayuelas): Informe sobre los progresos realizados respecto a la igual-

dad de oportunidades y la no discriminación en la Unión Europea (transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE) [2007/2202(INI)] Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: Elizabeth Lynne. A6-0159/2008. Fecha: 17 de abril de 2008. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de septiembre de 2007, sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho indicativo [2007/2028(INI)]. A6-0259/2007. P6_TA-PROV(2007)0366. Preguntas parlamentarias.-VIDA JURÍDICA. RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO: Departamento de Derecho Privado, Universidad Autónoma de Madrid (dir.), Jornadas sobre Derecho Privado europeo. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. 13-14 diciembre 2007 (María José Santos Morón). Academia de Derecho privado europeo, Trier, 6-7 de marzo de 2008, *The Draft Common Frame of Reference-The CoPECL Network-The Future of European Contract Law* (Barbara Pasa). Meyer, Olaf (dir.), *The Civil Law Consequences of Corruption*. Jornadas 14-15 de marzo de 2008 en el *Zentrum für Europäische Rechtspolitik* (ZERP) de la Universidad de Bremen (Olaf Meyer).

Presentación

Esta octava crónica se cierra el 10 de junio 2008. La 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 del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, o la *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 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 alemán, francés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo

SUSANA NAVAS NAVARRO
Universidad Autónoma de Barcelona*

La Unión europea conoce, desde 1957, la prohibición de discriminar en cuyo seno ha desarrollado distintas funciones, sobre todo, en el ámbito económico, respecto de aquéllos que participan en el mercado¹. La dimensión social del principio de no discriminación² se refuerza, en el ordenamiento jurídico-comunitario, sobre todo a partir de lo que se ha dado en llamar Derecho constitucional comunitario.

I. DERECHO CONSTITUCIONAL COMUNITARIO

La referencia al *principio de igualdad* se encuentra en la no nata Constitución europea³, en el artículo II-80, en el que se advierte que «*todas las personas son iguales ante la ley*»⁴. A continuación, el precepto siguiente (art. II-81) prescribe que: «[1] *se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones, palabras o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* [2] *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de disposiciones particulares*»⁵.

* Esta contribución se enmarca en el proyecto de investigación dirigido por el profesor Ferran Badosa Coll (SGR00759, III Pla de Recerca de Catalunya, grupo de estudio del Derecho civil catalán, UB-UAB) y en el proyecto de investigación «No discriminación y Persona» dirigido por la profesora María del Carmen Gete-Alonso y Calera (SEJ2007-60834).

¹ SCHIEK, D., en SCHIEK, D. (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2007, p. 24, núm. 25.

² STJCE 43/75, de 8 de abril de 1976 (Defrenne II), STJCE C 270/97, de 10 de febrero de 2000 (Sievers & Schrage).

³ DOUE C 310/401, de 16 de diciembre de 2004.

⁴ Con idéntica literalidad, *vid.* el artículo 20 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea* (DOCE 2000/C 364/01, de 18 de diciembre de 2000).

⁵ Esta dicción es la misma que la del artículo 21 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*.

La *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* contenía además un precepto –el art. 23– en el que se hacía referencia directa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, aplicable a todos los ámbitos y, en particular, al empleo, trabajo y retribución. Además, expresamente, se reconocía que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado aludiendo directísimamente a las *acciones positivas*.

Ahora bien, con anterioridad, el legislador comunitario ha dejado claro que uno de los valores de la Carta Magna es el *derecho a la libertad* (art. II-61): *todas las personas tienen derecho a la libertad* (art. 6 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*).

El derecho a la libertad es el fundamento de una Europa democrática y, además, es necesario para el *libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana*, presente en todas las Constituciones nacionales europeas (así, el art. 10.2 CE o § 2 GG). En esta dirección, se alude también y con el mismo sentido al *principio de autonomía privada*. Este principio permite que el individuo en sus elecciones y decisiones establezca *discriminaciones*⁶.

II. DERECHO PRIMARIO COMUNITARIO

También en el denominado Derecho primario comunitario encontramos reflejado los dos valores referidos: por un lado, la autonomía privada (1); por otro, la prohibición general de la discriminación (2) junto con prohibiciones especiales (3) y la habilitación a las propias instancias comunitarias para dictar derecho comunitario secundario (4).

1. Principio de autonomía privada

Este principio está también presente en el derecho primario comunitario como fundamento de la propia Unión Europea, pues, como se ha dicho, entronca con el derecho a la libertad que, en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea⁷, se refleja en una *libertad básicamente de carácter económico*, lo que supone además de las conocidas libertades fundamentales, la existencia de un mercado interior libre en el que impere, precisamente, la libre competencia. Se trata del reflejo de la autonomía privada en el mercado, en este caso, el mercado interior europeo y el principio de la autonomía privada en el mercado se traduce en libertad económica y, más precisamente, en libertad contractual⁸.

2. Prohibición general de no discriminación

La prohibición general de no discriminación en el ámbito del TCCE era la que aparece en el artículo 12.1 y que, actualmente, aparece en el artículo 18 de la versión consolidada del tratado de funcionamiento de la Unión

⁶ NEUNER, J., «Protection Against Discrimination in European Contract Law», *ERCL* 1/2006, pp. 35-50.

⁷ Versión consolidada de 2002 (*DOCE* C 325 de 24 de diciembre de 2002, pp. 33 ss). En adelante, TCCE.

⁸ MARELLA, M. R., «The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe», *ERCL* 2/2006, pp. 257-274.

Europea⁹: «*se prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad*». Es una prohibición que, a tenor de la doctrina, tiene aplicación directa en los Estados miembros¹⁰ y que se establece para ser aplicada a la persona física.

No obstante, la prohibición de discriminar también se encuentra en las cinco libertades fundamentales referidas a personas jurídicas (art. 49 TFUE), a mercancías (art. 44 TFUE) y a los servicios (art. 56 TFUE). Esta prohibición de discriminar debe compaginarse con la prohibición de discriminar en materia de defensa de la competencia del artículo 102 TFUE. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJCE) todas las prohibiciones de discriminación que se establecen en el Derecho comunitario permiten afirmar que el principio de no discriminación constituye uno de los fundamentos jurídicos en los que se asienta el Derecho comunitario¹¹.

3. Prohibiciones especiales de no discriminación

El artículo 3.2 TCCE entiende que «*en las actuaciones contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*». Esta prohibición general de no discriminación se basa en la no discriminación por razón de sexo.

Otra prohibición de carácter especial es la contemplada en el artículo 157 TFUE (art. 141 TCCE) referida a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral. Alude a igualdad de trato, igualdad de oportunidades, igualdad de retribución entre hombres y mujeres. Se permite, no obstante, al Estado miembro la adopción de medidas positivas en beneficio de miembros de un sexo que esté menos representado o se considere menos beneficiado que los miembros pertenecientes al otro sexo. Con la prohibición de discriminación establecida en el artículo 141 TCCE y su desarrollo posterior a través de diferentes Directivas, de las que daremos cuenta posteriormente, se inicia, de modo efectivo, la construcción de un ámbito del derecho al que se suele denominar «*derecho antidiscriminatorio*»¹².

4. Habilitación para dictar derecho secundario comunitario

En relación con la no discriminación por razón de la nacionalidad, se advierte en el artículo 18.2 TFUE que: «*El Consejo [...] podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones*».

Por lo que concierne a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, el artículo 157.3 TFUE indica igualmente que el Consejo podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato, de oportunidades y de retribución entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

⁹ DOUE C 115, de 9 de mayo de 2008, pp. 47 ss. En adelante, TFUE.

¹⁰ M. HOLOUBEK en J. SCHWARZE (dir.), *EU-Kommentar*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1ª edic., 2000, pp. 327 ss.; R. STREINZ, «Die Kompetenzen der EG zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht», en: S. LEIBLE/M. SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, p. 17.

¹¹ STJCE, 201-202/85, de 25 de noviembre de 1986 (Klensch), STJCE C-2/1992, de 7 de julio de 1992 (Bostock).

¹² COM (1999), pp. 564 ss. (http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/arct/564_de.pdf). En particular, *vid.* los anexos V y VI.

Por su parte, el artículo 19 TFUE habilita al Consejo para adoptar las medidas necesarias tendentes a eliminar las *discriminaciones por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*.

Esta habilitación que se hace en el Tratado al Consejo ha derivado, actualmente, en la existencia de diversas Directivas, las cuales se enmarcan en el antes referido fundamento general comunitario de no discriminación.

III. DERECHO SECUNDARIO COMUNITARIO

Las primeras Directivas que se publicaron pertenecieron al ámbito laboral (1). Sólo a partir del año 2000 se empieza a plantear la aplicación del principio de igualdad de trato en el derecho de los contratos (2). Además, mención especial merece la *Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997 sobre inversión en la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*¹³, la cual tiene un alcance más general que el puro derecho de los contratos.

1. En el derecho laboral y de la seguridad social

La aplicación del principio de *igualdad de trato entre hombres y mujeres* se refirió, en un primer momento, a:

a) el derecho a *igual retribución* en la *Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*¹⁴;

b) *el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo* con la *Directiva 76/207/CEE, del Consejo de 9 de febrero*¹⁵. Esta Directiva fue, posteriormente, objeto de modificación mediante la *Directiva 2002/73/CE del parlamento europeo y del consejo de 23 de septiembre de 2002*¹⁶;

c) *la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social* la *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978*¹⁷;

d) *la igualdad de trato en los regímenes profesionales de la seguridad social*, la *Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986*¹⁸;

e) *la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma incluidas las actividades agrícolas, así como protección de la maternidad* la *Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986*¹⁹;

f) *la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia*, la *Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992*²⁰.

¹³ DOCE núm. L 14, de 20 de enero de 1998.

¹⁴ DOCE L 045, de 19 de febrero de 1975.

¹⁵ DOCE núm. L 39 de 14 de febrero de 1976.

¹⁶ DOCE núm. L 269 de 5 de octubre de 2002.

¹⁷ DOCE núm. L 6, de 10 de enero de 1979.

¹⁸ DOCE núm. L 225, de 12 de agosto de 1986.

¹⁹ DOCE núm. L 359 de 19 de diciembre de 1986.

²⁰ DOCE núm. L 348, de 28 de noviembre de 1992.

En el año 2000 se dictan dos Directivas que también inciden en el ámbito laboral, aunque se vislumbra ya la intención del legislador de extender el principio de igualdad de trato más allá. Me refiero a las Directivas siguientes:

a) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*²¹;

b) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación*²².

c) Directiva 2006/54/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación* (refundición)²³.

2. En el derecho contractual

En el derecho de los contratos, la primera referencia en el derecho comunitario secundario, la encontramos en la ya aludida *Directiva 2000/43/CE*, en cuyo artículo 3, que se dedica al ámbito de aplicación de la norma, advierte que:

*«la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: [...] h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda»*²⁴.

No obstante, la Directiva que plenamente se dedica a aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al derecho de los contratos es la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro*²⁵. Se trata, por consiguiente, del derecho a no ser discriminado por razón de sexo en el ámbito de la contratación²⁶.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/43 Y DE LA DIRECTIVA 2004/113

En este epígrafe conviene centrarse en el ámbito de aplicación objetivo (1) y subjetivo (2) de las referidas Directivas.

1. Ámbito de aplicación objetivo

Aquí trataremos de los *bienes y servicios* concernidos (1.1), de las *relaciones jurídicas* afectadas (1.2) y del requisito de la *disponibilidad al público* (1.3).

²¹ DOCE núm. L 180 de 19 de julio de 2000.

²² DOCE núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000.

²³ DOUE núm. L 204/23, de 26 de julio de 2006.

²⁴ La Directiva 2000/43/CE fue incorporada al ordenamiento español mediante la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social* (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2003).

²⁵ DOCE núm. L 373, de 21 de diciembre de 2004.

²⁶ La Directiva 2004/113/CE ha sido, como se sabe, recientemente, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LO 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (BOE, núm. 71, de 23 de marzo).

1.1 BIENES Y SERVICIOS

El ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2004/113 se centra, en primer lugar, en *bienes y servicios*. El ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 es más amplio (art. 3), pero para nuestro estudio nos interesa la referencia exclusiva al derecho contractual, esto es, la referencia a los *bienes y servicios*. ¿A qué bienes y servicios se refieren las normas comunitarias? Según el considerando núm. 11 de la Directiva 2004/113, pues a este respecto, la Directiva 2000/43 no dice nada, se incluyen los bienes que se consideraran como tales en las disposiciones del TCCE relativas a la libre circulación de mercancías; mientras que se consideran servicios a aquellos que como tales aparecen el artículo 50 TCCE.

En relación con los *bienes*, las disposiciones del TCCE no establecen una enumeración de bienes, sino que aluden de modo genérico a *mercancías* incluyendo también a las materias primas y haciendo una especial referencia, eso sí, a los productos agrícolas. Así pues, en principio, todo bien que tenga la consideración de *mercancía* quedará comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113 e igualmente en la Directiva 2000/43, la cual menciona expresamente a la *vivienda*. La referencia a la *vivienda* no aparece en la Directiva 2004/113, aunque nos parece que debería también contemplarse en el ámbito de aplicación de la norma. Téngase en cuenta que la *mercancía* es principalmente un bien mueble y que la *vivienda* es un bien inmueble respecto del cual es difícilmente pensable una libre circulación, en todo caso, guarda más relación con la libre circulación de personas. Sea lo que fuere, una protección del particular frente a situaciones discriminatorias no sería completa si se excluyera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113, que afecta directamente al derecho de los contratos, a la *vivienda*.

En materia de *servicios*, el TCCE es más explícito ya que el artículo 50 advierte que se consideran servicios «aquellas prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas». En concreto, considera servicios, las actividades de carácter industrial, de carácter mercantil, de carácter artesanal y las propias de los profesionales liberales. Éstos son, los servicios que caen bajo el manto protector de las Directivas referidas. Por su parte, la Directiva 2004/113 excluye expresamente de su ámbito de aplicación, por un lado, la *educación* sea pública o privada (considerando núm. 13); mientras que en relación con la discriminación por razón de raza o de origen étnico, sí quedaría incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43. Ahora bien, que la Directiva 2004/113 no se aplique a la enseñanza pública regida por normas específicas, se comprende; pero no queda tan claro el motivo por el que la enseñanza privada no pudiera verse afectada por el ámbito de aplicación de la Directiva, sobre todo cuando se refiere a enseñanza no reglada.

1.2 RELACIONES JURÍDICAS CONCERNIDAS

¿A qué relaciones jurídicas se refieren las Directivas? En principio quedarían comprendidas todas aquellas relaciones jurídicas que facilitan el *acceso a los bienes y a los servicios* comprendidos en el ámbito de aplicación de las mismas. Así pues, contratos de compraventa, permuta, donación, tanto contratos típicos como atípicos, independientemente del carácter gratuito u oneroso, aunque con frecuencia se tratará de los segundos y no de los prime-

ros, pues éstos se darán con frecuencia en el ámbito familiar, ámbito al que no alcanza, como veremos, la prohibición de discriminación.

Queda incluido el *contrato de seguro* en el que no se permiten diferencias en el cálculo de las primas por razón de sexo como es común que así suceda argumentando la longevidad de a mujer, lo que implica riesgo de sufrir mayores enfermedades y por tanto un mayor gasto para la aseguradora, y las consecuencias económicas derivadas del embarazo y de la maternidad. Con la Directiva 2004/113, en su artículo 5, los estados miembros deberán velar porque los contratos de seguros celebrados después del 21 de diciembre de 2007 no establezcan diferencias en las primas y en servicios financieros afines por razón del sexo de la persona, si bien se admite que existan diferencias de trato y, consiguientemente, diferencias en las primas por razón del sexo cuando la consideración de este criterio constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo.

Se podría mantener una interpretación amplia de las normas comunitarias y entender que como no se refieren a ningún contrato sino a todas aquellas personas que suministren bienes y servicios, las normas se aplican independientemente de la fuente de la que nazca la obligación de suministrar bienes y servicios. Así, no sólo se aplicaría al contrato, supuesto típico, sino a las otras fuentes de las obligaciones. En este sentido, la dicción del legislador alemán, cuando incorporó la Directiva 2004/113/CE a su ordenamiento interno, en su § 19.1 AGG²⁷, al referirse a la aplicación del principio de igualdad de trato en «*el nacimiento, en la ejecución y en la extinción de una relación obligatoria civil*» (*Begründung, Durchführung und Beendigung*), le obliga a excluir, de modo expreso, las relaciones obligatorias derivadas de situaciones de derecho de familia y de derecho de sucesiones²⁸.

1.3 DISPONIBILIDAD AL PÚBLICO: ÁMBITO DE LA VIDA PRIVADA O FAMILIAR

Los bienes o servicios deben estar *disponibles al público* tanto en el sector público como en el privado, reza el artículo 3.1 Directiva 2004/113. La Directiva 2000/43 se refiere tanto a esta disponibilidad como a la *oferta de los mismos*. Se plantea, pues, el debido entendimiento de estas expresiones. Algunos autores²⁹ se han planteado si se refiere a verdaderas *ofertas contractuales* o incluye también los supuestos de *invitatio ad offerendum* puesto que las normas comunitarias aluden sólo a disponible, término no jurídico, y concretamente, la Directiva 2000/43 diferencia entre esa disponibilidad y la oferta de los bienes y servicios. A nosotros nos parece que la discusión es un tanto estéril, ya que si se trata de proteger a la persona contratante de una actitud discriminatoria deben incluirse ambos supuestos, tanto la oferta contractual como la invitación a hacer ofertas. Además deben estar disponibles, en el sentido amplio referido, para el público, es decir, que quedan fueran actos o contratos que tengan lugar en el *ámbito de la vida privada y familiar*

²⁷ *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG, de 14 de agosto de 2006 (BGBl, I, p. 897).

²⁸ § 19.4 AGG: «*Die Vorschriften dieses Abschnitts findet keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse*». En la doctrina, vid. GAIER, R./WENDT-LAND, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz- AGG. Ein Einführung in das Zivilrecht*, Munich, 2006, pp. 9-11.

²⁹ KORELL, J., «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?», *JURA* 1/2006, p. 6; RIESENHUBER, K./FRANCK, J. U., «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», *JZ*, 11/2004, p. 530.

(art. 3.1 Directiva 2004/113). Esta expresión un tanto ambigua se define en función de las personas, es decir, que se refiere a personas con las que se tiene un determinado lazo familiar o de parentesco o, incluso, de amistad. Se trata de un ámbito en el que el acceso a los bienes y a los servicios se encuentra restringido al tratarse de relaciones en las que impera el elemento de la confianza. Se excluyen de la aplicación de la Directiva tanto las relaciones derivadas del derecho de familia como del derecho de sucesiones.

Queda excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113 (y también debería entenderse excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43) el contenido de los medios de comunicación y la publicidad (art. 3.3 Directiva 2004/113), respecto de los cuales existe normativa comunitaria específica que recoge la prohibición de discriminación³⁰.

Del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113 quedan excluidos, por razones obvias, tanto el empleo como la ocupación (art. 3.4).

2. **Ámbito de aplicación subjetivo**

En este extremo debe plantearse si la norma es aplicable a las relaciones jurídicas entre empresario y consumidor, a las relaciones que nazcan entre empresarios o a las que se den entre particulares. Hay que tener en cuenta que la Directiva 2004/113 explicita, en su artículo 3.1, primero, que se aplica la norma «a todas las personas que suministren bienes y servicios», es decir, independientemente de que se trate de particulares o de empresarios/comerciantes; segundo, la norma se aplica «con independencia de la persona de que se trate», así, con independencia de quién suministre y de quién adquiera; tercero, la norma se aplica «tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos», también se aplica, así a las relaciones entre los particulares y la administración en cuanto ésta actúe investida de sus prerrogativas como también cuando actúe, en el tráfico, como un particular más.

No ofrece dudas que se aplica a la relación establecida entre un empresario/administración pública y un consumidor o usuario. También es perfectamente entendible que se aplique a la relación entre dos empresas, sobre todo cuando una de ellas es una pequeña o mediana empresa. En el caso de particulares, deberá entenderse que resulta de aplicación la norma cuando la relación jurídica no quede dentro de lo que la Directiva denomina ámbito de la vida privada y familiar. Así, cuando un particular coloca en su coche un letrero en el que se anuncia que vende un coche, se puede hablar de suministro de bienes disponible al público y, consiguientemente, quedaría fuera de ese ámbito privado y sería de aplicación la Directiva.

V. **TIPOS DE DISCRIMINACIÓN**

En este punto, junto a las conocidas *discriminación directa* (1) e *indirecta* (2), *actuaciones asimilables* (3). Haremos referencia a las *acciones positivas* y a la *discriminación inversa* (4) y a las *medidas de protección* (5).

³⁰ NAVAS NAVARRO, S., voz «Publicidad», en *Repertorio de derecho civil y mercantil comunitario*, Barcelona, 2005, pp. 827 ss.

1. Discriminación directa

La discriminación directa es el *tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de un criterio (en nuestro caso, sexo, raza, etnia) con independencia con independencia de los motivos del causante de la discriminación*³¹.

En este tipo de discriminación se centran las sentencias del TJCE hasta los años 90 en el ámbito laboral: la igualdad de trato en cuanto al sueldo, lugar de trabajo, condiciones, etc. entre hombres y mujeres, entre trabajadores y trabajadoras³². Para el TJCE es también discriminación directa la diferencia de trato por causa que sea consecuencia directa del sexo como el embarazo y la maternidad. Esta es la tesis del TJCE en el caso DEKKER de 8 de noviembre de 1990³³, en el cual la trabajadora no había sido contratada a causa de su estado de gravidez. La Directiva 2004/113 lo recoge expresamente en el artículo 4.1.a).

A la discriminación directa se refiere los artículos 2.1.a) Directiva 2000/43 y artículo 2.a) Directiva 2004/113 con dicciones similares. Así, el primero explicita que: «*existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable*». El segundo señala: «*la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en situación comparable, por razón de sexo*». La referencia al elemento comparativo proviene del modelo antidiscriminatorio anglosajón *but for*, según el cual es discriminatorio aquel tratamiento que hubiera sido diferente de haber sido otra persona (*in casu*, un hombre) el que se encontrara en la misma situación³⁴.

Subtipos específicos de discriminación directa son el *acoso* y el *acoso sexual*. El primero se recoge en las dos Directivas consideradas (art. 2.3 Directiva 2000/43 y artículo 2.c) Directiva 2004/113; mientras que el segundo se recoge en el artículo 2.d) Directiva 2004/113. Se entiende por «*acoso*»: «*la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona o con su origen racial o étnico con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*». Por «*acoso sexual*» se entiende: «*la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*».

³¹ DOYLE, O., «Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm. 3 (2007), pp. 542-546; REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, p. 63; SERRA CRISTÓBAL, R., «La discriminación indirecta por razón de sexo», en Ridaura Martínez, M.^a J./Aznar Gómez, M. J., *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, pp. 365 ss.

³² SANZ CABALLERO, S., «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», en Ridaura/Martínez, M.^a J./Aznar Gómez, M. J., *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, p. 268.

³³ C-179/88.

³⁴ SERRA CRISTÓBAL, R., «La discriminación indirecta», p. 366.

2. Discriminación indirecta

El origen del concepto de discriminación indirecta es americano³⁵. Se recogió por vez primera en el caso *Griggs vs. Duke Power Company* en 1971³⁶. En este caso, la discriminación indirecta se producía por razón de raza. Se exigían estudios secundarios para el acceso a un empleo en el que en realidad no se necesitaban estudios sabiendo que sólo las personas de color blanco los poseían y no las de color negro. Es la *Civil Rights Act de 1991* la que ha sancionado legalmente este concepto en USA. Del Derecho norteamericano llega al derecho Británico e irlandés en 1976 y 1977, respectivamente³⁷.

Pronto en el seno de la UE se utilizó este concepto aunque no se recogía en el TCCEE ni en la primera Directiva 75/117 referida a la igualdad de trata en materia retributiva. En el Derecho comunitario primario aunque se emplea el término igualdad y el de discriminación no se alude de modo expreso a este tipo de discriminación; en general, no se alude a las clases de discriminación. El TJCE utiliza el término de «discriminación indirecta» en el caso *Defrenne II* y procede a su definición destacando que existen determinadas conductas que, siendo formalmente no discriminatorias, deben entenderse contrarias al principio no comunitario de interdicción de la discriminación por razón de sexo. A partir de esta sentencia, otras sentencias del TJCE han formulado –y desarrollado– este tipo de discriminación. De *Defrenne II* pasó a la normativa comunitaria³⁸ que incluyó el término pero no lo definió. El primer intento de definición lo encontramos en el artículo 5 de la Propuesta de Directiva presentada a la Comisión el 24 de mayo de 1988. Pero fue la Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, sobre inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, la que plasmó una definición legal de discriminación indirecta. Éste es, a tenor de la doctrina, un supuesto de «*legal transplant*» desde el derecho angloamericano al derecho continental³⁹.

La Directiva 2000/43, en su artículo 2.2.b), establece que «*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*». En el mismo sentido, establece el concepto el artículo 2.b) de la Directiva 2004/113 si bien referido a la diferenciación por razón de sexo. Característico de las discriminaciones indirectas es la admisión de justificación objetiva y razonable, cosa que no se admite para las discriminaciones directas. El TJCE ha admitido como justificación objetiva la «*flexibilidad y adaptabilidad del trabajador*»⁴⁰, la «*fuerza o fatiga muscular*»⁴¹, la

³⁵ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental*, p. 81.

³⁶ *Griggs vs. Duke Power Co*, 401 US 424 (1971).

³⁷ DOYLE, O., «Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy», pp. 546-551.

³⁸ ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La igualdad entre hombres y mujeres en el derecho europeo*, Madrid, 1999, pp. 1 ss.

³⁹ SCHIEK, D., en Schiek, D. (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, p. 124, núm. 20.

⁴⁰ STJCE 109/88, de 17 de octubre de 1989 (Federación de empleados de comercio vs. Danfoss).

⁴¹ STJCE 237/85, de 1 de julio de 1986 (Gisela Rummler vs. Dato-Druck).

«libertad de cada estado para fijar los requisitos y caracteres de las prestaciones sociales»⁴².

En nuestro sistema la construcción de la discriminación indirecta es de carácter jurisprudencial, concretamente, del Tribunal Constitucional⁴³.

3. Actuaciones asimilables

Tanto la Directiva 2000/43 (art. 2.4) como la Directiva 2004/113 (art. 4.4) asimilan toda *orden de discriminar directa o indirectamente* por razón de raza o por razón de sexo a una discriminación directa o indirecta, según la discriminación ante la que nos encontremos.

4. Acciones positivas y discriminación inversa

La expresión «acciones positivas» es traducción del inglés *affirmative action* del Derecho norteamericano, de donde proceden. Pronto vieron su reflejo en el Derecho comunitario a partir de la Directiva 76/207. Se refiere a «todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres mediante la eliminación de las desigualdades de hecho»⁴⁴. Son deberes impuestos por las normas a los poderes públicos.

La discriminación inversa es una variedad específica de acción positiva que adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes, así se establece por ejemplo una reserva de plazas a favor de grupos que se quieren favorecer (*vs. gr.* las mujeres). Son de interpretación estricta de manera que cuando desaparecen las condiciones sociales que las justifican, deben desaparecer, pues en caso contrario constituirían discriminaciones directas. Por ello, tienen carácter transitorio.

Puede encontrarse una referencia indirecta a las actuaciones positivas y a este tipo de discriminación en el artículo 5 Directiva 2000/43 y el artículo 6 Directiva 2004/113 cuando se advierte que el principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados miembros la adopción de medidas específicas destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo o del origen racial o étnico.

5. Medidas protectoras

Son medidas que, aunque aparentemente ventajosas, se basan en la debilidad de la mujer o de un grupo racial y que, en la práctica, perpetúan la propia posición de inferioridad social de la población femenina o del grupo racial de que se trate⁴⁵. Este tipo de discriminación ha sido también considerada por el TC español, concretamente en la STC 229/1992, de 14 de diciem-

⁴² STJCE 0/85, de 11 de julio de 1987 (Teuling), STJCE 457/93, de 6 de febrero de 1996 (Lewrark), STJCE 278/93, de 7 de marzo de 1996 (Freers y Speckmann), STJCE 167/97, de 9 de febrero de 1999 (Regina y Secretary of state for employment). También la STJCE 444/93, de 14 de diciembre de 1995 (Megner y Scheffel).

⁴³ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental*, p. 82; SERRA CRISTÓBAL, R., «La discriminación indirecta», p. 375.

⁴⁴ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental*, p. 83.

⁴⁵ RIDAURA MARTÍNEZ, M.^a J., «La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en Ridaura Martínez, M.^a J./Aznar Gómez, M. J., *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, pp. 227 ss.

bre de 1992 (caso «mujeres mineras») que abordó el trabajo de la mujer en las minas. Podrían considerarse discriminaciones indirectas.

VI. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN LA DIRECTIVA 2000/43 Y EN LA DIRECTIVA 2004/113

A pesar de que se prohíba la discriminación por razón de raza u origen étnico y por razón de sexo, las Directivas 2000/43 y 2004/113 consideran, con carácter general, que, dándose determinados requisitos, es posible establecer diferencias de trato. En efecto, el artículo 4 Directiva 2000/43 admite que los Estados miembros puedan disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya requisito esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Por su parte, el artículo 4.5 Directiva 2004/113 también admite las diferencias de trato cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios.

Al respecto conviene hacer algunas consideraciones. En primer lugar, la justificación de la diferencia de trato en la Directiva 2000/43 tiene carácter más restringido que la establecida en la Directiva 2004/113. Así, en la primera norma comunitaria la diferencia de trato por razón del origen racial o étnico sólo puede darse en relación con el desempeño de actividades profesionales por la persona a la que se trata de modo diferente; no en cambio, en otros supuestos. Es decir, la diferencia de trato podrá establecer en relación con el empleo y la ocupación, pero no en relación con el resto de ámbitos a los que también es de aplicación la Directiva 2000/43 y, singularmente, no en relación con el acceso de bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. Por su parte, en la segunda Directiva 2004/113 la diferencia de trato tiene carácter general refiriéndose a la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal.

En segundo término, la justificación de la diferencia de trato aparece en ambas Directivas, en relación con las discriminaciones indirectas, duplicada. En efecto, al recoger la definición de discriminación indirecta ambas normas indican que las mismas pueden estar justificadas, lo que suele ser tradicional advertir en esta materia. Así, por un lado, tenemos la justificación de la diferencia de trato de carácter general y luego particular para la discriminación indirecta. En la Directiva 2004/113 no nos parece que sea necesaria la duplicidad, pues, el artículo 4.5 alude a la justificación de forma general, por lo que la referencia explícita en el caso de las discriminaciones indirectas carece de sentido. En la Directiva 2000/43 tiene razón de ser si se interpreta que la justificación de la diferencia de trato en caso de discriminaciones indirectas se da en todos los ámbitos en los que se aplica la directiva y no sólo en los de la ocupación y el empleo como se desprende de la justificación general establecida en el artículo 4 de la misma.

Es menester destacar que en la justificación de la discriminación se tiene en cuenta el *principio de proporcionalidad* –como no podía ser de otra mane-

ra al estar aludiendo a un derecho fundamental⁴⁶— indicando sus componentes, esto es, la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Así, la justificación de la diferencia de trato se nos presenta como un límite al derecho fundamental⁴⁷.

En relación con el principio de la proporcionalidad que justifique la discriminación el TJCE ha establecido una serie de criterios, en relación, principalmente, con las discriminaciones indirectas. Posibles justificaciones de la discriminación serían la evitación de peligros, riesgos, daños u otros fines de naturaleza análoga, necesidad de proteger la esfera privada o la seguridad personal, la práctica de una confesión religiosa determinada y en el contrato de seguro, en todo caso, no se admite la diferencia de trato basada en el embarazo y la maternidad (cfr. § 20 AGG). La posibilidad de admitir diferencias de trato nos parece que desvirtúa la norma general de impedir primas diversas por razón del sexo, ya que la posibilidad de la diferencia de trato se basa en datos estadísticos. No es un argumento fiable, pues entonces debería tenerse en cuenta también la vida que lleva el asegurado, si toma bebidas alcohólicas o no, si hace deporte, etc.⁴⁸.

VII. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO COMO REMEDIO DE LA PARTE DISCRIMINADA

En primer lugar, haremos una breve introducción (1) para después dirigir nuestra atención a los criterios del TJCE en esta materia (2).

1. Introducción

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE contienen un precepto, redactado en términos idénticos, relativo a las *sanciones* que hay que adoptar en caso de que se infrinja el principio de igualdad de trato (art. 15.2 Directiva 2000/43/CE y arts. 8.2 y 14 Directiva 2004/113/CE). En ambos casos, se establece que serán los Estados miembros quienes establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Entre las posibles sanciones a adoptar, se dice, se encuentra la indemnización a la víctima. Las *sanciones* deberán ser *efectivas, proporcionadas y disuasorias*⁴⁹.

⁴⁶ CHEREDNYCHENKO, O., «Fundamental Rights and Contract Law», *ERCL*, 4/2006, pp. 489-505.

⁴⁷ NAVAS NAVARRO, S., «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)» publicado en *ADC*, 2007, V. 60, núm. IV, pp. 1619 a 1640.

⁴⁸ BAER, S., «Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung—ein Vertoss gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?», *NJW* 23/2004, pp. 1623 ss.

⁴⁹ La norma del artículo 8.2 se reproduce en términos casi idénticos en otras Directivas que también pretenden hacer efectivo el principio de trato igual: artículo 17.2 *Directiva 2000/78/CEE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación*, artículo 8.d).2 *Directiva 1976/207/CEE de 9 de febrero, de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo*, artículo 8.d).2 *Directiva 2002/73/CEE, del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 y artículo 18 Directiva 2006/54/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del*

2. Criterios del TJCE en derecho antidiscriminatorio

En esta materia conviene tener en cuenta los *criterios* que se pueden extraer de la *jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas* en materia de discriminación, si bien referidos al Derecho del trabajo y de la seguridad social, puesto que los mismos pueden servir de canon hermenéutico para los tribunales nacionales⁵⁰ cuando tengan que enjuiciar supuestos similares por cuanto las leyes nacionales antidiscriminación suponen la incorporación de la Directivas europeas.

a) El daño moral es indemnizable con arreglo al derecho comunitario⁵¹. La reparación del mismo sólo puede consistir en dinero y debe ser adecuada al daño sufrido. Sin embargo, esa adecuación no significa que la indemnización sólo deba cubrir los daños nominales⁵², puesto que si se considera, por el juez nacional, que para que tenga efecto disuasorio de la conducta discriminatoria, y sea realmente eficaz debe establecerse una cantidad superior en concepto de indemnización, el juez nacional podrá establecerla⁵³. En todo caso, lo que no puede existir es un enriquecimiento injusto. El TJCE así lo ha reconocido expresamente⁵⁴.

b) El TJCE ha admitido, en casos de discriminación por razón de sexo, la existencia de *daños ex re ipsa*⁵⁵, de suerte que si el legislador nacional sanciona estos casos dentro del marco de la responsabilidad civil, el mero hecho de la violación de la prohibición de discriminar por razón de sexo,

principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

⁵⁰ Incluimos en la expresión al TC ya que, como él mismo ha reconocido, recurre al derecho comunitario como canon hermenéutico (e integrador) constitucional (*vid.*, por todos, ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el derecho comunitario*, Madrid, 2003, pp. 258 ss.; del mismo autor, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Pamplona, 2005, pp. 25 ss.).

⁵¹ VAQUER ALOY, A., «El concepto de daño en el derecho comunitario», en *Estudios de derecho de Obligaciones*, Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez, t. II, Madrid, 2006, p. 889.

⁵² Un supuesto en el que una autoridad nacional se decidió por imponer una indemnización de los daños nominales fue la decisión del Equality Officer irlandés de 5 de enero de 2004, *Thomas O'Connor v. The Icon Night Club (Limark)*, DEC-S2004-01. Los hechos fueron los siguientes: el Night Club de referencia cobraba una cantidad como entrada a los hombres, la noche del jueves en que el demandante Thomas O'Connor quería acceder al local, mientras que las mujeres podían entrar en él de forma gratuita, alegando que la medida pretendía estimular la asistencia de mujeres al local; se trataba de una medida de discriminación positiva en favor de las mujeres. Thomas O'Connor consideró dicha medida contraria al principio de igualdad (Equal Status Act 2000) y demandó al club, el cual fue condenado a dejar entrar gratis, en el establecimiento, al demandante siete noches y a satisfacerle una cantidad de 10 €.

⁵³ STJCE de 10 de abril de 1984 (Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen) y STJCE de 10 de abril de 1984 (Dorit Harz vs. Deutsche Tradex GmbH), STJCE de 22 de abril de 1997 (Nils Draehmpael vs. Urania Immobilienservice OHG). En relación con los daños nominales y su tratamiento por el derecho y jurisprudencia comunitaria, *vid.* WURMNEST, W., *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts*, Tübingen, 2003, pp. 237-239.

⁵⁴ STJCE de 13 de abril de 1994 (Banks vs. British Coal Corporation). En la doctrina, *vid.* WURMNEST, W., *Grundzüge*, p. 233.

⁵⁵ A. VAQUER ALOY, «El concepto de daño en el derecho comunitario», p. 877. La doctrina entiende que el hecho de prescindir de la culpa no debe extenderse a cualquier supuesto de responsabilidad civil, sino que este criterio del TJCE es exclusivo del derecho antidiscriminatorio (WURMNEST, W., *Grundzüge*, p. 157).

genera ya la responsabilidad de la parte discriminadora sin que pueda alegar las causas de exención de la responsabilidad basadas en el derecho nacional. En sentir del TJCE, las Directivas sobre no discriminación se oponen a las disposiciones del derecho nacional que someten la indemnización de los daños por vulneración del principio de igualdad de trato por razón de sexo en la contratación al elemento de la culpa⁵⁶. Es decir, el mero hecho de negarse a tomar en consideración una oferta o una posible aceptación de una oferta se considera un daño cuya existencia se presume *iuris et de iure*, de manera que la inversión de la carga de la prueba que se establece en el derecho comunitario antidiscriminatorio, se debe referir a otros daños que dicha negativa produzca. Se acoge por parte del TJCE, en casos de daños por discriminación un sistema de *strict liability*.

c) El TJCE ha excluido la posibilidad de establecer a priori un tope máximo para la indemnización, de suerte que la parte perjudicada podrá alegar directamente la Directiva comunitaria para evitar la aplicación de una disposición nacional que estableciera un tope máximo en caso de una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de una discriminación por razón de sexo⁵⁷. No obstante, el Derecho comunitario no se opone al establecimiento de un tope máximo a la indemnización por las disposiciones nacionales, cuando la parte discriminadora pueda probar que tampoco habría celebrado el contrato con la parte discriminada sin que ésta sufriera discriminación, al existir una oferta objetivamente mejor o una parte contractual objetivamente mejor cualificada⁵⁸.

d) En ningún caso, el TJCE ha indicado una sanción determinada al juez nacional, antes bien ha establecido que debe ser el juez nacional el que, a partir del elenco de remedios y sanciones que le ofrece su propio ordenamiento jurídico, debe decidir la medida a aplicar⁵⁹.

e) El TJCE ha afirmado que la sanción a establecer en caso de negativa a contratar no necesariamente debe ser la obligación de contratar⁶⁰.

f) Finalmente, debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del mismo órgano jurisdiccional en la que se advierte de la necesidad de realizar

⁵⁶ STJCE de 8 de noviembre de 1990 (Elisabeth Johanna Pacifica Dekker *vs.* Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen), STJCE de 22 de abril de 1997 (Nils Draehmpael *vs.* Urania Immobilienservice OHG). El mismo planteamiento ha realizado la doctrina española en relación con la LOI, *vid.*, por todos, GARCÍA RUBIO, M. P., «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Derecho privado y Constitución* núm. 21 enero-diciembre 2007, pp. 161.

⁵⁷ STJCE de 2 de agosto de 1993 (M. Hellen Marshall *vs.* Southampton and South Hampshire Area Health Authority).

⁵⁸ STJCE de 22 de abril de 1997 (Nils Draehmpael *vs.* Urania Immobilienservice OHG).

⁵⁹ STJCE de 10 de abril de 1984 (Sabine von Colson y Elisabeth Kamann *vs.* Land Nordrhein-Westfalen) y STJCE de 10 de abril de 1984 (Dorit Harz *vs.* Deutche Tradex GmbH).

⁶⁰ STJCE de 10 de abril de 1984 (Sabine von Colson y Elisabeth Kamann *vs.* Land Nordrhein-Westfalen) y STJCE de 10 de abril de 1984 (Dorit Harz *vs.* Deutche Tradex GmbH). Por otro lado, como destaca Martin SCHMIDT-KESSEL el cumplimiento forzoso en forma específica ante una discriminación es escasamente aceptado en nuestro entorno europeo [«Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten», en Stefan LEIBLE/Monika SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pp. 64-65].

una «interpretación del derecho nacional con las Directivas comunitarias»⁶¹.

VIII. LOS ACQUIS PRINCIPLES Y EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

Conocido es que el *Research Group on the Existing EC Private Law* (Acquis Group) ha venido trabajando en materia de Derecho privado europeo sobre la base del *acquis communautaire* existente extrayendo principios, los denominados *Acquis Principles*. Uno de estos principios es el que se contiene en el capítulo 3 (arts. 3:101 a 3:203): el principio de no discriminación en el derecho contractual⁶². A su vez, estos principios y, concretamente, el principio de no discriminación, reaparecen, en parte, con redacción diferente, en el conocido *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR)⁶³ elaborado conjuntamente con el *Study Group on a European Civil Code*: en el capítulo 2 del libro 2 (arts. 2:101 a 2:105).

Se establece la regla general consistente en el derecho a no ser discriminado (art. 3:101 *Acquis Principles*, art. 2:101 DCFR). A su vez se delimita el concepto de discriminación (art. 3:102 *Acquis Principles*, art. 2:102 DCFR) a partir del concepto dado en las Directivas 2000/43/CEE y 2004/113/CE. Dentro de dicho concepto se comprende tanto la discriminación directa como la indirecta, el acoso y el acoso sexual. También se incluye como discriminación la orden de discriminar. De la misma manera que las Directivas referidas, los *Acquis Principles*, contemplan la posibilidad de justificación de la discriminación, siempre que la misma sea necesaria para alcanzar un fin y los medios para alcanzar dicho fin sean adecuados y necesarios (art. 3:103 *Acquis Principles*, art. 2:103 DCFR).

Los principios recogen expresamente la posibilidad de acumular diferentes remedios por parte de la parte discriminada reconociendo, de modo explícito, el derecho que ésta tiene a una compensación. Ésta comprende la indemnización de los daños materiales y morales, la cual debe ser «proporcionada» al daño ocasionado (art. 3:201 *Acquis Principles*, art. 2:104 DCFR).

Finalmente, los principios reconocen la inversión de la carga de la prueba prevista en la ya citada Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, *sobre inversión en la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo* (art. 3:202 *Acquis Principles*, art. 2:105 DCFR).

⁶¹ Las primeras sentencias en las que estableció la doctrina de la interpretación conforme son las ya referidas, STJCE de 10 de abril de 1984 (*Sabine von Colson y Elisabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen*) y STJCE de 10 de abril de 1984 (*Dorit Harz vs. Deutche Tradex GmbH*). En relación con esta cuestión, *vid.* la ordenada exposición de María Pilar BELLO MARTÍN-CRESPO, *Las Directivas como criterio de interpretación del derecho nacional*, Madrid, 1999, pp. 64 ss.

⁶² *Vid. Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 105 ss.

⁶³ *Vid. Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Outline Edition, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008, pp. 108 ss.

Rapports nacionales de derecho privado europeo, comparado y comunitario (2007)

ALEMANIA

Bibliografía (2007-2008)

MARTIN EBERS *

I. PRINCIPIOS EUROPEOS

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE-RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; HONDIUS, Ewoud; VIOLA HEUTGER, Viola; JELOSCHKE, Christoph; SIVESAND, Hanna, y WIEWIORSKA, Aneta (eds.): *Sales Contract. Principles of European Law*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO-CUESTIONES GENERALES

BALDUS, Christian; FINKENAUER, Thomas, y RÜFNER, Thomas (eds.): *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

DENKINGER, Fleur: *Der Verbraucherbegriff: eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa*, De Gruyter Recht, Berlin, 2007.

EGER, Thomas, y SCHÄFER, Hans-Bernd (eds.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung. Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (29. März bis 1. April 2006)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

HÖPFNER, Clemens: *Die systemkonforme Auslegung. Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

SCHULTE-NÖLKE, Hans; TWIGG-FLESNER, Christian, y EBERS, Martin: *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008.

SCHULZE, Reiner (ed.): *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008.

* Doctor en Derecho y «wissenschaftlicher Mitarbeiter» en la «Humboldt-Universität zu Berlin». Actualmente, investigador en la Universidad de Barcelona.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- BESIEKERSKA, Agnieszka: *Leistungser schwerungen infolge veränderter Umstände. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, polnischen und englischen Rechts als Grundlage eines Europäischen Vertragsrechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.
- EWERT, Anja Nikola: *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag. Eine rechtsvergleichende Studie des deutschen und englischen Rechts sowie des UNKaufrechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.
- HEUTGER, Viola: *Ein gemeineuropäisches Kaufrecht. Vision oder nahe Zukunft?* Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.
- HOFFMANN, Markus: *Die Reform der Verbraucherkredit-Richtlinie (87/102/EWG): eine Darstellung und Würdigung der Entwürfe für eine neue Verbraucherkredit-Richtlinie unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und englischen Rechts*, De Gruyter Recht, Berlin, 2007.
- KADNER GRAZIANO, Thomas: *Europäisches Vertragsrecht. Übungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung des Rechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- KASCHEF, Aris: *Sachmängelhaftung im französischen Kaufrecht vor und nach Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie: mit rechtsvergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Welterfressersachverhalten*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.
- LEISINGER, Benjamin: *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007.
- SCHNEIDER, Winfried-Thomas: *Abkehr vom Verschuldensprinzip? Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Vertragshaftung (BGB, Code civil und Einheitsrecht)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- STRINGARI, Katerina: *Die Haftung des Verkäufers für mangelbedingte Schäden. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem und griechischem Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- WAGNER, Claudia: *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.

IV. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- FABER, Wolfgang, y LURGER, Brigitta: *Rules for the Transfer of Movable. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?* Sellier European Law Publishers, Munich, 2008.

V. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

- BUSCH, Christoph: *Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, Parallelen in UWG und BGB*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- DRÖGE, Alexander: *Lauterkeitsrechtliche Generalklauseln im Vergleich. Artikel 5 der Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken im Vergleich zu § 3 UWG und der Umsetzungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.
- KÜHL, Matthias: *Die Gewinnzusage nach § 661a BGB Dogmatische Einordnung und rechtsvergleichende Untersuchung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.

VI. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- HENK, Alexander: *Die Haftung für culpa in contrahendo im IPR und IZVR*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.
- SAAGER, Stefan: *Effektengiroverkehr und Internationales Privatrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.
- WILLHELM, Robert G.: *Verbraucherschutz bei internationalen Fernabsatzverträgen-Der Schutz deutscher Verbraucher bei internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen im Fernabsatz unter Berücksichtigung des europäischen Verbraucherschutzes*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2007.

Legislación

LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DE SEGUROS (VVG)

1. *La reforma de la Ley de contratos de seguros (VVG)*

El 1 de enero de 2008 entró en vigor en Alemania una nueva ley de contratos de seguros (VVG). La anterior era de 1908 y estaba necesitada de una considerable reforma, no sólo debido a los cambios acaecidos en los valores y condiciones de vida, sino también como consecuencia del impacto del desarrollo de la legislación europea. A finales de los años 1990 se alcanzó un amplio consenso sobre la necesidad de una reforma global. En consecuencia, en el año 2000 el Ministerio de Justicia creó una Comisión para la reforma del Derecho de seguros. Ésta finalizó su informe el 19 de abril de 2004, en el que proponía un número considerable de nuevas normas (*Reformkommission, Abschlussbericht 2004, VersR-Schriften Bd. 25*) y en el que, finalmente, se basó el proyecto de ley que el Gobierno tuvo finalizado en octubre de 2006. Con pequeños cambios, la ley fue promulgada bajo la rúbrica «Ley para la reforma de los contratos de seguros» (*Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts*) y se publicó en el Boletín Oficial el 29 de noviembre de 2007 (BGBl. I, S. 2631). La nueva VVG se aplica a todos los contratos concluidos a partir de 1 de enero de 2008. Para los concluidos con anterioridad, se aplica de manera transitoria, y sólo hasta el 31 de diciembre de 2008, la antigua VVG.

La finalidad que principalmente perseguía la reforma era adaptar el derecho de contratos de seguros al desarrollo y los cambios jurídico políticos de las últimas décadas» (BT-Drucks. 16/3945, 47). Además se quería codificar los principios desarrollados por la jurisprudencia y adaptar las normas al Derecho civil general, así como mejorar la protección del consumidor al amparo de los principios constitucionales y comunitarios.

2. *La reforma de la VVG y el Derecho comunitario*

Desde la perspectiva del Derecho europeo, es de gran interés señalar las disposiciones de la VVG que tienen su origen en normas comunitarias. El siguiente cuadro proporciona una visión general:

Directivas comunitarias	Transposición en el Derecho alemán (selección)
Normas generales	
Dir. 2002/65/CE (Servicios financieros a distancia)	§§ 7-9 VVG, VVG-InfoV
Artículo 12-13 Dir. 2002/92/CE (Mediación en los seguros)	§§ 6, 59-68 VVG
Ramas específicas del seguro	
Artículo 31, 43 Dir. 92/49/CEE (Seguro distinto del seguro de vida)	§ 7 VVG; VVG-InfoV
Artículo 35, 36 y Anexo III Dir. 2002/83/EG (Seguro de Vida)	§§ 7-9, 152, 154, 155 VVG; VVG-InfoV
Dir. 72/166/CEE, Dir. 90/232/CEE, Dir. 2000/26/CE, Dir. 2005/14/CE (Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles)	§§ 113 ss. VVG
Dir. 87/344/CEE (Seguro de defensa jurídica)	§§ 125 ss. VVG

Abreviaturas:

VVG-InfoV = Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen (Reglamento sobre los deberes de información en los contratos de seguros).

3. *Transposición más allá de la Directiva en Alemania*

Igual que cuando tuvo lugar la modernización del Derecho alemán de obligaciones (sobre el tema, EBERS, ADC 2003, 1575), muchas de las directivas acabadas de mencionar han sido transpuestas en el Derecho alemán de manera excesiva, esto es, con otras palabras, el legislador alemán ha ampliado las disposiciones de la Directiva hasta cubrir supuestos de hecho no contemplados en ella. Especialmente, en lo que concierne a los deberes de asesoramiento (regulados en el § 6 VVG), los deberes de información (v. gr. § 7 VVG, así como el Reglamento que acompaña a la ley) y el derecho de desistimiento (§§ 8, 9 VVG):

- El artículo 12.3 Dir. 2002/92/CE obliga a los intermediarios a prestar asesoramiento a los tomadores del seguro. Por el contrario, no se aplica la Directiva cuando el cliente contrata directamente con una empresa de seguros o un empleado de una empresa de seguros que actúe bajo la responsabilidad de esa empresa. El legislador alemán, sin embargo, ha decidido que el deber de prestar asesoramiento se extienda al asegurador (§ 6 VVG).
- Una técnica parecida se utiliza en relación con los deberes de información: el § 7 VVG y el reglamento que acompaña a la ley (VVG-InfoV) compilan todos los deberes de información que regula el Derecho comuni-

tario. Se trata de las Dir. 92/49/CEE (Seguro distinto del seguro de vida), Dir. 2002/83/CE (Seguro de vida) y, sobre todo, la Dir. 2002/65/CE (servicios financieros a distancia) que, con sus detalladas normas sobre deberes de información precontractual (art. 3, 5), afecta de modo transversal a todos los ramos del contrato de seguros. Con todo, el ámbito de aplicación de esta última directiva sólo alcanza a los contratos a distancia concluidos entre un empresario y un consumidor. También en este caso ha considerado necesario el legislador alemán una transposición más allá de la Directiva: el asegurador debe informar a cualquier tomador de seguro (sea consumidor o empresario), independientemente de la modalidad de contratación (a distancia o no).

- Lo mismo debe afirmarse, finalmente, en relación con los §§ 8, 9 VVG y los deberes generales de desistimiento. Los mencionados §§ 8, 9 VVG responden a la transposición de la Dir. 2002/65/CE (servicios financieros a distancia) y, además, a la transposición de la Dir. 2002/83/CE (seguro de vida) (antes: Segunda Directiva o Dir. 90/619/CEE). Ahora bien, mientras que el Derecho comunitario sólo regula el derecho de desistimiento cuando se dan determinadas circunstancias (contratos a distancia con consumidores, seguros de vida), los §§ 8, 9 VVG conceden el derecho a desistir a cualquier tomador de seguro. Es decir, que cualquiera puede dejar sin efecto una declaración de voluntad vinculante, sin que exista causa o motivo alguno.

4. *Perspectiva general*

La VVG reformada no es una ley de protección al consumidor, entendida en el sentido clásico. Efectivamente, sus normas imperativas no sólo protegen a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial (§ 13 BGB), sino a cualquier tomador de seguros. Es decir, también a los empresarios (§ 14 BGB). Y eso es así incluso en relación con disposiciones que, por razón de su origen comunitario, perfectamente hubieran podido limitarse a los consumidores como, por ejemplo, las que regulan los deberes de información (§ 7) y el derecho general de desistimiento (§ 8). El Gobierno justificaba tal extensión en la necesidad de proteger también a las pequeñas empresas (BT-Drucks. 16/3945, pp. 59 ss.). Por tanto, la VVG protege a cualquier tomador de seguro en situaciones típicas de desequilibrio estructural entre los contratantes. Sólo quedan excluidos del ámbito de protección los contratos que aseguran un gran riesgo, puesto que en estos casos los tomadores del seguro generalmente disponen de conocimientos propios o bien pueden recurrir a asesores independientes.

Tras la transposición de las directivas puede concluirse afirmando que, en el futuro, el Derecho comunitario tendrá un importante papel en la interpretación de las normas sobre contratos de seguros en Alemania. Sin duda, a ello contribuirá también el hecho de que, en algunas disposiciones, es muy dudoso que el legislador alemán lo haya observado.

El primer comentario completo de la nueva Ley sobre contratos de seguros acaba de ser publicado por la editorial Lexis Nexis: Hans-Peter Schwintowski/Christoph Brömmelmeyer (eds.), *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, 2008.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS Y ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Bibliografía**ESTHER ARROYO AMAYUELAS***I. DERECHO PRIVADO EUROPEO: *SOFT LAW*

- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC)», coordinada por Miquel Martí-Casals, Pamplona, Aranzadi, 2008, ISBN 978-84-8355-506-4, 284 pp.
- LANDO, Ole; CLIVE, Eric; PRÜM, André, y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): *Principios de Derecho Contractual europeo*, Part III, traducción y edición española de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2008, ISBN 9788495176608, 403 pp.

II. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. **Cooperación judicial**

- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: *Cooperación judicial civil en la Unión Europea. El cobro de las deudas*, Sevilla, Dyckinson, 2007, ISBN(13): 9788498490350, 203 pp.

2. **Derecho antidiscriminación**

- ELOSEGUI, M.: *Políticas de género*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, ISBN 8496809666, 420 pp.
- MONTOYA, A. et al.: *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid, Civitas, 2007, ISBN 8447028443, 683 pp.
- ZOCO ZABALA, Cristina: *Prohibición de distinciones por razón de sexo Derecho comunitario, nacional y autonómico*, Pamplona, Aranzadi, 2008, ISBN(13): 9788483555798, 141 pp.

3. **Derecho comunitario y Derecho español**

- AA.VV: *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales. Algunas zonas de fricción*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, ISBN(13): 9788496809024, 450 pp.

* Profesor titular de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. La colaboración se enmarca en las actividades del Proyecto 2005 SGR00759.

4. Derecho de la competencia

GÓMEZ TRINIDAD, Silvia: *El Reglamento 1/2003 y la finalización del procedimiento de defensa de la competencia ante la Comisión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2007, ISBN(13): 9788497684095, 271 pp.

5. Derecho de la persona

FERRER LLORET, Jaume: *Protección de personas y grupos vulnerables especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, ISBN(13): 9788484569954, 411 pp.

6. Derechos fundamentales

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: *La Europa de los derechos. Entre tolerancia e intransigencia*, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, ISBN(13): 9788496705326, 135 pp.

7. Derecho institucional de la Unión europea

AA.VV.: *El Derecho de la Unión Europea 20 años después de la adhesión de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, ISBN(13): 9788484567820, 449 pp.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *El sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2007, ISBN(13): 9788447027118, 305 pp.

LEÓN JIMÉNEZ, Rosario: *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Reus, 2007, ISBN(13): 9788429014822, 293 pp.

8. Derecho procesal

GONZALEZ CANO, María Isabel: *Proceso monitorio europeo. El 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*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, ISBN(13): 9788484562542, 157 pp.

Legislación

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO*

Real Decreto Legislativo 1/2007, *Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*

El 30 de noviembre de 2007 se publica en el *BOE* el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Con ello se procede a dar cumplimiento a la habilitación contenida en la disposición adicional quinta de la Ley 44/2006, de 29 de

* Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valladolid.

diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios: «*Se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*». Conviene recordar que este mismo texto ya se incluía literalmente en la Disposición final cuarta de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Entonces la habilitación para refundir tenía una duración de tres años, por lo que debe destacarse que, con la nueva habilitación concedida por la Ley 44/2006, lo único que se pretendió fue maquillar el incumplimiento por parte del Gobierno.

La necesidad de dotar de cierta unidad a la normativa de protección de consumidores y usuarios, se había puesto de relieve ya en el Libro Verde sobre protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001 [COM(2001) 531 final]. En su apartado 3, se destacaba que «para los consumidores, la falta de claridad y de seguridad sobre sus derechos es un freno importante para la confianza y la fiabilidad. El mercado interior, como todos los mercados, se basa en la confianza de los consumidores. [...] La simplificación de las normas existentes y, donde sea posible, la desregulación, ayudarían también a reducir las cargas desproporcionadas que recaen sobre las empresas». En el mencionado Libro Verde se llega incluso a plantear la elaboración de una Directiva marco, «para garantizar la coherencia general del sistema de protección de los consumidores». No obstante, sólo se ha llegado a aprobar la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, cuyo desarrollo facilitará la protección de los consumidores en aquellas materias en que no existe una legislación sectorial específica. A la espera de su trasposición al Derecho interno (el plazo terminó el 12 de junio de 2007), el nuevo Texto refundido se limita en su artículo 49.1.d) a considerar como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios «cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio».

A pesar del aparente contenido del Texto refundido (el que se desprende de su título), lo cierto es que en nuestro Derecho no se ha afrontado con seriedad una verdadera labor refundidora de la normativa sobre consumidores y usuarios. La refundición ha sido parcial, dejándose fuera de la misma muchas leyes que, en su momento, se dictaron para desarrollar Directivas específicas de protección de consumidores y usuarios. Estamos, en definitiva, ante una refundición de mínimos y bastante raquítica. Acaso uno de los principales problemas de la unificación de esta normativa haya sido la distribución de competencias en la materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que ya en su momento provocó un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en Sentencia 15/1989, de 26 de enero, que, según entiendo, no consiguió dejar del todo clara la situación. Buena prueba de ello es el difícil equilibrio que el legislador se ve obligado a mantener en la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 1/2007, cuando especifica cuál es el título competencial en cada caso. Resulta mucho más elocuente en este punto lo que se afirma en la Exposición de Motivos: «El texto refundido no prejuzga cuáles sean las Administraciones públicas competentes en relación con las materias contenidas en él, consciente de que la protección de los consumido-

res es una materia pluridisciplinar en la que concurren diversas Administraciones. Las Administraciones públicas competentes serán, en cada caso, las que tengan atribuida tal competencia por razón de la materia con pleno respecto a la autonomía organizativa de las distintas Administraciones involucradas, en particular en las materias relacionadas con la salud y el turismo». Creo que sobran los comentarios: *res ipsa loquitur*.

Para decidir qué normas debían ser o no objeto de refundición se parte de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, en cuyo anexo, se enumeran una serie de Directivas relacionadas con el adecuado funcionamiento del mercado interior. El criterio no deja de ser discutible pero es el único que permite explicar el porqué de incluir o excluir en la refundición unas u otras leyes. En este sentido, se procede a derogar expresamente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo; y finalmente unos pocos preceptos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. Mayor importancia tiene poner de relieve las leyes que han quedado fuera de la refundición, a pesar de desarrollarse en algún caso Directivas incluidas en el anexo de la Directiva 98/27/CE. La Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo justifica esta exclusión por referirse a «régímenes jurídicos muy diversos, que regulan ámbitos sectoriales específicos alejados del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios». Tal afirmación, a mi juicio, es sólo cierta en algunos casos, pero no en otros: en concreto en cuanto al contenido de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo; la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles; o la Ley 22/2007, de 11 de julio sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. En este sentido, deberían haberse tenido presentes las afirmaciones vertidas en el más reciente Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo [COM(2006) 744 final].

En cuanto al contenido del TR, conviene al menos poner de relieve algunas cuestiones. Por lo que se refiere al concepto de consumidor, según el artículo 3 del TR, consumidores o usuarios son «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». A pesar del cambio de perspectiva respecto a lo que disponía el artículo 1.1 de la Ley 26/1984, la Exposición de Motivos aclara que dicha actuación implica intervenir «en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros». No obstante, ninguna alusión se hace en el texto a tales destinatarios finales. Como ya ocurría con anterioridad, a diferencia de las Directivas comunitarias, el Texto Refundido considera consumidores o usuarios no sólo a las personas físicas sino, también a las personas jurídicas, aunque se les exigen los mismos requisitos que a las personas físicas, es decir, que actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. La mayor parte de las veces se tratará de personas jurídicas con forma asociativa o fundacional. De todas formas, como se anuncia en el propio artículo 3, el

legislador no siempre utiliza este concepto de consumidor a lo largo del articulado, por lo que ni siquiera el contenido del artículo 3 sirve para delimitar la aplicación del TR, pues cada problema en particular se aborda de una manera diferente. Es más, en el Libro III, dedicado a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, se alude constantemente al «perjudicado», con independencia de que actúe o no en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Los derechos básicos de los consumidores y usuarios se recogen en el artículo 8, que reitera los previstos en el artículo 2.1 de la Ley 26/1984; y se mantiene en el artículo 9 una protección especial de carácter prioritario en los casos de consumo referido a bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. El contenido de los diferentes capítulos del Libro I es un desarrollo exhaustivo de tales derechos básicos, culminando con un Título V dedicado a los procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios, donde se regulan las acciones de cesación y el sistema arbitral de consumo, en sintonía con el contenido de la Ley 44/2006. En este sentido, para prevenir la imposición al consumidor de arbitrajes distintos del Sistema Arbitral de Consumo, los pactos de sumisión sólo se permiten en el momento en el que el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de una decisión que, casi siempre se ve obligado a adoptar, y que es aquel en el que surge la controversia. Las previsiones que se contienen en el artículo 57 en cuanto al arbitraje electrónico, tantas veces mencionado en diferentes leyes, han sido por fin objeto de un desarrollo mínimo a través del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

El legislador muestra, por otro lado, preocupación por la información a suministrar a los consumidores y usuarios. Dicha información compete con carácter institucional a las Administraciones públicas (art. 44), sin que se haga ya referencia a las oficinas y servicios de información al consumidor, en función de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Pero además se incide en la importancia de la información durante la fase de contratación (arts. 60 ss.). En este sentido, el TR incorpora la normativa destinada a regular las relaciones jurídicas con los consumidores en los contratos a distancia de bienes y servicios, que se contenían en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Así se explica la regulación general del derecho de desistimiento (arts. 68 a 79) y, en concreto, de los contratos celebrados a distancia (arts. 92 a 106). No obstante, resulta llamativo que en algún caso se hayan rebajado los derechos de los consumidores. Cuando el consumidor ejerce el derecho de desistimiento debe hacerse cargo de los gastos de devolución del producto. Pero en la LOCM se especifica que cuando el comprador ejerza su derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deber de información que incumbe al vendedor, no puede éste exigir que aquél se haga cargo de los gastos de devolución del producto. En el TR dichos gastos los debe pagar el consumidor en todo caso.

Más llamativo aún es que sólo se hayan derogado en este punto el artículo 48 y la disposición adicional primera de la LOCM. La Exposición de Motivos del TR declara que «como consecuencia de esta refundición la regulación sobre contratos a distancia contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, queda vigente para la regulación de las relaciones empresariales». A mi juicio, no obstante, el mantenimiento del capítulo II del Título III de la LOCM (arts. 38 a 47), dedicado a las ventas a distancia (ahora entre empresarios) no tiene sentido. La regulación de tales ventas en la LOCM procede de la Direc-

tiva 1997/7/CE, de 20 mayo, cuyo objetivo era el aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los contratos a distancia *entre consumidores y proveedores*. Es más, el articulado que se deja vigente está plagado de alusiones a los consumidores, que ahora dejan de tener sentido al haber pasado la regulación al TR: así, el artículo 39.2 (necesidad de consentimiento previo del consumidor para la utilización por parte del vendedor de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax), artículo 40.1 (información a suministrar antes de iniciar el procedimiento de contratación), artículo 42 (prohibición de envío al consumidor de artículos o mercancías no pedidos por él al comerciante cuando dichos suministros incluyan una petición de pago), artículo 43.3 (en cuanto a la posibilidad de suministrar al consumidor sin aumento de precio un producto de características similares que tenga la misma o superior calidad), artículo 47 (en cuanto a la información a suministrar al consumidor) o, en fin, los artículos 44.3 y 45, referidos específicamente el derecho desistimiento.

En definitiva, estamos ante una refundición cicatera por parte del Gobierno, a pesar de los términos amplios de la delegación realizada por las Cortes Generales, ya que, sobre la base del artículo 82.5 de la Constitución, no se trataba sin más de la mera formulación de un texto único. Y además se ha perdido una excelente oportunidad para «regularizar, aclarar y armonizar» una normativa sobre consumidores y usuarios, que sigue estando prácticamente igual de dispersa que antes.

Dictámenes

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español (14 de febrero de 2008).

El estudio, de 380 páginas, que ahora se resumen sucintamente a partir de las conclusiones que en él se detallan, se centra en las funciones que incumben a la Administración General del Estado y, naturalmente, también al Gobierno, en la tarea de articular la relación entre el Derecho español y el europeo. En primer lugar, se sugiere que todos los asuntos relacionados con la Unión Europea puedan ser tratados y resueltos al más alto nivel dentro de un único departamento ministerial, tratando de reforzar la actual Secretaría de Estado para la Unión Europea, incluso creando una Secretaría de Estado para las relaciones y coordinación con las Comunidades Autónomas. Se proponen algunas otras reformas en el régimen de la función pública y en la organización departamental para acomodarlas a las necesidades de España derivadas de su pertenencia a la Unión Europea.

Otra conclusión importante es que España debe incrementar su presencia en la preparación de las iniciativas comunitarias y participar más activamente en la formación del Derecho europeo. Se sugiere planificar a medio y largo plazo las actividades a desarrollar y la detección precoz de los obstáculos que plantea la compatibilidad del Derecho europeo con el

español, así como una mayor agilidad en la respuesta a los Libros verdes, Blancos e instrumentos de *soft law* preparados por la Comisión. Se trata de fijar la postura española a la mayor brevedad, una vez se aprueba una propuesta desde las instancias europeas. Además, se insiste en la necesidad de una mayor presencia de España en la promoción de iniciativas, que deben ir acompañadas de una amplia difusión, tendente a lograr la adhesión de otros actores del proceso decisorio y la realización de estudios de impacto en relación con aquellas iniciativas que se estimen de mayor relevancia para España. Significativamente, se propone mencionar la base comunitaria y el marco normativo europeo en que se desenvuelven las iniciativas que se adopten, una previsión de las reformas normativas que implicarán en España y de la depuración normativa necesaria, así como los problemas que pueden plantearse en la incorporación, incluidos los derivados de la utilización de categorías ajenas a nuestro Derecho. En relación con la transposición de Directivas, se pide que se avancen previsiones sobre el rango normativo de las disposiciones que se adoptarán, así como sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia de que se trate y sobre los problemas de coordinación interdepartamental que se puedan suscitar en el momento de la aprobación de la propuesta. Se insinúa que, en estas labores, el Consejo de Estado puede desarrollar una función mucho más eficaz de la que hasta ahora viene llevando a cabo, si se solicita su consulta mucho más tempranamente y con carácter preventivo, antes de que la norma ya esté elaborada.

Para evitar transposiciones tardías, se recomienda la adopción de una programación de las mismas. Se sugiere la aprobación anual de un programa de transposiciones para cada Directiva en vigor, con mención de los órganos competentes, los textos a elaborar y los plazos. Además, se echa en falta la elaboración de una guía para la transposición (pautas a seguir y procedimiento), que, en su caso, permitiría introducir recomendaciones u obtener informes adicionales en caso de normas comunitarias complejas.

Otro aspecto digno de ser señalado es el que incide en la necesidad de prever algún mecanismo que permita garantizar que el Estado español cumplirá con sus obligaciones de transposición frente a la Unión Europea en el caso de que ello corresponda a las Comunidades Autónomas. En ese supuesto, se plantea la adopción de una suerte cláusula que prevea un poder sustitutivo y transitorio del Estado, en virtud de la cual una vez finalizado el plazo para la transposición, la norma estatal entraría en vigor en las Comunidades Autónomas que no hubieran aprobado sus propias normas y hasta que esto último tuviera lugar. Adicionalmente, se añade que, dado que el Estado es el único responsable frente a la Unión Europea, se debería poder repetir contra aquéllas la sanción derivada de la incorrecta transposición de la norma autonómica correspondiente.

Se señala igualmente la necesidad de depurar el ordenamiento jurídico interno de normas que sean contrarias al Derecho comunitario. Y se añade la oportunidad de proclamar en la Ley Orgánica del Poder Judicial el principio de interpretación conforme, para «proporcionar cobertura normativa» a su invocación por los operadores jurídicos nacionales.

La valoración de la aplicación en el Derecho español de los principios de eficacia directa y primacía es, en general, satisfactoria. Con todo, se indican algunas deficiencias y se propone centralizar las dudas que se originen acerca

de la conformidad de las normas al ordenamiento jurídico comunitario en el Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas.

FRANCIA

ELISE POILLOT, CÉDRIC MONTFORT, ARGÈLIA QUERALT JIMÉNEZ

Bibliografía

ELISE POILLOT*

I. DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MAYER, P., y HEUZÉ, V.: *Droit international privé*, Montchrestien, Précis Domat, Droit privé, 9.^a ed., 2007, ISBN: 978-2-7076-1545-9.

II. DERECHO INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

BARRET, V.: *Le médiateur européen: bilan et perspectives*, Bruylant, 2008, ISBN: 978-2-8027-2436-0.

DE LA ROSA, S.: *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruylant, 2008, ISBN: 978-2-8027-2454-4.

GRANDGUILLOT, D.: *L'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Gualino éditeur, 2008, en Poche, ISBN: 978-2-297-01094-8.

KADDOUS, C., y PICOD, F.: *Traité sur l'Union européenne*, Staempfli, 2008, ISBN: 978-2-7272-9144-9.

LESCOT, C.: *Panorama des questions européennes: histoire, droit, institutions, politiques, perspectives*, Gualino éditeur, 2007, ISBN: 978-2-84200-749-2.

NEFRAMI, E.: *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruylant, 2007, ISBN: 978-2-8027-2386-8.

SAURON, J. L.: *Le Traité de Lisbonne*, Gualino éditeur, 2007, ISBN: 978-2-297-01081-8.

III. DERECHO MATERIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

MARCIALI, S.: *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, ISBN: 978-2-8027-2437-7.

DE GROVE; VALDEYRON, N., y MOLINIER, J.: *Droit du marché intérieur européen*, LGDJ, 2.^a ed., 2008, Systèmes, ISBN: 978-2-275-03264-1.

SERVAIS, J. M.: *Droit social de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, ISBN: 978-2-8027-2532-9.

* Maître de conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon 3. Directrice de l'Institut de Droit Comparée Eonard Lambert.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES

SUDRE, F., y TINIÈRE, R.: *Droit communautaire des droit fondamentaux*, Bruylant, 2008, Droit et justice, ISBN: 978-2-8027-2484-1.

V. TESIS Y OBRAS COLECTIVAS

LECUYER, S.: *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, LGDJ, 2007, Thèses, Bibliothèque de droit privé Tome 495, ISBN: 978-2-275-03311-2.

MADDALON, P.: *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2007, Bibliothèque de droit public, Tome 253, Préface de A. Fenet, ISBN: 978-2-275-03227-6.

PORTA, J.: *La réalisation du droit communautaire*, Fondation Varenne, 2008, ISBN: 978-2-916606-12-5.

VV. AA.: *Les pratiques du commerce électroniques*, Bruylant Bruxelles, 2007, ISBN: 978-2-8027-2432-2.

— *L'Union européenne et ses espaces de proximité*, Bruylant, 2008, ISBN: 978-2-8027-2385-1.

— *L'Europe face à la mondialisation. Quelles politiques communautaires pour demain? 50 ans de construction européenne*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France/XIX^e et XX^e siècles 2008, ISBN: 978-2-11-097505-8.

— *Le contrat en Europe, Aujourd'hui et demain*, coll. «Droit privé comparé et européen», vol. 8, Société de législation comparée, 2008, ISBN: 978-2-908199-68-0.

— *Principes contractuels communs*, coll. «Droit privé comparé et européen», vol. 7, Société de législation comparée, 2008, ISBN: 978-2-908199-62-8.

— *Terminologie contractuelle commune*, coll. «Droit privé comparé et européen», vol. 6, Société de législation comparée, ISBN: 978-2-908199-61-1.

Legislación

CÉDRIC MONFORT *

Lealtad de las prácticas comerciales: una transposición a la francesa. La L. núm. 2008-3 du 3 janvier 2008, *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*.

Francia ha transpuesto la Directiva 2005/29, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales¹, por una vez sin demasiado retraso, mediante la *Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, llamada «Ley Chatel», publicada en el *Journal officiel* de 4 de enero de 2008. No se trata ahora de destacar las principales novedades.

* Doctor en Derecho. Abogado en el Despacho Ratheaux. Encargado de curso en la Université Jean Moulin-Lyon 3.

¹ DO L 149/22 de 11 de junio de 2005.

des del texto comunitario, sino de evocar tres aspectos destacados de la ley francesa².

1. IDENTIDAD DE PRINCIPIOS

Sin duda, la Ley Chatel respeta el espíritu de la directiva, puesto que la protección del consumidor queda asegurada mediante el desarrollo de la competencia, lo que confirma, supuesto que fuera necesario, que la norma es parte de un derecho global del mercado³ y no de un derecho de protección sectorial⁴. Además, el legislador francés no ha modificado el derecho de obligaciones y únicamente ha transpuesto la directiva en el Código de consumo, tal y como también fue el caso de las precedentes directivas que con él guardan relación. Un nuevo capítulo preliminar dentro del Capítulo I del Título II del Libro I del Código de consumo lleva ahora por rúbrica «*Pratiques commerciales déloyales*». De esta manera se retoma la prohibición de las prácticas contrarias a las exigencias de la diligencia profesional y que alteran o pueden alterar «*de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service*» (art. L 120-1 Código del consumo). La prohibición de prácticas comerciales engañosas (art. L 121-1 ss.) y agresivas (art. L 122-11 ss.) también ha sido transpuesta en lo esencial en el Código de Consumo. Las normas del Código sobre publicidad han sido modificadas con la finalidad de extender los mecanismos de protección frente a ésta a cualquier otra forma de práctica comercial.

La Ley Chatel establece los parámetros que permiten apreciar si una práctica es leal o engañosa. Por el contrario, la definición de práctica agresiva provoca cierta perplejidad, puesto que además de señalar que ésta es la que obstaculiza la libertad de elección del consumidor, indica que también lo es la que «*vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur*»⁵. Por lo tanto, una práctica comercial engañosa que, por definición, vicia el consentimiento del consumidor, podrá ser calificada de agresiva y serle aplicado el régimen que le reserva la ley francesa.

² Para ulteriores detalles, *vid.* LUBY, M., «La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne)», *Europe* 2005 núm.11, pp.6 s.; MONTFORT, C., *La loyauté des pratiques commerciales en droit communautaire du marché-Origines nationales et perspectives d'harmonisation*, ANRT 2006; RAYMOND, G., «Incidences possibles de la transposition de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation», *Contrats, Concurrence, Consommation*, enero 2006, pp.5 ss.

³ C. LUCAS DE LEYSSAC, C.; PARLEANI, G., *Droit du marché*, Puf, 2002, pp.1 ss.; PIZZIO, J. P.; LAMBERT, J., y BAUDOUIN DE LA VILLEON, *Droit du marché*, Dalloz, 1993.

⁴ *Vid.*, especialmente, HOWELLS, G.; WILHELMSSON, T., «EC Consumer Law: Has it Come of Age?», *ELR*, 2003, pp. 370 ss.; MICKLITZ, H. W., «Theses on the Future of a European Concept of Contracts», en *Der Vertragsbegriff in der Übereinkommen von Brüssel und Rom*, Publications de l'Académie de Trèvesn 2001, Bundesarziger 2002, pp. 39 ss.; STUYCK, J., «European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?», *CMLR*, 2000, pp. 372 ss.

⁵ Nuevo artículo L 122-11 2.º *Code de la consommation*.

2. SANCIONES

A pesar de las recientes declaraciones del Jefe de Estado en favor de una despenalización del derecho de los negocios, la sanción que prevé el Código para las prácticas desleales es esencialmente de tipo penal. Cabe traer a colación el poder de iniciar una investigación de oficio conferido a la administración competente (la Dirección general de la Competencia, del Consumo y la Represión de fraudes—art. L 141-1 *Code de la consommation*). Igual que para la publicidad susceptible de inducir a error, el autor de un delito de práctica comercial engañosa es merecedor de una pena de dos años de prisión y de una multa de 37.500 €. El delito de práctica agresiva se sanciona también con prisión de dos años, pero con una multa de 150.000 €. Es legítimo preguntarse por la conformidad de tales sanciones con el derecho comunitario, que exige que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias⁶. Con todo, el rigor de las sanciones penales puede ser atenuado, si la Administración así lo acuerda con el Ministerio Fiscal y antes de que éste no haya ejercido ya la acción pública (art. L 141-2, primer párrafo del Código del consumo).

Se admite igualmente la acción de cesación en caso de prácticas comerciales engañosas, que es un préstamo de las disposiciones aplicables a la publicidad que induce a error (art. L 121-3 Código del consumo). Además, las prácticas agresivas también pueden ser comportar la nulidad absoluta del contrato (art. L 122-15 Código del consumo). Esta última sanción se hace eco de la solución que venían acordando los tribunales para tratar de asegurar una cierta coherencia dentro de las diferentes ramas del derecho privado⁷. Ahora bien ¿por qué sólo es posible si la práctica es agresiva y no, también si son engañosas? ¿No provocan igualmente estas últimas un vicio manifiesto en el consentimiento de los consumidores? Tal distinción sin fundamento alguno se puede apreciar igualmente en relación con la acción de cesación y la asunción de la carga de la prueba (art. L 121-2, párrafo 1, inciso 2), que circunscriben su ámbito de aplicación únicamente a las prácticas engañosas.

3. LAGUNAS DE TRANSPOSICIÓN

Por un lado, la ley no recoge la incitación favorable a la elaboración de códigos de conducta, lo que, a decir verdad, no es de extrañar demasiado en un país en el que esta práctica no es nada frecuente y no existe más que de forma muy puntual⁸. Pero ello debería haber comportado una mayor precisión de los contornos de la noción de diligencia profesional, que es la base

⁶ Vid. artículo 13 Directiva 2005/29, que retoma la apreciación del TJCE sobre sanciones penales en materia de derecho de la competencia. Vid., especialmente, TJCE de 12 de septiembre de 2000, *Procédure pénale c. Geffroy et Casino*, As. C 366/98, *Rec. I.*, p. 6579, que impone un control de proporcionalidad sobre la ley francesa.

⁷ Efectivamente, la condena penal por causa de una declaración engañosa no permitiría considerar nulos los acuerdos. Sin embargo, la *Cour de cassation* entiende que si la violación de normas de orden público conlleva sanciones penales, también la compraventa celebrada a su amparo sería nula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 CC (Cass.civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, *Bull.* núm. 303).

⁸ No se trata de una idea novedosa en Francia. Ya se había propuesto la codificación de las buenas prácticas comerciales en el *Code de la consommation*. Pero la idea no generó mucho entusiasmo, entre otras consideraciones porque ya existe un número considerable de códigos, así que se abandonó. Vid. LUCAS DE LEYSSAC, C., y PARLEANI, G., *op. cit.*, p. 79. De todas maneras, se trata de disposiciones sin eficacia práctica. Vid. OSMAN, F.,

de una práctica leal. El resultado es que ahora, cada vez que se produzca una práctica desleal, será necesario determinar lo que tal práctica hubiera exigido⁹.

En fin, contrariamente a la directiva, que incluye una lista negra de 31 prácticas concretas que en todo caso están prohibidas, la ley francesa sólo incluye la prohibición de ventas en pirámide (art. L 122-6 2.º Código del consumo). Por tanto, las prerrogativas incondicionales, claras y precisas que tienen otorgadas las entidades reconocidas, a los competidores y a los consumidores para demandar la cesación de prácticas desleales, todavía no han sido transpuestas en el derecho francés¹⁰.

Así pues, según el actual estado de cosas, la transposición francesa no permite a las víctimas (entidades habilitadas, competidores y consumidores) solicitar la cesación de cualquiera de las prácticas enumeradas en la directiva. Y esto parece un defecto claro de transposición del Estado francés que puede llevar a la Comisión a iniciar un procedimiento de infracción que, en su caso, puede comportar una condena del TJCE. No queda más remedio que entender que la víctima directa de una violación del derecho comunitario por parte de un Estado miembro, puede solicitar indemnización al Estado por ese motivo¹¹. Además, también podría solicitar que el derecho francés sea interpretado de conformidad con el comunitario¹².

En definitiva, la ley francesa recoge el espíritu de la directiva 2005/29. Con todo, con la finalidad de asegurar de manera eficaz los derechos de los operadores jurídicos del mercado, parece indispensable instaurar una verdadera acción colectiva en Europa. Efectivamente, esta vía permitirá dar una respuesta adecuada a las violaciones masivas del derecho de la competencia y reequilibraría las fuerzas en juego.

«Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit», *RTD.civ.* 1995, pp. 509 ss.

⁹ La definición de la directiva apunta al nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar razonablemente del profesional, artículo 2.h).

¹⁰ Un proyecto de noviembre de 2006 preveía la adopción de un decreto que sí que adoptaba la lista negra. La ley de 3 de enero de 2008, sin embargo, no precisa nada a este respecto.

¹¹ STJCE de 9 de octubre de 1996, *Dillenkofer et a.c. RFA*, Rec. I, p. 4845, en la medida en que la directiva confiera ciertas prerrogativas a los particulares y que el Estado, debido a la falta o incorrecta transposición, no puedan hacer valer, de manera que ello les cause un perjuicio. Algo que, en nuestra opinión, se puede dar perfectamente en el caso analizado.

¹² STJCE, de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, As. 106/89, Rec. I, p. 4135.

Jurisprudencia

ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ *

STEDH de 22 de febrero de 2008 *E. B. c. Francia*

El pasado 22 de febrero de 2008 se hizo pública la sentencia de Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *E. B. contra Francia*. En esta decisión, el Tribunal Europeo declaró vulnerado el derecho a la igualdad en relación con el derecho a la vida privada y familiar (arts. 14 y 8 CDEH), en un asunto que traía causa de una procedimiento de adopción iniciado por una mujer lesbiana.

En primer lugar, debe destacarse que esta decisión, tras la inhibición por parte de la Sala de siete jueces, ha sido adoptada por la Gran Sala del TEDH, formación que, en virtud de las facultades que le otorga el Convenio, es la que define en un último término la línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo (arts. 30 y 43 CEDH). Además, esta decisión parece que viene a rectificar la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de 26 febrero de 2002, caso *Fretté c. Francia*, en la que en un supuesto en el que el tema de fondo era también la adopción de un niño por una persona homosexual, el Tribunal, reconociendo un amplio margen de apreciación al Estado, consideró que no se había conculcado ningún derecho convencional. Según la opinión mayoritaria de los Jueces europeos en la reciente decisión *E. B.* no se produce una superación de la doctrina *Fretté* ya que ambos casos son distintos. Sin embargo, tanto la argumentación jurídica –párrs. 86 a 96– del TEDH como los votos particulares disidentes ponen de relieve que el fondo del asunto, discriminación por razón de sexo en procesos de adopción, es el mismo.

Sí que es cierto, no obstante, que durante el proceso seguido por la Sra. E. B. para conseguir la autorización para adoptar, ninguna de las autoridades implicadas utilizó de forma explícita la condición sexual de la solicitante para rechazar su pretensión. En efecto, los dos motivos por los que las autoridades rechazaron su solicitud fueron: *a)* la ausencia de un referente paterno; *b)* la falta de compromiso por parte de la pareja de la Sra. E. B. Estas causas valoradas de forma independiente son comúnmente utilizadas respecto de peticionarios heterosexuales y, por tanto, no parece que haya muestra de un trato discriminatorio. Dicho lo cual el Tribunal niega que los dos motivos expuestos hayan sido considerados de forma aislada sino que, más bien, han sido valorados de forma conjunta, lo que impide determinar cuál de ellos ha sido el determinante. Tal circunstancia se debe, tal y como concluye el Tribunal, a que en realidad la homosexualidad de la demandante fue la razón que, aun implícitamente, llevó a rechazar su solicitud: «[su homosexualidad] no dejó de estar en el centro del debate que le afectaba y que permaneció omnipresente en todos los niveles de los procedimientos administrativo y jurisdiccional» (pár. 88). Así pues, el Tribunal constataba la existencia de un trato desigual.

* Profesora titular interina de Escuela Universitaria de Derecho constitucional, Universidad de Barcelona.

La pregunta a la que debía darse entonces respuesta era si tal diferencia gozaba de una justificación objetiva y razonable. El Tribunal llegó a la conclusión de que no existía en este caso justificación posible para la actuación mantenida por las autoridades francesas, habida cuenta de que el régimen legal interno autoriza la adopción de un niño por una persona soltera, permitiendo, pues, la posibilidad de que la adopción se lleve a cabo por una persona soltera homosexual. Añade el Tribunal, para finalizar su argumentación, que las disposiciones aplicables del Código Civil no hacen mención de la necesidad de un referente del otro sexo, no dependiendo ésta, en cualquier caso, de la orientación sexual del padre soltero adoptivo. Además, como queda acreditado en la documentación, la Sra. E. B. había dado muestras de «unas cualidades humanas y educativas seguras», lo que servía seguramente al interés superior del niño, noción clave de los instrumentos internacionales aplicables.

En virtud de estos argumentos, el Tribunal Europeo concluyó que la razón de fondo que llevó a las autoridades francesas a denegar a la demandante una autorización de adopción fue su orientación sexual.

Como es sabido, las sentencias del Tribunal Europeo no son ejecutivas, esto es, no implican la inmediata anulación ni de actuaciones administrativas ni de decisiones judiciales ni, tampoco, la modificación o derogación de una norma. Sí puede fijar el Tribunal, en cambio, una cantidad de dinero en concepto de satisfacción equitativa (art. 41 CEDH), como ha sido en la sentencia europea que nos ocupa, que los Estados deben y hacen efectiva en el plazo de tres meses.

Ahora bien, más allá del pago de esta indemnización, el cumplimiento efectivo de la sentencia europea queda en manos del Estado condenado. Hoy en día buena parte de los 47 Estados firmantes del CEDH prevén algún mecanismo de ejecución que consiste, por lo general, en reabrir el procedimiento judicial en que se vulneró o en el que no se tuteló adecuadamente el derecho fundamental afectado. Francia prevé dicha ejecución en casos penales, condición que no concurre en este asunto.

Tal circunstancia no significa, sin embargo, que la efectividad de esta sentencia europea vaya a quedar reducida al pago de la indemnización y a los posibles efectos directos que puedan repercutir en la demandante. En absoluto. Las sentencias del Tribunal no son ejecutivas pero sí son obligatorias. Tal naturaleza impone al Estado condenado el deber de poner fin a la vulneración del derecho, de reparar a la víctima y, por último, de evitar que una violación similar se produzca de nuevo. Por tanto, el resto de Estados parte quedan igualmente vinculados por la sentencia ya que el Convenio genera la obligación de compatibilizar los estándares de protección de los derechos fundamentales nacionales con el estándar europeo, integrado por el Convenio y la jurisprudencia de su Tribunal. Así pues, si un Estado parte observa que una sentencia europea descubre la incompatibilidad de su actuación o normativa con el estándar europeo deberá efectuar los cambios necesarios para acabar con dicha situación. Si no, el Estado se arriesga a que una demanda en su contra llegue ante Estrasburgo y sea declarado responsable de una infracción del Convenio.

Por tanto, en el caso *E. B. contra Francia*, el TEDH obliga a las autoridades francesas a no discriminar por razón de orientación sexual en los procesos de adopción individual o, dicho en otras palabras, a no rechazar la autorización de adoptar un hijo a una persona soltera por la única razón de no ser heterosexual. Pero, además, genera un mandato para los demás Estados que

permitan la adopción individual de aceptar las adopciones por personas homosexuales siempre que no concurran elementos que sean contrarios al interés superior del niño, motivo que supondría la denegación de la adopción, independientemente de la orientación sexual del solicitante. Cabe incluso pensar que esta sentencia sirve también como llamada de atención respecto de aquellos ordenamientos jurídicos en los que se prohíbe la adopción a los homosexuales puesto que la orientación sexual supone una «distinción que no se puede tolerar según el Convenio» (pár. 96). En efecto, después de la sentencia de la Gran Sala en el asunto E. B. contra Francia será difícil defender la compatibilidad con el canon europeo de una regulación de la adopción en la que se excluya de plano a los homosexuales, ni siquiera arguyendo el respeto del margen de apreciación de los Estados.

Más complicado será, en cambio, extender los efectos interpretativos de esta sentencia de la Gran Sala a aquellos Estados cuyos ordenamientos jurídicos no reconozcan la posibilidad de adoptar a personas que no estén unidas por matrimonio o análogo vínculo afectivo y que, además, excluyan de este régimen jurídico a las parejas homosexuales (así, por ejemplo, Irlanda o Italia, entre otras).

GRAN BRETAÑA

ALEXANDRA BRAUN *

Bibliografía (2007-2008)

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

- Barnard, Catherine (ed.): *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2006-2007, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- CAFAGGI, Fabrizio, y MUIR-WATT, Horatia (eds.): *Making European Private Law*, Elgar, Cheltenham, 2008.
- CRAMÉR, Per, y BULL, Thomas (eds.): *Swedish Studies in European Law*, vol. 2, 2007, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- LANGE, Bettina: *Implementing EU Pollution Control. Law and Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- LILLEHOLT, Kåre: *Principles of European Law: Volume Eight Lease of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- MÖLLERS, Thomas M. J., y HEINEMANN, Andreas, (eds.): *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- SIEMS, Mathias M.: *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- TWIGG-FLESNER, Christian; PARRY, Deborah; HOWELLS, Geraint, y NORDHAUSEN, Annette (eds.): *The Yearbook of Consumer Law 2008*, Ashgate, Aldershot, 2007.
- TWIGG-FLESNER, Christian: *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2008.

* St. John's College, Oxford.

- VAN GERVEN, Dirk (gen. ed.): *Prospectus for the Public Offering of Securities in Europe. European and National Legislation in the Member States of the European Economic Area*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- WILLETT, Chris: *Fairness in Consumer Contracts. The Case of Unfair Terms*, Ashgate, Aldershot, 2007.

II. DERECHO COMPARADO

- ALPA, Guido, y ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo: *Italian Private Law*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2007.
- BELL, John; BOYRON, Sophie, y WHITTAKER, Simon: *Principles of French Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BIDDULPH, Sarah: *Legal Reform and Administrative Detention Powers in China*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- COUNTOURIS, Nicola: *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Ashgate, Aldershot, 2007.
- DAVISON, Mark J.; MONOTTI, Ann L., y WISEMAN, Leanne: *Australian Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- GOTTSCHALK, Eckart; MICHAELS, Ralf; RÜHL, Giesela, y VON HEIN, Jan (eds.): *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- LIANG, Bin: *The Changing Chinese Legal System, 1978-Present. Centralization of Power and Rationalization of the Legal System*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2007.
- MICHELER, Eva: *Property in Securities. A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- PARASHAR, Archana, y DHANDA, Amita, (eds.): *Redefining Family Law in India*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2007.
- PATEL, Reena: *Hindu Women's Property Rights in Rural India. Law, Labour and Culture in Action*, Ashgate, Aldershot, 2007.
- QUIGLEY, John: *Soviet Legal Innovations and the Law of the Western World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- ZHU, Sanzhu: *Securities Dispute Resolution in China*, Ashgate, Aldershot, 2007.

Legislación (2008)

Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (S.I. 2008/1277)

La *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* (S.I. 2008/1277) transpone en el Reino Unido tanto la Directiva 2005/29/EC, sobre prácticas comerciales desleales, como el artículo 6.2 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de las garantías en las ventas de consumo. Ambas *Regulations* (CPRs) entraron en vigor el 26 de mayo de 2008 y se aplican en todo el Reino Unido.

La finalidad de la Directiva 2005/29 es armonizar la legislación en materia de prácticas comerciales desleales en los distintos Estados miembros e introducir una prohibición general para los profesionales de tratar al consumidor de forma desleal, con acciones u omisiones engañosas o prácticas agresivas, que coarten su libertad de elección. La Directiva introduce una protección añadida para los consumidores considerados vulnerables, que están en el punto de mira de los profesionales sin escrúpulos.

Las *Regulations*, siguiendo las disposiciones de la Directiva, contienen no sólo una lista de 31 tipos de prácticas comerciales consideradas automáticamente desleales, sino que también establecen un principio general que prohíbe el recurso a prácticas comerciales desleales y que se extiende a varios sectores comerciales. De esta forma, se espera colmar las lagunas en la legislación existente, de las que se han beneficiado los llamados «*rogue traders*». Las *Regulations* simplifican la protección de los consumidores mediante la modernización y racionalización de la legislación existente en el Reino Unido. Sustituyen diversas disposiciones legislativas como, por ejemplo, el *Trade Descriptions Act 1968* y secciones importantes del *Consumer Protection Act 1987*, como por ejemplo las referidas a las indicaciones de precios engañosas. La transposición de la Directiva 2005/29 supone, pues, uno de los cambios más significativos en el Derecho inglés de protección del consumidor de los últimos cuarenta años.

La segunda parte de las *Regulations* establece la prohibición de utilizar prácticas comerciales desleales, es decir, prácticas comerciales que no sean conformes con los deberes de diligencia profesional, acciones y omisiones engañosas, prácticas comerciales agresivas y prácticas comerciales que puedan reconducirse a los tipos indicados. Además, se impone el deber de promover prácticas comerciales leales por parte de las personas responsables de formular códigos de conducta.

La tercera parte establece que, salvo algunas excepciones, la violación del deber de no utilizar prácticas comerciales desleales, constituye un delito. Con todo, las *Regulations* prevén la posibilidad de quedar exculpado.

Finalmente, la cuarta parte de las *Regulations* impone a algunas autoridades, como por ejemplo la *Office of Fair Trading* o el *Department of Enterprise, Trade and Investment in Northern Ireland* el deber de aplicar las *Regulations*. Tales organismos pueden investigar las infracciones a tal normativa y, además, pueden llevar a cabo adquisiciones de prueba (*test purchases*) y entrar en los establecimientos, con o sin autorización.

Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008 (BPRs) (S.I. 2008/1276)

Es la norma de actuación en el Reino Unido de la Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre publicidad engañosa y comparativa. Tal Directiva reemplaza a la anterior Directiva 84/450/CEE, del Consejo, sobre publicidad engañosa y comparativa, y codifica las reformas de que había sido objeto. La Directiva 84/450/CEE había sido transpuesta mediante las *Control of Misleading Advertising Regulations 1988* (S.I. 1988/915), posteriormente derogadas por las *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* (S.I. 2008/1277) de la que se ha dado noticia antes.

Las *Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008* prohíben la publicidad engañosa entre empresas; las relaciones entre empre-

sas y consumidores vienen reguladas en las *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008*.

La primera parte de las *Regulations* prohíbe la publicidad que trata de engañar al profesional. Se definen también las condiciones que debe reunir la publicidad comparativa. Se exige, además, que los profesionales no promuevan publicidad engañosa comparada que se considere engañosa.

La segunda parte tipifica los delitos en que incurre el profesional que recurre a la publicidad engañosa; la tercera parte de las *Regulations* impone a algunos organismos, como por ejemplo el *Office of Fair Trading* o el *Department of Enterprise, Trade and Investment in Northern Ireland* el deber de garantizar la aplicación de la normativa. Aquéllos están investidos de la autoridad para iniciar procedimientos que aseguren la observancia de las *Regulations*, pueden llevar a cabo *test purchases* y, además, la inspección de establecimientos, con o sin autorización.

ITALIA

MIRKO FACCIOLI *
STEFANO TROIANO **

Bibliografía

- BRIGUGLIO, A.: *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, Giappichelli, 2008.
- COSTANTINO, G.: «La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. Consumo», en *Foro italiano* 2008, V, c. 17 ss.
- D'ALFONSO, G.: «La tutela risarcitoria delle pretese seriali tra «azioni di classe» ed «azioni collettive». Il nuovo art. 140-bis del Codice del consumo (Prima parte)», en *Studium Iuris* 2007, pp. 523 ss.
- RICCIO, A.: «L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action», en *Contratto e impresa* 2008, pp. 550 ss.
- Se trata de contribuciones que tienen en común estar dedicadas al estudio de la acción colectiva resarcitoria introducida recientemente en el artículo 140. bis del *Codice del consumo* (*vid. infra*, en la sección dedicada a la legislación), con el propósito declarado de proporcionar una medida de tutela de los intereses de los consumidores y usuarios que sea efectiva y vagamente modelada sobre el ejemplo que proporcionan las *class actions* del ordenamiento jurídico norteamericano. Con todo, los artículos señalados destacan la imposibilidad de que el precepto pueda servir a la finalidad propuesta, vista la torturada y lacunosa redacción de la norma y porque, además, en realidad presenta un modelo que se aleja bastante de la *class action*.
- DONA, M.: *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, Utet, 2008.
- DE CRISTOFARO, G.: «Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d. legisl. núm. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE», en *Studium iuris* 2007, pp. 1181 ss.

* Ricamatore di diritto privato (Università di Verona).

** Professore straordinario di diritto privato (Università di Verona).

- La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d. legisl. 2 agosto 2007, núm. 145», en *Studium Iuris* 2007, p. 1306 ss.
- «Il «cantiere aperto» codice del consumo: modificazioni ed innovazioni apportate dal d. legisl. 23 ottobre 2007, n. 221», *Studium Iuris* 2008, p. 265 ss.

Todos los artículos ofrecen una síntesis de los últimas disposiciones normativas promulgadas con ocasión de la protección de los consumidores, como el decreto legislativo de 2 de agosto de 2007, núm. 146, «*Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004*», que introduce en el *Codice del consumo* la disciplina de derivación comunitaria referida a las prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores; el decreto legislativo de 2 de agosto de 2007, núm. 145, que ha extrapolado del *codice del consumo* la disciplina de la publicidad engañosa y comparativa; el decreto legislativo de 23 de octubre de 2007, núm. 221 y los párrafos 445-449 de la Ley de presupuestos para 2008, sobre la cual, *vid. infra*, en la sección dedicada a la legislación.

DI DONNA, L.: *Obblighi informativi precontrattuali. I. La tutela del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2008. El libro pone de relieve el perfil unitario que es posible reconocer en el contexto de tantos y tan numerosos deberes de información, introducidos en el ordenamiento jurídico italiano en normas de derivación comunitaria que afectan a una multiplicidad de sectores y materias, y, entre ellas, casi todas las ahora reguladas en el *Codice del consumo* (decreto legislativo de 6 de septiembre de 2005, núm. 206), sobre los contratos de viaje, negociados fuera de establecimientos comerciales, multipropiedad, comercio electrónico, contratos a distancia.

GENOVESE, A.: *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, Giuffrè, 2008. El autor trata de verificar si mediante la interpretación puede alcanzarse el objetivo inherente al contrato *standard* —es decir, el que ha sido íntegramente definido por el empresario para regular sus relaciones comerciales, bien con otros empresarios, bien con los consumidores—, de componer de la forma más adecuada el conflicto entre, por un lado, el interés que tiene el empresario en regular de manera uniforme sus propias relaciones de intercambio de bienes y servicios, y, por el otro, el interés del adherente en no sufrir abusos y coacciones indebidas por parte del predisponente. Una buena parte del libro se dedica a la interpretación en materia de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (art. 33 ss. *Codice del consumo*, que son la transposición de la Directiva 93/13/CE).

RUSO, E.: *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, en *Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti*, Milano, Giuffrè, 2008. Se trata de la primera monografía específicamente dedicada a este tema en Italia. El libro se ocupa de los concretos problemas que comporta la interpretación del derecho de derivación comunitaria y, en concreto, plantea si el método hermenéutico, tradicional en los Estados miembros, continúa siendo todavía posible; o si, por el contrario, la correcta comprensión de los textos normativos supranacionales exigen proceder a la elaboración de técnicas nuevas de interpretación, mucho más sofisticadas.

GIROLAMI, M.: *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, Cedam, 2008. La obra recorre completamente la evolución histórica del instituto de la inva-

lidad del negocio jurídico –a partir del Derecho romano e intermedio, pasando por el advenimiento del Código francés, el BGB y los dos Códigos italianos de 1865 y 1942, hasta llegar a las normas italianas más recientes, de actuación comunitaria, referidas a la tutela del consumidor, con la finalidad de analizar cómo puede ser encuadrada en el sistema la llamada nulidad relativa de protección, expresamente mencionada en el contexto de la disciplina de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (art. 36 Codice Consumo, fruto de la transposición de la Directiva 93/13/CE, en materia de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores).

ZACCARIA, A.: «Il futuro del diritto privato europeo», in *Studium iuris* 2008, p. 1299 ss. El autor sintetiza el estado de las distintas iniciativas que tratan de construir un «derecho privado europeo» y, en particular, analiza los resultados de algunos de los principales grupos de estudio que desde hace tiempo se vienen dedicando al tema (p. ej., el *Acquis Group* y el *Study Group on a European Civil Code*), en respuesta a la invitación de los organismos de la Comunidad Europea de redactar un marco común de principios y definiciones de Derecho privado europeo (el llamado *Marco Común de Referencia*). El autor no disimula una cierta perplejidad acerca de la utilidad efectiva de tales iniciativas, basándose también en las muy opinables opciones de método y lingüísticas que se han seguido. El artículo es la ponencia que pronunció el autor en el I Congreso Internacional sobre Derecho contractual europeo y Principios Unidroit en Palma de Mallorca los días 26-27 de abril de 2007 (*vid. reseña a cargo de Sonia Martín en la anterior crónica, ADC, 2007, 3, 1437-1440*).

Legislación

Decreto legislativo de 17 de septiembre de 2007, núm. 164 (G.U. de 8 de octubre de 2007, núm. 164), *Attuazione della Direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le Direttive 85/611/CEE, 93/6/CEE e 2000/12/CE e abroga la Direttiva 93/22/CEE*, transpone la Directiva 2004/39/CE (la llamada «directiva Mifid», acrónimo de *Markets in Financial Instruments directive*) y modifica en varios aspectos el *Testo unico finanziario* (Decreto legislativo de 24 de febrero de 1998, núm. 58) y, en particular, en lo que se refiere a los criterios de comportamiento de los intermediarios financieros en la prestación de servicios y actividad, en la modalidad de control de los conflictos de interés y al servicio de gestión de carteras.

Decreto legislativo de 23 de octubre de 2007, núm. 221 (G.U. de 29 de noviembre de 2007, núm. 278), *Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo*, incide de manera variada y heterogénea en el citado código de consumo, debido a diferentes motivos y exigencias relativas a los derechos de los consumidores, muy diferentes entre sí. Se trata, en la mayoría de casos, de modificaciones de poca importancia, que corrigen ciertas imprecisiones o eliminan defectos de coordinación. La norma más significativa es el artículo 9 del decreto, que en el Capítulo I del Título III de la Parte III del Código del consumo introduce una nueva Sección IV-bis (art. 67-bis-67-vicies bis), que contiene la normativa de transposición de la Directiva 2002/65/CE relativa a los contratos sobre servicios financieros a distancia entre consumidores y profe-

sionales, normativa que inicialmente fue transpuesta en el ordenamiento jurídico italiano por el Decreto legislativo de 19 de agosto de 2005, núm. 190 (ahora derogado por el art. 21 del decreto legislativo núm. 221 de 2007).

Legge finanziaria per il 2008, de 24 dicembre 2007, n. 244 (G.U. de 28 de diciembre de 2007, núm. 300), cuyo artículo 2, apartados 445-449 incorporan en el Código de consumo un nuevo artículo 140. *bis*, cuya rúbrica es «*Azione collettiva risarcitoria*» que, con la finalidad de transponer los principios de la normativa comunitaria destinados a incrementar el nivel de protección y de garantías de los ciudadanos consumidores y usuarios, introduce en el ordenamiento italiano una acción colectiva resarcitoria, que pueden interponer las asociaciones de consumidores y usuarios, en el ámbito de las relaciones jurídicas surgidas en los contratos de adhesión, ilícitos extracontractuales, prácticas comerciales desleales o comportamientos contrarios a la competencia.

Sección temática: Espacio Judicial Europeo, Derecho Procesal, Derecho de Contratos, Derechos Reales, Derecho De Familia, Derecho de Autor, Derecho de Daños y Derecho de *Trusts* En La Unión Europea

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS *

Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo (*DOCE* 10 de diciembre de 2007, L 324/79).

No se trata propiamente de un nuevo Reglamento sino de una reforma del Reglamento 1348/2000 al cual sustituirá a partir del 13 de noviembre de 2008. Con carácter general, la reforma obedece al objetivo de dar mayor celeridad a las notificaciones y traslados de documentos judiciales y extrajudiciales entre Estados miembros. Con carácter particular, las principales modificaciones se refieren a:

– El organismo receptor realizará todas las diligencias necesarias para efectuar la notificación o el traslado en el más breve plazo posible y, en cualquier caso dentro de un plazo de un mes contado a partir de la recepción (art. 7).

– Se prevé un nuevo formulario normalizado a través del cual el organismo receptor informará al destinatario de que puede negarse a aceptar el documento que deba notificarse o trasladarse, bien en el momento de la notificación o el traslado, o bien devolviendo el documento al organismo receptor en el plazo de una semana, si no está redactado en una de las lenguas previstas o no va acompañado de una traducción a dichas lenguas (art. 8).

– Se añade un apartado al artículo 11 relativo a los gastos de notificación o traslado según el cual «*los gastos ocasionados por la intervención de un funcionario judicial o de una persona competente conforme al Derecho interno del Estado miembro requerido corresponderán a una tasa fija única establecida por adelantado por ese Estado miembro que respete los principios de proporcionalidad y no discriminación*».

– Se prevé una norma que unifica las condiciones de notificación o traslado de documentos judiciales directamente por correo a las personas que residen en otro Estado miembro. Se exige que sea mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente (art. 14)

* Profesora de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramon Llull.

Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 339/1, de 21 de diciembre de 2007) que sustituirá al Convenio de Lugano de 1988.

Finalmente y tras largos años de espera, la Comunidad Europea aprueba, a través de la Decisión que se comenta, la firma del nuevo Convenio de Lugano. La revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones, convenio «paralelo» al conocido Convenio de Bruselas de 1968 (hoy sustituido por el Reglamento 44/2001) se inició en 1997 conjuntamente con la del mencionado Convenio de Bruselas de 1968. La revisión técnica de ambos convenios finalizó el 30 de abril de 1999 (un día antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, lo cuál no es de extrañar, pues a partir de ese momento ya no era posible el tratamiento conjunto de ambos convenios). El 22 de diciembre de 2000 el Consejo adoptó el Reglamento 44/2001. No obstante, la revisión del Convenio de Lugano quedó paralizada hasta que en marzo de 2002 la Comisión propuso al Consejo continuarla. En ese momento se planteó un tema de gran envergadura sobre si la competencia para concluir el nuevo Convenio de Lugano era de los Estados miembros o de la Comunidad. Tema que resuelve el famoso Dictamen del TJCE C-1/03, de 7 de febrero de 2006 a favor de la competencia exclusiva de la Comunidad Europea (sobre el Dictamen ver la nota de la Dra. A. Borrás en la *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, 3, p. 879, y sobre el proceso de negociación del nuevo Convenio de Lugano la nota de la misma autora en *Revista Española de Derecho internacional* 2006, 2, pp. 1107-1110). A partir de aquí se reanudan las negociaciones hasta la adopción el 15 de octubre de 2007 de la Decisión que se comenta.

El nuevo Convenio de Lugano se celebra entre la Comunidad Europea, Dinamarca y tres Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA): Suiza, Noruega e Islandia. A partir de ahora debe ser ratificado y entrará en vigor el primer día del sexto mes siguiente a la fecha en que la Comunidad Europea y un miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio hubieren depositado sus instrumentos de ratificación.

Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007 sobre la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (*DOCE* L 347/1, de 29 de diciembre de 2008).

A través de esta Decisión el Consejo hace los ajustes necesarios y requeridos para la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. El Convenio y el Primer y Segundo Protocolos de 1988, así como los Convenios de 1984 (adhesión de Grecia), 1992 (adhesión de España y Portugal), 1996 (adhesión de Austria, Finlandia y Suecia) entrarán en vigor entre la República de Bulgaria, Rumanía y los demás Estados miembros el 15 de enero de 2008. El Convenio de adhesión de 2005 (adhesión de República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y la República Eslovaca [todavía no en vigor entre todos los Estados miembros]) entrará en vigor entre la República de Bulgaria, Rumanía y los Estados miembros para los que ha entrado en vigor antes del 15 de enero de 2008 en

esa fecha. Finalmente, el Convenio de 2005 entrará en vigor para República de Bulgaria, Rumanía y los Estados miembros para los que aún no ha entrado en vigor en la fecha prevista en el artículo 5.2 de dicho Convenio.

Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 5 de San Javier (España) el 14 de enero de 2008- Roda Golf y Beach Resort, S. L. (Asunto C-14/08) (*DOCE* C 92/12 de 12 de abril de 2008).

A través de esta petición el Juzgado de Primera Instancia de San Javier pide al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se pronuncie sobre las siguientes cuestiones relativas al Reglamento 1348/2000 en materia de notificaciones y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales que, tal y como se comenta en esta crónica, será sustituido por el Reglamento 1393/2007 (*vid. supra*):

- «1) *¿Está dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1348/2000 del Consejo el traslado de documentos extrajudiciales exclusivamente y entre personas privadas utilizando los medios materiales y personales de los Juzgados y Tribunales de la Unión Europea y su normativa europea sin iniciar ningún procedimiento judicial? O, por el contrario,*
- 2) *¿El ámbito del Reglamento 1348/2000 se aplica exclusivamente dentro de la cooperación judicial entre Estados miembros y dentro de un procedimiento judicial en curso [arts. 61.c), 67.1 y 65 del TCE y el considerando (6) del Reglamento 1348/2000?]*»

Informe de la Comisión sobre la aplicación del reglamento núm. 1206/2001 relativo a la cooperación en el ámbito de obtención de pruebas en materia civil y mercantil [COM (2007) 769 in fine, 5 de diciembre de 2007].

El 5 de diciembre la Comisión emitió un informe sobre la aplicación del Reglamento 1206/2001 relativo a la obtención de pruebas, dando así cumplimiento al artículo 23 del citado Reglamento. Como es bien sabido, el Reglamento establece normas procesales destinadas a facilitar la obtención de pruebas en otro Estado miembro. Desde el 1 de enero de 2004 este Reglamento se aplica en toda la Unión (excepto Dinamarca) y sustituye, entre los Estados miembros sujetos al mismo, al Convenio de la Haya de 1970 sobre obtención de pruebas.

Para la elaboración del informe del que damos noticia, la Comisión encargó un estudio sobre la aplicación del Reglamento. Este estudio está disponible en lengua inglesa en la siguiente dirección http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm. El estudio, cuyo objetivo principal es ofrecer un análisis empírico de la aplicación del Reglamento que permita comprobar si el mismo ha permitido mejorar y simplificar la cooperación entre órganos jurisdicciones, se basa en una encuesta llevada a cabo llevada a cabo entre noviembre de 2006 y enero de 2007, y en las 424 respuestas (sobre un total de 544) dadas por las Administraciones de los Estados miembros, los jueces, los abogados y otras personas afectadas por la aplicación del Reglamento a un cuestionario relativo a la aplicación de varias disposiciones del Reglamento. Además de este estudio, la Comisión ha tenido en cuenta, para la elaboración del informe, las distintas reuniones de los miembros de las Red Judicial Europea y los problemas allí detectados. Las principales conclusiones a las que se llega pueden resumirse de la siguiente

forma. En términos generales, el Reglamento ha conseguido su principal objetivo, i.e. mejorar, simplificar y acelerar la cooperación entre los órganos jurisdiccionales en materia de obtención de pruebas. La simplificación se ha conseguido fundamentalmente mediante la utilización de la comunicación directa entre los órganos jurisdiccionales (vía novedosa respecto del Convenio de La Haya) y la utilización de formularios estándar. La aceleración parece que también ha quedado demostrada pues la mayoría de solicitudes de obtención de pruebas se cursan dentro del plazo de 90 días fijado por el reglamento. Tales datos llevan a la Comisión a considerar que no es necesario modificar el Reglamento aunque sí se prevé mejorar su funcionamiento corrigiendo algunos aspectos relativos a su aplicación. A tal efecto la Comisión señala:

- que el Reglamento sigue siendo desconocido para muchos expertos del Derecho. Es, por tanto, necesario garantizar la difusión de la Guía práctica que en su día elaboró la Comisión y que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_ec_guide_en.pdf

- que existen importantes disparidades entre los Estados miembros en cuanto a los plazos necesarios para la obtención de pruebas (en algunos no se respeta el mencionado plazo de 90 días) y por lo que respecta a la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y en particular de la videoconferencia.

- que las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías están aún lejos de aprovecharse, así como la posibilidad de una obtención directa de las pruebas (importante novedad introducida por el Reglamento) que se utiliza bastante poco.

Por consiguiente, la Comisión apoya cualquier esfuerzo que permita mejorar el nivel de conocimiento del Reglamento. Considera que los Estados miembros deberían adoptar las medidas necesarias para ajustarse al plazo de 90 días. Y anima a los Estados miembros a dotar a sus juzgados y tribunales de justicia con los medios necesarios para realizar videoconferencias en el marco de la obtención de pruebas.

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL *

En el período cubierto por la presente crónica se han producido múltiples novedades en el ámbito procesal en todos sus sectores. Junto con el Reglamento CE 891/2007 de 11 de julio de 2007 referente al proceso europeo de escasa cuantía (*DOCE* 31 de julio de 2007, L 199/1), se ha publicado la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (*DOCE* 24 de mayo de 2008, L 136/3). Por otra parte, se ha publicado finalmente el Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en

* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo (*DOCE* 10 de diciembre de 2007, L 324/79), reglamento del que ya se dio noticia en una pasada crónica y que es comentada en la presente en el apartado de «Espacio Judicial Europeo», junto con la Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad y de Dinamarca, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil con Islandia, Noruega y Suiza (*DOCE* 21 de diciembre de 2007, L 339/1). También se han producido modificaciones y documentos de interés en materia de procedimiento ante la Jurisdicción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (Informe de 21 de noviembre de 2007 (A6-0451/2007), Decisión del Consejo de 20-12-2007 por la que se modifica el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia (*DOCE* 29 de enero de 2008, L 24/42), Nota informativa del Tribunal de Justicia sobre el planteamiento de cuestiones pre-judiciales (*DOCE* 8 de marzo de 2008, C 64/1), y unas Instrucciones prácticas a las partes sobre el procedimiento ante el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 13 de marzo de 2008, L 69/13). Por último, también será objeto de breve comentario la parte procesal de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOCE* 14 de diciembre de 2007, C 303/1).

Reglamento CE 891/2007 de 11 de julio de 2007 referente al proceso europeo de escasa cuantía (*DOCE* 31 de julio de 2007, L 199/1).

Es éste un reglamento largamente esperado, por cuanto que al menos intenta confrontarse, con desigual éxito, con un tema tradicionalmente olvidado por el legislador nacional: los procesos de interés económico reducido. Se trata de demandas que jamás se interponen, simplemente porque resultan antieconómicas, problema que se incrementa sobremedida en caso de litigios transfronterizos. Es digno de elogio que el legislador comunitario se haya percatado de este problema, y de hasta qué punto la negativa visión ciudadana de la Justicia que aqueja a muchos Estados de la Unión, tiene su base precisamente en la desatención por las pequeñas causas, muchas veces reclamaciones de consumo, tema especialmente sensible.

La reclamación no puede tener una cuantía superior a 2.000 euros, y la única condición para que pueda utilizarse el reglamento (aparte de que la demanda no haga referencia a materias excluidas por el art. 2) es que una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro que no sea aquel en el que tiene su sede el órgano jurisdiccional.

Cumplido lo anterior, el actor podrá presentar una demanda sucinta –para lo que dispone de un formulario– en la que se priorizan los datos de identificación de las partes y de la pretensión, y se reduce al mínimo la fundamentación de la demanda, al margen de la aportación de documentos que se realizará como es habitual. En cualquier caso, la prioridad es que el demandado disponga de una información clara de los detalles más relevantes de la demanda, para favorecer su inteligencia y las traducciones. Pero además también se intenta que el demandante no deba acudir a ningún abogado ni procurador, que no son obligatorios en este proceso (art. 10), excluyendo de la demanda la fundamentación jurídica (art. 12.1) e instando al órgano jurisdiccional a que informe «a las partes sobre cuestiones procesales». Todo ello es más una ilusión que una realidad en la práctica y aunque el artículo 11 indique que

«los Estados miembros garantizarán que las partes reciban asistencia práctica para cumplimentar los formularios», será bastante difícil la organización de un semejante servicio de asistencia sufragado con fondos públicos. Y no hablemos de la colaboración citada del órgano jurisdiccional en materia procesal.

Uno de los principales aciertos del reglamento es que el procedimiento sea escrito. El legislador comunitario no se ha dejado llevar por las tendencias a favor de la oralidad, ya que se ha dado perfecta cuenta de que cuando las partes residen en diferentes Estados, la oralidad es contraproducente en todos los sentidos. No obstante, queda abierta la posibilidad de celebrar una vista (por videoconferencia) que puede ser denegada de forma prácticamente discrecional por el órgano jurisdiccional (art. 5.1).

Presentada la demanda, será enviada por correo con acuse de recibo (art. 13) al demandado en un plazo máximo de 14 días a fin de que la conteste en otro plazo de 30 días, para lo que dispone también de un formulario que, no obstante, puede decidir no seguir. El demandado puede oponerse a la misma pretextando que no entiende el idioma utilizado por el demandante [art. 6.3.a)], lo que es manifiestamente excesivo, puesto que hubiera bastado con que el demandado pudiera pedir una traducción a una lengua oficial en el país en el que more, puesto que lo contrario no es más que un abuso de derecho. Es inverosímil que un demandado no conozca la lengua de un demandante con el que tuvo relaciones contractuales, y que además tampoco conozca la lengua del lugar donde tenga su residencia o domicilio.

Sea como fuere, contestada la demanda podrá practicarse prueba, aunque la misma está prevista con una cierta excepcionalidad, tratando de que el Juez resuelva meramente con la documentación aportada con los escritos dispositivos, que evidentemente es lo más rápido.

Dictada la sentencia, existe posibilidad de recurso, pero en esta materia el reglamento, tratando de armonizar las legislaciones de los Estados miembros (lo que es más materia de una directiva que de un reglamento), aborda con notable oscuridad el tema de la impugnación de la sentencia que se dicte, puesto que prevé la posibilidad de que cada país establezca «su» recurso, y que en el caso de España será el de apelación, ya que se aplica supletoriamente la legislación procesal de cada Estado miembro (art. 19). Pero al mismo tiempo crea una «revisión» de la sentencia en los supuestos de indefensión, «revisión» cuyo desacertado nombre (por confundirse con la que procede ante el Tribunal Supremo) no pasa de ser una impugnación no devolutiva para la que no se establece plazo, diciendo únicamente la norma que el demandado (único legitimado en esta impugnación) debe haber actuado «con prontitud» (art. 18) para interponerla.

Las normas sobre reconocimiento y ejecución pretenden simplificar este trámite (arts. 20 ss.), aunque los problemas surgen en la práctica, como es sabido, cuando la sentencia se ha dictado en un Estado diferente de aquel en que debe ser ejecutada, problemática para la que el reglamento no ofrece soluciones auténticamente eficaces. Pero este tema desborda los límites de una simple reseña como la presente, que ya es excesivamente extensa. Esperemos, no obstante, que para cuando se realice la revisión de la norma comentada (2014) se hayan tenido en cuenta los problemas anunciados, y cualesquiera otros que se hayan observado en la práctica de este procedimiento.

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (*DOCE* 24 de mayo de 2008, L 136/3).

La Directiva sobre mediación estaba pendiente desde el 22 de octubre de 2004, fecha de la que data la entonces propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo. Hoy disponemos ya de esa esperada directiva, pese a que el resultado final puede calificarse francamente de decepcionante, puesto que dicha directiva no dice prácticamente nada más salvo que la mediación se podrá celebrar en litigios transfronterizos, que lo que se acuerde tras la mediación podrá tener carácter ejecutivo, que se garantiza la confidencialidad de las negociaciones y que el hecho de que las partes opten por la mediación interrumpirá los plazos de caducidad y prescripción. Y poco más se regula en los 14 artículos de esta Directiva, salvo que todos los Estados miembros (salvo Dinamarca) deberán transponerla antes del 21 de mayo del 2011.

Lo más importante en la mediación es la forma de llevarla a cabo, quién actuará de mediador, así como establecer los estándares de calidad de la mediación. Sobre lo primero no se dice absolutamente nada, y hubiera sido preciso, al menos, establecer un mínimo procedimiento para evitar que la mediación se convierta en una simple maniobra dilatoria, así como regular lo que, finalmente, acaba propiciando el éxito de la mediación: los poderes del mediador. Y es que dos partes enfrentadas no negocian espontáneamente, ni mucho menos llegan a acuerdos con facilidad. Y de esa realidad hubiera debido hacerse eco la directiva.

Acerca de quién actuará como mediador, la directiva debería haber fijado los estándares de formación para adquirir los conocimientos, habilidades, y sobre todo las competencias necesarias en quien quiera ejercer esa función. Al respecto sólo se dice [art. 3.b)] que el mediador debe ser eficaz, imparcial y competente. Pero salvo en lo que respecta a la imparcialidad, las otras dos características son demasiado laxas como para que se pueda legislar con una cierta armonía en los Estados Miembros, que de hecho es lo que se pretendía. Si se quiere dignificar la mediación y convertirla en lo que verdaderamente es, un medio alternativo de resolución de conflictos, determinar la formación de dicho mediador es lo más esencial. Porque el mediador debe conocer los detalles del litigio y ser capaz de entenderlos, lo que, en el fondo, le obliga a ser jurista. Pero también debe tener las suficientes habilidades psicológicas, y quizás sociológicas, como para avenir a las partes. Y eso difícilmente se aprende en el Estudio de Derecho, por lo que tendría que haberse previsto esa formación complementaria.

Por último, en cuanto a la calidad de la mediación, se insta a los Estados a fomentar códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión a organizaciones que presten servicios de mediación. Pero eso es casi lo mismo que no decir nada, porque no se profundiza lo más mínimo en qué debe consistir esa conducta, y es absolutamente inconveniente dejarla en manos de esas organizaciones, de cuyo funcionamiento tampoco se dice absolutamente nada. Por desgracia, como se ha observado en muchas organizaciones arbitrales, no es la razonabilidad lo que siempre impera en esta materia, por lo que se echa en falta una ulterior reflexión en este punto.

En resumen, el legislador español solamente va a tener en cuenta lo dicho anteriormente, y a partir de ahí regulará la mediación a voluntad, lo que puede provocar el fracaso global de un sistema muy provechoso, pero

que mal organizado, u organizado de forma tan dispar entre los diferentes Estados, puede convertirse en algo a lo que nadie se atreva a acudir. Ahora la Directiva ya está publicada y, por tanto, es muy difícil cambiar las cosas. Confiemos, no obstante, en la aparición de un futuro reglamento sobre medios alternativos de resolución de conflictos que regule en profundidad estas cuestiones, teniendo en cuenta la experiencia, ya dilatada, de que se dispone en varios países. Será la única forma de dar un impulso a estos medios (arbitraje, mediación, conciliación, etc.) que, no hay que cerrar los ojos a la realidad, aún no son, ni muchísimo menos, un auténtico camino alternativo a la Justicia ordinaria en la mayoría de Estados europeos.

Informe de 21 de noviembre de 2007 (A6-0451/2007), Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2007 por la que se modifica el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia (*DOCE* 29 de enero de 2008, L 24/42), y Nota informativa del Tribunal de Justicia sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales (*DOCE* 8 de marzo de 2008, C 64/1).

El contenido de los tres documentos reseñados tiene exactamente la misma finalidad. Una vez más se detecta en el Tribunal de Justicia una preocupación, ya tradicional aunque comprensible, por los retrasos acumulados en la tramitación de cuestiones prejudiciales. Nuevamente se dan los pasos para acelerar el procedimiento y en este caso se llega a proponer el establecimiento de un procedimiento de urgencia. Otra vez se hace una nota informativa de cómo se tendrán que plantear las cuestiones prejudiciales para que les sea aplicable el procedimiento de urgencia. Y de nuevo se constata que el Tribunal de Justicia tiene enormes dificultades para que se plasmen sus soluciones con celeridad en un texto legislativo.

Suerte que, en esta ocasión, el citado informe se refiere directamente a la solución más factible de este mal: la modificación en profundidad de la estructura de la Jurisdicción de la Unión Europea. No es momento de hacer propuestas en este sentido, pero sí que habría que poner claramente de manifiesto que el Tribunal de Justicia no puede atender, en su configuración actual, más asuntos. Y que sus retrasos, pese a ser menores que los de algunos altos tribunales de los Estados miembros, siguen siendo excesivos. Deben arbitrase mecanismos que permitan al Tribunal de Justicia controlar su propio volumen de asuntos, al menos en lo que se refiere a cuestiones prejudiciales. Y debe realizarse también un esfuerzo de pedagogía en cuanto a la explicación y resumen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a fin de que sea conocida en profundidad por los tribunales de los Estados miembros, porque sería cerrar los ojos a la realidad no ver que dicha jurisprudencia es sistemáticamente ignorada. El tema merecería una mucha más detallada la reflexión, pero entiendo que la problemática ya ha quedado planteada. En definitiva, un nuevo procedimiento de urgencia va a servir de bien poco.

Instrucciones prácticas a las partes sobre el procedimiento ante el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 13 de marzo de 2008, L 69/13).

Ese esfuerzo de pedagogía sí que se realiza en este otro documento, que trata de atender a las dudas que plantea el procedimiento ante el Tribunal de

la Función Pública, pero sobre todo trata de orientar a los letrados para que los mismos usen de las normas de este procedimiento según la idea que tiene del mismo el Tribunal de la Función Pública, entrando en detalles en los que no puede ni debe entrar un reglamento de procedimiento.

No obstante, es preciso cuidar siempre de que estas instrucciones no introduzcan nuevas ambigüedades ni supongan una excesiva relajación del procedimiento, que acaba siendo inútil en ese caso. En este sentido, la flexibilidad que demuestran las instrucciones es muy positiva, y el hecho de que sea un único órgano jurisdiccional el que las tiene en cuenta reduce los riesgos de inseguridad jurídica. Con todo y con eso, no está de más una buena dosis de cautela en estos casos.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOCE* 14 de diciembre de 2007, C 303/1).

No me corresponde comentar este nuevo texto ni sus antecedentes, pero sí muy brevemente su apartado procesal. Sus artículos 48, 49 y 50 solamente son aplicables al ámbito procesal penal (presunción de inocencia, principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas y la cosa juzgada penal, formulada en unos terminos algo restrictivos, por cierto). Pero el artículo 47 se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho al Juez imparcial y tangencialmente al derecho a la defensa, lo cual es aplicable a cualquier proceso.

La sistemática de los artículos no es demasiado depurada, dado que no tiene sentido que se reconozca solamente el derecho a la defensa al acusado (art. 48.2) o se insista en este punto si ya se viene de reconocer tal derecho, aunque sea de forma indirecta, en el artículo 47 para cualquier parte en el proceso. Se puede argumentar que el artículo 48 se refiere a la autodefensa del acusado, pero ello sería algo arriesgado, habida cuenta de que la debida defensa de cualquier reo pasa en la actualidad por ser una defensa letrada. Pero es que, además del derecho a la tutela judicial efectiva (cuya formulación legal está claramente lastrada por la tradicional teoría concreta de la acción), se reconoce el derecho a la publicidad de los procesos, al Juez imparcial y predeterminado por la ley, a la asistencia letrada y a la justicia gratuita. La asistencia letrada y la justicia gratuita son garantías de la defensa, y la publicidad de los procesos debe tener restricciones que no son referidas en absoluto en la Carta. Con tal acumulación de derechos, quizás debería haberse ordenado un poco mejor la sistemática a efectos meramente formales. Aunque, ciertamente, la generalidad de las normas constitucionales no son ningún ejemplo en este sentido.

Además, puestos a realizar un elenco de derechos procesales, se podrían haber nombrado algunos más, como por ejemplo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, o al menos introducir una cláusula de cierre como hubiera sido una referencia al «debido proceso». Con ello, el sistema de derechos procesales hubiera quedado completo. Pero de la forma que se ha producido lo cierto es que existen lagunas importantes que habrá que integrar a través del inciso «equitativa», del artículo 47.II, lo que siempre es una mala solución que deja demasiadas incógnitas.

III. DERECHO DE CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS *

I. Marco Común de Referencia

A finales del año 2007 fue publicada la versión «científica» o no oficial del Marco Común de Referencia que, de momento, a la espera de su aprobación definitiva por las instancias correspondientes, tan sólo es un Proyecto de Marco Común de Referencia. Es, además, incompleto. A finales de 2009 se prevé que estén listos los 10 libros que deben integrarlo. De momento, sólo cuenta con 7. Para más información, *vid.* recensión de Miguel Ángel Adame en esta crónica.

1. RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2007, SOBRE EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA ELABORADO POR LA RED DE INVESTIGADORES

El Parlamento acoge con satisfacción la conclusión del proyecto académico de MCR y pide a la Comisión que presente un plan claro para el proceso de selección de las partes del proyecto académico de MCR que se incluirán en el MCR definitivo de la Comisión, en cuanto éste esté acabado. Además, insta a la Comisión a que haga que el Parlamento participe en este proceso ya antes de que se tomen medidas de procedimiento y la insta a que siga el trabajo de los investigadores y los resultados de los seminarios ya celebrados sobre el nuevo MCR y los de los nuevos seminarios sobre el MCR que deben organizar la DG JLS y la DG MERCADO. También solicita de la Comisión que coordine los trabajos sobre el MCR en las diferentes Direcciones Generales interesadas, con arreglo a un procedimiento transparente y formalizado, con el fin de velar por la coherencia entre los diferentes ámbitos relacionados con el Derecho contractual. El Parlamento reitera su opinión de que el alcance del MCR debe ser ampliamente debatido con todos los grupos, investigadores y partes interesadas y también con el Parlamento, que ha expresado su parecer ya en varias resoluciones y reitera su firme apoyo a un enfoque basado en un MCR que vaya más allá del Derecho contractual de consumo. Insiste en la necesidad de un posible instrumento horizontal en el ámbito del Derecho de consumo. Sobre la vinculatoriedad y la finalidad del MCR, pide que se mantengan abiertas todas las opciones posibles incluida la del instrumento opcional, y considera imprescindible su participación en los trabajos de redacción del MCR.

2. INFORME DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2863.^a SESIÓN, JUSTICIA Y ASUNTOS INTERIORES, LUXEMBURGO, 18 DE ABRIL DE 2008

El Consejo ha aprobado un informe sobre la adopción de un Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual europeo. En él se define su posición sobre cuatro aspectos fundamentales:

* Profesora titular de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759.

a) Finalidad del Marco Común de Referencia: debe ser una caja de herramientas útil para el legislador comunitario. En ningún caso debe utilizarse para armonizar el derecho contractual europeo a partir de la elaboración de un Código civil europeo. Tampoco un instrumento opcional que contenga reglas completas y exhaustivas sobre el derecho de contratos. No puede servir de ley aplicable, libremente escogida por los contratantes.

El MCR debe ser un mecanismo más, de entre otros tantos posibles, que ayuden a mejorar la coherencia de la legislación comunitaria. No debe servir de guía a los legisladores nacionales, aunque sí que puede ser una fuente de inspiración y puede ayudar a mejorar la transposición de directivas.

b) Contenido del Marco Común de Referencia: No debe ser una mera recopilación sistemática de principios contractuales nacionales; tampoco una consolidación y sistematización del Derecho de contratos que ya exista a nivel comunitario. Más bien debe circunscribirse a las definiciones, principios y reglas modelo en el ámbito del Derecho de contratos y, sin prejuzgar su contenido, éste debe deducirse claramente del *acquis* existente, pero también de las tradiciones nacionales. Hay que contar con las investigaciones llevadas a cabo por la red de investigadores y *stakeholders*, pero también con otras investigaciones que ya existan en este ámbito.

c) Alcance del Marco Común de Referencia: entre las opciones de incluir sólo el Derecho contractual de consumo, o sólo el Derecho general de contratos, sin incluir los de consumo, o todo el Derecho general de contratos, incluidos los de consumo, se decidió esto último. La razón: es muy difícil tratar el Derecho contractual de consumo de forma aislada sin contemplar el marco general en el que se insiere. Se sugiere que cubra los ámbitos que van desde la responsabilidad precontractual al incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Se añade que necesariamente se deberán tener en cuenta los progresos que se vayan realizando en materia de revisión del acervo contractual comunitario de consumo.

d) Eficacia del Marco Común de Referencia: Debe contener orientaciones no vinculantes que el legislador comunitario puede utilizar, voluntariamente, como fuente común de inspiración y de referencia en el proceso legislativo. Se rechaza que sea de obligatoria imposición en los Estados miembros.

II. Derecho comunitario

1. DIRECTIVA SOBRE EL CRÉDITO AL CONSUMO

El Parlamento europeo aprobó en segunda lectura, el pasado 16 de enero de 2008, una nueva Directiva sobre crédito al consumo. La Comisión tomó en consideración todas las modificaciones propuestas por el Parlamento y, al amparo del artículo 250.2 TCE reformó sus propuestas. La finalidad de la directiva es conseguir un mercado más eficiente y más transparente para los créditos entre 200 € y 75.000 €, proporcionando un nivel de protección más elevado. Así, se armoniza la información que deben recibir los consumidores (en un formato estándar) y los requisitos de publicidad y la forma de calcular el TAE en toda la Unión Europea; los bancos quedan obligados a evaluar la solvencia del prestatario; éstos podrán cobrar hasta un 1 por 100 de comisión por cancelación anticipada en los créditos a interés fijo, que se reduce al 0,5 por 100 cuando el periodo del anticipo no supera un año. Con todo, se podrá cobrar una cantidad más elevada si se prueba que las pérdidas ocasionadas

por el reembolso anticipado son mayores a la compensación máxima que deberían haber recibido. No existe penalización en los contratos a interés variable. Además, el consumidor dispondrá de un plazo de 14 días para poder desistir del contrato. El desistimiento del contrato principal, afecta al vinculado de crédito.

2. PROYECTO DE DIRECTIVA SOBRE TIEMPO COMPARTIDO

Ha sido aprobado en primera lectura por el Parlamento europeo, el 19 de mayo de 2008. Incluye paquetes turísticos y nuevas modalidades de de vacaciones que, hasta la fecha, se comercializaban con el claro propósito de eludir las disposiciones de la Directiva. Se refuerzan las previsiones ya existentes relativas a la protección del consumidor: derecho de desistimiento, elección de la lengua en la contratación, prohibición de anticipos mientras dure el plazo de reflexión, información contractual. Otros derechos podrían ampliarse, por ejemplo, el periodo de desistimiento a 21 días (en la actual directiva son 10 días y en la propuesta de la Comisión eran 14).

En relación con los clubes de vacaciones, se rechaza incluir normas que introduzcan restricciones (obligación de que las agencias están registradas, registros nacionales de empresas de prestación de servicios, seguros obligatorios), y se deja a los Estados miembros la decisión de exigirlo en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

III. Resultados provisionales sobre las respuestas dadas al Libro Verde sobre la revisión del acervo comunitario en materia de consumo

En la sexta crónica [3 (2006) ADC], se daba cuenta de las preguntas que planteaba el Libro Verde en materia de revisión del acervo comunitario. Han sido más de trescientas las respuestas (*vid.* http://ec.europa.eu/consumers/rights/responses_green_paper_acquis_en.htm) y en la actualidad se está procediendo a su análisis, si bien ya existen dos documentos que indican cuáles son las tendencias mayoritarias en relación con cada una de las cuestiones sometidas a la consideración del público. Se pueden consultar, tanto las respuestas individuales, como los dos estudios de conclusiones, en http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm#outcome

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR *

El acontecimiento más relevante en relación con los derechos reales en Europa en este último semestre ha sido la aprobación del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre el Crédito Hipotecario en Europa de 18 de diciembre de 2007 **, lo que pretende ser el primer paso hacia la creación de un mercado hipotecario común en Europa. De hecho, parece incomprensible que las finalidades de la Unión Europea sigan siendo la libre circulación de personas, capitales y mercancías y todavía no se hayan tomado medidas para que estos prin-

* Profesor agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.

** COM(2007) 807 final.

cipios sean una realidad en un sector del mercado que representa el 47 por 100 del PIB de la UE. El problema es, no obstante, que el Libro Blanco se queda corto ante tal ambición, atendiendo a los objetivos que se marcaba su antecedente, el Libro Verde 2005 (comentado también en esta Crónica) además de llegar a destiempo (lo mismo que le ha sucedido a la Ley española 41/2007) dada la nueva situación inmobiliaria e hipotecaria a nivel mundial.

De esta forma, el Libro Blanco 2007 parte la hipótesis de que la situación actual supone barreras para la negociación hipotecaria transnacional en Europa, tanto en el ámbito de la oferta como en el de la demanda, provocando una «reducción en la competencia y elección en el mercado». Sobre esta hipótesis marca cuáles son sus objetivos:

1. Facilitar la concesión transnacional de créditos hipotecarios, así como su refinanciación paneuropea. Para ello pretende remover los obstáculos financieros y legales desproporcionados: registros de la propiedad fragmentados, diferentes grados de protección de consumidores, diferentes instrumentos de financiación hipotecaria, etc.

2. Aumento en la diversidad de productos hipotecarios. Dada la diversidad de jurisdicciones en materia hipotecaria, los prestamistas se enfrentan a la imposibilidad de ofrecer determinados productos hipotecarios en otras jurisdicciones, así como la imposibilidad de optar por determinadas técnicas de financiación hipotecaria.

3. Mejorar la confianza de los consumidores. Tanto el grado de información y de asesoramiento que se les ofrece por parte de los prestamistas (lo que es muy discutido por las entidades de crédito, a quienes se obliga a averiguar el grado y la calidad de información que cada posible prestatario necesita; quizás las recientemente aprobadas MiFiD pueden ser un primer paso) como darles la posibilidad de poder comparar productos hipotecarios.

4. Facilitar la movilidad de los consumidores. Éstos deben quedar habilitados para poder cambiar de entidad de crédito tanto a nivel nacional como internacional, descartando que puedan aceptarse «tying practices» de naturaleza financiera (ej., altas comisiones) o legal (*vid. infra* en relación con algunas cuestiones sobre la Ley española 41/2007).

Para ello, el Libro Blanco señala una serie de futuras actuaciones, en general, más estudios en diversos ámbitos que, especialmente, analicen el impacto económico de las medidas que legalmente pudieran tomarse en una futura Directiva. Las áreas de los estudios son:

a) La naturaleza de la amortización anticipada (derecho irrenunciable de los deudores hipotecarios o simplemente una opción contractual), mejora y comparabilidad (también transnacional) de la información precontractual en relación al crédito hipotecario y promoción del «*responsible lending & borrowing*».

b) Mayor eficacia en la ejecución hipotecaria, inscripción y transparencia de los registros de la propiedad y animar a entrar en EULIS y mecanismos para confiar en tasaciones de inmuebles realizadas en otros países miembros, buscando estándares de tasación aceptables por los operadores.

c) Otras cuestiones, como investigar el rol que las entidades no-financieras puedan tener en el mercado hipotecario, la cuestiones que puedan suscitar los productos «*equity-release*» (como la hipoteca inversa), la continuación de los trabajos de la comisión de refinanciación o la investigación en relación a barreras legales injustificadas para el desarrollo del mercado hipotecario europeo.

En definitiva, el Libro Blanco 2007 pretende que se desarrollen a partir de 2008 investigaciones que cualquiera de las medidas que puedan tomarse a nivel europeo sobre el mercado hipotecario creen nuevas oportunidades para los prestamistas para acceder a nuevos mercados e iniciar actividades hipotecarias transnacionales. También deben demostrar la capacidad para facilitar un proceso de préstamo hipotecario más eficiente, con economías de escala que deberían hacer disminuir los costes. Los posibles beneficios deberían ser ponderados en relación a los costes de tomar todas estas medidas.

En cualquier caso, lo que sí sorprende es que la Comisión no se haya referido directamente a la Eurohipoteca (comentada en alguna ocasión en esta Crónica; *vid. infra*. sobre el modelo) como una posible solución a todos estos objetivos que se pretenden conseguir (aunque era de esperar dado el poco énfasis que incomprensiblemente puso en ella el grupo de trabajo creado en el seno de la Federación Hipotecaria Europea). No obstante sí que se refieren a ella en dos Anexos al Libro Blanco, tanto en el Anexo 2 (donde se la señala como objeto de estudio) como en el Anexo 3 (donde se la recomienda como instrumento ideal para la refinanciación hipotecaria a nivel paneuropeo). De hecho, todos los objetivos que el Libro Blanco pretende conseguir pueden alcanzarse con la Eurohipoteca (*vid. Nasarre-Aznar, Sergio, Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 sobre la integración de los mercados hipotecarios de la UE, «Zentrum für Europäische Rechtspolitik-ZERP», Universidad de Bremen, 2008*).

A este limitado alcance del Libro Blanco 2007 se le debe añadir que la legislación de algunos Estados miembros no sólo no contempla la apertura de mercados hipotecarios a otros países miembros sino que incluso aprueba normas en algunos puntos contrarias al Libro Blanco. Esto es lo que le sucede a la reciente Ley española 41/2007 que, por ejemplo, da rango legal a lo que incorrectamente señaló la STS 25-11-2003 al retirar la plena libertad de cambio de acreedor a los deudores hipotecarios españoles (posibilidad de la primera entidad de crédito de enervar la subrogación iniciada por el deudor), en contra del artículo 2 Ley 2/1994 e incluso contra el artículo 1211 CC. O ver RDGRN 2 de julio de 2005 (que prohibía la inscripción de escritura pública expedida por notario alemán en el Registro de la Propiedad español) que ha sido declarada nula por Sentencia confirmatoria de la SAP Tenerife 22 de noviembre de 2006.

Por otra parte el extenso Informe para la Comisión Europea realizado por el *Zentrum für Europäisches Rechtspolitik* (ZERP) de la Universidad de Bremen, dirigido por el Prof. Christoph Schmid, sobre el «Mercado de Transacciones Inmobiliarias» y que se centraba esencialmente en qué modelo de transacción inmobiliaria de entre 21 países (en base a informes legales de especialistas de cada uno de ellos y una encuesta contestada por 700 personas) fue finalmente publicado en diciembre 2007 (http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html), llegando, en general, a la conclusión de que los contextos en que la transmisión de inmuebles está desregularizada ofrece más ventajas para los consumidores en forma de costes y de posibilidad de elección, al tiempo que no se evidencia que precios más elevados o mayor regulación impliquen un mejor servicio. Considera que el sistema de notariado latino (como el español) es el más caro y el que ofrece peor servicio a los contratantes (con elementos como el *numerus clausus* de personas legitimadas para participar en una transacción inmobiliaria, como el cuerpo notarial, o en relación a tasas prefijadas legalmente, que no aportan

beneficios al sistema), mostrando el ejemplo de Holanda como país donde se ha desregularizado recientemente el servicio notarial que ha conllevado ventajas para los consumidores. El trabajo acaba recomendando a los países con notariado latino que amplíen las posibilidades de que los consumidores puedan escoger libremente a las personas que autoricen la venta de inmuebles (p. ej., abogados cualificados). Este trabajo ha sido criticado posteriormente por instituciones de notariado latino por toda Europa. *Vid.*, en este sentido, las duras reacciones en la publicación *El Notario* (marzo-abril 2008) en España o la declaración de la *Council of the Notariats of the European Union* (29-1-2008) en contra del informe del ZERP, dándole más credibilidad al elaborado por el Profesor Murray (Uni. Harvard) quien critica la eficacia de los sistemas desregularizados (<http://www.cnue.eu/fr/000/actualites/murray-report-final.pdf>)

A parte de estas cuestiones más representativas, comentar lo siguiente:

a) Está preparado el libro coordinado por el Profesor Sjef van Erp sobre el *Common Frame of Reference* en relación a los derechos reales que será publicado en breve y que es resultado de la Jornada que se celebró en Maastricht en junio de 2007 «Common frame of reference and property law» (<http://www.unimaas.nl/default.asp?template=werkveld.htm&id=rms6164hlvj30pgsroh5&taal=nl>).

b) Se ha publicado el libro Muñoz, Nasarre, Sánchez Jordán, *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Centro de Estudios Registrales-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2008, donde, entre otras cuestiones, aparece una traducción al castellano del Modelo de Eurohipoteca de las Basic Guidelines 2005.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS *

Cada vez son más frecuentes las sentencias del TJCE relevantes para el Derecho de familia europeo. Destacamos en esta ocasión las sentencias dictadas en el asunto C y en el asunto Maruko.

Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2007, Asunto C-435/06.

Se trata de la primera decisión del TJCE sobre el Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Resuelve una duda interpretativa respecto al ámbito material de dicho Reglamento.

En el recurso, el Tribunal finlandés preguntaba si el Reglamento 2201/2003 es aplicable a una decisión que ordena conjuntamente la asunción de la guarda de un niño por la Administración y el acogimiento familiar del mismo. La duda surge porque el Reglamento, por un lado, se circunscribe a las materias civiles según el tenor literal del artículo 1.1 pero, por otra parte, incluye dentro del concepto de responsabilidad parental el acogimiento de un menor en una familia o un establecimiento [art. 1.2.d)]. Desde el punto de vista del Derecho fin-

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

landés la asunción de la guarda por la Administración se considera una medida administrativa sometida al Derecho público. Por consiguiente, el tribunal quiere saber si el Reglamento se aplica tanto a la asunción de la guarda por la Administración y al acogimiento o únicamente a la parte de la decisión relativa al acogimiento.

El *iter argumentativo* del Tribunal de Justicia empieza mediante una acumulación de argumentos que indican la conveniencia de que la asunción de la guarda se incluya en el ámbito material de aplicación del Reglamento. El Tribunal parte de una interpretación textual para establecer que el hecho de que la asunción de la guarda no se incluya explícitamente no excluye a dicha medida del Reglamento habida cuenta que la lista del artículo 1.2 es *ad exemplum* (FJ 30). Recurre asimismo al quinto considerando del Preámbulo para justificar que el concepto de responsabilidad parental englobe a las medidas de protección del menor (FJ 31 y 32). Relaciona la asunción de la guarda con la determinación del lugar de residencia, cuestión clave en el concepto de responsabilidad parental (FJ 33) y pone de relieve que la asunción de la guarda y el acogimiento son cuestiones muy estrechamente vinculadas por lo cual la exclusión de la asunción de la guarda comprometería la eficacia del Reglamento (FJ 35 y 36). Pone además de manifiesto que puesto que en algunos Estados la asunción de la guarda y el establecimiento del acogimiento se deciden en unidad de acto y en otros requieren decisiones sucesivas, debería evitarse cualquier interpretación que pueda conllevar desigualdad de trato (FJ 36).

Ninguno de estos argumentos es, sin embargo, concluyente ni tiene carácter nuclear. Si según el tenor literal del Reglamento éste se aplica a la materia civil resulta, en efecto, ineludible establecer si la medida de asunción de la guarda es o no una medida civil. La dificultad radica en que otro instrumento comunitario, el Convenio de Bruselas del 68, al que ha sucedido sin modificaciones por lo que respecta a la cuestión que nos ocupa el Reglamento 44/2001, también circunscribe su ámbito material a la materia civil y mercantil y existe ya abundante jurisprudencia sobre la definición de dicha noción. Por consiguiente, lo lógico hubiera sido extender la definición de materia civil del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas II bis. Esta posición fue la defendida por el Gobierno sueco.

El Gobierno sueco había invocado la jurisprudencia del Tribunal según la cual los litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado no constituyen materia civil en los supuestos en los que la autoridad pública actúa en ejercicio del poder público. Como certeramente señalaba el Gobierno sueco es difícil concebir una resolución más manifiestamente vinculada al ejercicio del poder público que la que impone la guarda de un menor en contra de la voluntad de sus padres (FJ 43).

Frente a tan contundente argumento la respuesta del TJCE resulta, cuando menos, sorprendente. El TJCE descarta la aplicación de su anterior jurisprudencia simplemente porque ésta se refería a un instrumento distinto. Se establecen, por tanto, dos conceptos distintos de «materia civil» en el Derecho procesal civil internacional europeo, cuestión en sí misma problemática, sobre todo en un momento en el que se está intentando establecer un marco común de referencia, ciertamente en sectores distintos al del Derecho de familia, a fin de evitar la falta de coherencia dentro del Derecho comunitario.

Pero lo peor del caso es que no se proporciona ningún criterio para delimitar la materia privada y pública en el sector de la responsabilidad parental. El Tribunal acaba afirmando que puesto que en el décimo considerando del Preámbulo se dice que no se pretende que el Reglamento se aplique a las

medidas de Derecho público en materia de educación y salud no se excluyen con carácter general las medidas de Derecho público (FJ 52). Sostiene que es irrelevante que la responsabilidad parental resulte afectada por una medida de protección estatal o adoptada por el titular o titulares de la responsabilidad parental (FJ 51). Por esa vía se llega a una conclusión que contradice el tenor literal del artículo 1 y que puede describirse de dos maneras. Es civil, según el Tribunal, toda medida que afecte a la responsabilidad parental o, lo que es lo mismo, el Reglamento no se circunscribe en materia de responsabilidad parental a la materia civil. La interpretación a la que llega el Tribunal es, por tanto, una interpretación *contra legem*.

Sentencia del TJCE de 1 de abril de 2008, C-267/06, Tadao Maruko vs. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vddb).

El Sr. Maruko había constituido una pareja registrada de Derecho alemán con un diseñador de vestuario teatral alemán. Tras el fallecimiento de su compañero el Sr. Maruko solicitó a la *Vddb* una pensión de viudedad, habida cuenta que su pareja había contribuido a dicho fondo desde el año 1959. La *Vddb* denegó dicha pensión porque la regulación del fondo no preveía el pago de la misma al miembro de la pareja registrada superviviente. El Sr. Maruko recurrió la negativa de la *Vddb*, argumentando la infracción del principio de igualdad de trato al amparo de la *Directiva 2000/78 de 27 de noviembre 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, habida cuenta que las parejas de personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio en Alemania.

El Tribunal de Justicia considera que, puesto que la República Federal de Alemania permite a las parejas de personas del mismo sexo constituir mediante un acto formal una unión de pareja de duración indefinida con efectos equivalentes a los del matrimonio, las reglas internas de la *Vddb* suponen una discriminación directa basada en la orientación sexual.

La sentencia dictada en el asunto Maruko resulta un avance si se compara con la que se dictó el 28 de enero de 1999 en el asunto *D vs. Consejo* (asunto T-264/97). Este caso se refería a un funcionario sueco del Consejo que había registrado en Suecia una unión de pareja con otro hombre y solicitaba el pago de ciertas ayudas familiares que el Derecho de la función pública comunitaria otorgaba en aquel momento únicamente a los funcionarios casados. El solicitante argumentaba que la pareja registrada del Derecho sueco es una institución equivalente al matrimonio. A ello respondió el Tribunal insistiendo en que se trataba de una institución distinta a la matrimonial, por cuyo motivo el Consejo no estaba como empleador obligado al pago de unas prestaciones únicamente previstas para los funcionarios casados.

La principal diferencia entre las citadas Sentencias radica en que en el primer caso, *D. c. Consejo*, el Tribunal no quiso equiparar la institución pareja registrada al matrimonio a pesar de que tal equiparación se producía en el Derecho sueco y, en cambio, tal equiparación se produce, varios años después, en el asunto *Maruko* pese a que en el Derecho material alemán el matrimonio y la *eingetragene Lebenspartnerschaft* no se conciben como instituciones totalmente paralelas.

Existen, sin embargo, elementos que reducen de manera significativa la importancia de dicha evolución. Ninguna de las dos sentencias del Tribunal de Justicia resulta relevante para los sistemas jurídicos de Estados miembros que no han creado instituciones de parejas registradas ni puede deducirse del Dere-

cho comunitario ninguna obligación respecto al establecimiento de tales instituciones, pues el matrimonio e instituciones análogas quedan fuera del ámbito material del Derecho comunitario. La cuestión que se plantea es, por consiguiente, exclusivamente relativa a la equiparación de la institución pareja registrada en aquellos ordenamientos en los que coexista con el matrimonio. En este punto existe además una diferencia importante entre los asuntos D.c. Consejo y Maruko. Cuando se dicta la primera sentencia no se había todavía promulgado la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo que rige ya plenamente al dictarse la sentencia Maruko. Si se tratara, sin embargo, de una cuestión que no entrara en el ámbito material de aplicación del Derecho comunitario, no podría derivarse del mismo principio de equiparación alguno.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO *

1. Jurisprudencia

STJCE 8 de noviembre de 2007 (asunto C-20/05, K. J. Wilhelm Schwibbert), a propósito de la Directiva 98/34/CE.

«La Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las normas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, debe interpretarse en el sentido de que unas disposiciones nacionales como las que se cuestionan en el asunto principal constituyen un reglamento técnico que, en el supuesto de no haber sido notificado a la Comisión, no puede invocarse contra un particular en la medida en que hayan establecido, con posterioridad a la aplicación de la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, la obligación de poner en los discos compactos que contengan obras de arte figurativo el signo distintivo “SIAE” con vistas a su comercialización en el Estado miembro de que se trate.»

STJCE 17 de abril de 2008 (asunto C-456/06, Peek & Cloppenburg KG v. Cassina SpA), a propósito de la Directiva 2001/29/CE.

El concepto de distribución al público del original de una obra o de una copia de ella por cualquier otro medio distinto de la venta, en el sentido de artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y

* 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 Profesora 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 Profesor Ferran Badosa Coll.

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, supone exclusivamente una transmisión de propiedad del objeto. Por consiguiente, ni el mero hecho de ofrecer al público la posibilidad de usar las reproducciones de una obra protegida por derechos de autor ni la exposición al público de dichas reproducciones sin que se conceda siquiera la posibilidad de usarlas pueden constituir tal forma de distribución».

STJCE 29 de enero de 2008 (asunto C-275/06, productores de música de España versus Telefónica de España).

«Las Directivas 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), 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, 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, y 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad.»

STJCE de 31 de enero de 2008 (asunto C-32/07, Comisión europea contra el Reino de España), por incumplimiento de la incorporación de la Directiva 2001/84/CE que dio lugar a.

«Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva.»

2. Espacio e información digital

Recomendación 2006/585/CE de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital (Diario Oficial L 236 de 31 de agosto de 2006).

Mediante esta Recomendación, la Comisión solicita a los Estados miembros que aceleren la digitalización y la accesibilidad en línea de las obras culturales (libros, películas, fotografías, manuscritos, etc.). El objetivo es la puesta en línea del patrimonio cultural europeo a través de la biblioteca digital europea.

Comunicación de la Comisión, de 30 de septiembre de 2005, sobre «i2010: bibliotecas digitales» (COM (2005) 465 final-no publicada en el Diario Oficial).

La iniciativa «bibliotecas digitales» tiene por objeto conseguir que el patrimonio cultural, audiovisual y científico de la Europa sea accesible para todos. Más concretamente, el proyecto se propone que los recursos de información europeos resulten más accesibles, así como más fáciles e interesantes de utilizar, en un entorno en línea. Basándose en un rico patrimonio europeo, el proyecto reúne diversidad cultural, contexto multilingüe y progreso tecnológico.

Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «i2010: Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo» (COM (2005) 229 final-no publicada en el Diario Oficial).

La Comisión propone un nuevo marco estratégico, i2010-Sociedad de la información europea 2010, grandes orientaciones de las políticas. Este marco promueve una economía digital abierta y competitiva y hace hincapié en las TIC en tanto que impulsoras de la inclusión y la calidad de vida. Elemento clave de la renovada asociación en pro del crecimiento y el empleo de Lisboa, i2010 trabajará por un enfoque integrado de las políticas de sociedad de la información y medios audiovisuales en la UE.

Apoyándose en un análisis completo de los retos asociados a la sociedad de la información y en una amplia consulta con las partes interesadas sobre iniciativas e instrumentos previos, la Comisión propone tres prioridades para las políticas europeas de sociedad de la información y medios de comunicación:

a) la construcción de un Espacio único Europeo de la Información que promueva un mercado interior abierto y competitivo para la sociedad de la información y los medios de comunicación;

b) el refuerzo de la innovación y la inversión en la investigación sobre las TIC con el fin de fomentar el crecimiento y la creación de más empleos y de más de calidad;

c) el logro de una sociedad europea de la información basada en la inclusión que fomente el crecimiento y el empleo de una manera coherente con el desarrollo sostenible y que da la prioridad a la mejora de los servicios públicos y de la calidad de vida.

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA *

I. Legislación

A) LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) núm. 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE (*DO* L 79 de 19 de marzo de 2008 pp. ss.).

El Reglamento (CE) 216/2008, en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 70 *Entrada en vigor*; los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 serán aplicables a partir de las fechas especificadas en sus respectivas disposiciones de aplicación, aunque no más tarde del 8 de abril de 2012) pretende garantizar un nivel elevado y uniforme de protección de los ciudadanos europeos en el ámbito de la aviación civil. Para ello recurre a la adopción de normas comunes de seguridad, velando por que los productos, las personas y las organizaciones cumplan dichas normas en la Comunidad, así como las adoptadas para proteger el medio ambiente. Al respecto se tienen en cuenta los límites que establece el Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, en el que son partes todos los Estados miembros.

Con vistas a mejorar la aplicación práctica de esta normativa, determinadas funciones desempeñadas actualmente en el nivel comunitario o nacional pasan a ser desempeñadas por un único órgano especializado. De ahí la creación de una Agencia Europea de Seguridad Aérea, independiente en asuntos técnicos, y con autonomía jurídica, administrativa y financiera. El artículo 31 regula el régimen de responsabilidad de esta Agencia. Concretamente, el apartado 3 de este precepto dispone que, en caso de responsabilidad extracontractual, la Agencia deberá reparar los daños causados por sus servicios o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente para conocer de todos los litigios relativos a la indemnización por estos daños.

Directiva 2008/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (*DO* núm. L 76 de 19.03.2008, p. 37 ss.)

* Profesora contratada doctor de Derecho Civil, Universidad de Santiago de Compostela.

Directiva 2008/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (*DO* núm. L 76 de 19 de marzo de 2008, pp. 50 ss.).

B) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas COM(2008) 98 final - Bruselas, 27 de febrero de 2008.

La propuesta se dirige a codificar la Directiva 72/166/CEE del Consejo de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad; la Segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo de 30 de diciembre de 1983 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles; la Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1990 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles; la Directiva 2000/26/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de mayo de 2000 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles); y la Directiva 2005/14/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. La nueva Directiva sustituirá a estas directivas, respetando su contenido y limitándose a introducir las modificaciones formales que la reagrupación de textos requiere.

C) LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (*BOE* núm. 287, 30 noviembre 2007, p. 49181).

Entre otras materias, el nuevo texto incorpora la regulación sobre la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, anteriormente contenida en la Ley 22/1994, norma de transposición de la Directiva

comunitaria 85/374/CEE y ahora derogada (disposición derogatoria única núm. 4). La Exposición de Motivos justifica esta inclusión en el hecho de que la normativa sobre productos defectuosos incide en aspectos esenciales regulados en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que, como de manera unánime reconoce la doctrina y jurisprudencia requiere aclarar y armonizar sus respectivas regulaciones, al objeto de asegurar una adecuada integración entre ellas, superando aparentes antinomias.

II. Jurisprudencia

A) TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Responsabilidad por productos.—El auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 10 de diciembre de 2007, asunto T-187/07, desestima por incompetencia manifiesta la reclamación presentada por Pedro Landeira Méndez contra el Reino de España. La parte demandante considera que los tribunales españoles le denegaron, en infracción del Derecho comunitario, el derecho a ser indemnizado por haber contraído una enfermedad grave a consecuencia de una transfusión de sangre contaminada llevada a cabo en una intervención quirúrgica realizada en un hospital público español. La parte demandante también reprocha al legislador español haber adoptado una normativa que exime a la Administración pública sanitaria de responsabilidad por los riesgos de desarrollo con carácter general, infringiendo la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ahora bien, Las competencias del Tribunal de Primera Instancia en materia de responsabilidad extracontractual son las enumeradas en los artículos 235 CE y 288 CE, párrafo segundo, así como en los artículos 151 EA y 188 EA, párrafo segundo. Conforme a estas disposiciones, el Tribunal de Primera Instancia sólo es competente para conocer los recursos de indemnización de los daños causados por las instituciones comunitarias o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. En el presente asunto, el autor del comportamiento al que el demandante atribuye la causa del perjuicio no es una institución ni un órgano comunitario, sino la Administración española.

B) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—El Auto del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2007, asunto C-100/07, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2006, É.R. y otros/Consejo y Comisión (T-138/03), mediante el cual el Tribunal de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad parcial y desestimó por infundado en todo lo demás el recurso de los recurrentes que tenía por objeto una demanda de indemnización con arreglo al artículo 235 CE y al artículo 288 CE, párrafo segundo, en la que se solicitaba reparación de los perjuicios sufridos a raíz de la contaminación y posterior fallecimien-

to de familiares que padecían una nueva variante de la enfermedad de Creutzfeld-Jakob, aparentemente vinculada a la aparición y a la propagación en Europa de la encefalopatía espongiforme bovina, de la que consideran culpables al Consejo y a la Comisión. El tribunal desestima el recurso por manifiestamente infundado en relación con los requisitos que han de concurrir para que se genere la responsabilidad extracontractual de las Comunidades.

C) TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS núm. 1067/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 19 de octubre de 2007. Respecto de la responsabilidad de la empresa pirotécnica por los daños causados a las víctimas de un accidente producido en los fuegos artificiales organizados por aquella, el tribunal señala que, en puridad, no se ha utilizado la prueba de presunciones para constatar la fabricación defectuosa del cohete, toda vez que no va de un dato o proposición conocido a otro desconocido. La Sala se limita a deducir que la empresa fabricó el cohete de los datos obrantes en autos: si la empresa no dijo en su momento (al presentar el proyecto técnico) que el cohete había sido adquirido de tercero, ni después ha intentado demostrar que fue adquirido ni de qué fabricante procede y, preguntado en confesión, el legal representante omite pronunciarse y, en todo caso, no niega en concreto que ha podido fabricarlo, mientras que el encargado admite que ellos también fabrican, la conclusión de la Sala de instancia es lógica, al imputar la fabricación, sin perjuicio de señalar que el conocimiento de la fabricación por tercero a lo sumo hubiera podido determinar la presencia de otro responsable, pero no la exoneración de la empresa pirotécnica.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS núm. 1266/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 23 de noviembre de 2007. En el supuesto, se enjuiciaban los daños sufridos por la persona encargada de disparar los cohetes adquiridos por el Ayuntamiento de Badolatosa al explotarle uno de ellos muy cerca de la cara. El Tribunal señala que a la convicción y, por ende, demostración de que un producto es defectuoso se puede llegar, en ausencia de pruebas directas, a través de la prueba de presunciones, habida cuenta que, en muchas ocasiones, como sucedió en el presente caso, el daño se produce por la destrucción del propio producto, con lo que se imposibilita, a su vez, el análisis del mismo. De este modo, habiéndose declarado probado que la explosión no tuvo su origen en defectos de almacenamiento o manipulación, resulta razonable concluir que el producto adolecía de la falta de seguridad que cabía esperar, y por lo tanto que era defectuoso, en el sentido del artículo 3 de la Ley 22/1994; sobre todo a la vista de las especiales características de seguridad que deben tener los productos pirotécnicos, a lo que se ha de añadir la falta de información al usuario de los cohetes, pues no se acreditó que a los mismos se acompañaran las pegatinas con las instrucciones de uso.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS núm. 1242/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 4 de diciembre de 2007 – A propósito de la responsabilidad objetiva de centro hospitalario, la decisión fundamenta la condena no sólo en el artículo 1903.4 CC,

sino también en los artículos 25 y 28.2 LCU, disposición esta última que, según el tribunal, en la actualidad ha sido completada por el régimen introducido por la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, y resulta aplicable a las transfusiones sanguíneas respecto de los centros hospitalarios en que se practican. Ello determina que el centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones susceptibles de ser evitadas mediante los adecuados controles.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS núm. 1250/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 5 de diciembre de 2007.

Dada la fecha en que se produjeron los hechos (finales de 1982) y la falta de alegación por la parte recurrente, el tribunal no entra a examinar la posible incidencia de la LCU ni de la Ley 22/1994 en relación con la responsabilidad derivada del contagio del SIDA por transfusiones realizadas en centro hospitalario.

Responsabilidad medioambiental.—STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 1118/2007, 20 de diciembre de 2007. El vertido de residuos industriales, tóxicos y contaminantes, llevados a cabo por la empresa Derivados de Minerales y Metales Demimesa, residuos constituidos fundamentalmente por escorias de plomo, en suelo no pavimentado y descubierto al aire libre sin ninguna protección, que produjeron lixiviados por escorrentía superficial, lo que se acreditó en la analítica llevada a cabo de las aguas del torrente Ca l'Almirall, afluente del río Anoia, dio lugar a la condena penal del propietario de la empresa, como autor de un delito consumado contra los recursos naturales y el medio ambiente, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo y con responsabilidad civil subsidiaria de la empresa Demimesa (SAP de Barcelona de 11 de enero de 2007). El tribunal, como reflexión inicial, reconoce que al ordenamiento jurídico le corresponde un papel fundamental en la protección y salvaguarda de la Naturaleza, que la haga compatible con el desarrollo y avance de la Sociedad, lo que en definitiva se define como desarrollo sostenible (art. 45 CE). Por ello existen acciones protectoras tanto vía Derecho administrativo/Sancionador como vía Derecho Penal, si bien esta respuesta queda reseñada para las más graves infracciones a través de la creación de un catálogo de tipos penales. A tal respecto evoca también la reciente Ley 26/2007 de 23 de octubre sobre responsabilidad medio ambiental que traspone la Directiva 2004/35/CE del Parlamento europeo y del Consejo. Desde esta premisa, «hay que convenir que una particularidad de los procesos medio ambientales es la complejidad científico-técnica dada, fundamentalmente por dos factores: primero por la pluralidad de expertos llamados a informar en el proceso concernido, y a ello, unido la posibilidad de que los peritos no estén de acuerdo por mantener opiniones divergentes, lo que nos desembarca en la playa de la determinación del grado de competencia que deba serle asignado a cada informe y la razonabilidad argumentativa de la elección de este o aquel informe por parte del Tribunal».

VIII. EL DERECHO DE TRUSTS

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN *

Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, coordinato con la legge di conversione 23 febbraio 2006, n. 51, recante: «Definizione e proroga di termini, nonché' conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative» (GU n.49 del 28.2.2006– Suppl. Ordinario núm.47).

El artículo 39-novies del D.L. núm. 273, de 30 de diciembre de 2005, añadido por la ley de conversión n. 51 de 23 de febrero de 2006, ha introducido tras el artículo 2645bis del Código civil italiano, el artículo 2645ter. Este nuevo apartado del artículo 2645 tiene por objeto –según indica el propio precepto– «*la inscripción de los actos de destino dirigidos a la realización de intereses mercedores de tutela, referentes a personas con discapacidad, administraciones públicas, u otros entes o personas físicas*». De acuerdo con el mismo, «*los actos otorgados en forma pública por medio de los cuales se destinan bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos, durante un período no superior a noventa días o durante la vida de la persona física beneficiaria, a la realización de intereses mercedores de tutela referentes a personas con discapacidad, administraciones públicas, u otros entes o personas físicas, de acuerdo con el artículo 1322 apartado segundo, pueden inscribirse con el fin de oponer a terceros el vínculo de destino; para la realización de tales intereses puede actuar, además de quien confiere el acto, cualquier interesado, inclusive durante la vida del mismo conferente. Los bienes conferidos y sus frutos sólo pueden emplearse para la realización del fin de destino y sólo pueden ser objeto de ejecución, salvo lo previsto en el artículo 2915 apartado primero, por las deudas contraídas con tal finalidad*».

Dicha norma entró en vigor el 1 de marzo de 2006 y ha suscitado un animado debate doctrinal acerca de su naturaleza y alcance y de cuál es su relación con la figura del *trust*. Y es que Italia carece de una normativa interna que regule la figura de origen anglosajón, a pesar de haber sido el primer país de *civil law* en ratificar el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento» (en el año 1989) y no obstante la preparación en ese país de diferentes proyectos legislativos dirigidos a trasladar la figura.

La inexistencia de una ley italiana sobre *trusts* no ha impedido que las autoridades judiciales y administrativas reconozcan a sus ciudadanos la posibilidad de constituir *trusts* internos. Es decir, *trusts* cuyos elementos esenciales se encuentran vinculados exclusivamente con Italia pero que el constituyente ha decidido someter al derecho de un ordenamiento que conoce el instituto. Esta posibilidad, hoy mayoritariamente reconocida por la doctrina y praxis italianas, se ha ido abriendo paso de forma paulatina al amparo, fundamentalmente, de una discutida interpretación de los artículos 6 y 13 del Convenio de la Haya. Frente a quienes entienden que el carácter de norma de derecho internacional del texto legal sólo justifica su aplicación ante supuestos que presentan conexiones con diversos ordenamientos jurídicos, ha terminado por prevalecer la opinión de quienes invocan el tenor literal del artícu-

* Profesora contratada dra., Universidad de Cantabria.

lo 6 del Convenio, que consagra el principio de autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable, o el carácter facultativo del artículo 13, que prevé «la posibilidad» de no reconocer un *trust* cuyos elementos significativos estén vinculados con Estados que desconocen la institución.

Con la promulgación del nuevo artículo 2645ter, hubo quien entendió –principalmente entre el sector del notariado italiano– que quedaban definitivamente eliminadas las reticencias hacia la admisibilidad del *trust* interno pero, lejos de hacerlo, la norma ha abierto un nuevo debate doctrinal que sigue teniendo al instituto angloamericano como principal punto de mira. Pasamos a señalar a continuación los aspectos más problemáticos del artículo 2645ter para valorar, en un segundo momento, el tipo de cobertura legal que en ella encuentra la figura del *trust*.

Como se ha visto, el precepto prevé expresamente la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad los actos en virtud de los cuales se destinan bienes inmuebles o bienes muebles registrados, a la realización de intereses merecedores de tutela. Este vínculo de destino no puede tener una duración superior a 90 años o a la vida de la persona física beneficiaria del acto.

La primera cuestión que ha suscitado la norma es la de su naturaleza y alcance. El precepto se inserta en el artículo 2645 del Código civil italiano y por lo tanto en el seno de la disciplina referente a la «*Inscripción de actos relativos a bienes inmuebles*» (Libro VI, Título I, sección 1.^a). No obstante, también es cierto que contiene algunos aspectos de derecho sustantivo, como la referencia a la duración máxima, la legitimación procesal de las partes implicadas o la mención del beneficiario. Esto indujo a pensar, en un primer momento, que el artículo introducía en el ordenamiento jurídico italiano un nuevo tipo de acto o negocio jurídico dotado de eficacia real: el acto de destino; un negocio traslativo atípico cuya causa sería el destino del bien a la realización de intereses merecedores de tutela.

Esta teoría puede considerarse superada tras el respaldo jurisprudencial que ha recibido aquella otra postura que ve en el artículo 2645ter un nuevo tipo de *efecto* negocial, y no de negocio jurídico. Las recientes resoluciones del tribunal de Trieste (*Giudice Tavolare*, decretos de 7 de abril de 2006 –*T. & AF.*, 2006, III, p. 417– y 19 de septiembre de 2007 –*T. & AF.*, 2008, I, p. 42– confirman que «no hay ningún indicio que permita deducir que se ha acuñado una nueva figura negocial, de la que se desconoce si es unilateral o bilateral, a título oneroso o gratuito, con efectos traslativos u obligatorios». «La norma sólo introduce en el ordenamiento un particular tipo de efecto negocial, el del destino [...], accesorio respecto de los demás efectos propios del negocio típico a atípico al que puede acompañar».

No obstante, y aun aceptando –tanto por su colocación sistemática como por su contenido– que el artículo 2645ter del Código civil es una norma sobre los efectos y no sobre los actos, siguen existiendo dudas importantes acerca de los elementos que han de darse en el negocio de destino para que éste pueda ser objeto de inscripción.

En la primera de las tres partes en que se estructura la norma, se delimita el ámbito de aplicación del precepto: sólo pueden inscribirse los «*actos*» (formulación amplia que admite cualquier estructura negocial) de destino «*otorgados en forma pública*». Entre ellos habría que incluir –de acuerdo con la resolución del tribunal de Reggio Emilia, *Sezione I Civile*, de 26 de marzo de 2007–*T. & AF.*, 2007, III, p. 419–, el convenio regulador homologado judicialmente en virtud del cual se destinan derechos reales sobre bienes inmue-

bles al cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales y excluir –según la circular dictada por la *Agenzia del Territorio* acerca de la forma de llevar a cabo la inscripción de los actos de destino– aquellos actos redactados en escritura privada autenticada o reconocida judicialmente (formas en cambio admitidas, con carácter general, por el artículo 2657, como título apto para la inscripción).

Dichos «actos», que sólo son susceptibles de inscripción si tienen por objeto «bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos», deben destinar los bienes «durante un período no superior a noventa días o durante la vida de la persona física beneficiaria, a la realización de intereses mercedores de tutela referentes a personas con discapacidad, administraciones públicas, u otros entes o personas físicas, de acuerdo con el artículo 1322 apartado segundo». La remisión al artículo 1322 (que somete con carácter general la autonomía de la voluntad a la realización de intereses mercedores de tutela según el ordenamiento jurídico), lejos de clarificar, ha añadido más confusión a la ya de por sí difícil interpretación de la expresión «intereses mercedores de tutela».

La teoría respaldada por buena parte de la doctrina y por la resolución del tribunal de Trieste de 7 de abril de 2006 equipara –tal y como lo han hecho doctrina y jurisprudencia respecto del artículo 1322– intereses mercedores de tutela con intereses lícitos. Es decir, que serían intereses mercedores de tutela y por ende susceptibles de legitimar un acto de destino inscribible, todos aquellos que fueran lícitos en cuanto no contrarios al ordenamiento italiano. Pero también hay quien ha visto en el artículo 2645ter un *quid pluris* que exigiría, en cada caso, una valoración de los intereses perseguidos por las partes, con arreglo a criterios como la «utilidad pública», o quien ve en el reclamo a los «intereses mercedores de tutela», cuando menos un instrumento de control de la autonomía privada, un canon de conciliación de los diferentes intereses implicados.

En una segunda parte, el artículo reconoce legitimación procesal para la realización de los intereses a los que ha de responder el vínculo de destino «además del conferente», a «cualquier interesado, inclusive durante la vida del mismo conferente». Aunque, una vez más, el término «conferente» empleado por el legislador ha sido criticado por su falta de rigor, parece que es suficientemente amplio para abarcar los actos transmisivos de derechos reales a terceros, a los que se superpone un vínculo de destino, así como aquellos otros actos en virtud de los cuales se vincula un bien propio a la realización de intereses mercedores de tutela, sin que exista transmisión alguna.

La norma termina con una clara referencia de derecho sustantivo, impropia de un precepto sobre publicidad registral: «Los bienes conferidos y sus frutos sólo pueden emplearse para la realización del fin de destino y sólo pueden ser objeto de ejecución, salvo lo previsto en el artículo 2915 apartado primero, por las deudas contraídas con tal finalidad». En otros términos, se introduce en el ordenamiento italiano una regla general de la que ya se conocían algunas aplicaciones específicas (el fondo patrimonial *ex arts.* 167 ss. CC, los patrimonios destinados *ad uno specifico affare ex* artículo 2447bis CC): la separación patrimonial a efectos de responsabilidad por deudas. Cualquier sujeto puede –siempre que se cumplan los requisitos del artículo 2645ter– dar vida a uno o más patrimonios separados que no responderán de las deudas contraídas por su titular con finalidad distinta a aquella a la que obedeció su creación; sin perjuicio de la posibilidad de los acreedores del

conferente de recurrir a la acción revocatoria (art. 2901 CC) o por simulación (art. 2900 CC) si se dieran los presupuestos para ello. La norma no parece, sin embargo, sustraer los bienes objetos del destino patrimonial al régimen económico matrimonial ni a la sucesión *mortis causa* de su titular.

Sin duda son muchas las similitudes entre el acto de destino cuyos efectos regula el artículo 2645ter y el instituto del *trust*: la existencia de un conferente/disponente y de uno o varios beneficiarios; el destino o afectación de los bienes y de sus frutos; un plazo máximo de duración, análogo; la obligación del titular de los bienes –que en este caso también puede ser el propio disponente o un tercero– de utilizar los bienes recibidos para realizar el interés tutelado; la imposibilidad de que los acreedores agredan los bienes si no es por deudas contraídas con ocasión de la realización del destino. No obstante, también existen diferencias relevantes: la imposibilidad de oponer a terceros un acto de destino que tenga por objeto bienes muebles no inscritos en registros públicos; la posibilidad del conferente de dirigirse al titular de los bienes (lo que no constituye la regla general en el caso del *trust*) para exigirle la realización de los intereses tutelados; y sobre todo, la ausencia de obligaciones fiduciarias por parte del titular/adquirente de los bienes; y la existencia de una separación patrimonial unilateral e imperfecta: los bienes vinculados no solamente no se sustraen al régimen económico matrimonial ni a la sucesión *mortis causa* de su titular sino que además nada impide que los bienes personales de este último respondan de las obligaciones contraídas para atender a la realización del destino.

Estas diferencias y la postura de la que se debe partir en torno a la naturaleza del artículo 2645ter –norma sobre los efectos– llevan a la conclusión de que el precepto no introduce el instituto del *trust* en el derecho italiano sino que permite su inscripción y con ello su oponibilidad frente a terceros, así como la de aquellos otros negocios típicos o atípicos que reúnan los requisitos mencionados. Por lo que respecta al *trust*, la norma supone la confirmación de una práctica que ya se venía desarrollando en Italia desde el año 2000 y en cuyo favor se ha pronunciado expresamente el Consejo Nacional del Notariado (*Notizie del 22 febbraio 2006*). Al amparo del artículo 2 del Convenio de la Haya (que reconoce al *trustee* la posibilidad de solicitar la inscripción de un bien mueble o inmueble, en calidad de *trustee* o de cualquier otra forma en que se ponga de manifiesto la existencia del *trust*, siempre que no esté prohibido por la ley del Estado en que ha de tener lugar la inscripción o sea incompatible con dicha ley), se venía admitiendo la posibilidad de inscribir actos relativos a *trusts* en los diferentes registros de la propiedad y registro mercantil, y con ello la de oponer a terceros el vínculo de destino.

La dificultad estriba en compatibilizar este instituto, que hasta ahora sólo debía pasar por el tamiz de los requisitos establecidos por la ley reguladora y el respeto al orden público italiano, con los elementos previstos en el artículo 2645ter a efectos de su publicidad. Por ejemplo, ¿es ahora preciso, para poder oponer a terceros un *trust* interno, que éste responda a la realización de intereses merecedores de tutela ex artículo 2645ter? Y si el reclamo a este criterio constituye un *quid pluris* respecto a cómo doctrina y jurisprudencia vienen interpretando el artículo 1322 CC, ¿debemos considerar que el artículo 2645ter representa un límite al ingreso del *trust* en el ordenamiento italiano?

Efectivamente, la norma no se limita a los *trusts* sino que se refiere a una categoría genérica de negocios, típicos o atípicos, dotados de eficacia traslativa u obligatoria, pero a los que se puede dotar de un particular tipo de efecto oponible a terceros: el destino. El artículo 2645ter se erige así en una nueva

regla a integrar con la que consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 2740 CC). Constituye la prueba palpable de la tendencia del ordenamiento jurídico a reconocer nuevas formas de garantía patrimonial y nuevas causas de prelación ligadas a determinado tipo de acreedores.

La experiencia italiana en la recepción de la figura angloamericana no está exenta de dificultades y sigue siendo de las que más polémica ha generado. Al amparo de una norma de Derecho internacional privado y sin ningún apoyo legislativo más allá de la ley italiana de ratificación del Convenio de la Haya, los *trusts* se ha ido abriendo paso con éxito en la praxis italiana. Con el artículo 2645ter, el legislador no se limita a confirmar la posibilidad de inscribir y oponer a terceros los *trusts* internos sino que aprovecha para elevar a la categoría de regla general una necesidad que el instituto angloamericano había simplemente puesto de manifiesto: la posibilidad de crear vínculos de destino oponibles a terceros. Confiemos en que, una vez más, la labor doctrinal y jurisprudencial ponga remedio a las incertidumbres suscitadas por la redacción de la norma.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (enero-mayo 2008)

HELENA TORROJA MATEU * Y DAVID BONDIA GARCIA **

I. JURISPRUDENCIA

Asunto Zmarlak c. Polonia (demanda núm. 37522/02), de 15 de enero de 2008.—Artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar).

El 4 de agosto de 1993, el demandante fue detenido de forma provisional al ser considerado sospechoso de haber elaborado y utilizado una falsa letra de cambio. El octubre de 1993 fue liberado, dejándolo bajo un control policial que consistía en presentarse dos veces a la semana en la comisaría de su lugar de residencia. Esta medida, que se prolongó durante más de doce años, fue revocada poco antes de ser absuelto, en octubre de 2006, de los cargos que se le imputaban. Ante el TEDH, el demandante alegó que había sufrido una violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar debido a la aplicación de esta medida de control policial. Afirmó que durante más de doce años había sido privado de la posibilidad de llevar una vida normal puesto que esta medida le ocasionó numerosos inconvenientes, entre otros, la posibilidad de frecuentar a su familia próxima que residía en el extranjero.

El TEDH, vistas las circunstancias del presente asunto, consideró que para el demandante el hecho de ser objeto, durante casi doce años, de una medida de control policial comportó evidentes repercusiones sobre su vida privada y familiar, en el sentido del artículo 8 del CEDH. En concreto, al estar obligado a presentarse regularmente en la comisaría de su lugar de residencia para cumplir con las formalidades vinculadas a la aplicación de la medida de control policial se vieron afectados los contactos con su familia residente en el extranjero. Puesto que esta medida tenía una base legal, le correspondía al TEDH analizar si era proporcionada y, más concretamente, si las razones que la motivaron estuvieron justificadas durante todo el período de su aplicación. Si bien el TEDH no aprecia, en principio, ninguna razón para dudar de la utilidad de la medida litigiosa en el momento del inicio del procedimiento penal, tiene serías dudas sobre su indispensabilidad durante todo el período en el que se mantuvo vigente.

En consecuencia, el TEDH constata que la vigilancia policial se acordó por un período indeterminado. En la medida en que el procedimiento judicial se prologaba, las autoridades no adoptaron ninguna decisión sobre la revisión de la aplicación de esta medida y de su utilidad. Visto lo precedente, el TEDH considera que no se ha establecido de manera convincente que la aplicación, durante más de doce años, de una medida de control policial fuera estrictamente necesaria y constata una violación del artículo 8 del CEDH al suponer una injerencia injustificada en su vida privada y familiar.

* Profesora lectora de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona.

** Profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona.

Asunto E.B. c. Francia (demanda 43546/02), de 22 de enero de 2008.

Artículo 14 del CEDH (principio de no discriminación) combinado con el artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar). *Vid.* Francia. Sección jurisprudencia, comentario a cargo de Argèlia Queralt.

Asunto Hadri-Vionnet c. Suiza (demanda núm. 55525/00), de 14 de febrero de 2008.—Artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

La demandante, peticionaria de asilo en Suiza en el año 1996, estuvo residiendo en diversos centros de acogida durante la tramitación de su solicitud. En abril de 1997, estando embarazada de 26 semanas, tuvo un parto prematuro. Los médicos certificaron que su hijo había muerto dos días antes del parto. El cuerpo fue trasladado de forma irregular al cementerio para ser enterrado en una fosa común, sin la celebración de ninguna ceremonia funeraria.

La demandante se quejó de una violación de su derecho a la vida privada y familiar puesto que el cuerpo de su hijo fue transportado en una camioneta comercial y se le privó del derecho a asistir a una ceremonia funeraria. Según ella, los derechos de los padres sobre los restos mortales de su hijo, principalmente, el derecho a decidir el lugar, la hora y las modalidades de inhumación están protegidas por el artículo 8 del CEDH en tanto que elementos de la vida privada y familiar.

El TEDH constata la aplicabilidad del artículo 8 del CEDH en el presente asunto y entra a analizar si la injerencia en el respeto al derecho a la vida privada y familiar tiene o no alguna justificación. Así, el TEDH debe examinar en primer lugar si la actuación de los agentes suizos tenía una base legal suficiente. En lo que concierne al derecho de los padres a asistir al entierro y a una ceremonia, el TEDH constata una contradicción entre un texto legislativo claro y la práctica seguida en el caso, puesto que se procedió al entierro sin haber consultado a los familiares y la inhumación se organizó sin su participación. También constata que el traslado del cuerpo, en una camioneta comercial, violaba la propia legislación interna. Por tanto, concluye que existe una violación del artículo 8 del CEDH puesto que, en el presente caso, la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar carecía de base legal alguna.

Asunto Driha c. Rumania (demanda núm. 29556/02), de 21 de febrero de 2008.—Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho a la propiedad privada) y artículo 14 del CEDH (principio de no discriminación).

El demandante trabajó como bombero hasta febrero de 2000. Tenía el estatus de militar, dependiendo del Ministerio del Interior. Por orden ministerial de 29 de febrero de 2000, el demandante pasó a la reserva. En aplicación del artículo 31 de la ley núm. 138 de 20 de julio de 1999 sobre los salarios y otros derechos correspondientes a los militares, al demandante se le concedió una indemnización equivalente a treinta y cuatro sueldos brutos, con una retención impositiva de 5.843 euros. El demandante recurrió ante las instancias internas ya que estimaba ilegal esta retención, además de considerarla discriminatoria puesto que otros militares que también habían pasado a la misma situación no fueron objeto de esta carga impositiva.

Una vez agotadas las instancias internas, el TEDH admitió la demanda y se pronunció sobre el fondo. En primer lugar, el TEDH constató que las partes tenían divergencias en cuanto a saber si el demandante era o no titular de un

bien susceptible de ser protegido por el artículo 1 del Protocolo núm. 1. En este sentido, el TEDH recuerda su jurisprudencia constante según la cual los «bienes» a los que se refiere el artículo 1 del Protocolo núm. 1 pueden ser «bienes existentes» (*asunto Van der Musselle c. Bélgica*, sentencia de 23 de noviembre de 1983) o valores patrimoniales, incluidos los créditos, mediante los cuales un demandante puede pretender tener al menos una «esperanza legítima» de verlos concretarse (*asunto Pressos Compañía Naviera, S. A. y otros c. Bélgica*, sentencia de 20 de noviembre de 1995). Según este razonamiento, el TEDH consideró que la indemnización que le correspondía al demandante revestía el carácter de «bien». Por tanto, en segundo lugar, le correspondía pronunciarse sobre si la injerencia en el derecho de propiedad del demandante, fruto de la retención efectuada por orden del Ministerio del Interior, respetaba las exigencias del sistema europeo de garantía de los derechos humanos.

Al analizar esta injerencia, el TEDH constata que de forma clara la ley interna prescribe el carácter no impositivo de la indemnización otorgada al demandante, por tanto, estima que la decisión de la última instancia interna rumana era manifiestamente contraria a las estipulaciones explícitas de la ley interna y a la jurisprudencia de los propios tribunales internos. Así pues, el TEDH estima que la injerencia denunciada era manifiestamente ilegal sobre el plano del derecho interno y, en consecuencia, incompatible con el derecho al respeto de los bienes del demandante. Esta conclusión le dispensa de buscar si se ha mantenido un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguarda de los derechos individuales. Al margen de constatar la violación individual del artículo 1 del Protocolo núm. 1, el TEDH también aprecia una violación combinada de este artículo con el artículo 14 del CEDH al producirse una discriminación por el hecho de que las indemnizaciones que percibieron otros militares que pasaron a la reserva no fueron gravadas con este impuesto.

II. LEGISLACIÓN

Ratificación por parte de España del Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Mediante instrumento de ratificación de 25 de enero de 2008 (*BOE* núm. 64, de 14 de marzo de 2008), España ratificó el Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Comentamos aquí la ratificación de este Protocolo por parte de España por las implicaciones futuras que tendrá sobre la jurisprudencia del TEDH y por la ampliación que supone en cuanto a la competencia *ratione materiae* de este órgano jurisdiccional.

Hasta la adopción de este Protocolo en el año 2000, la prohibición de discriminación en el ámbito del derecho europeo de los derechos humanos no tenía existencia independiente, en el sentido de que sólo estaba prohibida cuando se realizaba respecto de un derecho o de una libertad reconocidos en el sistema jurídico en vigor. El artículo 14 del CEDH exige, por tanto, que exista relación entre la discriminación alegada y los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo.

Estas circunstancias han condicionado los pronunciamientos del Tribunal Europeo en los casos en los que entraba en juego una posible demanda por discriminación. Hasta el momento, se podían distinguir tres posibles hipóte-

sis en cuanto a los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo sobre la aplicación de una medida discriminatoria en los ordenamientos internos de los Estados partes en el Convenio europeo:

- a) La discriminación se refería a un derecho explícitamente reconocido en el Convenio Europeo;
- b) La discriminación se refería a un derecho que sólo estaba implícitamente reconocido en el Convenio europeo;
- c) La discriminación se refería a un derecho no reconocido en el Convenio europeo.

Este nuevo Protocolo que representa una mejora significativa en la protección legal contra la discriminación en el ámbito europeo, desempeñará un papel esencial en la lucha contra el racismo y la intolerancia y un avance significativo en la igualdad entre las mujeres y los hombres; supone también una mejora en la lucha contra la erradicación de otras formas de discriminación.

El artículo 1 de dicho Protocolo establece que: [1] «*El goce de cualquier derecho previsto por la ley debe ser asegurado, sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

[2]. *Nadie puede ser objeto de discriminación por una autoridad pública, especialmente por alguno de los motivos enunciados en el párrafo 1».*

Entre las principales características del Protocolo núm. 12 cabe destacar la protección adicional y suplementaria contra la no discriminación. El alcance de la cláusula general de no discriminación prevista en el artículo 1 del Protocolo núm. 12 va más allá del disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo. Así, este ámbito de protección adicional abarca los supuestos en los que una persona sufre una de las siguientes discriminaciones: discriminación en el disfrute de cualquier derecho específicamente reconocido a los individuos por el Derecho nacional; discriminación en el disfrute de todo derecho dimanante de obligaciones precisas de las autoridades públicas según el derecho nacional; discriminación por parte de las autoridades públicas en el ejercicio de su poder discrecional; y discriminación por parte de las autoridades públicas basadas en otros actos u omisiones.

En consecuencia, el artículo 1 del Protocolo núm. 12 abarca la protección ofrecida por el artículo 14 del CEDH, pero su alcance es mayor. Al tratarse de un Protocolo Adicional, ni modifica ni suprime el artículo 14 del CEDH, que continuará siendo de aplicación a los Estados partes del Protocolo.

Así, con el Protocolo núm. 12 el sistema de Estrasburgo ha dado un paso concluyente para configurar de forma definitiva al CEDH como instrumento para la consolidación de un orden público democrático europeo en materia de derechos humanos. De este modo, el sistema del CEDH suplirá las deficiencias que tenía desde su elaboración al carecer entre sus disposiciones de un principio rector que garantizara la no discriminación en general y la igual protección por parte del ordenamiento jurídico de los Estados.

Desde esta perspectiva, el Protocolo núm. 12 supone una superación de estos límites al constituir una medida suplementaria importante en vistas a asegurar una mayor protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito supranacional. Aun cuando se debe instar a los Estados para que no retrasen en exceso su entrada en vigor, ésta comportará algunos problemas jurídicos que deberán ser resueltos por el Tribunal europeo.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS *

STJCE 29 de noviembre de 2007, Kerstin Sundelind López vs. Miguel Enrique López Lizazo.—Petición de decisión prejudicial. Högsta Domstolen (Suecia). Aplicación del Reglamento núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. A tenor del artículo 3 del citado Reglamento, en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: *a)* en cuyo territorio se encuentre: —la residencia habitual de los cónyuges;— el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún reside allí; —la residencia habitual del demandado; —en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; —la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente ante de la presentación de la demanda,— la residencia habitual del demandante en el caso de que haya residido allí los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso de Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicile»; *b)* de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso de Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» común. Se plantea si, en el marco de un procedimiento de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual ni es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para conocer del asunto, aunque los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro sean competentes con arreglo al artículo 3 del Reglamento. Según el TJCEE ello no es posible. A tenor del artículo 7.1 del Reglamento sólo puede acudir al derecho nacional a fin de fundar la competencia cuando del artículo 3 no se deduzca la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro. En otro caso, el tribunal ante el que se ha presentado el asunto debe declararse incompetente.

STJCE 13 de diciembre de 2007, FBTO Schadeverzekeringen NV vs. Jack Odenbreit.—Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Competencia judicial en caso de acción directa interpuesta por el perjudicado contra el asegurador. A tenor del artículo 9, aprt.1 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, el asegurador domiciliado en un Estado miembro puede ser demandado ante los Tribunales del Estado miembro donde tuviera su domicilio, o, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el Tribunal del lugar donde tuviera su domicilio el demandante. Según el artículo 11. 2 del mismo Regla-

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Profesor Dr. Ferran Badosa Coll.

mento, las disposiciones del artículo 9 serán también aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa fuere posible. Se plantea el alcance de la remisión prevista en el artículo 11.2 y, en particular, si efectivamente el perjudicado domiciliado en un Estado miembro puede entablar una acción directa contra el asegurador ante el tribunal del lugar de su domicilio. El TJCEE así lo interpreta. A su entender, la función del artículo 11.2 es ampliar el ámbito de aplicación del artículo 9 a otros demandantes distintos del tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario del seguro, extendiéndose a quienes han resultado perjudicados.

STJCE 17 de enero de 2008, Herederos de Paul Chevassus-Marche vs. Grupo Danone, Société Kro beer brands S. A. y Société Évian eaux minérale d'Évian, S. A.—Petición de decisión prejudicial. Cour de cassation (Francia). Interpretación del artículo 7, apartado 2 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. El precepto reconoce al agente comercial, por una operación que se haya concluido mientras dure el contrato de agencia, el derecho a la comisión en cualquiera de las siguientes circunstancias: ya sea cuando esté a cargo de un sector geográfico o de un grupo determinado de personas, ya sea cuando disfrute del derecho de exclusividad para un sector geográfico o para un grupo determinado de personas. Se plantea si le asiste dicho derecho en caso de que se concluya una operación comercial entre un tercero y un cliente perteneciente al sector sin que el mandante haya intervenido de forma directa o indirecta en dicha operación. Según el TJCEE, la lectura del artículo 7, apartado 2 a la luz del artículo 10 aboca a concluir que la presencia del empresario en las operaciones por las que el agente comercial puede pretender una comisión es indispensable. El artículo 10 anuda el devengo del derecho a la comisión, alternativamente, a que el empresario haya ejecutado la operación, a que el empresario la hubiere debido ejecutar en virtud del acuerdo celebrado con el tercero o a que el tercero hubiere ejecutado la operación. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si ha existido dicha intervención, ya sea jurídica (a través de un representante) o fáctica.

STJCE 3 de abril de 2008, 01051 Telecom GmbH vs. Deutsche Telekom AG.—Petición de decisión prejudicial. Oberlandesgericht (Alemania). Interpretación del artículo 3, apartado 1, letra c), inciso ii) de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. A tenor del precepto, el acreedor tendrá derecho a intereses de demora en la medida en que no haya recibido a tiempo la cantidad debida, a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso. Se plantea si es conforme con la citada disposición una normativa nacional según la cual para el pago mediante transferencia bancaria, que evita el comienzo de la mora del deudor o la cancela, no es la fecha del abono de la cantidad en la cuenta del acreedor, sino la fecha de la orden de transferencia del deudor aceptada por el banco la que debe tomarse en consideración. A tenor del TSJCEE, existirá mora en tanto el acreedor no haya recibido a tiempo la cantidad debida. Esta recepción exige que se haya depositado el dinero en su cuenta y no sólo que se haya dado por el deudor la orden de transferencia.

STJCE 10 de abril de 2008, Annelore Hamilton vs. Volksbank Filder eG.—Petición de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Stuttgart (Alemania). Ámbito de aplicación de la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Según el TSJCEE, la Directiva permite que el legislador nacional pueda establecer que el derecho de revocación contemplado en su artículo 5 pueda ser ejercitado como máximo durante el mes siguiente a la ejecución completa del contrato aun cuando el consumidor haya recibido información errónea sobre el ejercicio de ese derecho.

STJCE de 17 de abril de 2008, Quelle AG vs. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände.—Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof. Interpretación del artículo 3 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. El precepto se opone a una normativa nacional que permita al vendedor, en caso de haberse vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien. Según el Tribunal, ello resulta, especialmente, del apartado 4 del precepto, al establecer que la sustitución deberá llevarse a cabo «sin cargo alguno» a coste del consumidor, siendo así que los gastos que se relacionan en el propio apartado revisten naturaleza indicativa y no exhaustiva.

STJCE 8 de mayo de 2008, Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR vs. Industrie-und Handelskammer Ltd.—Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del artículo 8 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. A tenor del precepto, el organismo receptor informará al destinatario de que puede negarse a aceptar el documento que deba notificarse o trasladarse si está redactado en una lengua que no sea ninguna de las siguientes: *a)* la lengua oficial del Estado miembro requerido, o la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado si existen varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro o, *b)* una lengua del Estado miembro de transmisión que el destinatario entienda. Según el TJCEE, la disposición no permite al destinatario de un escrito de demanda negarse a aceptar el documento si éste le coloca en condiciones de hacer valer sus derechos en el marco de un procedimiento judicial en el Estado miembro de origen y aun cuando el documento en cuestión vaya acompañado de anexos constituidos por documentos acreditativos redactados en una lengua distinta a la del Estado requerido o a la del Estado de origen que el destinatario entienda, pero que tengan una función meramente probatoria y no resulten indispensables para comprender el objeto y la causa de la demanda. Corresponde al Juez nacional determinar si el contenido del escrito de demanda es suficiente para permitir al demandado hacer valer sus derechos o si incumbe al demandante subsanar la inexistencia de traducción de un anexo indispensable. A propósito del artículo 8, señala también el Tribunal que el hecho de que el destinatario de un documento haya acordado en un contrato celebrado con el demandante, en el ejercicio de su actividad profesional, que la lengua

utilizada en la correspondencia será la del Estado miembro de origen no constituye una presunción de conocimiento de la lengua, pero sí un indicio que el juez puede tomar en consideración cuando verifica si el destinatario entiende la lengua del Estado de origen. En cualquier caso, el artículo 8 no puede invocarse a efectos de negarse a aceptar los anexos de un documento (relativos a correspondencia entre las partes) que no están redactados ni en la lengua oficial del Estado requerido ni en una de las del Estado de origen que el destinatario entienda, pero sí en la lengua acordada a efectos de correspondencia.

Jurisprudencia Nacional (octubre 2007 a abril 2008)

MIRIAM ANDERSON *

TRIBUNAL SUPREMO

Cuestión prejudicial: momento procesal

– ATS (Sala Civil) de 15 de enero de 2008 (RJ 2008/532). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. El artículo 234 TCE nada establece en cuanto al momento procesal oportuno para el planteamiento de una cuestión prejudicial. El TJCE, en resoluciones como la de 10 de marzo de 1981, as. 36 y 71/80, Irish Creamery (rec. 1981, pp. 735-748) y en la «Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales», del mismo Tribunal, de diciembre de 1996, apartado 7, ha venido entendiendo que la decisión corresponde al juez nacional, pero que conviene que la cuestión se plantee una vez resueltas las cuestiones de hecho y las posibles dudas sobre el Derecho nacional, lo que conduce a entender que el proceso debe hallarse en una fase avanzada. A falta de normas internas sobre la cuestión prejudicial ante el TJCE, el TS entiende que deben cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 35 y 36 LOTC y que su planteamiento presupone que el recurso de casación haya sido admitido, puesto que, de otro modo, no cabe suspender su tramitación, sino que se producen los efectos previstos en el artículo 483.4 LEC (declaración de inadmisibilidad y firmeza de la sentencia recurrida). A este tema dedica el FJ 6.º

Defensa de la competencia

– STS (Sala Civil) de 3 de octubre de 2007 (JUR 2007/362136). Ponente: Juan Atonio Xiol Ríos. En aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1984/83, de 22 de junio de 1983, y del principio comunitario de libre competencia, se confirma la sentencia de apelación en la que se declaraba la nulidad del contrato de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles celebrado entre un suministrador y una estación de servicios, a raíz de la ilegalidad de diversas cláusulas contenidas en el mismo (como la relativa a la duración del contrato, que, al contener una condición suspensiva, podría conducir a una duración superior a la permitida por el Reglamento 1984/83, o las concernientes a la fijación de precios). Se confirma la compatibilidad de la competencia de los tribunales internos con las potestades que ostenta la Comisión en el marco del referido Reglamento.

* Profesora agregada de Derecho Civil, Universitat de Barcelona.

Exequatur de sentencias extranjeras dictadas en rebeldía

– STS (Sala Civil) de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/36). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Se considera, en concordancia con la jurisprudencia comunitaria, que el tribunal español al que se solicita el exequatur de una sentencia dictada en París debe comprobar el cumplimiento de lo establecido en los artículos 27.2 y 46.2 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (es decir, que se haya entregado o notificado al demandado la cédula de emplazamiento, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse), y que, en el caso enjuiciado, claramente no basta con la certificación de haber expedido notificación por correo certificado con acuse de recibo para entender válidamente notificado y emplazado al demandante, puesto que no hay certeza de la recepción. En consecuencia, se deniega el *exequatur* solicitado (FJ 1.º). En esta ocasión, a diferencia de lo ocurrido en la STS (Sala Civil) de 24 de octubre de 2007 (RJ 2008/16), que se reseña en el epígrafe siguiente, no se hace referencia alguna al Reglamento 44/2001 (Bruselas I), inaplicable al caso por razones temporales (art. 66 del Reglamento).

– STS (Sala Civil) de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2008/31). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Se estiman cumplidos los requisitos del artículo 27.2 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, en un supuesto en que la notificación al demandado había tenido lugar por medio de depósito en una oficina de correos berlinesa; el demandado no recibió la notificación, puesto que se encontraba fuera del país de vacaciones y, pese a haber apoderado a su hija para recoger el correo, los empleados no le entregaron la notificación, por ser un envío especial; se estima que el demandado debería haber tomado las previsiones oportunas para asegurar la recepción de envíos, incluso especiales, durante su ausencia. Por otro lado, y también siguiendo la jurisprudencia comunitaria, se entiende que no es óbice al reconocimiento el hecho de que el demandado se hubiese opuesto en el país de origen y que la oposición no fuese admitida por haber sido presentada fuera de plazo (FJ 2.º). De nuevo, no se hace referencia alguna al Reglamento 44/2001 (Bruselas I), inaplicable al caso por razones temporales (art. 66 del Reglamento); contrástese con la STS (Sala Civil) de 24 de octubre de 2007 (RJ 2008/16), que se reseña inmediatamente.

Interpretación conforme al Derecho comunitario (Reglamentos inaplicables al caso enjuiciado)

– STS (Sala Civil) de 24 de octubre de 2007 (RJ 2008/16). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. En un pleito relativo al reconocimiento de efectos civiles a una resolución canónica de nulidad matrimonial, en cuya tramitación uno de los cónyuges no había participado, pese a habersele notificado, el Tribunal Supremo utiliza insistentemente, en apoyo de su interpretación restrictiva del concepto de rebeldía a estos efectos, el Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre (inaplicable por razón de la materia) y el Reglamento 2201/2003/CE (inaplicable por razones temporales), en cuanto que consagran la distinción entre rebeldía voluntaria e involuntaria y, el último de ellos, la asimilación de las resoluciones eclesiásticas a la extranjeras. Pese a la referida inaplicabilidad, la Sala entiende, en su FJ 3.º, que: «dichas normas comunitarias expresan sin duda un principio que va más allá de su ámbito de aplicación y debe ser aceptado en el Derecho interno, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia interpretativa, dada la conexión que guarda con los principios de protección del derecho a la tutela judi-

cial efectiva y seguridad jurídica en el ámbito internacional, según ponen de relieve las resoluciones jurisprudenciales antes reseñadas que establecen dicha interpretación con carácter general». En el mismo FJ 3.º, reitera la relevancia del criterio recogido en el Derecho comunitario en los siguientes términos: «Puede resultar, como defiende el Ministerio Fiscal, invocando la sentencia de esta Sala de 27 de junio de 2002, que obligar a una persona a someterse a una jurisdicción confesional, como es la eclesiástica, en contra de sus convicciones religiosas, vulnere el derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) o de libertad de conciencia, pensamiento y religión (arts. 18 DUDH, 18 PIDCP y 9 CEDH). La libertad de conciencia supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma (STC 15/1982, de 23 de abril). Los derechos fundamentales son directamente aplicables y la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (STC 53/1985 y 160/1987). Sin embargo –en conexión con la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación del artículo 954.2.º LECiv 1881–, la existencia de un Reglamento comunitario, directamente aplicable en los Estados miembros de la Unión, que impone la necesidad de restringir el concepto de rebeldía a la que tiene lugar con carácter voluntario, como causa obstativa al reconocimiento de una resolución eclesiástica amparada en el Acuerdo entre España y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 1979 y en el artículo 80 CC, impide considerar dicha rebeldía con carácter abstracto y general como impeditiva del reconocimiento de efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas e impone una matización en la doctrina de la sentencia invocada por el Ministerio Fiscal como fundamento de su recurso, la cual fue dictada con anterioridad a la promulgación de las normas comunitarias.»

Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil

– STS (Sala Civil) de 10 de octubre de 2007 (JUR 2007/6813). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. El portero de un hotel fue agredido por un jugador de baloncesto que había viajado a la ciudad con su equipo para disputar un partido; a raíz de la agresión, el portero sufrió importantes lesiones. Demandó civilmente al jugador y al club deportivo, a este último por culpa «*in vigilando*». Las sentencias de primera y de segunda instancia estimaron íntegramente la demanda. En su FJ 2.º, el Tribunal Supremo entiende, en cambio, que el artículo 1903, 4 CC no es aplicable al caso, como confirmaría el sentir generalmente admitido y recogido en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil: «Como se precisa en la Sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 2007, la exigencia de que el hecho lesivo se produzca en el servicio de los ramos en que el empresario tuviera empleado al sujeto agente, o con ocasión de sus funciones, requiere la determinación de los límites negativos de esta responsabilidad, como ocurre en aquellos casos en que el empleado realiza actividades que no tienen una conexión funcional, sino sólo circunstancial con su trabajo. Esta cuestión se ha presentado en todos los ordenamientos jurídicos, y, en general, se ha concluido que, cuando el trabajador se coloca fuera de las funciones para las que ha sido empleado, sin autorización del empresario y con fines extraños a sus atribuciones, no debe responder el empleador. Se trata, en definitiva, de verificar si se ha desconocido 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” (*to the required standard of conduct in supervision*), o, lo que

es lo mismo, si se ha infringido el deber de vigilancia. Pues bien, la proyección de esta doctrina al caso de autos pasa por determinar si el hecho lesivo se produjo en el marco de la actividad o funciones encomendada al agente, vinculado –y es pacífica esta relación de dependencia– con la entidad recurrente para el desempeño de una actividad deportiva de carácter profesional [...]. A los efectos de la responsabilidad civil por hecho ajeno, la referencia al sometimiento a la disciplina del Club ha de entenderse como la sumisión a la organización de la entidad, a las órdenes y a las directrices impartidas en el desarrollo de la actividad que le es propia y para la mejor consecución de los fines anudados a la misma; quedan fuera, por tanto, los comportamientos o conductas del agente que se realizan con total independencia de la estructura organizativa del Club, al margen del ámbito de organización, de decisión y, subsiguientemente, de control del mismo, y con absoluta desconexión con sus actividades, o con las funciones encomendadas a su dependiente. Tales comportamientos o conductas pueden dar lugar al ejercicio de las potestades en materia de disciplina deportiva, incluso por parte del Club, y aun eventualmente frente al mismo; pero no por ello se han de imputar civilmente a éste las consecuencias lesivas de actos de esa índole realizados por el deportista.» Nótese que se identifica el estándar recogido en el artículo 6:102 de los Principios con el deber de vigilancia, de modo que la referencia a los Principios se hace a mayor abundamiento, para constatar la existencia de un sentir general, ya plasmado en el ordenamiento español.

Propiedad intelectual

– STS (Sala Civil) de 15 de enero de 2008 (RJ 2008/206). Ponente: Clemente Auger Liñán. Se recoge y se confirma el cambio en la doctrina jurisprudencial operado por la STS de 26 de abril de 2007 (JUR 2007/3780), a raíz de lo decidido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 3.^a), en el asunto prejudicial C-306/05, el 7 de diciembre de 2006, en el sentido de entender que la difusión de la obra audiovisual en las habitaciones de los hoteles constituye un acto de comunicación pública que, como tal, genera el derecho de los autores a ser indemnizados.

Responsabilidad por productos defectuosos

– STS (Sala Civil) de 23 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8122). Ponente: Clemente Auger Liñán. Accidente pirotécnico: la acreditación del carácter defectuoso del producto puede tener lugar por medio de la prueba de presunciones. FJ 2.º: «A la convicción y, por ende, demostración de que un producto es defectuoso, se puede llegar, en ausencia de pruebas directas, a través de la prueba de presunciones, habida cuenta que, en muchas ocasiones, como sucedió en el presente caso, el daño se produce por la destrucción del propio producto, con lo que se imposibilita, a su vez, el análisis del mismo. De este modo, habiéndose declarado probado que la explosión no tuvo su origen en defectos de almacenamiento o manipulación, resulta razonable concluir que el producto adolecía de la falta de seguridad que cabía esperar, y por lo tanto que era defectuoso, en el sentido del artículo 3 de la Ley 22/1994; sobre todo a la vista de las especiales características de seguridad que deben tener los productos pirotécnicos, a lo que se ha de añadir la falta de información al usuario de los cohetes, pues no se acreditó que a los mismos se acompañaran las pegatinas con las instrucciones de uso. Como señaló la sentencia de esta

Sala de 19 de febrero de 2007, con cita de la sentencia de 21 de febrero de 2003 “el concepto de defecto que recoge la Ley, siguiendo la Directiva Comunitaria 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, que incorpora la experiencia de Estados Unidos en la materia de productos ‘liability’ [*sic*], resulta flexible y amplio, y, al no concurrir factores subjetivos, la seguridad se presenta como exigencia del producto, pues se trata de un derecho que asiste a todo consumidor en cuanto que el producto puede ser utilizado sin riesgos para su integridad física o patrimonial. La existencia del defecto resulta del concepto que del mismo establece la Ley 22/1994 y ha de relacionarse necesariamente con la seguridad que el producto debe ofrecer, y, si esto no sucede, impone considerar al producto como defectuoso”; esta misma sentencia de 19 de febrero de 2007 resalta como el artículo 5 de la Ley 22/1994 impone al perjudicado la obligación de probar el defecto. Ahora bien no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar la clase del mismo; habrá de convencer al juzgador de que el producto era inseguro. En definitiva, como dice la sentencia de 26 de mayo de 2003, la base en que reposa la responsabilidad del fabricante, en la Ley 22/1994, no está en el mero hecho de fabricar artilugios, sino porque el daño ocasionado se debe a defectos de fabricación de los mismos.»

– STS (Sala Civil) de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/251). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Transfusión sanguínea. El actor reclamaba una indemnización, de modo solidario, a los médicos analistas que suministraron sangre para la transfusión que le produjo una hepatitis C, al centro hospitalario donde se le practicó y a la compañía aseguradora con la que tenía concertado el seguro médico. La demanda fue desestimada en primera instancia, por no considerarse acreditado el nexo de causalidad entre la transfusión y la enfermedad. En apelación, se estimó parcialmente la demanda, rebajando la indemnización solicitada, pero condenado a los tres demandados a abonarla. El Tribunal Supremo considera igualmente probado el nexo de causalidad entre la transfusión y la enfermedad y confirma su anterior jurisprudencia respecto de la naturaleza de las transfusiones sanguíneas (FJ 7.º): «Las SSTS de 28 de diciembre de 1998 y 9 de marzo de 1999, han declarado que lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28, apartados 1 y 2, LCU, que establecen el derecho de consumidores y usuarios de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de quienes suministran o facilitan los mismos –disposición que estaba vigente cuando acaecieron los hechos objeto del debate (en la actualidad ha sido completada por el régimen introducido por la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que ha introducido en nuestro derecho la Directiva 374/1985 de la CEE, del Consejo de 25 de junio de 1985)– es aplicable a las transfusiones sanguíneas respecto de los centros hospitalarios en que se practican. Ello determina que el centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones susceptibles de ser evitadas mediante los adecuados controles, en este caso, no sólo las pruebas practicadas, sino también los interrogatorios y análisis posteriores omitidos, a los que se refiere la sentencia recurrida, respecto de los cuales resulta indiferente, en virtud del criterio objetivo en que se funda este tipo de responsabilidad, que correspondiera o no su práctica al centro médico. Así se deduce de diversas sentencias de esta Sala en que así se declara (v. gr.,

SSTS de 18 de febrero de 1997, 18 de marzo de 2004, 10 de junio de 2004, y 11 de abril de 2002).» Por tanto, las transfusiones no son actos médicos sometidos a la *lex artis* en los que el paciente corra con la carga de la prueba. En el FJ 13.º se confirma la responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora, con una amplia motivación.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Claúsulas abusivas: resolución de contratos de mantenimiento de ascensores

– SAP de Badajoz (Sección 2.ª) de 22 de enero de 2008 (JUR 2008/138832). Ponente: Carlos Jesús Carapeto y Márquez de Prado. Contrato de mantenimiento de ascensores. Se considera inaplicable el artículo 12,2 de la Ley 44/06, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, por haberse producido la resolución del contrato con anterioridad a su entrada en vigor y por respeto a los derechos contractualmente adquiridos. Sin embargo, se estima que este precepto recoge el espíritu de las soluciones jurisprudenciales articuladas con anterioridad, consistentes en la moderación de la cláusula penal prevista en el contrato para el caso de resolución unilateral del contrato de mantenimiento de ascensores por parte de la comunidad de propietarios. FJ 4.º: «[...]Dado que la Jurisprudencia ya tiene adoptadas resoluciones concordes con la respuesta que proporciona la nueva ley ello permite que en la interpretación de los contratos en cuestión ya existentes y vigentes se tome en consideración el espíritu del legislador impuesto ahora positivamente. Así, resultan revisables los contratos anteriores a la vigencia de la ley atendiendo a que la legislación en materia de consumo encierra intereses públicos que se sobreponen a cualesquiera otras consideraciones, al ser el interés de aquellos el predominantemente protegible. En la Exposición de Motivos de la ley de Mejora de la Protección de los Derechos de los consumidores con se señala que la misma responde a la necesidad de dar cumplimiento tanto a la STJCE de 9-9-04 cuanto a la Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 abril 1993, y de reforzar la protección de consumidores. Además en la ley, la Disposición Transitoria Primera establece que los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas en la ley en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la norma. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en la misma serán consideradas nulas de pleno derecho. De todo lo anterior la Sala extrae la convicción de que, siendo discutible la aplicación al caso que nos ocupa de lo preceptuado en la legislación vigente, dado que la resolución contractual se produjo antes de que entrase en vigor la norma, y de otra parte atendiendo a que razones de justicia obligan a respetar los derechos adquiridos con el contrato por la parte actora, a quien la propia ley reconoce el derecho a ser indemnizada en los daños y perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de la resolución unilateral del contrato, lo correcto desde el punto de vista de la estricta justicia es entender que la cláusula penal ha de entenderse válida a la fecha de la comunicación realizada por la comunidad de propietarios para dar conocimiento a la contraparte de su voluntad de poner fin al contrato. Ello no obsta que, tratándose de una cláusula penal, como ya tiene reconocido en supuestos análogos esta Sala y varias audiencias provinciales, siguiéndose además los criterios de defensa

de los intereses de la comunidad de propietarios, en su calidad de usuario, como especialmente protegibles, aconsejen introducir la adecuada moderación dentro del importe de la cláusula penal establecida, con lo que se conseguiría, además de respetar los principios reguladores de la contratación, aproximarnos a la indemnización de los daños y perjuicios, que la propia ley prevé para los casos en que se acredite que se han producido.» En el mismo sentido, SAP de Badajoz (Sección 2.^a) de 25 de octubre de 2007 (JUR 2008/78660). Ponente: Carlos Jesús Carapeto y Márquez de Prado.

Cláusulas abusivas: apreciación de oficio o no en ejecución de laudo arbitral

– AAP de Madrid (Sección 11.^a) de 16 de enero de 2008 (JUR 2008/99463). Ponente: Lourdes Ruiz de Gordejuela López. Imposibilidad de apreciar el carácter abusivo del convenio arbitral en fase de ejecución del laudo. FJ 2.º: «[...] Lo hasta ahora expuesto, son los requisitos que debe comprobar el Juez con carácter previo al despacho de la ejecución, sin embargo no puede, en esta fase procesal, examinar el convenio arbitral para sobre la base de su nulidad denegar la ejecución sin perjuicio de que, una vez despachada, la parte formule oposición. El examen de la competencia territorial sólo alcanza a verificar el lugar donde el laudo se ha dictado, pero no autoriza al control de oficio de la nulidad del convenio arbitral. En otro orden de cosas, el control de la idoneidad del título puede también comprender aquellos supuestos en los que el laudo decida sobre cuestiones o materias manifiestamente excluidas del poder de disposición de las partes y, por lo mismo, del arbitraje, lo que, desde luego, no sucede en el caso que examinamos. Estos argumentos en nada contradicen el Derecho comunitario. Efectivamente, aunque la Sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de noviembre de 2002, declara la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, al amparo del artículo 6 de la Directiva 13/1993, de 5 de abril, como también ya hubiera declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de junio de 2000, no puede aplicarse, por referirse a cuestiones todas ellas discutibles en el ámbito del ejercicio de la acción de anulación del laudo, distintas del presente caso, en donde se parte de la existencia de un laudo firme, dentro de esa ponderada consideración de los valores y criterios de seguridad jurídica, de acuerdo con los fundamentos expuestos.» En el mismo sentido, AAP de Madrid (Sección 21.^a) de 27 de diciembre de 2007 (JUR 2008/100573). Ponente: Jesús Gavilán López. Contrástese este criterio con el mantenido en los autos que a continuación se reseñan.

– AAP de Madrid (Sección 21.^a) de 9 de enero de 2008 (JUR 2008/80215). Ponente: María Almudena Cánovas del Castillo Pascual. Se estima que el tribunal ante el cual se solicita la ejecución del laudo debe apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje, en la línea de lo previsto en el artículo 31.4 de la LGDCU (en la redacción que le dio la Ley 44/2006; actual artículo 90.1 RDLegislativo 1/2007), al amparo de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, y, por otra parte, de «la interpretación y evolución en el ámbito de la protección de los consumidores que se ha venido observando, conforme a dicha normativa, en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (FJ 2.º). La decisión sigue el cambio de jurisprudencia que marcó el Auto de 24 de mayo de 2007

(JUR 2007/247022), y se apoya en diversas resoluciones del TJCE (sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores C-240/98 a C-244/98; sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis C-473/00; sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05), así como en la consideración de que la adecuada protección de los consumidores y usuarios es una cuestión de interés público que justifica una intervención positiva de los tribunales. En el mismo sentido, AAP Madrid (Sección 21.^a) de 27 de febrero de 2008 (JUR 2008/144358). Ponente: María Almudena Cánovas del Castillo Pascual; AAP de Madrid (Sección 20.^a) de 13 de febrero de 2008 (JUR 2008/122636). Ponente: Francisco Javier Peñas Gil; AAP de Madrid (Sección 21.^a) de 9 de enero de 2008 (JUR 2008/80214). Ponente: María Almudena Cánovas del Castillo Pascual; AA.AP de Madrid (Sección 21.^a) de 18 de diciembre de 2007 (JUR 2008/81574 y 81610). Ponente: Rosa María Carrasco López; AAP de Madrid (Sección 21.^a) de 18 de diciembre de 2007 (JUR 2008/ 81693). Ponente: Ramón Belo González; AAP de Madrid (Sección 21.^a), de 18 de diciembre de 2007 (JUR 2008/81544). Ponente: María Almudena Cánovas del Castillo Pascual.

Competencia de los tribunales españoles

– AAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 19 de diciembre de 2007 (AC 2008/477). Ponente: Asunción Claret Castany. La competencia para conocer del pleito interpuesto contra el agente corresponde a los tribunales del domicilio de este último, pese a la existencia de un pacto de sumisión a los tribunales de otro país (el del domicilio del comitente), por tratarse de una cuestión en la que es de aplicación el fuero obligatorio e imperativo previsto en el artículo 59 apartado quinto del Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre, que coincide con el recogido en el Derecho interno en la DA de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia.

Contaminación acústica: inmisiones

– SAP de Las Palmas (Sección 5.^a) de 8 de noviembre de 2007 (JUR 2008/67082). Ponente: Mónica García de Yzaguirre. Se reproduce y se sigue el criterio recogido en la STS (Sala civil) de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007/3431), que citaba abundante material de Derecho interno y de Derecho comunitario. Se insiste en que el cumplimiento de la normativa administrativa sobre inmisiones no es suficiente para entender que no se ha producido una infracción del artículo 1902 CC.

Contrato de abanderamiento de estaciones de servicio: cuestión prejudicial y defensa de la competencia

– SAP de Madrid (Sección 28.^a) de 13 de diciembre de 2007 (JUR 2008/29387). Ponente: Enrique García García. Contrato de abanderamiento de estaciones de servicio: cuestiones prejudiciales pendientes con otros operadores petrolíferos y defensa de la competencia. La existencia de otros pleitos contra otros operadores petrolíferos que han sido objeto de cuestión prejudicial ante el TJCE no permite suspender el caso enjuiciado hasta que se resuelvan, puesto que el problema no es exactamente el mismo y tampoco surgen precisamente el mismo tipo de dudas al respecto. Tampoco procede el planteamiento de una cuestión prejudicial puesto que (FJ 2.^o): «[...]La apre-

ciación de si un sujeto es o no comprador en firme de un producto o si, por el contrario, se trata de un agente (o comisionista) y si es éste o su comitente quien soporta el riesgo económico debe efectuarse atendiendo al conjunto de circunstancias que concurren en el caso concreto, función que corresponde al tribunal nacional, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia CE proporcione los criterios de interpretación del Derecho comunitario que sirvan para resolver la cuestión». Se determina que en el caso enjuiciado se está efectivamente ante un contrato de agencia o de comisión (y no de compraventas firmes para ulterior reventa), aunque esto no comporta que no sea aplicable la normativa europea de defensa de la competencia, especialmente si se tiene en cuenta que en el caso aparece la figura del «agente no genuino», que entra en la órbita del artículo 81 TCE (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de diciembre de 2006, asunto C 217/05) debido a la asunción de riesgos que caracteriza la figura (FJ 5.º). En el FJ 6.º se entra en el verdadero eje de la cuestión: «La polémica que subyace en el litigio radica, realmente, en comprender la licitud o no de que REPSOL CCP pueda establecer precios de venta a tercero de los carburantes y combustibles que se despachan en la estación de servicio del actor. La imposición de precios supone, en sede de principio general, una práctica prohibida e inexcusable porque se trataría de una grave quiebra a las leyes de libre competencia [art. 81.1.a) del Tratado] ante la cual no cabría ampararse ni en la regla de «*minimis*» (Comunicación de 22 de diciembre de 2001 *DOCE* C 368) ni en los Reglamentos de exención por categorías referidos a acuerdos verticales. Ahora bien, al haberse desmantelado el planteamiento de la parte actora, basado en que su relación lo era de compraventa, ya no tiene sentido la queja de que REPSOL CPP impone precios de reventa, pues no existe ésta. Y aunque en los casos de agencia se ha considerado restrictiva la imposición al agente comercial de una comisión determinada y fija en las ventas a consumidores, de lo que se queja la actora es de que se le impone el precio final de venta al público del combustible. Sin embargo, el Reglamento CEE 2790/99 (art. 4.º) no excluye los precios de venta máximos o recomendados por el proveedor que no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo, de lo que se puede deducir que no conllevaría efectos apreciables sobre la competencia la fijación de precios máximos de venta al público si se respeta la libertad del agente para, jugando con su comisión, poder bajar el precio que va a pagar el cliente final, sin disminuir los ingresos del suministrador. El tratamiento favorable de los precios máximos o recomendados no es una novedad en el Derecho comunitario. Existían algunos precedentes favorables a la no consideración de la fijación vertical de precios máximos como un supuesto de fijación de precios restrictiva de la competencia, como fue el caso del artículo 6.2 del Reglamento (CEE) núm. 123/1985, de 12 diciembre. En todo caso, las dudas existentes respecto de los precios máximos han quedado resueltas legislativamente en el citado artículo 4.a) del Reglamento 2790/99. No son, pues, simplemente las directrices contenidas en una comunicación de la comisión, de eficacia normativa discutible, las que admiten la legalidad de esta práctica, sino diversos actos comunitarios de significación y eficacia normativa incontrovertida, como es el caso de los Reglamentos. Por otra parte, si una de las finalidades últimas de la política comunitaria sobre competencia es la de posibilitar que los consumidores finales puedan adquirir los productos al mejor precio, difícilmente una fijación o recomendación de precio máximo puede considerarse contraria a la normativa sobre la competencia, salvo que se demuestre que esté provocando efectos colaterales de res-

tricción de la competencia que deriven en la disminución del número y la calidad de los competidores y, por tanto, en una ulterior subida de los precios, lo que no se alegó en la demanda [...]». Y no se estima acreditado que estuviese prohibida u obstaculizada la rebaja de precios: «[...] debe recordarse que el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE, atribuye la carga de la prueba de la infracción a la parte que la alegue, lo que hubiese exigido demostrar suficientemente, en la fase procesal destinada a ello, y no limitarse a insinuarlo en el avanzado trámite de la segunda instancia, que se trataba de mecanismos difícilmente salvables para hacer efectiva la posibilidad de efectuar el descuento sobre los precios de venta al público con cargo a la comisión del agente [...]».

– SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 28 de diciembre de 2007 (JUR 2008/100328). Ponente: Pablo Quecedo Aracil. Contrato de abanderamiento de estaciones de servicio: la figura del «agente no genuino». Extensa sentencia que, en primer lugar, revisa los materiales de Derecho comunitario relevantes en aras de determinar cuándo un contrato de abanderamiento de estaciones de servicio puede caer bajo la órbita del artículo 81 TCE (FJ 5.^o): «Pero junto a los contratos de reventa, a los que expresamente se referían los reglamentos de exención por categorías, y a los contratos de agencia comunes, en los que la integración del agente en la estructura de distribución de la empresa principal es evidente, existían otros situados en zonas grises en los que se desdibujan los perfiles de las figuras ya mencionadas, porque se otorgaba cierta independencia al agente, que asumía algunos riesgos y corría con costes distintos de los propios de su actividad de agente: es el agente no genuino al que hay que reconocer cierta independencia del principal, por lo que el acuerdo suscrito entre ambos sí puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE. [...] Obviamente, la admisión de aplazamientos implica que el plazo de cobro puede ser superior al plazo de pago a REPSOL fijado en 9 días por lo que podemos afirmar que se corren riesgos financieros, al menos en parte de este aplazamiento, y asimismo asume el riesgo de los productos desde el momento en que los recibe y los almacena en sus depósitos, riesgos que la [sentencia del] TJCE, de 14 de diciembre de 2006 citada, ha considerado relevantes a efectos de considerar que un contrato de agencia relacionado con el abanderamiento de una estación de servicio es atípico o no genuino a los efectos del artículo 81 TCE. En resumen, podemos entender que existe un acuerdo entre empresas a los efectos del artículo 81.1 TCE.» A continuación, se plantea si concurren los restantes requisitos para entender que se producen restricciones a la competencia y, en particular, analiza si el acuerdo en litigio puede afectar al comercio entre los Estados miembros, respondiendo afirmativamente, puesto que los contratos de abanderamiento de estaciones de servicio pueden operar como barreras de entrada al comercio de un Estado miembro y debilitar la competencia entre marcas, pudiendo incluso caer en la sanción de nulidad de pleno derecho del artículo 81 TCE. Además, el mercado de hidrocarburos es especialmente sensible, particularmente cuando la cuota de mercado de la suministradora implicada (REPSOL) es tan importante (FJ 6.^o). En tercer lugar (FJ 7.^o), la Audiencia recuerda que la nulidad del artículo 81.2 TCE no es automática, puesto que puede entrar en juego el tercer apartado del precepto; es decir, habrá que ver si es aplicable la exención por categorías, teniendo en cuenta que la duración del contrato era de 25 años. El supuesto quedaba cubierto por el artículo 12.2 del Reglamento 1984/83, puesto que REPSOL era pro-

pietaria (superficial) de las estaciones de servicio. A la vista del Reglamento 2790/99, que sustituyó al Reglamento 1984/83, el contrato litigioso no puede ampararse en su artículo 3, puesto que REPSOL ostenta una cuota de mercado superior al 30 por 100. Pero ello tampoco comporta su ilegalidad automática, como señalan los apartados 24 y 62 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales. Para la Audiencia (FJ 7.º): «[...] A la vista de los contratos, y por la simple derogación del Rgto. 1984/83, no nos parece admisible la aplicación retroactiva, automática, y radical de la nulidad prevista en el artículo 81.2 TCE, con la consecuencia de que los actores adquirirían la titularidad de todas las instalaciones cuya construcción fue financiada por REPSOL, y con todos los problemas derivados de la restitución de prestaciones típica de la nulidad. Creemos más adecuado acudir al contexto jurídico y económico derivado de los contratos litigiosos, y reparar que, según la jurisprudencia comunitaria, cuando una persona física o jurídica solicita al órgano jurisdiccional nacional que ampare sus derechos individuales, los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido específico en la aplicación de los artículos 81 y 82 CE, que es diferente de la aplicación en aras del interés público por la Comisión o por las autoridades nacionales de la competencia. Por ello, no pueden aceptarse soluciones contrarias a las exigencias básicas del Derecho contractual que perjudiquen injustificadamente los derechos individuales de alguno de los contratantes, y que salvo causas muy graves y justificadas, y en contra de elementales consideraciones de seguridad jurídica, nos lleven a la ineficacia, por nulidad sobrevinida, de un contrato que originariamente era válido, eficaz, e irreprochable de acuerdo con las normas nacionales y comunitarias.» Además, se considera que las posibles infracciones no son de capital gravedad (no hay, por ejemplo, fijación vertical de precios ni reparto del mercado). A ello se añade el compromiso de levantar las restricciones a la competencia que puedan existir en el contrato (en tema de precios y de riesgos) por parte de REPSOL, para adecuar el negocio a los actuales dictados comunitarios. Por todo ello, se mantiene la validez del contrato.

Garantías en las ventas de bienes de consumo

– SAP de Islas Baleares (Sección 3.ª) de 13 de noviembre de 2007 (JUR 2008/77243). Ponente: María Rosa Rigo Rosselló. Compraventa de embarcación con pacto de garantía. El contrato era anterior a la finalización del plazo para transponer la Directiva 99/44 y a la ley 23/2003. Pese a ello, la Audiencia afirma que (FJ 3.º): «[...] por lo que respecta a las obligaciones del vendedor, que la obligación de entrega en el contrato de compraventa se ha venido ensanchando por la jurisprudencia hasta el punto de hacer comprender dentro de la misma supuestos que no estaban previstos originariamente por el legislador del Código Civil, pero que tienden a permitir al comprador exigir al vendedor que la entrega consista, no sólo en la cosa que él mismo ha elegido después de una más o menos detenida comprobación, sino también una cosa que al poco tiempo de adquirida no resulta completamente inhábil para la finalidad que le es propia. Esta doctrina jurisprudencial ha tenido su plasmación legal en el marco del Derecho comunitario en la Directiva 1999/44/CEE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo, al establecer en su artículo 2.1 que el vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa. Dicha Directiva fue incorporada al Derecho español por la Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo.

– Es cierto que el presente contrato de compraventa es anterior al plazo de transposición de la Directiva –1 de enero de 2002– y de la ley de Garantías en la Venta de Bienes al Consumo, pero ello no es óbice para poder interpretar el artículo 1484 del Código Civil en el sentido amplio anteriormente apuntado.» La embarcación sufrió un siniestro, dentro del plazo de garantía, debido a un defecto de fabricación. La Audiencia considera que las transmisiones de las que fue objeto la embarcación no restan al negocio enjuiciado el carácter de primera venta, puesto que respondieron a una práctica habitual en el sector consistente en domiciliar las embarcaciones en paraísos fiscales para así poder ofrecer un mejor trato a sus clientes; pero ello, no debe conducir a considerar inaplicables las reglas relativas a la garantía debida al consumidor que, en este caso, encontrarían cobertura incluso en el marco de la Ley 22/1994, de responsabilidad por productos defectuosos (FJ 5.º).

Principios de Derecho europeo de los contratos

– SAP de Madrid (Sección 10.ª) de 13 de noviembre de 2007 (JUR 2008/56683). Ponente: Ángel Vicente Illescas Rus. En una relación entre mayorista y minorista, se estiman cumplidos los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC, entre otras razones, porque, ante los impagos de la minorista-demandada, la mayorista otorgó nuevos términos, que se convirtieron así en esenciales en los términos del artículo 8:106(3) de los Principios de Derecho europeo de los contratos.

– SSAP de Madrid (Sección 10.ª) de 18 de febrero de 2008 (JUR 2008/136291 y 136216), de 26 de noviembre de 2007 (JUR 2008/84397), de 5 de noviembre de 2007 (JUR 2008/40434) y de 1 de octubre de 2007 (JUR 2007/363163), de las que fue ponente Mariano Zaforteza Fortuny, reproducen las decisiones del TS que recientemente se han referido a los PECL y, en particular, al incumplimiento que legitima la resolución del artículo 1124 CC (art. 8:103).

Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil

– SAP de Asturias (Sección 15.ª) de 19 de octubre de 2007 (JUR 2008/41147). Ponente: José María Álvarez Seijó. La actora ejerció la acción del artículo 1902 CC contra un supermercado debido a las lesiones sufridas a raíz de que se le cerrara la puerta automática del establecimiento, a cuyo mal funcionamiento imputaba los daños. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia la revoca, por entender que no ha quedado acreditado que el daño se produjese a consecuencia del mal funcionamiento de la puerta, prueba ésta que correspondía a la actora, puesto que no procede en estos casos la aplicación de la teoría de la creación del riesgo y la objetivación de la responsabilidad, tal y como tiene declarado el TS en las resoluciones que cita esta sentencia, entre las que destaca la de 17 de julio de 2007 (TOL 1.126.645), en la que se traía a colación el artículo 4:102(1) de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil para integrar el contenido del artículo 1902 CC (FJ 2.º). En parecidos términos, SAP de Guipúzcoa (Sección 3.ª) de 21 de diciembre de 2007 (JUR 2008/117006). Ponente: Juana María Unanue Arratibel (el actor demandaba a la comunidad de propietarios por los daños que sufrió al caer por la escalera del edificio, en el cual residía) y SAP de Badajoz (Sección 2.ª) de 21 de diciembre de 2007 (JUR 2008/ 89806). Ponente: Fernando Paumard Collado.

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones

BAR, Christian von/CLIVE, Eric/SCHULTE-NÖLKE, Hans et alii (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008, ISBN 978-3-86653-059-1, 396 pp.*

Toda recensión de una obra ha de abordar tanto lo que es en sí la propia edición, –la forma–, como su contenido –las ideas que se ven plasmadas en la misma–. Este trabajo es ímprobo en una publicación de la magnitud e importancia de la que se recensiona, esto es, la primera versión provisional del llamado *Borrador del Marco Común de Referencia* (sus siglas en inglés *Draft Common Frame of Reference*, en adelante DCFR), en el que tantos y tan cualificados autores han trabajado para proponer una regulación modelo europea de aspectos básicos del Derecho Civil de Contratos. Si a eso le añadimos la limitación de espacio de esta Sección, no puedo sino reconocer que acometo la presente con humildad y espero la indulgencia del lector.

Si se acepta el término «esencial» para definir un libro, se puede decir que éste lo es, y que el adjetivo no es un simple epíteto, pues se trata de un libro que todo jurista que se precie ha de tener en su biblioteca de referencias. A estas alturas es raro que un lector del *Anuario* no sepa lo que es el DCFR, pero en todo caso, por si durante estos últimos años ha estado ocupado en otros menesteres, tengo que recordarle que el ejercicio acometido por un valioso grupo paneuropeo de académicos (el *Joint Network on European Private Law*), que asumieron el encargo de la Comisión Europea en 2005 de redactar un marco común de referencia (*Common Frame of Reference*, CFR) que fuera la base para una posible armonización del Derecho de Contratos, ha dado un salto cualitativo con la presentación de un primer borrador de resultados. Dicho borrador se presentó a la Comisión en diciembre de 2007, y es el que ahora se publica en el libro recensionado, sin notas ni comentarios. No es ésta la sede para describir el proceso (baste leer *inter alia* la narración del mismo y sus perspectivas de futuro a cargo de uno de sus protagonistas en este mismo *Anuario*, Stefan Leible, *Vías para la unificación del Derecho privado europeo*, ADC, vol. 59, núm. 4, 2006, pp. 1589-1608), pero sí al menos para recordar que en este primer borrador confluyen los esfuerzos de varios grupos de trabajo, de entre los que llevan la voz cantante el *Study Group* y el *Acquis Group* (un mapa de los grupos sindicados en el *Joint Network* y de recursos se encuentra en <http://www.copec1.org/>). La obra recensionada no incluye otros trabajos también presentados la Comisión en dicha fecha, como los *Principles of European Insurance Contract Law trabajados por el Project Group Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group)* y otras aportaciones intitoladas *Terminology, Guiding Principles* y la *Revision of PECL* a cargo de la *Association Henri Capitant*

des Amis de la Culture Juridique Française y la *Société de Législation Comparée*. El producto final ha sido organizado por el llamado *Compilation and Redaction Team*.

Sabido es que los dos motores que han propulsado esta *magna opera* son diversos en composición, metodología y objetivos. El *Study group*, que empezó a trabajar en 1998 emplea el método comparado, y su base de partida son los principios Lando, habiéndose reciclado en él los mejores redactores de los PECLs –aunque al propio Lando poco le ha durado la gloria–. El *Acquis Group* que data del año 2002 y que le hace el contrapunto, se centra en la racionalización del Derecho comunitario preexistente –así toma el nombre del *acquis communautaire* o acervo comunitario–, y trabaja sobre la treintena larga de Directivas que en distinta medida inciden sobre el Derecho de obligaciones *lato sensu*, y su interpretación por el Tribunal de Luxemburgo, pero sin pretensión innovadora, aunque en algunos casos se puedan proponer soluciones para colmar lagunas existentes. A pesar de esta conexión con el derecho de las Directivas, el grupo que ha coordinado los trabajos finales de edición ha tenido a bien precisar que el DCFR no incluye en sí ninguna norma jurídica aprobada por ninguna autoridad política legitimada a nivel europeo o nacional, a salvo las coincidencias posibles.

Ambos grupos ya han ido publicando los resultados de sus investigaciones de modo paralelo. En este sentido, con este libro, *Sellier European Law Publishers* (www.sellier.de) se apunta otro importante tanto –suma y sigue– en la diseminación del nuevo Derecho privado europeo. El esfuerzo de esta editorial por dar a conocer el apasionante proceso de desarrollo del Derecho privado europeo, aparte de tener un importante hito en la publicación de *The Principles of the Existing EC Contract Law. Contract I* (es decir, los *Acquis Principles*, sus siglas en inglés ACQP, ISBN 978-3-86653-023-2, Munich) en 2007 –y cuya continuación *Contract II* se espera de modo inminente– también está teniendo sus resultados más evidentes en la colección «Pasos hacia un Derecho privado europeo» (*Steps towards a common European private law*), compuesta por un total de 14 volúmenes, desde 2006 a 2009, que recogen las investigaciones desarrolladas por el *Study Group*, que han sido publicados en cooperación con *Bruylant*, *Staempfli* y *Oxford University Press*, y que son conocidos como la serie de los PEL (*Principles of European Law*). Como a no dudar también conoce el lector, de ellos ya han visto la luz los tomos intitulados en inglés *Benevolent Intervention in Another's Affaires*, a cargo de Von Bar; *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* coordinado por Hesselink; *Service Contracts*, coordinado por Barendrecht; *Personal Security*, por Drobnig; y *Lease of Goods* coordinado por Lilleholt. También esta primavera se publica el volumen dedicado a Sales, coordinado por Hondius. Y se nos prometen volúmenes sobre *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, por Von Bar; *Unjustified Enrichment*, cuya coautoría corresponde a Swann y a Von Bar; *Mandate Contract por Loos* y Bueno Díaz; e incluso incursiones en el mundo de los Derechos reales, siquiera sobre muebles, por lo difícil de trazar en algunos ordenamientos una línea divisoria, con volúmenes específicos sobre *Proprietary Security Rights in Movable Assets* por Drobnig; *Acquisition and Loss of Ownership in Movables* por Lurger y Faber; *Donation* a cargo de Schmidt-Kessel; y *Trust* por Swann.

Estos libros son por momento la base dogmática del presente, porque incluyen *in extenso* los estudios de Derecho comparado y los comentarios específicos de los que carece el recensionado, aunque hay que advertir en

algunos casos los redactores del DCFR se han apartado de los resultados propuestos para algunas instituciones por los PELs.

Aunque la autoría es colectiva y fruto del trabajo de los grupos antes mencionados, –y francamente el tracto sucesivo no se ha roto desde 1982, cuando se fundó la *Comisión on European Contract Law* (CECL)–, la obra recensionada del DCFR ha sido editada por un extraordinario elenco de profesores europeos, Von Bar, Clive y Schulte-Nölke, asistidos por Beale, Herre, Huet, Schlechtriem, Storme, Swann, Varul, Veneziano y Zoll. La doctrina patria ha estado muy bien representada, y entre otros, han intervenido –en distintos momentos temporales y grupos– civilistas del prestigio de Ángel Carrasco, Encarna Roca, Antoni Vaquer o Esther Arroyo.

La propia intitulación del libro *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition* es en sí una definición excelente del producto, y la aprovechado para hacer varias consideraciones de interés basadas en la misma para situar al lector.

En primer lugar, el libro se intitula siguiendo la terminología de la propia encomienda de la Comisión, «principios, definiciones y reglas-modelo». En segundo término, el ámbito contemplado es el «Derecho privado europeo». En tercer lugar, la edición actual se califica de «edición interina» y «borrador». Dejo lo del borrador para más adelante, y me quedo con las dos primeras ideas para comentar ahora.

El concepto *definición* tampoco plantea duda, y sobre él vuelvo inmediatamente. Los autores expresamente recuerdan que el término *principios* es un sinónimo de reglas que no tienen la fuerza de ley, aunque también incluye las reglas de naturaleza general que inspiran el Derecho, como la autonomía de la voluntad o la buena fe. En todo caso, en el estado actual de la redacción del DCFR no hay un listado de principios informadores. Más solera internacional privatista tiene la expresión *reglas modelo* porque nos rememora la aproximación *soft law* de muchos instrumentos internacionales. En todo caso, evocar esa etiqueta plantea más preguntas que respuestas, cuya contestación ya queda a las altas esferas y al albur del proceso político. Sabemos que nos estamos moviendo pero no sabemos hacia dónde. Pero, sobre todo, como acabo de indicar, no sabemos qué viene una vez que se vayan refinando los contenidos del borrador. Dónde terminará el proceso: ¿en una transposición a través de una ley de modernización «a la alemana»?; ¿o en un código opcional? –y si este es el caso ¿con cláusula *opt-out* funcionando como derecho dispositivo o por el contrario con cláusula *opt-in*? ¿un estilo Roma I y II?–; ¿seguirá siendo mero *soft law* o se traducirá como Reglamento?, y si es así, ¿qué pasa con las lagunas que presenta? ¿y cómo se casa con las nuevas iniciativas nacionales como el Anteproyecto francés, o nuestra deseada reforma que sigue en el limbo de la Comisión de Códigos? Como digo, muchas preguntas y muy pocas respuestas todavía, pero ya es significativo que nos podamos hacer preguntas. Llegue adonde llegue, el hito está ya ahí, y hay que conocer el DCFR, porque anuncia el advenimiento de una nueva era, aunque para él no se va a convocar otra cumbre de Lisboa porque no se valora suficientemente lo importante que es tener un Derecho privado contractual competitivo.

También quiero significar que con el DCFR hemos pasado de unos principios más universales como los *Unidroit*, a un mundo más europeo –a pesar de que las empresas europeas se están globalizando–; y si se admite –siquiera a beneficio de inventario–, de unos principios más familiares para los juristas

anglosajones, los PECLs, a otros más caros a los juristas continentales; de unos principios centrados en los contratos, los PECLs, a otros más ambiciosos, que en su versión final llevan ínsitos la conexión entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas, aunque el propio Plan de Acción de la UE de 2003 que está en la génesis del presente era más modesto. Pero también para aquellos que como yo tienen la deformación americana, quiero avisarles que en la versión ahora recensionada el DCFR no es un *Restatement*, faltan notas, casos etc., ni tampoco el *black letter law*, porque las reglas propuestas –a salvo coincidencias– no son en sí el Derecho vigente, como ha quedado indicado.

El libro está muy bien estructurado y pensado para hacer agradable la experiencia al lector. El grueso del texto jurídico del DCFR va precedido de una Introducción, un listado de los intervinientes, una tabla de destinaciones y otra de derivaciones; y va seguido de dos Anexos, el Anexo 1 dedicado a las definiciones, y el Anexo 2, intitulado «Computación del tiempo», y rematado con un Índice analítico para localizar las referencias.

La Introducción es útil a la hora de presentar y poner en perspectiva al DCFR y en ella sus autores dan las claves básicas de la compilación. A la misma siguen dos tablas, que se han denominado de destinaciones y derivaciones. Recordando lo que acabo de decir sobre el peso que los PECLs tienen en los Libros II y III del DCFR, la tabla de destinaciones pone en relación los párrafos de los PECLs con su equivalencia en el DCFR, cumpliendo el papel inverso la tabla de derivaciones. Ahí termina su cometido, porque el resto del DCFR cartografía terrenos no explorados a este nivel.

A las tablas le sigue un listado ordenado de los epígrafes sobre los que versan los DCFR, y el grueso de los Libros I al VII. Dichos libros, en traducción literal, son los siguientes: 1. Disposiciones generales. 2. Contratos y otros actos jurídicos. 3. Obligaciones y sus correspondientes derechos. 4. Contratos en particular y derechos y obligaciones que surgen de ellos. 5. Gestión de negocios ajenos (intervención benevolente en negocios de otros»). 6. Responsabilidad extracontractual que surge de daño causado a otro. 7. Enriquecimiento injusto.

Según nos refieren los mismos autores en la Introducción, el Libro I es una guía en la que se tratan aspectos básicos como su ámbito de aplicación. Luego siguen los Libros II y III cuyo contenido fue el más difícil de consensuar. Si tuviéramos que elegir un aspecto dogmático continental importante de los mismos que los diferencia de los PECLs es la distinción explícita entre los contratos como acuerdos en sí –esto es, un tipo de actos jurídicos– y la relación jurídica –con derechos y obligaciones– que resulta de dichos contratos. También hubo discrepancia sobre la forma de tratar las obligaciones contractuales y no contractuales en el Libro II, lo que al final se resolvió redactando reglas modelo más generales, aplicables a ambos. Tal vez creo que pesó la voluntad confesada de los autores de permitir la división del DCFR en módulos independientes, de manera que pudieran ser aprovechados por el legislador en momentos distintos dependiendo de las opciones que se eligiesen. El DCFR se separa igualmente de los PECLs en la inclusión de materias relativas a Derecho de los consumidores, y no en vano era una de las misiones del *Acquis Group* el trabajar sobre la decena escasa de Directivas específicas sobre consumo, tal y como se manifiesta en el *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis* de 2007. Basta ver las reglas modelo IV.A.-6:101 ss., que están integradas como estatuto de especialidad, al igual que hace el *Uniform Commercial Code* ocasionalmente respecto de los *farmers*.

Desde luego que la inclusión de este derecho especial supone otro exponente del tránsito de un modelo anglosajón más liberal y basado en los grandes contratos internacionales a otro más industrial y continental, pero es la solución más inteligente para que sigamos manteniendo un solo cuerpo legal en lugar de distintos estatutos alternativos que serían insufribles.

El resto de los libros fueron aceptados por los grupos sin mayor dificultad que su orden. El Anexo 1 está dedicado a las *definiciones*. La parte narrativa del libro –se nota la mano de Sir Eric Clive– está editada en un límpido inglés continental, como suele pasar en todos los documentos internacionales en esta lengua, nada de *American English*. Ahora bien, el cuerpo de las reglas que componen el DCFR está perpetrado en *latinglish* (dícese del idioma que combina las estructuras gramaticales inglesas, con lexemas latinos-normandos-franceses y morfemas del inglés continental), con lo que no hay que *hablar lenguas* para intuir lo que va detrás de cada párrafo. En consideración a los que usan el inglés como lengua materna y sobre todo piensan con las categorías jurídicas anglosajonas –y sin duda también como un guiño de marketing a los bufetes de la *City* y a sus primos de Nueva York, cuyo veredicto positivo facilitaría que la empresa, que fundamentalmente ahora se nutre del impulso alemán, prosperara a buen ritmo–, se ha incluido un glosario que traduce al inglés los términos en *latinglish*, y que se incorpora en este Anexo 1. En cualquier caso, fuera la anécdota, la elección de unas categorías creadas para la redacción expresa del DCFR, y posteriormente su definición, aparte de ser exigido por la Comisión, que pidió *definitions* –como se dijo antes– es la única técnicamente viable para evitar estar constantemente preguntándonos sobre qué estamos hablando. También es cosa del destino que en el espacio europeo tengamos al Reino Unido en lugar de a los Estados Unidos, cuyo Derecho es mucho más cercano al nuestro que el inglés. La mente del lector sin duda también se va a las famosas sentencias del Tribunal de Luxemburgo que ponen de relieve que hace falta una terminología precisa para evitar situaciones de indefinición, como es el conocido caso *Simone Leitner vs. TUI Deutschland* (C-168/00, 2002).

El Anexo 2 esta consagrado a las reglas de cálculo de los plazos temporales, que son sencillas pero muy claras. La verdad es que se podrían haber reproducido íntegramente en el I.-1:104, intitulado *computation of time*, pero que se remite al Anexo. Los redactores han preferido dejar el tema como pieza separada.

La faena se remata con un completo índice analítico, también útil para moverse por las reglas modelo mientras que uno se va familiarizando con las mismas.

Quiero recordar que los actuales siete libros que contiene el recensionado se van a ver aumentados en otros dos más durante este año 2008, que versarán sobre la transmisión de muebles (*transfer of movables*), e incluso se trabaja sobre el libro décimo, relativo al *trust*. Entiéndase que no se ha incumplido el plazo del 31 de diciembre de 2007 que impuso la Comisión porque evidentemente estos temas no estaban contemplados en el encargo y en este sentido, como se indicó antes, los autores han excedido el mandato inicial. Aunque no es ésta la *sedes materiae* para tratar el asunto, yo entiendo que la opción de incluir la transmisión de muebles es muy acertada, y sin duda en tal opción ha pesado el brillante trabajo colectivo *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, coordinado por Von Bar y Drobnig (*Sellier*, Munich, 2004, ISBN3-935808-20-8, *vid. esp.* p. 317 ss.).

Sería pretencioso por mi parte, amén de que como ha quedado indicado una recensión tan limitada en el espacio no lo permite, valorar el DCFR, como se suele valorar todo libro que se recensiona. Es algo que sus redactores desean que se vaya haciendo por la doctrina y los prácticos a lo largo de este año, que se reserva para mejorar el fuero. Hay partes que están más maduras, pero otras que de una lectura rápida ya salta a la vista que hay que aquilatar. No me refiero sólo a los párrafos cuyo contenido parcial no se ha podido consensuar y el texto aparece entre corchetes, como el II.-9:404 o III.-5:108(5) –técnica que demuestra un ejercicio de honestidad de los redactores poco común–, sino más bien a algunos lugares en el Libro III, que a lo mejor habría que volver a acomparar con los PECLs. Por eso la única licencia que me tomo es manifestar que en sí el resultado provisional –ese borrador interino como lo llaman sus autores– que se nos ofrece en este libro es ya en sí un éxito y un gran hito, y que lo que nos espera a partir de ahora es todavía más excitante, sobre todo si hay impulso político y se llega a un equilibrio entre la tibieza de la Comisión y el entusiasmo del Parlamento. 2008 y 2009 van a ser años cruciales para perfilar el futuro, pero es evidente que no estaría de más aprovechar el *momentum*.

Paso ahora a hacer algunas consideraciones sobre la edición física. *Sellier* ha cuidado mucho la impresión del libro, que es muy agradable, y resulta fácil navegar entre las páginas buscando lo que se necesita. En el formato que se nos presenta huele a cuerpo legal, e inmediatamente te recuerda a las colecciones de textos legales que usan nuestros estudiantes. Realmente es la única posibilidad de encontrar el DCFR en este formato, porque la próxima edición, que aparecerá a final del presente año está previsto que sea la completa con comentarios y notas, que amenaza con ser muy voluminosa. Y aunque sea una consideración poco científica en sí misma, no quiero dejar de mencionar que por 9€ tiene uno en el bolsillo el trabajo de un elenco de civilistas *complidos* que aunque no sea Fuenteobejuna, tampoco se reúne todos los días. Honestamente nunca he visto tanto Derecho civil junto por tan poco dinero.

Toca referirse ahora a los destinatarios del DCFR, que es el punto de partida del futuro CFR. Ya antes he manifestado que el presente es un libro que todo jurista que se precie ha de tener en su biblioteca de referencias. A estas alturas estoy cada vez más convencido que un porcentaje de los libros que escriben los profesores de universidad en algunas disciplinas no sirven para nada al práctico del Derecho. No es ese el caso del presente, primero porque en el proceso se ha tenido ya en cuenta a los prácticos –a través de las reuniones de los llamados *stakeholders*– y a los *representatives* de los Ministerios de Justicia de los respectivos Gobiernos, pero a la vez estos grupos han sido excepcionalmente pulcros y han restringido su financiación exclusivamente a lo recibido de la Comisión o del Gobierno alemán –amén de otras contribuciones menores para algunos equipos nacionales–, para evitar el *lobbying* que sufre el *American Law Institute*. Y segundo, porque en la redacción de los preceptos se han tenido en cuenta casos reales, que conoceremos cuando en la próxima edición se publiquen las notas y comentarios anejos que como he puesto de relieve no aparecen en la presente.

La calidad de la redacción nos hace pensar también en que se pueda utilizar el texto como fuente de inspiración y solución justa a conflictos en presencia, al estilo de lo que muchos juristas hacen todavía con el *Codice italiano* de 1942. Además, al beber de las fuentes del acervo comunitario, puede servir también como orientador de las Directivas, en combinación con el pre-

citado *Contracts I*. La redacción del DCFR contrasta mucho con el desasosiego que produce leer algunas Directivas, especialmente cuando se combinan con sus distintas adaptaciones nacionales.

Miguel ÁNGEL ADAME
Universidad de Sevilla

Study Group on a European Civil Code (DROBNIG, Ulrich coord.):
Principles of European Law. Personal Security, Sellier-Bruilant-Stæmpfli, Munich 2007. ISBN 978-3-935808-42-2 (Sellier), XXXII+567 pp.

Study Group on a European Civil Code es un grupo de profesores pertenecientes a la Unión Europea, coordinado desde la Universidad de Osnabrück por el profesor Christian von Bar, que prepara estudios de derecho comparado con la finalidad de producir un conjunto codificado de Principios de Derecho Europeo relativos al derecho de obligaciones y al núcleo principal del derecho de propiedad. Se trata de un proyecto de gran magnitud que toma como punto de partida los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, publicados por la Comisión Lando en 2000 y 2003.

El presente volumen, fruto del esfuerzo del grupo de trabajo dedicado a las garantías crediticias, contiene una serie de reglas articuladas relativas a las garantías personales, en las que se intenta reflejar, a nivel europeo, las *tendencias* que en la regulación de esta materia existen hoy día en los 15 «viejos» miembros de la Unión Europea.

La obra sigue la misma estructura que otras de este mismo grupo que ya han sido publicadas. Se abre con el texto articulado (que consta de 39 artículos distribuidos en cuatro capítulos), del que se ofrece, además del oficial en inglés, una versión traducida en diferentes idiomas de la Unión Europea: no todos; ni siquiera todos los de la Europa de los 15, pero entre ellos se encuentra el español, según versión de Almudena de la Mata Muñoz. A continuación se recogen las que podríamos llamar *explicaciones* del texto articulado: una serie de interesantes notas de Derecho comparado, reflexiones y ejemplos respecto del significado y finalidad de cada uno de los preceptos que integran el texto articulado. Esta parte es, obviamente, la más voluminosa y la de más interesante lectura, pues no sólo se adquiere una idea cabal de lo que se ha pretendido regular, sino también un alto nivel de conocimiento del régimen de las garantías personales en los 15 países que conformaban la Unión Europea antes de la Ampliación de 2004. El libro se cierra con varios anexos, entre los que estimo que el de mayor interés, es la *table of codes and statutes*, en la que se indica el lugar en el que se ha ido citando (en las explicaciones y notas de Derecho nacional) los distintos textos legales de los países miembros. Concretamente para el caso de España, se recogen los distintos preceptos legales vigentes que se han tenido en cuenta, lo que incluye no sólo el Código de comercio y el Código civil, sino otras numerosas leyes, incluyendo la compilación navarra, la Ley General de Defensa de consumidores y Usuarios, la Ley cambiaria y del cheque, Ley de condiciones generales de la contratación, etc. La minuciosidad de este índice indica el nivel de rigor e información con el que se ha elaborado el texto articulado.

Los cuatro capítulos en que se dividen las reglas se denominan, respectivamente, «normas generales», «garantías personales dependientes», «garantías personales independientes» y «normas especiales para las garantías personales de los consumidores».

Se regulan pues, básicamente, dos tipos de garantías personales: las dependientes y las independientes. Las garantías personales *dependientes* se corresponden aproximadamente con nuestra *fianza*, aunque acaso la noción de garantía personal dependiente sea más amplia. La letra a) del artículo 1:101 la describe como obligación contractual que un garante asume en virtud de la cual se compromete a pagar o a efectuar otra prestación, o a indemnizar daños y perjuicios al acreedor con el objeto de garantizar una obligación, presente o futura, del deudor frente al acreedor, y que depende de la validez, término y extensión de ésta. La cuantía de la obligación del garante, por otra parte, no puede ser, como regla, superior a la de la obligación garantizada, y el garante (fiador) puede oponer al acreedor cualquier excepción que corresponda al deudor relativa a la existencia, validez y ejecutabilidad de la obligación principal, salvo la falta de capacidad del deudor, si éste la conocía en el momento en que se prestó la fianza.

La *dependencia* equivale, por lo tanto, a lo que la doctrina española llama *accesoriedad*: la fianza es, ya se sabe, una obligación accesoria. El *Study group* ha preferido no obstante usar el término *dependiente*, en lugar de *accesorio* por considerar que el primero es más claro. Y quizás, la mayor claridad de esta terminología se comprueba al referirnos al segundo grupo de garantías objeto de la regulación: las garantías personales *independientes*, entre las que se incluyen expresamente las llamadas cartas de garantía *standby*. Estas garantías independientes consisten, en palabras de la letra b) del artículo 1:101, en obligaciones contractuales asumidas por un garante en garantía del pago u otra prestación, o de la indemnización de daños y perjuicios al acreedor, con el acuerdo explícito o implícito de que dicho cumplimiento no dependa de la validez, condiciones o contenido de la obligación de otra persona frente al acreedor.

Es obvio que, tratándose de garantía, tiene que haber una obligación garantizada. Por lo tanto, la peculiaridad de las garantías independientes no es que ésta no exista, sino que la validez de la garantía no depende de la validez de la obligación. No hay accesoriedad ni dependencia; no puede el garante librarse del pago probando la invalidez de la obligación garantizada. Se trata de una especie de «garantía abstracta». Lo que, se dice, implica ventajas económicas, no sólo para el acreedor asegurado (obvias), sino también para el propio garante profesional (bancos y compañías de seguros), por cuanto es más sencillo el cálculo del riesgo y, por ende, de la comisión a cobrar por la garantía.

Desde el punto de vista del Derecho español, este tipo de garantías independientes no están en la actualidad reguladas. En las notas de Derecho nacional del libro comentado se mencionan, como antecedentes para el Derecho español, las SSTs de 27 de octubre de 1992 (RJ 8584) y 30 de marzo de 2000 (RJ 2314), señalándose además que en nuestro país (y en todos aquellos basados en un sistema «causal») hay fuertes controversias sobre su admisibilidad. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo sin ningún género de titubeos el llamado «aval a primer requerimiento» o «aval a primera demanda» que es un supuesto de garantía personal independiente. Pueden consultarse, además de las sentencias antes citadas,

las de 9 de diciembre de 2005 [RJ 10177], 27 de septiembre de 2005 [RJ 6860], 28 de mayo de 2004 [RJ 3553], etc.

Junto a estos dos grupos de garantías, las reglas también se aplican a los casos de deudas conjuntas constituidas en función de garantía, cosa que ocurre cuando un codeudor se obligó *principalmente* para prestar frente al acreedor una garantía; lo que, a mi modo de ver, aunque tiene en la base un problema de prueba, constituye un avance respecto a nuestra confusa separación entre la solidaridad con función de garantía, y la fianza, incluso la *solidaria*. La idea está en que no haya diferencia de régimen legal entre que el garante se obligue como fiador o como codeudor. Al codeudor garante, además, se le considera siempre consumidor, por lo que queda especialmente protegido.

Desgraciadamente, en estas breves notas no tengo tiempo para entrar en los detalles de la sugerente regulación, por lo que me limitaré a describirla a grandes rasgos:

No siendo consumidor el garante, o siéndolo tanto el garante como el acreedor, o tratándose de un garante que «es capaz de ejercer influencia sustancial sobre el deudor, cuando éste no sea una persona física» (por ejemplo, cuando el garante es el accionista mayoritario, o el consejero delegado de una sociedad), se considera que todas las reglas son de naturaleza dispositiva y admiten pacto en contrario; en caso de duda, además, se acogerá siempre la interpretación que sea desfavorable para el garante (porque, si no es un consumidor, se asume que es un prestador profesional de garantías, es decir: entidad financiera o compañía de seguros). No existe, por otra parte, el beneficio de excusión ni, si hay pluralidad de garantes, tampoco el de división. La validez de la garantía, además, no requiere la aceptación expresa del acreedor.

Por el contrario, en los casos en los que el acreedor sea un profesional y el garante un consumidor, se aplican las normas del capítulo IV, que son imperativas en el sentido de que no se pueden modificar en perjuicio del garante. De acuerdo con ellas se exige, so pena de nulidad, que la garantía conste por escrito firmado por el garante. La responsabilidad del garante se entenderá subsidiaria, salvo pacto en contrario, se considerará siempre dependiente, y por cuantía determinada, incluso aunque no se le haya fijado una cuantía máxima en el contrato (en cuyo caso se proporcionan las reglas para determinar la cuantía). Asimismo, se establece un deber de información precontractual del acreedor, y la obligación de prestar información anual al garante respecto de las cantidades adeudadas y sobre cualquier incumplimiento. Y si la garantía no dependía de una obligación concreta, pasados tres años el garante podrá limitar los efectos de la garantía.

En suma: una regulación interesante. Sus autores pretenden que en los distintos países de la Unión Europea se vaya pactando su aplicabilidad, lo que, en España, parece que puede ocurrir dada la compatibilidad de estas reglas con nuestro Derecho interno; si bien es difícil suponer que la parte relativa a la protección del consumidor llegue a introducirse en nuestra práctica si no es como consecuencia de reformas legales que, al día de hoy, no están siquiera anunciadas.

Joaquín ATAZ LÓPEZ
Universidad de Murcia

MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio, SÁNCHEZ JORDÁN, Elena: *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segre hasta hoy*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 2008, ISBN: 978-84-96782-22-8, 281 pp.

El libro ofrece al lector un análisis en profundidad sobre la Eurohipoteca, propuesta de modelo de garantía inmobiliaria susceptible de ser acogido por los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, al objeto de facilitar los préstamos internacionales y la financiación del crédito. Es la obra más completa en nuestro país sobre la Eurohipoteca, ya que recoge todos los trabajos realizados desde que se inició su estudio hasta diciembre del 2007.

El libro se divide en seis capítulos, en los que se resumen los diferentes aspectos de la figura, a través de las opiniones y puntos de análisis de los diferentes autores y desde diferentes perspectivas. Así, en el primer capítulo (Muñiz Espada, Nasarre Aznar y Sánchez Jordán) se expone, de forma resumida, la «Historia del Grupo de Investigación Europeo *The Eurohipotec: a Common Mortgage for Europe*»; Grupo constituido a iniciativa de profesores universitarios españoles, en el que también se integran investigadores de diferentes países, y que ha contado con la colaboración de diversos organismos gubernamentales y financieros. El objetivo del Grupo ha sido y es el análisis de la viabilidad de la Eurohipoteca, como instrumento común de garantía susceptible de adaptarse a las necesidades actuales de financiación del mercado inmobiliario europeo y superar los graves inconvenientes que resultan de la falta de armonización en este ámbito. Los resultados obtenidos por el Grupo, tanto de su trabajo individual como colectivamente, difundidos a través de diferentes publicaciones y congresos, se relacionan también en este capítulo.

En el Capítulo II (Muñiz Espada, Nasarre Aznar, Sánchez Jordán) se traduce, por sus propios autores, el *Working Paper «Basic Guidelines for Eurohypothec»* (Agnieszka Drewicz-Tulodziecka: *Mortgage Credit Fundation*, Warsaw, May 2005), donde se expuso por primera vez el modelo de Eurohipoteca propuesto, esto es, sus principios y objetivos, así como la naturaleza jurídica, elementos y efectos de la particular propuesta de garantía.

El Capítulo III (Sánchez Jordán), dedicado a la «Historia de la Eurohipoteca», explica el recorrido, las diferentes fases o etapas por las que ha discurrecido la seria voluntad de diseñar una garantía inmobiliaria transnacional, apta para ser utilizada por cualquiera de los Estados miembros de la UE, al objeto de contribuir al desarrollo del mercado europeo de capitales. En esta parte de la obra se destacan las propuestas iniciales más significativas de lo que podría llamarse la primera etapa, como lo fueron, entre otras, las derivadas del Informe Segre (Bruselas 1966) y el Informe del Max-Planck Institut (Hamburgo 1971). En estos informes, y a partir del estudio del Derecho comparado, se pusieron de manifiesto las dificultades que para las operaciones internacionales de crédito supone la existencia de profundas diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados europeos, y se propuso, como conclusión principal, la necesidad de introducir una garantía uniforme y común, cuyo estudio se encomendó, como punto de partida, sobre el modelo alemán de la deuda territorial. Un segundo paso, dada la dificultad de construir una figura uniforme, principalmente por las diferencias existentes entre los sistemas de garantía de los diferentes ordenamientos implicados, desde el ámbito legislativo europeo comunitario se impuso la necesidad de emplear la técnica del mutuo reconocimiento en materia de créditos hipotecarios.

A pesar de los tímidos esfuerzos legislativos por mejorar el panorama crediticio internacional europeo, académicos profesionales y entidades financieras no cejaron en la idea de construir una figura de garantía común que facilitara las operaciones crediticias transnacionales y las dotara de la seguridad que el tráfico demanda. Con esta finalidad, desde la *Comisión des Affaires de l'Union Européenne*, se presentó un informe (Ámsterdam 1988) por el que se propuso la creación de una garantía uniforme, flexible y funcional, aunque opcional para los diferentes Estados miembros, en cuyos respectivos ordenamientos jurídicos habría de quedar integrada, junto a las propias. En este mismo documento se expuso un estudio comparativo entre la carta hipotecaria suiza y la deuda territorial alemana, que se propusieron como modelos a partir de los cuales elaborar la figura a la que se decidió denominar Eurohipoteca.

La etapa final que como tal se pone de relieve en la obra que se comenta, se refiere al Libro Verde sobre El Crédito Hipotecario en la UE, publicado por la Comisión Europea-Mercado Interior (Bruselas 2005), en el que se expresa la conveniencia de que, desde los diferentes sectores implicados, se analice la viabilidad y la oportunidad e introducir la Eurohipoteca como figura de garantía a integrar en los ordenamientos de los diferentes países miembros, que en todo caso han de tener la opción de decidir sobre su puntual utilización.

En el Capítulo IV (Nasarre Aznar) se exponen los rasgos esenciales del modelo de Eurohipoteca propuesto, sus ventajas e inconvenientes, así como las diferentes reacciones que, desde diferentes sectores, el modelo ha suscitado. Las dudas planteadas, las críticas vertidas y las aportaciones se exponen y analizan con detalle, para mejor explicación de la figura y su funcionamiento.

En el Capítulo V (Muñiz Espada) se analiza la implicación del principio de accesoriedad en las garantías reales de diferentes ordenamientos jurídicos. Como resultado del análisis se ponen de manifiesto los problemas que genera la rígida aplicación del principio de accesoriedad en la financiación inmobiliaria, lo que, sin duda y a juicio de la autora, incide negativamente en el futuro de la Eurohipoteca o de cualquier figura de garantía común. Con especial atención se analiza la *hypothèque rechargeable* el Derecho francés, ejemplo de garantía flexible a tener en cuenta en los futuros trabajos sobre la Eurohipoteca.

El último Capítulo, el IV (Stöcker; traducción de H. Simón), contiene una de las aportaciones más destacables sobre la Eurohipoteca. En esta última parte se incide, de nuevo, en el modelo de Eurohipoteca propuesto, con especial atención crítica a los problemas que las garantías accesorias, eminentemente rígidas, provocan en las operaciones de crédito cuando éstas se llevan a cabo entre personas de diferentes países, con distinta regulación, situación que todavía puede complicarse más cuando el objeto que se ofrece en garantía se encuentre en un tercer país. De nuevo se pone de manifiesto la necesidad de establecer una garantía más flexible, negociable y versátil que las actualmente reguladas por los diferentes Estados miembros e la UE, respecto de las cuales se configure como alternativa en las operaciones transnacionales de crédito. El autor pone también de relieve las críticas doctrinales de las que es objeto la idea de la Eurohipoteca, configurada como garantía no accesoría, difícil de conciliar en los sistemas basados en el Derecho romano; y concluye proponiendo un análisis exhaustivo de los diferentes tipos de accesoriedad para considerar el que la Eurohipoteca puede «tolerar» respe-

tando las necesidades del comercio transnacional y la debida protección del propietario.

Se trata, en definitiva, de una obra completa sobre la Eurohipoteca, absolutamente necesaria para el estudio de esta figura, de la que se expone con claridad el modelo propuesto y su fundamento, así como su función esencial en una doble vertiente: como instrumento jurídico de garantía y como iniciativa económica en respuesta a las actuales necesidades de financiación del mercado inmobiliario europeo.

Reyes BARRADA ORELLANA
Universitat Rovira i Virgili

PASA, Barbara, ROSSI, Piercarlo, WEITENBERG, Martin (eds.):
Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali, Torino, Giappichelli, 2007, ISBN 978-88-348-7533-9, XXII-402 pp.

Objetivos y contexto científico. Los autores del presente libro, escrito íntegramente en italiano, son jóvenes investigadores que han formado parte del Proyecto *Uniform Terminology for European Private Law*, subvencionado por la Comisión Europea. La obra se inserta, pues, en la línea del libro *Uniform Terminology for European Contract Law* [2005, EBERS y AJANI (eds.)] que puede considerarse su antecedente inmediato. En ambos libros se parte de una misma realidad: el multilingüismo en la Unión Europea. La tesis de la obra de 2005 es, en síntesis, la interdependencia entre lenguaje y Derecho y la necesidad de una terminología uniforme en el Derecho contractual europeo para lograr su armonización. Pues bien, el libro publicado en el año 2007 pretende constatar la validez de dicha tesis general en un campo concreto: el de la transposición de las Directivas comunitarias a los Ordenamientos jurídicos nacionales. Su objetivo es demostrar que existe una lengua italiana (o francesa, o alemana, etc.) del Derecho Privado de la Unión Europea distinta a la lengua italiana del Derecho Privado interno. Y que esta realidad lingüística tiene consecuencias en el Derecho material.

Estructura. El libro se divide en dos partes, que siguen a un Prólogo y una Introducción. La primera parte, que constituye el núcleo de la obra, se subdivide en 7 capítulos, en los que se analizan seis ordenamientos jurídicos desde la perspectiva antes indicada. La segunda parte la conforman los materiales que invitan al lector a constatar la realidad que los autores han puesto de manifiesto mediante ejemplos acertadamente escogidos en cada capítulo. Dichos materiales (las Directivas más importantes del Derecho Contractual Europeo y las correspondientes normas nacionales de transposición en Reino Unido, Italia, España y Alemania), que también se encuentran en el CD-ROM que se adjunta, son un instrumento útil y novedoso (*vid.* p. XX).

El prólogo, firmado por AJANI, director de la colección en la que se inserta la obra, contextualiza el libro; algo que, por cierto, también realiza el capítulo firmado por ROSSI, dedicado al Ordenamiento jurídico italiano pero cuya primera parte se dedica a exponer ideas ya apuntadas en el prólogo.

La Introducción, firmada por los editores Pasa, Rossi y Weitenberg, explica la elección de los materiales y de la estructura.

Metodología. La hipótesis de partida es la misma en todos los capítulos de la primera parte: la incoherencia lingüística entre las Directivas y las leyes

de transposición y entre las Directivas mismas. A partir de ahí, se trata de constatar dicha realidad con ejemplos concretos. Son dos los métodos utilizados al efecto.

Por un lado, Pasa se detiene en la comparación entre varios Ordenamientos jurídicos y la Directiva de referencia y entre ellos mismos (Capítulo 1). El resto de los capítulos, por otro lado, se centran en un Sistema jurídico concreto lo cual permite a cada autor poner de manifiesto algunas particularidades y su influencia en el tema analizado. Baste citar aquí el caso de Polonia, cuya condición de «recién estrenado» Estado miembro de la Unión Europea explica la acertada exposición del proceso de asimilación del Derecho Privado Europeo en aras de su integración (Capítulo III); o el caso de España y la pluralidad lingüística interna (Capítulo II).

Algunos autores han optado por ofrecer una visión general del problema abordado, acompañado de varios ejemplos (es el caso, entre otros, del Capítulo VI, dedicado a Italia); otros, sin embargo, han preferido centrar la atención del lector en un término concreto [*i. e.* el *Verbraucher* del Ordenamiento alemán (Capítulo VII) o el derecho de *résiliation* del Derecho francés (Capítulo V)].

Conclusiones. A pesar de estar escrito por diversos autores y de la ausencia de un capítulo que recoja conclusiones comunes, la lectura del libro suscita en el lector una serie de reflexiones que bien podrían conformar unas conclusiones comunes de los jóvenes investigadores europeos que firman la obra. Quisiera destacar algunas de ellas:

1) La crítica a las Directivas como método de armonización, cuyas deficiencias han sido puestas de manifiesto en reiteradas ocasiones (*vid.*, entre otros, MÜLLER-GRAFF, P. C.: «EC Directives as a Means of Private Law Unification», *Towards a European Civil Code*, 3.^a ed., 2004, La Haya/Londres/Boston, pp. 86 y 87).

2) La necesidad del diálogo entre lingüistas, terminólogos y traductores.

3) La verificación de que algunos de los términos más polémicos son «consumidor», «profesional» y «derecho de revocación».

4) El importante papel que debe jugar el TJCE en la solución de los problemas causados por la ausencia de una terminología uniforme y la *esperanza* de conseguirla a través del CFR.

Junto a este tipo de conclusiones, focalizadas directamente en la terminología jurídica, el lector podrá extraer otras, no directamente relacionadas con ella pero sí con el Derecho Privado europeo. Y así, se percibe la tendencia generalizada hacia la finalización de la dispersión normativa nacional [*vid.* «Simplifying Consumer legislation» del Reino Unido, del que da cuenta el Capítulo IV; o la reciente Ley española de Consumidores y Usuarios de 2007 (RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)] incluida sólo en el CD-ROM dada la coincidencia de su publicación con el cierre de edición de la obra], o el replanteamiento de los principios básicos que regulan el funcionamiento de la Unión Europea y sus relaciones con los Estados miembro (explícitamente Nebbia en el Capítulo IV).

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI
Universidad de Santiago de Compostela

TANS, O., ZOETHOUT, C., PETERS, J.: *National Parliaments and European Democracy. A Bottom-up Approach to European Constitutionalism*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2007, ISBN 978-90-76871-81-3, 253 pp.

Tradicionalmente, es al Ejecutivo a quien corresponde la competencia en materia de relaciones internacionales. Esta atribución generalizada y bastante uniforme se contraponen a la diversa participación que, según los ordenamientos jurídicos internos, tiene el Legislativo en este ámbito y ello, tanto en los procesos de formación de la voluntad del Estado en la materia, como en los poderes de control sobre la acción desarrollada por el Gobierno en el ejercicio de su competencia. Partiendo de este marco general, la especificidad del proceso de integración europea exige recordar que nos encontramos en un ámbito distinto del estrictamente propio de las relaciones internacionales. Buena prueba de ello es, sin duda, el debate sobre el déficit democrático que viene constituyendo desde hace años una cuestión de primer orden en dicho proceso de integración y que se plantea en unos términos, a priori, ajenos a otras Organizaciones y procesos de Cooperación internacional.

Desde sus orígenes, la integración europea se planteó como algo más que un proceso de relación entre Estados, contando con la participación de los «pueblos de Europa» a través de la creación de una Asamblea Parlamentaria, formada por representantes de los Parlamentos nacionales, que posteriormente pasó a ser el Parlamento europeo, compuesto por diputados elegidos directamente por los ciudadanos. La democracia parlamentaria se cuenta entre los valores que caracterizan la propia esencia de Europa y, por tanto, junto con otros aspectos, como el respeto de los Derechos y libertades fundamentales, conforma el núcleo duro de un proyecto que se limitó en un principio a la definición de unos objetivos de integración económica, pero se planeó siempre de forma más amplia, con una ambición política presente aunque de contornos difusos.

En este contexto y teniendo en cuenta las circunstancias posteriores al fracaso del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, fruto de los referéndum negativos en Francia y los Países Bajos, y la posterior adopción del Tratado de Lisboa, actualmente en proceso de ratificación, el libro que se presenta se plantea analizar el papel que juegan los Parlamentos nacionales en la lucha contra el déficit democrático de la Unión Europea. Dicho déficit radica principalmente en la limitada participación de los ciudadanos y las instituciones, que los representan más directamente, en la definición y desarrollo del proceso de integración europea y se traduce, según la opinión mayoritaria, en su creciente rechazo y alejamiento con respecto al mismo. Frente a ello, las últimas reformas de los Tratados constitutivos han buscado el acercamiento de la Unión Europea a sus ciudadanos aumentando la transparencia en el funcionamiento de las instituciones, incluido el Consejo, creando nuevos órganos de participación –como el Comité de las Regiones– o aumentando los poderes del Parlamento europeo. En este debate, también la necesidad de vincular directamente los Parlamentos nacionales a la escena comunitaria ha sido un argumento que ha encontrado eco y que se plasma en algunas modificaciones importantes como su creciente vinculación en la interpretación y correcta aplicación del principio de subsidiariedad o la progresiva institucionalización de sus relaciones con el Parlamento Europeo y las otras instituciones comunitarias.

Ahora bien, como se pone de manifiesto, en la obra dirigida por O. Tans, C. Soethout y J. Peters, el papel más relevante que cumplen actualmente los Parlamentos nacionales en los asuntos europeos se produce en el plano interno a través de los mecanismos de control e influencia sobre los respectivos Gobiernos. Partiendo de esta premisa, el trabajo se plantea el reto de identificar si existe un mínimo común denominador en todos estos sistemas nacionales de control y participación de los Parlamentos en los asuntos europeos para, a partir de ahí, formular propuestas que permitan superar problemas comunes o incluso tratar de definir un modelo o modelos similares que garanticen un tratamiento de la cuestión parecido o, al menos, de igual eficacia en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Delimitadas las hipótesis y el objeto de la investigación los problemas se suscitan, a mi entender, en el método de trabajo seguido que se traduce en algunas inconsistencias. El estudio se realiza por expertos contactados en diferentes Estados miembros, por lo que adolece de los problemas de coherencia que se presentan en toda obra colectiva, formada por contribuciones individuales que, en algún punto, pueden contener erratas sorprendentes –como la referencia a la adhesión de Dinamarca a la «European Economic Cooperation» y no a la «European Economic Community». Ahora bien, cabe destacar que, tal como se define el objeto de la investigación, este método del trabajo colectivo es sin duda el más idóneo, siendo de reseñar además la elaboración de un cuestionario guía, al que responden de forma más o menos exacta en su contenido las diferentes aportaciones, permitiendo obtener una visión similar de los distintos casos expuestos y seguir, en general, un mismo hilo conductor.

Un aspecto que sí resulta algo sorprendente es que únicamente se incluyen en la obra la exposición del sistema de nueve Estados miembros. El lector puede preguntarse en qué medida esta limitación no impide llegar a conclusiones generalizables, en particular, porque tampoco se aclara qué criterios han llevado a la inclusión de unos y no de otros. Sin embargo, este defecto queda paliado en gran parte por la labor de los editores y, en particular, por el indudable interés que revisten el capítulo de introducción y el conclusivo, escritos ambos por O. Tans. En el primero, el autor dibuja muy certeramente los trazos del problema objeto de estudio destacando que no sólo se pretenden analizar las normas jurídicas en la materia, sino también y muy especialmente las prácticas desarrolladas en cada Estado a menudo más eficaces y, a la vez, más difíciles de conocer desde fuera del Estado. En el último, Tans exprime los resultados aportados en las distintas contribuciones y supera los límites contenidos en la publicación refiriéndose también a casos y ejemplos, como el español, a los que no se ha dedicado un capítulo en la misma. A partir de esta base, se exponen los elementos comunes a los distintos sistemas nacionales, como por ejemplo la importancia que en esta materia tienen las competencias generales de control del legislativo sobre el ejecutivo, las diferencias, ventajas y desventajas del control *ex ante* –antes de la adopción de la decisión a nivel europeo– y del control *ex post* –una vez tomada la decisión–, el creciente número y protagonismo de los Comités de Asuntos Europeos, como órgano competentes en la materia en los distintos Parlamentos nacionales, o la necesidad de que los diputados nacionales, en general, y por ende los Parlamentos en el Pleno muestren un mayor interés por los Asuntos Europeos, ejerciendo un mayor control y suscitando un debate constructivo en las Cámaras y la opinión pública.

En definitiva, no cabe duda del interés y actualidad del tema objeto de estudio en la obra que se reseña. La única reserva que cabría hacer al respecto es que, como señaló el Parlamento alemán en las negociaciones previas al Tratado de Ámsterdam, quizás no es preciso ni aporta nada a la lucha contra el déficit democrático el hecho de que sea el Derecho comunitario el que determine cuál debe ser la participación de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración europea. Ésta es una cuestión que puede y debe resolverse en cada Estado miembro buscando sistemas que, como destacan K. Salía y A. Juhász-Tóth, tampoco bloqueen el proceso comunitario de adopción de decisiones. Lo que se pone de manifiesto en este trabajo y en ello radica su especial interés y acierto es que se trata de un tema que, en general, no está satisfactoriamente resuelto, en gran medida porque se aplican procedimientos y métodos de trabajo propios de los sistemas internos, en todo ajenos a la naturaleza y características del proceso de integración europea.

Laura HUICI SANCHO
Universitat de Barcelona

MAGNUS, Ulrich, MANKOWSKI, Peter (ed.): *Brussels I Regulation, European Commentaries in Private International Law*, Sellier. European Law Publishers, ISBN 978-3-935808-32-3, 852 pp.

La obra que se reseña se inserta en la Colección de Comentarios Europeos de Derecho Internacional privado publicada en inglés por la casa editorial alemana Sellier. Es el primer volumen que se publica y se refiere a un texto fundamental dentro del Derecho procesal civil internacional, el *Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* que sucede, una vez asumida la competencia legislativa en materia de Derecho internacional privado, por la Comunidad, al *Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Para los meses de agosto y diciembre de 2008 está prevista la publicación de los Comentarios al *Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis)* y al *Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)*.

El Convenio de Bruselas y su sucesor, el Reglamento Bruselas I, son piezas fundamentales dentro del Derecho internacional privado europeo y han a sido extensamente comentados doctrinalmente, pudiendo destacarse entre los trabajos de carácter general las sucesivas ediciones de las obras de H. Gaudemet Tallon¹,

¹ GAUDEMET-TALLON, Hélène, *Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement no 44/2001 conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3.^a ed., Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

Briggs², Geimer y Schütze³, Kropholler⁴ y Virgós Soriano y Garcimartín Alférez⁵. Sin embargo, y como señalan Magnus y Mankowski en el Preámbulo, todas estas obras se han elaborado desde una perspectiva nacional. Lo que justificaría este nuevo Comentario sería la adopción de un punto de vista paneuropeo. Por consiguiente, vale la pena centrarse en este aspecto. Se trata de determinar cuál es el valor añadido de un Comentario europeo y de enjuiciar si realmente se ha conseguido en la obra superar el punto de vista nacional.

El Reglamento Bruselas I es ciertamente un texto comunitario, pero se inserta, sin embargo, en el Derecho procesal de cada uno de los Estados miembros. Es, por consiguiente, adecuado el análisis desde la perspectiva nacional, pues es importante la coordinación entre el texto comunitario y las normas de Derecho procesal interno e internacionales propias de cada uno de los Estados miembro, como podrían ser los Convenios bilaterales que vinculan a los Estados miembros con Estados terceros. Por otro lado, es, sin embargo, también imprescindible un análisis desde una perspectiva supranacional y de Derecho comparado habida cuenta que es esencial preservar la uniformidad en la aplicación del texto. Por tanto, de entrada el propósito general de la Colección que la obra comentada inaugura se justifica plenamente. El Comentario reseñado aporta una información interesante, pues las referencias a la doctrina y la jurisprudencia tienen un alcance europeo. Ha de ponerse, sin embargo, de relieve, que ese enfoque paneuropeo es un enfoque complementario. Desde el punto de vista del aplicador del Derecho, que es uno de los destinatarios naturales de una obra que comenta disposiciones de Derecho positivo, el engarce del Derecho procesal europeo con el Derecho interno sigue siendo todavía un aspecto esencial.

El enfoque europeo es, por otra parte, todavía bastante superficial. Esto se debe al método de trabajo que, desde mi punto de vista, es el defecto fundamental de la obra. Por, probablemente, razones prácticas y de coste los autores han optado por elaborar una obra colectiva a partir de la yuxtaposición de comentarios que se encomiendan a autores de distinta nacionalidad. El método utilizado parece ser el de los grandes Comentarios alemanes. Entre los autores alemanes a los que se encomienda el análisis de los distintos preceptos de, por ejemplo, el BGB o la ZPO existe, sin embargo, un sustrato común que no se da si se recurre a autores de distinto origen y cultura. A partir de ahí se generan varios problemas. El primero y principal de ellos es que muchos de los comentarios a las concretas disposiciones se siguen haciendo desde una perspectiva nacional, lo que se advierte tanto en la jurisprudencia y doctrina citada como en la extensión y el estilo del comentario. Ello produce desequilibrios cualitativos importantes entre las distintas partes de la obra lo que hace que su utilidad sea más relativa que la de las grandes obras citadas anteriormente. Este resultado sólo se hubiera podido evitar con un trabajo realmente colectivo, en el que a partir de una propuesta de comen-

² BRIGGS, Adrian: *Civil jurisdiction and judgements* 3.ª ed., London: Norton Rose, 2002.

³ GEIMER, Reinhold, y Schütze, Rolf A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht: Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*; 2.ª ed. Beck, München, 2004.

⁴ KROPHOLLER, Jan: *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel* 8.ª ed., Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2005.

⁵ VIRGÓS SORIANO, Miguel, y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional* 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

tario por parte de un ponente se hubieran integrado los distintos puntos de vista y enfoques del equipo de personas que colaboran en la obra.

Lo anteriormente dicho no implica, sin embargo, una valoración negativa de la obra reseñada y de la colección que ésta inaugura. La creación de una doctrina internacionalprivatista europea que produzca trabajos científicos desde una perspectiva supranacional y de Derecho internacional privado comparado me parece una de los grandes retos de las próximas décadas. No es además algo que se vaya a generar de manera inmediata. Creo, sin embargo, y el Comentario reseñado me ratifica en mi opinión, que para que pueda surgir esa doctrina resulta necesario que el trabajo científico sea un trabajo colaborativo que necesariamente implique el debate entre investigadores procedentes de distintas culturas jurídicas. Ello no empece que la obra reseñada esté llamada a ser un referente común para todos los juristas europeos. Únicamente indica que el camino es largo y estamos en el inicio.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Universitat de Barcelona

ARROYO I AMAYUELAS, Esther (dir.), *El trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007, ISBN: 978-84-9790-341-7, 626 pp.

El día 15 de junio de 2006 se celebraba, en el Colegio de Registradores de la propiedad, Mercantil y de bienes muebles de Cataluña, la Jornada «*Per què el trust a Catalunya?*». Las actas del encuentro, junto con los trabajos de otros autores que contribuyen a explicar el funcionamiento del *trust* en sus propios países, se han reunido en esta obra colectiva, que ahora es objeto de esta reseña. La Dra. Esther Arroyo i Amayuelas es la directora de la obra.

Esther Arroyo i Amayuelas, interesada y participe en el proceso de construcción del Derecho privado europeo, autora de diversas publicaciones sobre la figura angloamericana del *trust* y miembro de la comisión redactora del anteproyecto catalán sobre los patrimonios fiduciarios del año 2002 y de la comisión constituida en 2006 para su revisión, presenta en esta obra una panorámica general de la institución del *trust*, con vistas a impulsar en España, del mismo modo que ha sucedido ya en otros países europeos, los trabajos legislativos dirigidos a su regulación.

La obra se estructura en cuatro partes claramente diferenciadas. Todos los textos han sido traducidos al castellano y todos ellos llevan *abstracts* en inglés y francés, lo que facilita la lectura al jurista de lengua no castellana. La primera parte ofrece un estudio de los modelos ensayados en algunas jurisdicciones de *civil law* a efectos de reconocer y/o trasplantar la figura angloamericana. Las aportaciones incluyen estudios minuciosos de los textos legislativos adoptados con este fin, análisis de la problemática que plantea la recepción del *trust* en los ordenamientos de cuño romanista y referencias a instituciones de esta tradición que cumplen fines análogos. Los países objeto de estudio se agrupan siguiendo un criterio geográfico (Europa, América y Asia) y en atención a las fuentes de que se nutren (sistemas de *civil law* y sistemas mixtos). Tal estructura permite que estén representadas las diversas fórmulas utilizadas, hasta el momento, en la recepción de la figura.

Así, por una parte se expone el estado de la cuestión en países como Suiza (J. P. Dunand) o los Países Bajos (J. M. Milo), que no cuentan con una regulación de Derecho interno pero se han comprometido a través de la ratificación del Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre «la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento», a reconocer la figura cuando alguna controversia llega a sus tribunales. Con el objetivo de hacer efectivo este reconocimiento en sus respectivos territorios, ambos países han acometido modificaciones legislativas en sus Derechos internos, dirigidas a permitir la inscripción del *trust* y los efectos de la autonomía patrimonial del fondo respecto de los demás bienes de su gestor. Se analiza el particular caso de Italia (M. Bianca, A. Braun), que también ha ratificado el texto internacional y ha permitido expresamente la inscripción de *trusts* pero donde, además, doctrina, jurisprudencia y praxis vienen permitiendo, hace ya algún tiempo, que ciudadanos italianos utilicen la figura aunque no se dé ninguna conexión de internacionalidad.

Entre los países que han emprendido regulaciones de Derecho sustantivo, se estudian los proyectos legislativos que precedieron en Francia (F. Barrière) la finalmente aprobada *loi instituant la fiducie* (2007), el régimen legal introducido en Luxemburgo (M. Borissova) por la *loi relative au trust et aux contrats fiduciaires* (2003), las características del *patrimoine d'affectation* regulado por el Código civil de Québec (R. Moreau), el contenido de la ley adoptada en la República Popular China (L. Zhang) con el objetivo de regular las actividades de las sociedades de *trust* (2001) y los ensayos dirigidos a introducir el *trust*, en el Derecho alemán (M. Lehmann), en el campo de la inversión en materia inmobiliaria. Se dedica igualmente una contribución (A. Serrano de Nicolás) a exponer los diferentes instrumentos de Derecho sucesorio, existentes en nuestro país, que permiten alcanzar resultados semejantes a los de la figura del *trust*, en ese ámbito.

No todos los textos legales mencionados coinciden en cuanto a la configuración del *trust* y la condición del *trustee* (*trust* como patrimonio separado bajo la titularidad del *trustee* en el caso de Francia o Luxemburgo, más dudosamente en el caso de China; patrimonio autónomo sin titular en el caso de Québec) pero todos ellos atribuyen al *trustee* los más amplios poderes de gestión y respetan las dos notas principales que caracterizan al *trust* angloamericano: la idea de separación a efectos de administración y responsabilidad y la afectación o adscripción a una determinada finalidad. Asimismo, las distintas leyes coinciden en la necesidad de dotar al *trust* de publicidad registral.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación de estas nuevas leyes, en la mayoría de los casos (Luxemburgo, Francia, China o la ley alemana «zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen», que en el libro sólo aparece mencionada en fase de proyecto) lo que ha atraído o preocupado al legislador han sido las aplicaciones comerciales de que es susceptible la figura angloamericana, sin pretender regular el *trust* como una técnica de Derecho común a disposición de todo ciudadano (ya sea por temor al fraude o por no considerar necesaria su aplicación en otros ámbitos). Se aparta de esta tendencia la exitosa regulación del *patrimoine d'affectation* en el Código Civil quebequés, donde la *fiducie* encuentra aplicación en el ámbito del Derecho de la familia, los negocios y el cumplimiento de fines de utilidad social.

Tan amplia perspectiva de Derecho comparado sirve de introducción a la segunda parte de la obra, centrada en el Derecho español y con especial detenimiento en el catalán, ya que sirve de excusa la regulación doblemente pro-

yectada en 2002 y 2006. En este ámbito se presta una atención preferente a los problemas registrales (C. Pardo, A. Pau), fiscales (J. A. Sempere) y de Derecho internacional privado (J. Carrascosa) planteados con ocasión del desenvolvimiento de los *trusts* en nuestro país. También se abordan las dificultades susceptibles de producirse con el trasplante de la figura al Derecho español, a la vez que se ofrecen soluciones para su superación. Las propuestas se inspiran en el tratamiento que reciben otras instituciones jurídicas en el Derecho español.

A continuación, ya en la tercera parte de la monografía, se analiza el estado de la cuestión en el Derecho catalán, en el que existen figuras que se asemejan, desde un punto de vista estructural y funcional a la institución angloamericana. Los autores que se ocupan del ámbito catalán se inclinan mayoritariamente (F. Badosa, E Arroyo i Amayuelas, A. Bosch) por un modelo de patrimonio fiduciario, autónomo, sin titular, con un gestor dotado de amplios poderes de administración y disposición sobre los bienes; poderes subordinados al cumplimiento de la finalidad por la que constituyó el patrimonio. Éste es también el modelo propuesto por el borrador del nuevo anteproyecto de ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios de 2006, que se analiza con sumo detalle por E. Arroyo, miembro de la comisión encargada de su redacción. En este trabajo se destacan los cambios propuestos respecto al texto de 2002.

En esta tercera parte se retoman algunas cuestiones fiscales (J. L. García) y registrales (C. Iborra) tratadas anteriormente en relación con el Derecho español. También se proponen ejemplos de la utilidad que podría reportar un instrumento semejante en el ámbito de la planificación patrimonial y sucesoria de la empresa familiar (C. Cortázar). Y como colofón, una útil síntesis y conclusiones acerca de los aspectos más relevantes que se trataron con ocasión del Congreso (S. Nasarre).

La cuarta y última parte de la obra se compone de un apéndice legislativo, donde se recogen los principales textos de Derecho nacional e internacional mencionados a lo largo del texto, y de un minucioso índice de conceptos. Los textos se publican en este caso en el idioma original, salvo la ley china, que se transcribe en inglés.

Cabe convenir que el propósito del libro es bienintencionado, toda vez que en España ninguna iniciativa legislativa ha abordado aún, con decisión, la regulación del instituto y ni siquiera se ha planteado reconocerlo. Podemos hablar de la existencia de un interés doctrinal pero los intentos del legislador español por acercarse a la figura anglosajona son de momento insuficientes e insatisfactorios. Pareció hacerlo con la regulación del patrimonio protegido del discapacitado, descrito por la ley 41/2008, de 18 de noviembre como un «patrimonio de destino», «inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona discapacitada» y en que los bienes «se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario». Pero el legislador no fue coherente con estas premisas ya que, en ningún momento, permitió que tal vinculación y separación patrimonial se tradujeran en una separación de responsabilidades entre el patrimonio protegido y el resto del patrimonio personal del discapacitado. España sigue sin reconocer los *trusts* y sin contar con un instrumento que permita vincular, de forma eficaz, bienes y Derechos al cumplimiento de finalidades lícitas.

Sonia MARTÍN SANTISTEBAN
Universidad de Cantabria

WAEELDE, Charlotte, McQUEEN, Hector: *Intellectual Property. The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar Publishing, 2007, ISBN: 978 1 84542 874 7, pp. 262.

El libro que el lector tiene ante sí es uno de los resultados que ya se han alcanzado por el *Arts and Humanities Research Council* (AHRC), *Research Center for Studies in Intellectual Property and Technology Law* de la Universidad de Edimburgo. Precisamente, uno de los pilares sobre los que descansa la investigación de este centro es «*Intellectual Property, Cultural Heritage and the Public Domain*». El objetivo de este proyecto ha sido el estudio de la historia, papel y funciones del dominio público en relación con los diferentes ámbitos de la propiedad intelectual. Las investigaciones han derivado en la tesis de que debe existir un importante equilibrio entre la esfera del dominio público y los Derechos de autor, si se quiere realmente incentivar la creación tanto cultural como científica. En este sentido, una de las líneas de investigación ha sido la implicación que existe entre el entorno digital y el dominio público, con referencia especial al acceso, reproducción y distribución de las obras que facilita enormemente la actual sociedad de la información.

Desde esta perspectiva, tanto el grupo de trabajo como el volumen que comentamos, presentan un marcado carácter interdisciplinar que ha permitido identificar diferentes conceptos de dominio público a partir de la herencia cultural y científica.

El dato característico del dominio público es la existencia de un acervo de conocimiento y de información al que existe acceso general para diferentes finalidades, lo que, se supone, debe contribuir al desarrollo del conocimiento, de la creatividad y de la invención. En consecuencia, Bill Thompson («*The public domain and the creative author*», pp. 132 ss.), en apoyo de los escritores, considera que la legislación debería dejar más claro el concepto de dominio público y ampliar su ámbito de aplicación y no restringirlo como tienden a hacer los legisladores, puesto que ello va en detrimento de la creatividad y, en definitiva, lo que no se puede hacer vía dominio público se acaba haciendo vía contrato de cesión de Derechos de autor.

En cambio, para los juristas, el punto de partida a la hora de repensar el dominio público son las leyes sobre propiedad intelectual (Gillian Davies, «*The public interest in the public domain*», pp. 86 ss.; Fiona Macmillan, «*Altering the contours of the public domain*», pp. 98 ss). Desde un planteamiento histórico, como observa Willem Grosheide (*In search of the public domain during the prehistory of copyright law*», pp. 1 ss.), antes de la existencia de las normas sobre propiedad intelectual, todo era dominio público. Recuerda las palabras de Erasmo de Rotterdam: «*friends hold all things in common*» (alrededor de 1500). Ahora bien, el círculo de amigos en ese momento histórico era mucho más limitado que, actualmente, en la era digital. La primera aparición legal de la expresión «dominio público» se debe al artículo 18 de la Convención de Berna de 1886.

Con la aparición de las leyes sobre propiedad intelectual en los distintos países, el concepto de dominio público deviene contingente y relativo, puesto que no exactamente tiene el mismo ámbito en cada una de ellas, lo que lleva a afirmar a Anthony Taubman («*The public domain and international intellectual property law treaties*» pp. 53 ss.), siguiendo a James Boyle («*The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*», 66 *Law and Contemporary Problems*, pp. 33), que no existe un único dominio público, sino que existen distintos dominios públicos o, mejor aún, que

existen múltiples facetas del dominio público, según la perspectiva desde la que uno observe el fenómeno.

En efecto, desde la perspectiva jurídica, la percepción que se tiene del dominio público es la de un *quid* opuesto a los Derechos exclusivos de autor. Desde la perspectiva de los escritores, los Derechos de autor son la clave determinante del dominio público (Toby Bainton, «The public domain and the librarian», pp. 127 ss). Los economistas se sienten incómodos con el dominio público, ya que, entonces, los bien definidos Derechos de autor y lo que de incentivo representan, desaparecen (Manfredi La Manna, «The public domain and the economist», pp. 145 ss). Los científicos, por su parte, se ven necesariamente dirigidos a obtener patentes y a saber qué es patentable antes que pensar en las necesidades globales de la población (Hellen Wallace/Sue Mayer, «Scientific research agendas: controlled and shaped by the scope of patentability», pp. 189 ss.). Para Ann Bruce, un ámbito mayor de dominio público implica un mayor control político de las creaciones («The public domain: ideology vs. interest», pp. 200 ss.). Por otro lado, las medidas tecnológicas de protección que, con Internet, se han establecido contribuyen a poner en peligro el dominio público, puesto que, con ellas, los titulares de Derechos de autor imponen el pago a los usuarios de la sociedad de la información.

La obra que comentamos pone, así pues, en evidencia que, si bien se puede alcanzar un concepto unitario de dominio público, éste presenta distintas facetas, que permiten establecer las fronteras de lo que es dominio público y de lo que no lo es, para seguir debatiendo sobre el tema. En el fondo, por tanto, el objetivo del dominio público es el mismo que el de los Derechos exclusivos de autor: *potenciar la innovación, la creatividad y la invención*.

En definitiva, nos parece que este libro representa el resultado de un trabajo interdisciplinar bien hecho del que debemos todos felicitarnos y, sobre todo, aprender.

Susana NAVAS NAVARRO
Universitat Autònoma de Barcelona

GROSSI, Paolo: *Europa y el Derecho* (traducción castellana de Luigi Giuliani. Prefacio de Jacques Le Goff), Madrid, Crítica, 2007. ISBN: 978-84-8432-964-0, 235 pp.

El trabajo del profesor Paolo Grossi objeto de esta reseña forma parte de un ambicioso proyecto editorial titulado «La construcción de Europa». La iniciativa, presentada en sociedad en 1989 en Francfort, bajo la dirección de Jacques Le Goff, por cinco importantes editoriales europeas, permite la edición simultánea de las obras seleccionadas en Alemania, Inglaterra, España, Italia y Francia. C. H. Beck de Munich, Basil Blackwell de Oxford, Crítica de Barcelona, Laterza de Roma-Bari y Éditions du Seuil de París son los sellos promotores de la colección.

En el origen del proyecto se encuentra la idea de ofrecer a un público amplio, con cierta formación, los rasgos esenciales de la cultura, de la historia y de la tradición europea. En definitiva, una historia de Europa, que alejándose del formato tradicional de este tipo de obras, se presenta en forma de ensayos independientes en los que los autores abordan temas como son, entre otros, la cristiandad medieval en el primer milenio (Peter Brown), el naci-

miento de la ciencia moderna (Paolo Rossi), la población europea (Máximo Livi Bacci), la familia (Jack Goody), Europa y el Islam (Franco Cardini), las migraciones (Kalus K. Bade), Europa y el mar (Michel Mollat) o la lengua (Humberto Eco).

Paolo Grossi, Catedrático de Historia del Derecho medieval y moderno en la Universidad de Florencia y doctor *Honoris Causa* por varias Universidades europeas, asume el reto de mostrar la evolución del Derecho en Europa en los últimos mil quinientos años. Desde los inicios de la experiencia jurídica medieval, expresión tomada del propio autor, hasta los años cincuenta del siglo xx.

La monografía se inicia con unas aclaraciones preliminares a las que siguen tres capítulos destinados al estudio del itinerario histórico-jurídico europeo en época medieval, en la modernidad y en la contemporaneidad. La idea de un Derecho en permanente edificación en correspondencia con una Europa también en continua construcción tiene reflejo en los títulos de las sucesivas partes. Basta la lectura del breve sumario para percibir que éste es el planteamiento del autor.

El trabajo se completa con la bibliografía y un índice onomástico. No se trata, sin embargo, de una bibliografía al uso, no es un simple listado de publicaciones. El autor, acertadamente, ha optado por incluir una extensa nota bibliográfica estructurada a partir de los sucesivos epígrafes del texto.

Las aclaraciones preliminares constituyen el punto de partida a partir del cual el autor construye el posterior discurso. En estas primeras páginas el profesor Grossi aclara al lector qué entiende por Europa y por Derecho y le plantea un concepto de Historia del Derecho como historia de experiencias jurídicas.

El primer capítulo titulado «Las raíces medievales» permite al autor exponer el contraste entre los dos períodos medievales, vinculando al Derecho la realidad política, económica y cultural de cada momento. En las páginas destinadas al período que tradicionalmente se ha venido en denominar alta edad media, el profesor Grossi expone la realidad de una sociedad fundamentalmente agrícola, sin Estado, con unas organizaciones políticas incompletas y sumida en un enorme vacío cultural. Un contexto en el que el Derecho se construye a partir de ciertos hechos (la tierra, las sangre, el tiempo) que por sí mismo tienen una importante carga jurídica potencial y en el que la *consuetudo* ocupa la primacía entre las fuentes del Derecho. Las referencias al origen del Derecho canónico completan esta primera parte de la exposición.

El resto del capítulo lo dedica el autor a la comúnmente conocida como baja edad media jurídica. En esta parte, el profesor Grossi desmenuza los cambios más relevantes que se operan en el mundo jurídico europeo sobre el contexto de las novedades acontecidas en el ámbito político, económico y cultural. La identificación del Príncipe como legislador, la consolidación del poder de la Iglesia, la aparición de la ciencia jurídica, el Derecho común, los Derechos particulares, el Derecho canónico, el Derecho feudal, el surgimiento del Derecho mercantil son algunas de las cuestiones que requieren la atención del autor.

La segunda parte de la monografía, con diferencia la más extensa, se titula «Los cimientos de la modernidad jurídica». La idea que preside la exposición es la misma que en el anterior capítulo. El historiador del Derecho italiano vincula y relaciona los cambios operados a partir del siglo xiv y hasta fines del siglo xix en el ámbito socioeconómico, cultural y político a la bús-

queda y construcción de un nuevo orden jurídico. La aparición del Estado moderno, en particular en Francia e Inglaterra, el humanismo, el iusnaturalismo, la reforma religiosa, los avances científicos, el absolutismo, el liberalismo económico, el constitucionalismo, la revolución francesa, la Codificación, la ciencia jurídica alemana del XIX, los Derechos francés e inglés, el socialismo jurídico, la aparición del Derecho laboral son algunos de los grandes temas que se plantean y relacionan entre sí en la exposición.

Finalmente, en la última parte de la publicación destinada a la primera mitad del siglo XX, el profesor Paolo Grossi plantea cómo incidió en el Derecho europeo la crisis de la idea de Estado, la Primera Guerra Mundial, la República de Weimar, la realidad soviética, los regímenes totalitarios italiano y alemán. La obra concluye con los cambios que se producen a partir de 1945, en el momento en que se inicia el lento proceso de unificación europea.

La colección dirigida por el profesor Jacques Le Goff y, en particular, el trabajo del profesor Grossi constituyen un excepcional testimonio de que la divulgación no tiene por qué estar reñida con la calidad científica. El rigor de la obra unido a la claridad de la exposición permiten que la obra pueda interesar a un amplio colectivo de lectores más numeroso que el estrictamente vinculado al ámbito académico, jurídico o histórico. En él incluimos a los alumnos de las Facultades de Derecho, pero también a los de otras disciplinas que puedan estar interesados en aproximarse al Derecho europeo del pasado.

Margarita SERNA VALLEJO
Universidad de Cantabria

Miscelanea

ESTHER ARROYO AMAYUELAS *

PARLAMENTO EUROPEO

RESOLUCIONES

Informe sobre los progresos realizados respecto a la igualdad de oportunidades y la no discriminación en la Unión Europea (transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE) (2007/2202(INI)) Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: Elizabeth Lynne. A6-0159/2008. Fecha: 17 de abril de 2008.

El Parlamento pide a los Estados miembros que, en su práctica legislativa, tengan debidamente en cuenta los varios motivos de discriminación que se mencionan en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y recuerda que las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE establecen un nivel mínimo, por lo que deberían ser la base sobre la que construir una política comunitaria general contra la discriminación. En este sentido, manifiesta su preocupación por las deficiencias de muchos Estados miembros y la falta de información a los ciudadanos sobre los posibles recursos legales en caso de discriminación. Además, lamenta que las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE no cubran las diferencias de trato de carácter discriminatorio basadas en criterios físicos como la altura o la tez, en especial en relación al acceso a puestos de trabajo cuando no exista relación directa entre dichas características físicas y las aptitudes requeridas para ocupar dichos puestos. Por eso pide que la Comisión se comprometa a llevar a cabo una revisión sustancial de la aplicación de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE y a emitir comunicaciones interpretativas y orientaciones para garantizar una aplicación total y correcta por parte de los Estados miembros. Recuerda que las sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Solicita controles periódicos de la transposición. En especial, pide a los Estados miembros y a la Comisión que aprueben urgentemente la definición de la discapacidad para facilitar la armonización de la legislación contra la discriminación que podría basarse en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que revisen las excepciones vinculadas al Estado civil; que se controle los plazos sumamente cortos que han establecido algunas legislaciones para presentación de recursos a las víctimas que han sido discriminadas. El Parlamento expresa su preocupación por el escaso conocimiento de la legislación contra la discriminación de los ciudadanos de

* Profesora titular de Derecho Civil. Universitat de Barcelona

los Estados miembros. Subraya que en todos los casos los Estados miembros deben garantizar que las víctimas de discriminación reciben asistencia de oficio en los procedimientos judiciales, y, si fuera necesario, mediante financiación pública a través de sistemas nacionales de asistencia jurídica. Entre otras medidas, pide a los Estados miembros que, en cooperación con la Agencia de Derechos Fundamentales y la Comisión, recojan, compilen y publiquen periódicamente estadísticas exhaustivas, exactas, comparables, fiables y desglosadas sobre la discriminación; que publiquen dichas estadísticas de forma que resulten fácilmente comprensibles para los ciudadanos y permitan un intercambio más eficaz de mejores prácticas. Añade, además, la necesidad de disponer de fondos suficientes para ello y la importancia de desarrollar formas de recopilación de datos sobre la discriminación conforme a la legislación relativa a la protección de datos.

En otro orden de consideraciones, el Parlamento estima que la Directiva 2000/43/CE es la base sobre la que puede construirse un marco general contra la discriminación (una Directiva global, con base en el art. 13 TCE) y para las medidas relativas a la prohibición de la discriminación por motivos de raza u origen étnico; subraya, sin embargo, que es necesario tener en cuenta los aspectos problemáticos que ya se han manifestado y las dificultades que han tenido los Estados miembros para la eficaz transposición y aplicación de esta Directiva. Además, advierte que la Comisión debe establecer una definición común, a escala comunitaria, del significado de «acción positiva». Cree también que, con arreglo a la Directiva 2000/43/CE, las diferencias de trato basadas en la nacionalidad o en la lengua que no se justifican de forma objetiva y razonable con una finalidad legítima ni se establecen por los medios apropiados y necesarios, pueden constituir una discriminación indirecta por razones de origen racial o étnico. Considera, asimismo, que debe entenderse que la discriminación afecta a las cuatro libertades fundamentales, en particular a la libre circulación de las personas, y que, por lo tanto, representa un obstáculo al funcionamiento del mercado interior. Finalmente, observa con preocupación que, a pesar de que diecinueve Estados miembros han firmado el Protocolo núm. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sólo cinco de ellos han ratificado dicho Protocolo.

Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de septiembre de 2007, sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho indicativo [2007/2028(INI)]. A6-0259/2007. P6_TA-PROV(2007)0366.

El Parlamento se lamenta de la frecuencia en el uso de lo que denomina «instrumento indicativo» y opina que ello puede tener efectos negativos en la legislación comunitaria y en el equilibrio entre las instituciones y que, aunque esté previsto en el TCE, debe utilizarse con precaución. En este sentido, recuerda que aquél no puede sustituir a los instrumentos y actos jurídicos, que han de servir para garantizar la continuidad del proceso legislativo. Especialmente, considera de dudosa legalidad que no exista una participación parlamentaria y un control judicial suficientes: por consiguiente, sólo hay que tomarlo en consideración en casos excepcionales y conviene estudiar la posibilidad de que el Parlamento participe en este procedimiento. Deplora que la Comisión utilice el Derecho indicativo como sustituto de la legislación de

la UE adoptada de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y que extrapole la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a terrenos sin explorar. Por eso, insta a las instituciones a que actúen de acuerdo con el espíritu del artículo I-33 del Tratado Constitucional, y a que se abstengan de adoptar instrumentos de Derecho indicativo cuando se estén examinando actos legislativos; considera que el Derecho vigente también establece ya esta obligación, sobre la base del principio del Estado de Derecho con arreglo al artículo 6 del Tratado UE. Lo exige la transparencia, la visibilidad y la responsabilidad pública en el proceso de adopción de actos comunitarios no vinculantes. El Parlamento también pide a la Comisión que preste especial atención a las repercusiones del Derecho indicativo para los consumidores y a los posibles medios de reparación antes de proponer medidas que impliquen instrumentos de Derecho indicativo. Opina que, en el ámbito de las comunicaciones de la Comisión, los libros verdes y los libros blancos no establecen obligaciones jurídicas directas y que de la adopción de documentos de consulta y declaraciones políticas de intenciones no debe deducirse la obligación jurídica de promulgar las correspondientes reglamentaciones. Manifiesta igualmente que las comunicaciones interpretativas de la Comisión persiguen el objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica, pero que no deben ir más allá; cuando en virtud de ellas se establecen nuevas obligaciones, las comunicaciones interpretativas representan un desbordamiento de los mecanismos normales de legislación por medio del Derecho indicativo; si una comunicación contiene reglamentaciones detalladas, cuyas disposiciones no tengan una conexión directa con las libertades contempladas en el Tratado, la comunicación se aparta de su objetivo y es nula por vicio de forma. Por eso considera que las comunicaciones que respondan a estos criterios deben limitarse a aquellos casos en los que el legislador, es decir, el Parlamento y el Consejo, hayan instado a la Comisión a elaborar la comunicación interpretativa; considera que la concreción del Tratado está reservada al legislador y su interpretación, al Tribunal de Justicia. Sin negar la importancia de los códigos de conducta, no debe producirse un exceso de reglamentación, porque ello representaría una carga adicional, sobre todo para las pequeñas y medianas empresas. Señala también que, aunque es legítimo que la Comisión emplee instrumentos prelegislativos, no se debe abusar del proceso pre-legislativo, ni se debe prolongar indebidamente; considera que, en ámbitos como el del proyecto sobre Derecho contractual, se debe llegar a un momento en que la Comisión decida si recurre o no a su Derecho de iniciativa y sobre qué fundamento jurídico.

Hace hincapié en que el Parlamento, en su calidad de única institución comunitaria elegida democráticamente, no es consultado actualmente sobre la utilización de los llamados instrumentos de Derecho indicativo, como las recomendaciones de la Comisión, basadas en el artículo 211 del Tratado CE, las comunicaciones interpretativas y otros documentos de la misma índole. Considera que los acuerdos interinstitucionales sólo pueden producir efectos jurídicos entre las instituciones de la UE; no son, por tanto, Derecho indicativo al no tener efectos jurídicos sobre terceros. Pide a la Comisión que desarrolle, en colaboración con el Parlamento, un *modus operandi* que garantice la participación de los organismos elegidos democráticamente, incluyendo posiblemente los elegidos por acuerdo interinstitucional, y por consiguiente una supervisión más efectiva de la necesidad de adoptar instrumentos de Derecho indicativo. Le pide igualmente que consulte al Parlamento sobre la forma en que debe ser consultado antes de que la Comisión adopte instru-

mentos de Derecho indicativo, con el fin de que las medidas de Derecho indicativo puedan ser objeto de control, evitando de este modo todo posible abuso de competencias por parte del Ejecutivo; en este sentido, propone iniciar conversaciones para la conclusión de un acuerdo interinstitucional sobre este tema; considera que este acuerdo debe resolver, en especial, la contradicción que ha surgido entre las disposiciones del artículo 211, del artículo 249, párrafo 5, y del artículo 230 del Tratado CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando éste obliga a las jurisdicciones nacionales a tener en cuenta, en los litigios de que traten, unas recomendaciones que no son vinculantes por sí mismas según el Tratado.

Finalmente, reitera la importancia de la participación del Parlamento, en su calidad de principal representante de los intereses de los ciudadanos de la UE, en todos los procesos de toma de decisiones, para contribuir a que se reduzca la actual falta de confianza en la integración y los valores europeos. Y, para acabar, insiste en que conviene evitar el uso de la expresión «Derecho indicativo», así como su invocación, en toda ocasión y en todos los documentos oficiales de las instituciones europeas.

PREGUNTAS PARLAMENTARIAS

PREGUNTA ORAL CON DEBATE de conformidad con el artículo 108 del Reglamento de Giuseppe Gargani, en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos a la Comisión, 21 de noviembre de 2007, O-0073/07. Asunto: Marco Común de Referencia sobre el Derecho contractual europeo.

– Vistas sus Resoluciones de 23 de marzo de 2006, sobre el Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro (P6_TA(2006)0109), de 7 de septiembre de 2006, sobre el Derecho contractual europeo (P6_TA(2006)0352), y de 4 de septiembre de 2007, sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho indicativo (2007/2028(INI)) P6_TA(2007)0366)

– Visto el informe de la Comisión, de 25 de julio de 2007: Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia [COM(2007) 0447]

– Considerando que el Marco Común de Referencia (MCR), del que la Comisión quiere hacer una «caja de herramientas» o manual para que lo utilicen los legisladores europeos a la hora de revisar la legislación existente y de elaborar nuevas medidas legislativas, no tiene efectos jurídicos vinculantes y conserva, por lo tanto, su carácter de Derecho indicativo

– Considerando, sin embargo, que el MCR tendrá efectos jurídicos y prácticos indirectos y muy probablemente determinará en gran medida las futuras disposiciones legislativas en materia de Derecho contractual

– Considerando que la decisión sobre las partes del proyecto académico de MCR que deben incorporarse al MCR definitivo, y la decisión sobre el alcance de éste son de carácter eminentemente político

– Considerando que es esencial garantizar que las partes del proyecto académico de MCR seleccionadas para su inclusión en el MCR sean coherentes entre sí, con el seguimiento del Libro Verde de la Comisión de 7 de

febrero de 2007 y con otras disposiciones legislativas comunitarias relativas al Derecho contractual,

1. ¿Cómo piensa proceder la Comisión cuando esté disponible el proyecto académico de MCR?

2. En particular, ¿cómo piensa proceder la Comisión para seleccionar las partes del proyecto académico de MCR que se incluirán en el MCR definitivo de la Comisión? ¿Cómo asociará la Comisión al Parlamento en este proceso?

3. ¿Cómo piensa proceder la Comisión en relación con la decisión sobre el alcance del Marco Común de Referencia, y cómo piensa tener en cuenta la posición del Parlamento, que éste ya ha manifestado en varias resoluciones?

4. ¿Cómo piensa realizar la Comisión el seguimiento del trabajo de los investigadores y del resultado de los seminarios previstos sobre el nuevo MCR que deben organizar la DG JLS y la DG MERCADO?

5. ¿Cómo prevé la Comisión coordinar el trabajo sobre el MCR en las diferentes direcciones generales interesadas?

PREGUNTA ORAL para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de abril de 2008 de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Jens Holm a la Comisión, 26 de febrero de 2008, H-0193/08. Asunto: Objetivos y medidas en el ámbito de la protección de los consumidores.

En relación con el artículo 169 del Tratado de Lisboa, sobre objetivos y medidas en el ámbito de la protección de los consumidores, ¿podría la Comisión clarificar lo que realmente significa «un alto nivel de protección de los consumidores»? ¿Significa acaso el nivel más alto en un país, un nivel en la cuarta parte más alta o un nivel por encima de la media, y debe considerarse la protección de los consumidores como una cuestión primordial que tiene primacía sobre otras disposiciones?

PREGUNTA ORAL para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de abril de 2008 de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Dimitrios Papadimoulis a la Comisión, 7 de marzo de 2008, H-0219/08. Asunto: Protección legal de las relaciones entre personas del mismo sexo en la Unión Europea.

El Ministerio griego de Justicia está elaborando un proyecto de ley que introduce un «acuerdo de libre convivencia» para parejas heterosexuales, sin que se garantice este mismo Derecho a las parejas del mismo sexo. El proyecto de ley prevé que las parejas heterosexuales puedan oficializar su relación mediante un acuerdo escrito que ofrece a las dos partes casi todos los Derechos derivados del matrimonio y que se disolverá de oficio mediante acta notarial. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha formulado críticas en relación con dicho proyecto y ha anunciado una audiencia pública sobre el reconocimiento jurídico de las relaciones de parejas homosexuales.

Considerando que el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíben expresamente toda discriminación por razón de

orientación sexual, ¿puede indicar la Comisión en qué Estados miembros se protege legalmente las relaciones de parejas homosexuales, bien a través del matrimonio, bien a través de una unión de hecho? ¿Considera que el proyecto de ley promovido por el Ministerio de Justicia se ajusta al artículo 13 del Tratado, que alienta la supresión de toda discriminación por razón de orientación sexual?

PREGUNTA ORAL para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de junio de 2008 de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Bernd Posselt al Consejo, 29 de abril de 2008, H-0352/08. Asunto: Subsidiariedad y pertenencia a la UE.

En varios Estados miembros, y especialmente en los países candidatos a la adhesión, las fuerzas políticas y los medios de comunicación sostienen repetidamente que la introducción del «matrimonio homosexual» y la legalización de las parejas de hecho, así como la liberalización del aborto y de la eutanasia, son ineludibles en aplicación del Derecho de la UE y del acervo comunitario.

¿Puede declarar el Consejo con claridad si ello es cierto y en qué medida se corresponde con la realidad, o bien si todas estas cuestiones inciden exclusivamente en el ámbito de competencias nacionales y en el principio de subsidiariedad?

PREGUNTA ORAL para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de junio de 2008 de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Giovanna Corda a la Comisión, 29 de abril de 2008, H-0348/08. Asunto: Inaplicación del Reglamento relativo a los Derechos de los pasajeros aéreos.

Según las organizaciones de consumidores, a pesar de varias iniciativas de la Comisión, como las precisiones sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 261/2004 relativo a los Derechos de los pasajeros aéreos o las definiciones de «caso de fuerza mayor» y de «circunstancias extraordinarias» que justifiquen cancelaciones o retrasos de vuelos, las compañías aéreas siguen eludiendo o ignorando el Reglamento comunitario.

¿Tiene intención la Comisión, tras habersele emplazado en varias ocasiones, de adoptar finalmente sanciones o de modificar radicalmente dicho Reglamento para proteger y compensar a los ciudadanos europeos perjudicados?

Vida Jurídica. Reseña de congresos y Seminarios en Materia de Derecho privado europeo

Departamento de Derecho Privado, Universidad Autónoma de Madrid (coord.), Jornadas sobre Derecho privado europeo. Facultad de Dere- cho. Universidad Autónoma de Madrid. 13-14 diciembre 2007.

Los días 13 y 14 de diciembre de 2007 se desarrollaron en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid las primeras Jornadas multidisciplinarias sobre Derecho privado europeo en las que participaron especialistas de distintas áreas: Derecho civil, romano, mercantil e internacional privado. La finalidad era dar a conocer la situación en que se encuentra el proceso de armonización del Derecho privado en Europa. Hablamos de armonización y no de unificación porque, si una cosa quedó clara tras la finalización de dichas Jornadas, es que, aun siendo evidente que para el eficiente funcionamiento del mercado único europeo resulta necesario un cierto grado de homogeneidad de las reglas aplicables a las transacciones –especialmente en el ámbito del Derecho contractual– dicha homogeneidad no parece que deba conseguirse mediante la elaboración de un cuerpo de leyes uniforme, al modo de un «Código» cuya aplicación desplace a los Derechos nacionales. Más oportuna resulta, y en este sentido parece que se orientan las iniciativas más recientes de la Comisión, la elaboración de un conjunto de «principios, reglas y definiciones» que, sin ser de directa aplicación, puedan servir de modelo para la elaboración de futuras normas comunitarias, pero también como criterio interpretativo a emplear por el legislador nacional, los jueces y árbitros. Con ese fin se está elaborando un «Marco Común de Referencia» (Plan de la Comisión de 2003, Comunicación de 2004) que, además, quizás en el futuro sirva como «instrumento opcional», es decir, como conjunto normativo al que las partes podrán recurrir libremente para regular sus relaciones jurídicas, de manera que los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales queden desplazados. Además, y al margen de ello, la elaboración del Marco Común de Referencia es importante en la medida que implica la construcción de lo que podríamos denominar un «Derecho contractual general» en el seno del cual ha de enmarcarse la normativa comunitaria sobre Derecho del consumo. Por otra parte, conviene hacer constar que en la elaboración del citado Marco Común de Referencia tienen un papel fundamental los llamados *Acquis Principles*, cuya pretensión es solamente ofrecer un instrumento dirigido a sistematizar y dotar de coherencia el Derecho comunitario ya vigente. El primer borrador de Marco común de referencia será publicado, posiblemente, a comienzos de 2008 y su aprobación definitiva está prevista para 2009, en forma de Libro Blanco.

Las Jornadas se organizaron en torno a trece conferencias. La primera corrió a cargo del profesor Luis Díez-Picazo (U. Autónoma de Madrid), quien ofreció una visión general de las posibles vías de desarrollo del Derecho privado europeo y, a la vista del ejemplo del Convenio de Viena de 1980, se mostró optimista en la convergencia de sistemas entre el civil law y el common law. A continuación, el profesor Reiner Schulze (U. Münster y

miembro del *Acquis Group*) explicó el estado de la cuestión en relación con el proceso de elaboración del Marco Común de Referencia y expuso brevemente sus contenidos. Las dos conferencias que siguieron a la pausa, a cargo del Prof. Francesco Amarelli (U. Federico, II, Nápoles) y el profesor Federico Fernández de Buján (U. Nacional a Distancia) estuvieron protagonizadas por los romanistas aunque, desgraciadamente, el tono de las intervenciones se alejó un poco de lo que debería haber sido su objeto, esto es, la contribución del Derecho romano a la construcción de un Derecho privado común para Europa. La sesión de la tarde contó, en primer lugar, con la participación de Antonio Pau Pedrón (Registrador de la Propiedad, Madrid), quien, descendiendo ya a ámbitos más concretos, se pronunció sobre la posible convergencia de los sistemas registrales europeos que se enmarcan, bien entre los que ofrecen una protección limitada a los terceros como el español, francés o italiano, y los que, como el alemán –adoptado también por los países del este– ofrecen una protección plena al tercero. A continuación intervino el profesor José María Miquel (U. Autónoma de Madrid), que, en relación con el pacto de reserva de dominio, puso de relieve cómo en la mayoría de los ordenamientos europeos no se duda acerca de la validez de dicho pacto, que es configurado como una transmisión de dominio sometida a condición suspensiva y que cumple una importante función de garantía, ya reconocida en la Directiva sobre morosidad en las operaciones mercantiles. La penúltima conferencia de la tarde fue pronunciada por el profesor Miquel Martín Casals (U. Girona), que, en su calidad de miembro del *European Group on Tort Law*, explicó la estructura de dicho grupo, la metodología de trabajo y el contenido de los *Principios sobre el Derecho europeo de daños*, cuya finalidad es servir como criterio de interpretación de la normativa sobre responsabilidad civil y que, según indicó, ya han sido utilizados en este sentido por nuestro Tribunal Supremo. Por último, la Prof. Pilar Perales Viscasillas (U. La Rioja) intervino para explicar la aplicación judicial de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL o Principios Lando) y destacó que los tribunales españoles los están utilizando, no sólo para reforzar sus razonamientos (como criterio de interpretación), sino también, en ocasiones, para colmar lagunas (como criterio de integración), afirmación ésta que suscitó cierta polémica entre el público y los ponentes, por entender que esto último implica prescindir del sistema de fuentes (art. 1 CC) y de las reglas de integración del contrato (art. 1258 CC) establecidas en nuestro Código Civil.

El segundo día, las Jornadas comenzaron con la intervención del Prof. Stefan Leibler (U. Bayreuth y miembro del *Acquis Group*) quien, tras referirse al contenido actual del Borrador de Marco común de referencia, se pronunció a favor de su operatividad como instrumento opcional, no sólo en las relaciones entre empresarios, sino también en las relaciones con consumidores. Le siguió la profesora Esther Arroyo i Amayuelas (U. Barcelona y miembro del *Acquis Group*), que explicó el trabajo realizado por el grupo de investigación encargado de elaborar los *Acquis Principles* y cuya pretensión, como ya se adelantó, es mejorar el Derecho comunitario vigente y servir de inspiración al legislador (nacional, comunitario) en la elaboración de futuras normas. En concreto, la ponente concentró su explicación en algunas de las definiciones (así, la que explican los distintos niveles que puede revestir la forma (del contrato, de la información, de las declaraciones) en el Derecho comunitario y la estructura de las normas que regulan los remedios frente al incumplimiento. En tercer lugar intervino el profesor Álvaro Vidal Olivares, quien expuso cómo en el Derecho chileno se tiende a construir un sistema de reme-

dios para el incumplimiento contractual inspirado en los principios consagrados en la Convención de Viena.

Las Jornadas terminaron con una última sesión dedicada al análisis del Derecho privado europeo desde la perspectiva de los especialistas en Derecho internacional privado. El Prof. Roberto Mastroianni (U. Federico II, Nápoles) explicó la función del Derecho de la competencia como mecanismo de tutela de los consumidores. A continuación, los profesores Sixto Sánchez Lorenzo (U. Granada) y Francisco Gacimartín Alférez (U. Rey Juan Carlos, Madrid), cada uno partiendo de visiones diversas, analizaron la oportunidad de crear un Derecho privado europeo «uniforme» que elimine la denominada «competencia entre ordenamientos». El primero, además, manifestó ciertas dudas acerca de la posible operatividad del Marco Común de Referencia, que, según indicó, se aleja de los Principios Lando, obviando de esta manera la preeminencia que éstos otorgan al Derecho anglosajón, para otorgar mayor protagonismo al Derecho alemán-, como instrumento opcional en los contratos internacionales.

Las Jornadas finalizaron en la tarde del día 14, tras un día y medio de conferencias intensas y con animado debate. Los ponentes se caracterizaron por su calidad científica y por su gran claridad expositiva. Algunos de ellos resultaron ser sorprendentemente amenos y provocadores. No transcurrió el tiempo en vano, los asistentes pudimos aprender mucho acerca de un tema del que, en España, aún no se discute lo suficiente. Por todo ello cabe felicitar a los organizadores de las Jornadas y desear que se repitan actos académicos de este tipo. Las actas de las Jornadas aparecerán publicadas a mediados del año 2008.

María José SANTOS MORÓN
Universidad Carlos III (Getafe, Madrid)

Academia de Derecho privado europeo, Trier, 6-7 marzo 2008, *The Draft Common Frame of Reference – The CoPECL Network – The Future of European Contract Law* (<http://www.era.int/web/en/html/index.htm>)

El Congreso fue organizado por la ERA (*Academy of European Law*), ente financiado por la Unión Europea y creado con la finalidad de formar juristas europeos, con el objeto de debatir el proyecto de Marco Común de Referencia [= MCR] (sobre el mismo, *vid.* anteriores crónicas, sección III. Derecho de contratos), esto es, el estado de la cuestión sobre los trabajos de los juristas que trabajan en el seno de la red *CoPECL*, creado a partir del Plan de Acción de la Comisión europea sobre un Derecho contractual europeo más coherente. El proyecto de MCR está formado de *Principios* (de ahí el acrónimo: *Common Principles of European Contract Law = CoPECL*), que incluyen definiciones, conceptos generales y normas, acompañados de comentarios realizados desde una perspectiva de Derecho comparado y de una valoración sobre su impacto económico, además de otros análisis que miden la aplicabilidad de tales principios, a partir del *case law* comunitario y nacional.

El proyecto de Principios *CoPECL* se presentó por primera vez en el Congreso de Trier, tras haber sido publicado por C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke *et al.* (eds.), *Draft Common Frame of Reference, DCFR-Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Interim Out-

line Edition, Sellier, Munich, 2008 (*vid.* recensión a cargo de Miguel Ángel Adame, en esta misma crónica).

La red europea de investigadores funciona formalmente desde el año 2005 (informalmente, desde el año 2002) y está financiada por la Comisión en el marco del VI Programa marco; entre otros, lo integran el *Acquis Group*, el *Study Group* para un Código Civil europeo, el *Insurance Group* en el ámbito del contrato de seguros, la asociación *Henri Capitant*, el *Common Core* (proyecto que trata de realizar un mapa europeo del Derecho a partir de la comparación entre las distintas soluciones jurisprudenciales), el *Economic Impact group*, el *Database Group*, y la *European Law Academy* de Trier. En el congreso, cada uno de los ponentes estaba llamado a representar a uno de los diferentes grupos que forman parte de la citada red.

El profesor von Bar (*European Legal Studies Institute*, Universidad de Osnabrück), coordinador del *Study Group* presentó el libro que contiene el «*Draft Common Frame of Reference-Principles, Definitions and Model Rules*», que es el título que daba nombre al Congreso y que recoge las contribuciones de los dos mayores grupos de trabajo sobre el Derecho contractual europeo: el *Acquis Group* y el *Study Group on a european civil code*. El citado proyecto va precedido, en la versión publicada, de una larga introducción y, en palabras del ponente, trata de regular no sólo el Derecho contractual (Libro II), sino también el «Derecho europeo de las obligaciones» (contractuales y no contractuales, Libro III), al que sigue la regulación de los contratos en especial (Libro IV) y otros institutos que no se reconducen al Derecho de contratos, como la *negotiorum gestio*, el enriquecimiento injusto o algunos aspectos relacionados con *trust*, etc. Está previsto que el Libro V esté compuesto de diez libros en total. El Libro I es una especie de introducción que contiene principios y definiciones generales.

Desde luego, la sistemática del proyecto de MCR no es fácilmente inteligible, puesto que se basa en un abstracto Derecho de las obligaciones que recuerda en exceso el conceptualismo propio de la pandectística alemana del siglo XIX. Aparece problemática, sobre todo, la individualización de la línea de demarcación entre lo que debe ser considerado «Derecho de contratos» y lo que queda fuera del mismo. Según von Bar, es una decisión de política jurídica, más que de política *tout court*, valientemente adoptada por los autores del proyecto de MCR. El ponente lamentó, más bien, no tener un socio en la arena política con quien poder dialogar acerca del rol y efectivo alcance del futuro MCR.

Los profesores Schulte-Nölke (antes en la Universidad de Bielefeld y ahora en el *European Legal Studies Institute* de la Universidad de Osnabrück), Schulze (Universidad de Münster) y Zoll (Universidad de Cracovia), coordinador y miembros, respectivamente, del grupo *Acquis*, también intervinieron para comentar el volumen en el que han participado, como miembros del grupo *Acquis*, y cuyos resultados se encuentran dispersos a lo largo de los Libros II y III.

Tal y como se desprende del nombre, el grupo *Acquis* trabaja sobre el *acquis communautaire*, o mejor dicho, sobre una parte del mismo, limitada, de momento, al Derecho comunitario de los Tratados, los reglamentos, las directivas y las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas y el Tribunal de Primera Instancia. De tal acervo se intentan extraer reglas, definiciones y principios en materia contractual.

Los ponentes pusieron de manifiesto las ventajas del proyecto de Marco Común de Referencia, sea cual sea finalmente su fuerza vinculante: instru-

mento opcional o guía para el legislador, con la finalidad de mejorar la legislación futura, o para los intérpretes que, de esta manera, podrán desarrollar una sensibilidad distinta, a partir del respeto de las diferencias culturales. El proyecto de MCR es un primer punto de partida, que permitirá el diálogo entre juristas europeos. En particular, el profesor Schulte-Nölke puso de manifiesto que, entre los aspectos prácticos del futuro MCR, es que la tutela del consumidor podrá activarse a partir de un simple *click* con el *mouse*. La metáfora utilizada es la del «*blue botton*», es decir, un punto azul en cualquier página web que ofrezca productos y servicios a los consumidores y cuya rúbrica podría ser «contratos tutelados por el Derecho europeo»: los consumidores, en el ámbito del mercado interno, podrán escoger como ley aplicable a las transacciones a distancia las normas del MCR, simplemente a través del *click* en ese botón. En ese caso, el MCR sería vinculante en beneficio de los consumidores. La eficacia del MCR fue objeto de un gran debate.

El profesor Beale (*School of Law*, Universidad de Warwick), ex miembro de la Comisión Lando y actual miembro del *Study Group*, considera que el proyecto de MCR debe ser una «caja de herramientas o *toolbox*», es decir, un instrumento, una guía que puede ser útil para el legislador y, en particular, al europeo. También al nacional, para desarrollar un mejor Derecho contractual («*a better contract law*»), pero, en este caso, sin que le vincule. Sin duda, no se tratará de un código, sino de una fuente de inspiración a propósito de definiciones y técnicas interpretativas. Un instrumento, en definitiva, que contenga los principios básicos del Derecho contractual, con la finalidad de limitar, en la medida que se estime pertinente, el principio tradicional de la autonomía contractual. Apoyaron la idea del «*toolbox*», también el profesor Clive (Universidad de Edinburgo), la Sra. Diana Wallis (vicepresidente del Parlamento Europeo), y la profesora Veneziano (Universidad de Teramo), que representaba al *Insurance Law Group*. Este último ha acabado, en diciembre de 2007, una versión provisional de los PEICL (*Principles of European Insurance Contract Law*). El Dr. Možina (Universidad Ljubljana) también sostuvo una opinión proclive al instrumento opcional, que entendía que debía tener un mayor impacto sobre el Derecho nacional que sobre el comunitario. De hecho, en tanto que opcional, por un lado prevalecería sobre el nacional si fuera libremente elegido por las partes; y, por otro, es fuente de inspiración para el legislador nacional a la hora de transponer las directivas y proceder a las necesarias reformas internas.

No se aportó ningún dato sobre la intención de la Comisión a la hora de otorgar fuerza vinculante al MCR o considerarlo meramente opcional, tal y como proponía el Plan de Acción de 2003. Si una decisión política se orienta, eventualmente, en este último sentido, también las transacciones internas podrían regirse por ese mismo MCR y, en ese caso, el Derecho nacional quedaría derogado.

Otro debate no menos interesante fue el que se generó a partir de los valores que debería contener el proyecto de MCR. Según el profesor Beale, las normas contractuales no deben tener efectos redistributivos porque el Derecho contractual no se mueve en el plano de la justicia social. Así también, el profesor Storme (Universidad de Leuven), que reivindica a Aristóteles y la justicia correctiva. Para valorar todas estas tesis, se trae a colación el análisis económico del Derecho, del que se ocupó otro ponente, el profesor Gómez (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona), que representaba al *Economic Interest Group*, o sea, el grupo que se encarga de valorar el impacto económico del proyecto de MCR. Su ponencia analizó los pros y los contras

de la armonización del Derecho contractual europeo, razonando en términos de eficiencia, de *performance* económica, de costes de transacción y de beneficios. No compartía la opinión de Beale, según la cual el Derecho privado no tiene efectos distributivos, aunque admitió que probablemente el Derecho privado no es el mejor instrumento para intervenir en la redistribución de la riqueza social. Fue otra la opinión del profesor Wilhelmsson (Universidad de Helsinki), que distinguió los elementos que diferencian diversos tipos de justicia a que aspira el Derecho contractual: justicia procedimental, conmutativa y distributiva. Esta última es la que él denomina justicia social. No existe una definición, sino más bien diversos grados. Primero, la tutela de los Derechos humanos (son nulos los contratos que violan los Derechos fundamentales y el ejemplo típico es el ámbito laboral), luego los principios de solidaridad y de responsabilidad social (que comportan la tutela del sujeto débil y no necesariamente sólo los consumidores). En concreto, Wilhelmsson no ve por qué debería limitarse la reflexión sobre la justicia contractual a los contratos B2C (entre consumidores y profesionales), con exclusión de los contratos C2C (entre consumidores), o entre privados, puesto que los problemas más significativos en términos de justicia e injusticia se detectan, precisamente, en los contratos entre privados. Por otro lado, lanzó la siguiente pregunta al público: ¿acaso no son la confianza y el respeto al cocontratante y una actitud social ética de cooperación factores de prosperidad y de crecimiento económico?

Entre los ponentes que animaron el debate se encontraban el profesor Mazeaud (Universidad París II) y la profesora Fauvarque-Cosson (Universidad París II). Ambos explicaron la contribución de la *Association Henri Capitant* y de la *Société de Législation Comparée* en los trabajos para la elaboración del MCR. Aunque, de hecho, sería más exacto decir que ni una ni otra institución, ni tampoco ni uno ni otro profesor, ambos de reputada fama, han participado en la redacción del proyecto de MCR publicado en el libro antes citado. Pero expresaron el punto de vista «francés» sobre la armonización del Derecho europeo de contratos, que se visibilizó en la publicación de dos volúmenes: *Terminologie contractuelle commune e Principes contractuels communs*, al cuidado de la *Association Henri Capitant* y de la *Société de Législation Comparée* (2008), y, actualmente, en curso de publicación en inglés en la editorial muniquesa Sellier (2008/2009). Los dos libros se sirven del método de análisis comparativo y se circunscriben al Derecho contractual europeo, es decir, excluidos otros ámbitos de los que el proyecto de MCR sí que se ocupa.

El libro sobre terminología se ocupa de la individualización de los principios y valores sobre los que descansaría el Derecho contractual europeo, basado en un «modelo económico liberal y social al mismo tiempo» (en palabras de Mazeaud): autonomía contractual, seguridad en las transacciones comerciales, lealtad contractual (buena fe, deber de colaboración, principio de corrección). El referido a los principios se centra en los Principios Lando o PECL (http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law).

A pesar de que otra cosa pudiera dar a parecer el título, el volumen sobre terminología no es una simple rendición de cuentas del vocabulario utilizado por el legislador europeo, no es una recopilación acrítica del léxico europeo, sino que identifica las cuestiones sensibles desde el perfil de la traducción jurídica, poniendo de relieve las dificultades creadas a partir de la diversidad normativa. Se explica el significado de algunos términos seleccionados *a priori* por los autores del libro (contrato», «obligación», «orden público»,

«culpa», «buena fe», «daño») a partir del que tienen tanto en el Derecho nacional, como en el *acquis*, como en los *restatements* de la doctrina europea (von Bar, Gandolfi), como en los convenios internacionales (Viena, Roma, Unidroit, etc.). El elenco de fuentes es completo y el método utilizado pone de relieve la diversidad.

A pesar de que las dos publicaciones referidas expresan una perspectiva netamente francesa, sin embargo pueden resultar útiles cuando la Comisión juzgue el proyecto de MC académico, que deberá dar paso al auténtico MCR político que, finalmente, se adopte.

Finalmente, es interesante señalar que el proyecto de MCR puede, sin más, servir a los tribunales europeos en la interpretación de las directivas y reglamentos. La Prof. Trestenjak (Abogada General en el TJCE y ex miembro del *Study Group*) puso de manifiesto que el TJCE no cita doctrina en sus sentencias, pero sí que lo hacen los abogados generales y cada vez más. Cada vez más se citan los PECL, o el proyecto de MCR: aunque sus opiniones no vinculan al Tribunal, generalmente tienen un efecto persuasivo.

La necesidad de reflexionar sobre la terminología jurídica y de introducir definiciones comunes en el MCR se hacen patentes en sentencias como la que recayó en el caso *Leitner* (C-168/00), en la que se trató la noción de «daño», o en el caso *EasyCar* (C-336/03), que requería una definición de «servicio de transporte», o, finalmente, en el caso *Quelle* (C-404/06), que aludía al significado de «no conformidad» del bien con el contrato. Con el ejemplo de estos y otros supuestos, la ponente subrayó que el MCR puede acabar siendo un instrumento fundamental (aunque no vinculante) del que tanto los jueces europeos como los nacionales se pueden servir para interpretar de manera uniforme las nociones jurídicas.

El Congreso estuvo animado por la participación activa del público, en el que se encontraban los llamados grupos de interés (*stakeholders*): abogados, jueces, notarios y consumidores y empresarios, estos últimos particularmente interesados por la suerte del futuro MCR. Invocaron la oportunidad de incidir en el proceso de adopción del proyecto definitivo de MCR según un modelo de democracia participativa.

Barbara PASA
Università degli Studi di Torino

MEYER, Olaf (dir.), *The Civil Law Consequences of Corruption*. Jornadas 14-15 marzo de 2008 en el Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) de la Universidad de Bremen

De todos es sabido que la lucha contra la corrupción es una de las tareas con las que principalmente se enfrenta la creación de un espacio económico europeo. La corrupción se reprime, fundamentalmente, con los instrumentos que proporciona el Derecho penal. Con todo, éstos tienen una eficacia limitada. El número de condenas es pequeño y no puede hablarse de una eficacia preventiva general. Por tanto, no debe extrañar que se eleve la voz en favor de medidas complementarias.

Por invitación del *Zentrum für Europäische Rechtspolitik* (ZERP) de la Universidad de Bremen, varios investigadores procedentes de 13 países tomaron parte en las Jornadas de los pasados 14 y 15 de marzo, para discutir sobre esta cuestión y, en concreto, para explicar los efectos civiles de la

corrupción en los ordenamientos jurídicos de sus respectivos países. Los informes nacionales procedían de Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Inglaterra, Estonia, Francia, Polonia, Suecia, España y los Estados Unidos. Se contó, además, con la participación de representantes de la Comisión europea, del Consejo de Europa y de la OECD. La Oficina Europea contra el fraude (OLAF) financió las Jornadas.

Desde luego, no es una novedad admitir que los particulares están legitimados para hacer cumplir los intereses públicos. Esto es algo que viene discutiéndose últimamente, sobre todo en el ámbito del Derecho de la competencia [*vid.* el Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 2 de abril de 2008, COM(2008) 165 final]. Se confía en que el refuerzo de los mecanismos privados de tutela tenga como resultado un mayor efecto intimidatorio. El deber de indemnizar daños y perjuicios es tan perjudicial para una empresa como una sanción administrativa. Además, los organismos encargados de la persecución de las infracciones quedarían descargados de trabajo si se permite que sea el directamente perjudicado quien reclame ante los tribunales. En Europa, se ponen a prueba las posibilidades y límites de una «ejecución privada» en el ámbito de las ayudas públicas, de las adjudicaciones y del Derecho antidiscriminación. Por el contrario, en el ámbito de la lucha contra la corrupción, la utilización metódica de instrumentos de Derecho privado apenas ha sido explorada, a pesar de que los problemas son los mismos que existen en cualquiera de los otros ámbitos mencionados.

Entre los remedios, junto a la indemnización de daños, en la discusión se planteó la posibilidad de declarar ineficaces los contratos corruptos y la pérdida de los beneficios obtenidos de forma ilegal. Todos los participantes estuvieron de acuerdo en que el Derecho civil puede jugar un papel muy importante en la lucha contra la corrupción. Con todo, incrementar la eficacia de la prevención civil exige eliminar algunos obstáculos en los ordenamientos jurídicos nacionales. Particularmente problemática es la calificación de la indemnización de daños. Se planteó también si los contratos celebrados mediante soborno deberían ser nulos o podrían ser convalidados por el perjudicado. Hubo unanimidad en la consideración de que, además de proteger el equilibrio de los intereses de los contratantes, también debían ser protegidos los de terceros y, en especial, los de competidores y consumidores, si bien en este ámbito los medios de tutela que proporciona el Derecho civil aparecen configurados de forma muy débil. Finalmente, muchos participantes expresaron su deseo de que la ejecución privada tuviera mayor presencia en otras iniciativas europeas de lucha contra la corrupción, de tal forma que pudieran buscarse soluciones conjuntas y onmicomprensivas.

Está prevista la publicación de las conferencias, en inglés, a finales de año, en la editorial Nomos.

Olaf MEYER
Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Universidad de Bremen

BIBLIOGRAFÍA

Libros

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, ISBN 978-84-9768-514-6, 631 pp.

El objeto de la presente obra, cuya elaboración se enmarca en un Proyecto de Investigación¹, está constituido por el Derecho de bienes vigente en Cataluña. No se ciñe, por tanto, únicamente a la Ley 5/2006, de 10 de mayo, por la que se aprueba el Libro V CC Cataluña, sino también al Derecho común de aplicación directa o supletoria.

La obra se encuentra dividida en seis partes y en treinta capítulos. Cada uno de los capítulos cuenta con una ampliación bibliográfica situada al final.

Aunque los destinatarios del libro son estudiantes de Derecho, la intención de los autores, que expresan en el prólogo (p. 7), es que resulte también útil al profesional del Derecho. Puede afirmarse que dicha intención se cumple de manera más que satisfactoria, pues los autores consiguen combinar la explicación de conceptos básicos con la exposición de las discusiones doctrinales y de las diversas líneas jurisprudenciales que, en su caso, se han originado en torno a su interpretación y alcance. Todo ello acompañado por la interpretación auténtica derivada de los «Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya. Els drets reals»².

Lo anterior no debe conducir a la errónea conclusión de que el lector va a encontrar una exposición plana sin construcciones u opiniones propias. Muy al contrario, la visión de los profesores Del Pozo, Vaquer y Bosch recorre toda la obra, proponiendo soluciones originales a problemas que, a su juicio, han sido resueltos por el legislador catalán de manera insatisfactoria, o mostrándose de acuerdo con la posición finalmente plasmada en el CCCat. Baste reproducir aquí dos ejemplos ilustrativos.

En el capítulo 5, dedicado a la donación y situado en la parte titulada «Adquisición, Transmisión y Extinción de los derechos reales», siguiendo la sistemática del CCCat (distinta a la seguida por la CDCC) los autores no dudan en afirmar de manera tajante que «La donación [...] no es un contrato».

Si en este aspecto se comparte la decisión tomada por el legislador catalán, en otros, los autores se muestran críticos. Y así, la regulación del «conflicto por el hecho de la posesión», además de ser «poco clara» no resulta tampoco satisfactoria en el fondo: «[...] los criterios de preferencia que esta-

¹ SEJ2006-14785-C02-01 y 02. Además, los autores forman parte de un Grupo de Investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya, núm. 2005SGR00199.

² 2003. Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

blece el artículo 521-4.2 no resultan satisfactorios, porque pueden no ajustarse a la que será la decisión final del juez» (p. 39). La solución que proponen es que sea el juez, y no la ley, quien determine en cada caso la situación interna de la cosa.

Abundan en los capítulos ejemplos prácticos que, sin duda, ayudarán al estudiante a entender figuras complejas cuya mera definición abstracta resulta en muchos casos insuficiente.

No faltan tampoco las referencias al Derecho comparado. Los lugares en los que se ha optado por introducirlas están cuidadosamente elegidos: por ejemplo, y como no podía ser de otro modo, se refleja el panorama comparado en cuanto al modo de adquirir la propiedad (p. 62).

Debe valorarse también muy positivamente la explicación de las razones que han conducido al legislador catalán a inclinarse por una determinada regulación de un concreto problema. Sirva de ejemplo la acreditación de la existencia de la *rabassa morta* (p. 279): en concreto, la posible existencia de *rabassas mortas* extinguidas en el Registro de la Propiedad ha dado lugar, explican los autores, al establecimiento de un sistema que facilita la cancelación de las *rabassas mortas* extinguidas.

Podrían llenarse innumerables páginas de ejemplos que, como los anteriores, son muestra de la claridad y de la profundidad de la obra, combinación perfecta de la vocación docente y de instrumento útil para los operadores jurídicos. Pero no es éste el objetivo de la presente reseña. Las funciones de la obra sólo se cumplirán con el contacto directo de ésta con el lector: el profesional del Derecho que acude a él para resolver un caso y que sin duda encontrará, primero, las pistas en el completo índice reflejo de la buena sistemática de la obra y, luego, la solución en sus páginas interiores; o el estudiante a quien el manejo del libro ayudará a prepararse para acometer de manera más que satisfactoria, no sólo el temido examen, sino también su futura profesión.

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI
Investigadora Juan de la Cierva
Universidad de Santiago de Compostela

CALVO ESPIGA, A.: *El matrimonio entre Escila y Caribdis. Historia y límites de su proceso secularizador en el ordenamiento español*, ed. ESET, Vitoria, 2008, 277 pp.

El propio Autor de la monografía que presentamos contextualiza perfectamente, ya desde sus palabras introductorias, el ámbito en que se desenvuelve la problemática estudiada en este libro: «También hoy, como en tantas y tan variadas ocasiones a lo largo de la historia, el matrimonio, en cuanto ha sido siempre considerado como una de las instituciones jurídicas más relevantes, fundantes y fundamentales para la sociedad, sigue, a pesar de lo mucho que sobre él se ha dicho y escrito, preocupando y ocupando la atención de quienes se acercan a esta institución desde las perspectivas y metodologías más variadas, distintas y hasta dispares... Así pues, las dos preguntas

o perspectivas desde las que abordamos este estudio se delimitan o conforman a partir de dos tendencias observables en la evolución de la normativa matrimonial: nos referimos a la secularización y, quizás en estrecha conexión con ella, a la progresiva privatización de la institución matrimonial. ¿Puede, pues, afirmarse que los cambios tanto materiales como formales de la legislación matrimonial son consecuencia del predominio de una concepción cada vez menos sacralizada y más secularizada de la institución matrimonial? ¿Pueden estos cambios incluso considerarse equivalentes a la secularización de la institución matrimonial y a la competencia normativa, incluso exclusiva, de la autoridad estatal sobre el matrimonio? En el desarrollo y evolución de las normas que regulan el matrimonio, ¿se observa una clara tendencia hacia una concepción cada vez más privatística del matrimonio y la familia, a pesar de sus implicaciones y opciones constitucionales?» (pp. 32 y 34).

El estudio del prof. Calvo Espiga se estructura en doce capítulos, de los que el último tiene un carácter eminentemente conclusivo. La clave en torno a la que se articula la exposición es la Ley de matrimonio civil obligatorio de 1870, a cuyo análisis se dedica el capítulo VI del libro. En los capítulos III, IV y V se estudian los precedentes y antecedentes normativos de la Ley de 1870, así como el marco socio-político en que se fraguó, en la historia del ordenamiento español, la primera ley de matrimonio civil obligatorio. Los capítulos siguientes (VII-XI) tratan de lo que podríamos calificar de proyección, restos o añoranza en el ordenamiento español de aquella primera ley de matrimonio civil. Cabe, desde este momento, resaltar y dejar constancia de la excelente estructuración de la obra, como se desprende de la mera lectura del índice.

La opción por un orden expositivo formalmente cronológico aporta claridad y fluidez a su lectura y facilita el seguimiento de la evolución y avatares de la institución matrimonio a lo largo de la legislación española. La misma inclusión de las notas al final de cada capítulo, en lugar de a pie de página, que, en un primer momento, pudiera parecer que dificulta su lectura, resulta, una vez que se avanza en la misma, un acierto, puesto que permite, con comodidad, una doble lectura del libro: la hecha directamente sobre el texto, prescindiendo de las notas, más ágil, rápida, *sencilla* y que, por otra parte, da cumplida cuenta de su contenido; y la realizada entretejiendo el contenido del aparato crítico que, tanto desde la formalidad de las referencias bibliográficas como desde el interesante y sugerente contenido material de muchas de ellas, abre interrogantes y perspectivas que animan y acucian a seguir reflexionando sobre la complejidad jurídica y social de la institución matrimonial.

Nos hallamos, pues, ante un estudio/exposición de la evolución del sistema matrimonial español desde que, como consecuencia de la propuesta de las Cortes de Cádiz en orden a sistematizar la difícil y, a veces, contradictoria compilación del Derecho español, se iniciaran los primeros intentos de codificar el Derecho civil y, como derivación de ello, las normas que regulaban la institución matrimonial. A diferencia de otros estudios del género, meritorios por otros aspectos, el que comentamos dedica un especial cuidado a la relación de la norma con el entorno y las circunstancias sociales y políticas en que aquélla se formula, haciendo especial énfasis en las que de manera más problemática han afectado y condicionado la propia norma: el estudio muestra y *razona* perfectamente el *sentido* de la norma dentro del contexto del sistema de valores en que surge y al que responde. Resultan, por ejemplo, muy iluminadoras las informaciones en torno a las oportunas intervenciones

del Papa en orden a desbloquear situaciones que, por las intrincadas circunstancias políticas por las que atravesaba España en aquellos momentos, hubiesen hecho poco menos que imposible cualquier formulación normativa aceptable para las fuerzas políticas que dominaban el Legislativo de la segunda mitad del siglo XIX.

Otro tanto podría decirse de la proyección, negativa la mayoría de las veces, que en el ámbito de la naciente codificación del Derecho matrimonial tuvieron acontecimientos, acaecidos y contenciosos surgidos entre las autoridades eclesiásticas y las del Estado y que, lógicamente, no contribuyeron a facilitar soluciones y cohesitar intereses entre Iglesia, Gobierno y partidos opositores, a fin de conseguir una legislación matrimonial asumida general y globalmente por las fuerzas sociales dominantes en aquellos momentos. Y no podía faltar una precisa, concisa y *detallada* referencia al humus ideológico y doctrinal en que se nutren las reformas del ordenamiento matrimonial llevadas a cabo durante los años de la Segunda República, así como a las incongruencias doctrinales y jurídicas que de aquél se derivaron y que tuvieron fiel y cumplido reflejo en la actitud ideológica y parlamentaria de don Luis Jiménez de Asúa, Presidente, a la sazón, de la Comisión parlamentaria redactora del Proyecto de Constitución de 1931.

Novedosa resulta, en esta monografía, la que podríamos denominar «perspectiva canónica» desde la que se enfoca el estudio de algunos de los Proyectos de Código Civil que, si bien no alcanzaron el rango de norma legal, sin embargo acabaron influyendo en la legislación posterior. Sin duda alguna, es ésta una perspectiva de la que carecían estudios realizados con anterioridad. Precisamente el análisis transversal y comparado del contenido del Proyecto de Código Civil de 1821 en la perspectiva de las prescripciones del Derecho canónico descubre como a pesar de los pronunciamientos explícitos del propio Proyecto en favor del matrimonio canónico como único reconocido por el ordenamiento, en realidad el Proyecto tipificaba como característico del ordenamiento del Estado un auténtico *matrimonio civil* (pp. 100-103). Lo mismo se concluye en este estudio con relación al Proyecto de Código de 1836 (pp. 103-106). Los ejemplos aportados en la obra que comentamos podrían multiplicarse en una enumeración que por su extensión excedería los límites del género académico-literario *recensión*.

Aunque metodológicamente el estudio que comentamos opta, como ya hemos puesto de relieve, por la cronología como cañamazo que traba la obra, sin embargo, la exposición está salpicada de interesantes reflexiones jurídicas que traman y relacionan determinados hitos fundamentales en la evolución de las normas que conforman la institución matrimonial. Sirva como ejemplo, entre otros, el texto siguiente de las páginas 242-243: «A pesar... de la ruptura con la tradición jurídica anterior según se plasma en la admisión por el ordenamiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en igualdad jurídica con el matrimonio heterosexual, es, a nuestro entender, la Ley 15/2005 la que más radicalmente innova y afecta a la institución matrimonial, pues, al someter su continuidad y pervivencia en cada caso exclusivamente a la voluntad personal, el ordenamiento ha cambiado radicalmente la razón jurídica de su proyección y configuración social. La voluntad personal, pues, no sólo opera, en justa correspondencia con lo que siempre ha sido, como condición y medio necesario de acceso a la institución matrimonial, sino que se constituye, en consonancia con el nuevo orden jurídico, en causa de subsistencia de la propia realidad matrimonial. La voluntad de la parte, a tenor de la reforma que nos ocupa, va, en su virtualidad jurídica, mucho más

allá de ser mera causa eficiente del matrimonio, bien sea entendida como accesión a una institución jurídica preexistente y legalmente modulada y moldeada, o bien sea interpretada en cuanto generación consensual de una institución jurídica que, por su relevancia social, escapa a cualquier posible control posterior de quien personalmente ha propiciado su generación. La voluntad cuasi se trasmuta también, por mor de la nueva ley, en causa material de la estructura jurídica matrimonial cuya subsistencia pende y depende de la permanencia de aquélla. No sólo el eventual *in fieri* mediante el que se inicia el matrimonio, sino el propio *in facto esse* institucional dependen, en la nueva concepción normativa, continua y permanentemente de la voluntad personal-individual. El matrimonio, pues, se «desinstitucionaliza» a favor de la libertad de la voluntad individual. En terminología jurídica clásica, podría decirse, dado que unilateralmente y sin justificación o causa objetivas puede romperse la alianza matrimonial, que cesados el afecto o la convivencia cesa el matrimonio. En consecuencia, la institución matrimonial queda reducida, en el mejor de los casos, a un negocio jurídico meramente privado en que, de hecho, cualidades o circunstancias tan personales e íntimas como el afecto o la convivencia se convierten en condición determinante y sustentadora de una realidad jurídica (el matrimonio) que históricamente se ha considerado institución básica y fundamental de la vida social. A la vez se quiebra esa especie de corriente de reciprocidad, en la que el entramado social, a través de su expresión jurídica en el ordenamiento, protege y garantiza con recursos especiales el matrimonio reforzando su carácter institucional en cuanto venía considerado como “fundamento básico” de la sociedad».

El subtítulo de esta obra: *Historia y límites de su proceso secularizador en el ordenamiento español* nos ofrece otra de las pautas hermenéuticas fundamentales sobre las que se articula este estudio: proceso de secularización de la legislación matrimonial que explica y da razón de las opciones que más radicalmente han cambiado el marco normativo que regula y ha regulado el instituto matrimonial. A través de la evolución de la norma matrimonial, el autor señala y analiza los hitos más relevantes de *estatalización secularizadora* del matrimonio, cuyo origen mediato sitúa en la Reforma Protestante, resaltando, a su vez, cómo esta *estatalización* se concreta en las distintas versiones del sistema normativo matrimonial. Estatalización y secularización de la legislación matrimonial que se cohonesta y simultanea con una progresiva privatización de la propia institución matrimonial, de tal modo que la legislación, en la evolución que ha seguido al menos desde 1870 hasta la actualidad, tiende más a garantizar el derecho personal a contraer que a proteger la institución matrimonial como tal.

Muy interesante, a este respecto, el último capítulo que a su carácter conclusivo suma un atinado resumen ideológico y conceptual de las corrientes y tendencias que han desembocado en el desenraizamiento de las normas matrimoniales de cualquier substrato religioso. En torno a los años sesenta del siglo pasado, un famoso teólogo holandés publicó un exitoso libro, traducido los idiomas más hablados, que describía, en su título, el matrimonio como «*realidad terrena y misterio de salvación*»; podríamos hoy, a la vista de la evolución acontecida en el ordenamiento español, describir la historia de la legislación matrimonial española como *el tránsito del matrimonio de misterio de salvación a realidad terrena*.

Finalmente, sólo nos queda felicitar al prof. Calvo Espiga por la elaboración de esta monografía. Y felicitarnos y felicitar a quienes profesamos el estudio del Derecho y más, si cabe, en concreto a quienes se dedican al estu-

dio del Derecho civil, porque estudios como el presentado no sólo aportan datos relevantes a la hora de calar en el sentido e implicaciones de la institución matrimonial, sino que abren horizontes metodológicos a la hora de abordar el estudio de instituciones jurídicas de la relevancia del matrimonio, sobre todo por lo que se refiere a la salvación del escollo metodológico del escolasticismo que se limita, como ocurre con tanta frecuencia en nuestros ambientes jurídicos, a estudiar las instituciones jurídicas desde el limitado entramado normativo que los conforma y delimita. Como sucede en el estudio que nos ocupa, el análisis y descripción de la institución jurídica se abren a la transversalidad y contrastabilidad de la sociedad, la política, la historia, la antropología y, como exige la problemática abordada en este libro, al Derecho religioso confesional. Sólo de este modo, como ya hemos apuntado más arriba, se consigue desvelar el *sentido* de la norma, entendiendo por tal la conexión y concatenación entre una determinada acción y su producto/repercusión social. La obra que presentamos y por lo que respecta a la determinación del *sentido jurídico* de la institución matrimonial es hermenéuticamente modélica, en la medida, sobre todo, en que nos descubre la *lógica social*, en el sentido que Natoli atribuye a esta locución¹, de la legislación matrimonial; o, dicho de otro modo, conecta en su análisis la institución matrimonial con las consecuencias sociales, relevantes jurídicamente, que determina y que, a su vez, son determinantes de aquélla.

Dr. Miguel A. ASENSIO SÁNCHEZ
Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

BIANCHI, Paolo: *¿Cuándo es nulo el matrimonio? Guía práctica de causas de nulidad para el asesoramiento jurídico de matrimonios en crisis. Traducción, revisión y notas de Javier Ferrer Ortíz, Carmen Garcimartín Montero y Pablo Ormazábal Albistur, 2.ª ed., Pamplona, 2007, ed. EUNSA, 272 pp.*

1. El libro sobre el que versa esta recensión es la traducción y adaptación del italiano *Quando il matrimonio é nullo? Guida ai motivi di nullità matrimoniale per pastori, consulenti e fedeli* (Milano, Ancora, 1998). Traducción al castellano, y adaptación al Derecho español (mejor: al contexto jurídico, tanto civil como canónico español), con vistas a que pueda desempeñar entre nosotros el mismo papel para el que fue concebido y publicado en relación con Italia.

La finalidad del libro resulta claramente de su subtítulo, que desde algún punto de vista es más ilustrativo en el original italiano, el cual lo dirige expresamente a «pastores, asesores y fieles»: se trata de proporcionar un material útil para que quienes tienen que hacer frente en primera instancia a las situaciones de crisis matrimonial –en el marco del matrimonio canónico–, puedan hacerlo con un bagaje jurídico suficiente. Es, en palabras del autor, «un sencillo prontuario para el uso de los pastores de almas y de los asesores de fieles con matrimonios en crisis». No es, pues, una monografía, ni un tratado, ni

¹ Cfr. NATOLI, S., «La logica delle azioni. Senso, regole, valori», en *Filosofía política*, 1991, pp. 399-411.

un manual convencional sobre la nulidad del matrimonio canónico: es una guía práctica, pero con la entidad suficiente como para poder ser empleada como obra de consulta, o como libro de formación (también en la docencia, si se atiende los criterios de Bolonia). Eso se plasma en que el autor evita la cita más o menos erudita, o la discusión especializada, y se esfuerza por ofrecer la doctrina común, la práctica jurisprudencial ordinaria, y la interpretación más habitual de la norma. Que el autor haya sido capaz de mantener el pulso del libro recensionado en esa finalidad me parece que es una de las mayores virtualidades de la obra, a la que nadie debe pedir lo que no se propone dar, pero que en cambio da todo lo que promete. Esta perspectiva práctica se manifiesta también en detalles como la insistencia de Paolo Bianchi en la importancia de la prueba, y en la atención que el asesor matrimonial debe prestar a ese aspecto: no basta con que él quede personalmente convencido de la nulidad de un matrimonio, sino que debe comprobar que es posible probarlo con suficiente seguridad.

Dos cosas más, en esta primera aproximación. Una, que el autor no pierde nunca de vista el contexto pastoral en el que se mueve la intervención del Derecho canónico. De ahí que, pese a la proximidad funcional entre crisis y nulidad (la nulidad es en muchas ocasiones utilizada como vía de solución de las crisis, que a su vez son contempladas otras tantas veces como indicio de nulidad), quede también claro que crisis y nulidad no son sinónimos, ni se corresponden por completo: no siempre que hay crisis el matrimonio es nulo, y el asesor debe ser prudente (insiste Bianchi en varios momentos), para no fomentar falsas expectativas en los cónyuges.

La segunda acotación, es que no estamos ante un libro de mera divulgación. Tampoco es un libro de autoayuda canónica, una suerte de *¿Qué sé yo sobre la nulidad del matrimonio canónico?*, o de *El canonista en casa*: va mucho más allá. Presupone un cierto conocimiento, no especializado, y una cierta familiaridad con el Derecho en general, y con el Derecho canónico en particular: el que se supone en quien se dedica al asesoramiento de matrimonios. Presupone ese conocimiento, y pretende aumentarlo, y poner al consultor en disposición de moverse con una cierta soltura y seguridad en ese primer momento, en el que hay que proporcionar una orientación inicial a quien se dirige a él. A partir de ahí, por sus características el libro puede ser útil para un público relativamente amplio, deseoso de tener conocimientos más amplios, mejor fundamentados y, sobre todo, más seguros, sobre un tema tantas veces tan maltratado en los medios de comunicación como es el de la nulidad de los matrimonios canónicos. Incluso, cabría sugerir que se incluyera como lectura recomendada a los alumnos de Ciencias de la Comunicación, para evitar ese maltrato. Es útil también a quienes nos interesamos por el matrimonio desde la perspectiva del Derecho civil, no sólo porque sigue siendo cierta la afirmación de don Álvaro d'Ors de que, en materia matrimonial, el Derecho clásico es el canónico, sino por el contraste que representa frente al matrimonio civil. Buena muestra de su utilidad es que ya ha alcanzado, y en breve tiempo, su segunda edición.

2. La finalidad de la obra explica la estructura del libro, y la de los capítulos. La primera, es clásica: tras una introducción, se trata, en sucesivos capítulos, de la violación de la libertad del consentimiento, del error de hecho, de la simulación en general, de la exclusión de la prole, de la indisolubilidad, y de la fidelidad, de la simulación, del impedimento de impotencia, de la incapacidad para consentir, y para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio y del consentimiento condicionado. Los dos últimos capítu-

los se refieren a la convalidación del matrimonio, y a un supuesto que no es de nulidad en sentido estricto, pero que el autor, con buen criterio, ha decidido incluir: la dispensa de matrimonio rato y no consumado.

Dentro de cada capítulo, la estructura es la misma: exposición de los «*elementos de Derecho sustantivo*», con las características ya indicadas; la «*guía para el asesor*», dirigida a facilitar a éste su trabajo, y que se formula muchas veces en forma de preguntas, a las que el asesor debe ser capaz de contestar en relación con el caso que le ha sido consultado, y que pueden actuar como plantilla para no olvidar ningún aspecto importante; por último, algunos ejemplos inspirados en casos reales, seguidos ocasionalmente de brevísimas observaciones, mediante los que se pretende que el lector pueda entender mejor lo que se ha expuesto en los epígrafes precedentes.

3. La traducción al español ha querido ser fiel a la finalidad de la obra, y por eso no se ha limitado a poner en castellano lo escrito en italiano. No estamos ante una mera traducción; ni siquiera ante una traducción enriquecida con anotaciones españolizantes. La universalidad del Derecho canónico (globalizado *avant la lettre*) ha permitido hacer una verdadera adaptación: ofrecer al lector un libro que parece pensado y escrito por un autor español, en el contexto jurídico y eclesiástico español. Esto va desde la españolización de los nombres de quienes protagonizan los ejemplos (nivel claramente superficial, pero que muestra el cuidado con el que ha querido hacerse), hasta la preocupación por sustituir las referencias a las disposiciones emanadas de la Conferencia Episcopal Italiana, por las normas equivalentes dictadas por la Conferencia Episcopal Española, o el contexto jurídico italiano, por el español. De esta forma, la obra es plenamente útil para el lector español: como si hubiera sido (insisto) pensada y escrita para España.

4. Terminaré (la reseña) por el principio (del libro). No es aconsejable obviar la introducción, que firma el prof. Ferrer Ortiz, coordinador, anotador y adaptador de la obra. Ahí el lector encontrará muchas más claves, y mejor dichas, que las que yo he puesto de relieve en estas breves líneas, y comprenderá mejor su utilidad, y la conveniencia de su lectura. Lectura que, como ya he tenido ocasión de indicar, es aconsejable no sólo para quien ha de asesorar a matrimonios en crisis, o más en general afrontar cuestiones de nulidad matrimonial canónica, sino para cualquier persona que, a partir de un mínimo nivel de formación, pretenda tener un conocimiento suficientemente riguroso de la materia a la que el libro se dedica.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE
Catedrático de Derecho civil

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones. II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor, letra de cambio y cheque. III. *Derecho concursal*.-IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.-V. *Derecho de la Unión Europea*.-VI. *Derecho procesal*.-Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)», en *RDCE*, núm. 29, 2008, pp. 7 ss.

AÑOVEROS, Beatriz: «Reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera. Convenio de Lugano» (Comentario a la STS de 13 de marzo de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1471 ss.

BELLO Y VILARINO, José Miguel: «El proceso de comunitarización normativa del Derecho Internacional Privado europeo: de Ámsterdam a Lisboa», en *GJ*, núm. 3, 2008, pp. 53 ss.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles», en *AAMT*, tomo XXXIX (2008), pp. 99 ss.

EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles: «Constitución, mejoramiento y Derecho civil Navarro», en *DPC*, núm. 21, 2007, pp. 229 ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La unificación del derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II)», en *La Ley*, 2007-5, D-232.

IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «Propuesta sobre la inserción del Derecho europeo en nuestro ordenamiento», en *GJ*, núm. 249, 2007, pp. 3 ss.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: «La prescripción y la seguridad jurídica», en *RCDI*, núm. 702, 2007, pp. 1603 ss.

- ORELLANA CALDERÓN, Raúl: «La Tercera Partida de Alfonso X el Sabio. Estudio y edición crítica de los títulos XVIII al XX. Contextos en torno a la edición de la Tercera Partida de Alfonso X el Sabio (Parte 1.ª)», en *RJNot.*, núm. 64, 2007, pp. 183 ss.
- SARAZA JIMENA, Rafael: «Primacía del Derecho comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (Comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, caso Cordero Alonso)», en *RPJ*, núm. 82, 2006, pp. 101 ss.
- SARRIÓN ESTEVE, Joaquín: «La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y sistema de fuentes», en *RGLJ*, núm. 4, 2007, pp. 631 ss.
- VIRGÓS SORIANO, Miguel: «Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional», en *AFDUAM*, núm. 11, 2007, pp. 79 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Nuevos Estatutos de Autonomía y legislación civil», en *DPC*, núm. 21, 2007, pp. 331 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALISTE SANTOS, Tomás J.: «La protección histórica al concebido y su proyección en el Derecho Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2008, pp. 383 ss.
- ÁNGEL, Ricardo de: «En torno al polémico artículo 878 del Código de Comercio», en *ADC*, núm. 13, 2007, pp. 7 ss.
El autor examina el artículo 878 del Código de Comercio, conforme al cual: «Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos.
- BACHMAIER WINTER, Lorena: «La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo», en *La Ley*, 2077-4, D-190.
- CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, José María: «Tribunal Constitucional, recurso de amparo y seguridad jurídica», en *La Ley*, 2008-1, D-43.
- DE DIOS VIÉITEZ, M.^a Victoria: «Asistencia social y legislación en el ámbito de la protección de menores», en *RJN*, núm. 43, 2007, pp. 167 ss.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2007, pp. 2228 ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *DPC*, núm. 21, 2007, pp. 131 ss.
- GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, Vanesa Eugenia: «La derogación del principio de varonía en la sucesión del título nobiliario», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 167 ss.

- GUI MORI, Tomás: «La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Profunda reforma del recurso de amparo y de la nulidad de actuaciones», en *La Ley*, 2077-4, D-207.
- PI LLORENS, Montserrat: «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿avance u oportunidad perdida?», en *RDCE*, núm. 27, 2007, pp. 575 ss.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: «*Trasnational Human Rights Claims* y acceso a la jurisdicción civil en Europa», en *RDCE*, núm. 27, 2007, pp. 511 ss.
- RIVES SEVA, José María: «Testamento vital y objeción de conciencia», en *La Ley*, 2008-1, D-71.
- ROMERO PAREJA, Agustín: «El derecho a la reproducción asistida», en *RJNot.*, núm. 63, 2007, pp. 283 ss.
- SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique: «Estatuto jurídico de los socios en las sociedades profesionales», en *La Ley*, 2008-1, D-16.
- SARAZA JIMENA, Rafael: «Primacía del Derecho comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (Comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, caso Cordero Alonso)», en *RPJ*, núm. 82, 2006, pp. 101 ss.
- SERRANO ALONSO, Eduardo: «La protección de los discapacitados y la reforma del Código civil (La Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 61 ss.
- SERRATO MARTÍNEZ, Luis: «La historia clínica y su acceso con fines judiciales», en *La Ley*, 2008-1, D-4.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa: «Sobre la eficacia en España de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *DPC*, núm. 21, 2007, pp. 331 ss.
- TORRES PEREA, José Manuel: «Reforma de los artículos 154 y 268 CC. El derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia», en *La Ley*, 2008-1, D-41.
- YANES YANES, Pedro M.: «Bases metodológicas y operativas para la adaptación de las sociedades profesionales», en *La Ley*, 2008-1, D-60.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ACEBES CORNEJO, Raúl: «Las consecuencias de la nulidad absoluta», en *RJNot.*, núm. 63, 2007, pp. 9 ss.
- ADAME MARTÍNEZ, Miguel Ángel: «Transmisión de finca embargada a tercero. Ejercicio de la tercería. Preferencia del embargo por haber sido anotado antes de la presentación de la escritura pública de venta, aunque la venta en documento privado fuese anterior» (Comentario a la STS de 14 de junio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 199 ss.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Pago de lo indebido», en *RDPPr.*, septiembre-octubre 2007, pp. 5 ss.

- ALFONSO VELÁZQUEZ, Olga Lucía: «Los consumidores y el contrato de servicio telefónico», en *RGLJ*, núm. 4, 2007, pp. 503 ss.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a Teresa: «La figura del productor en la venta de bienes de consumo: supuestos de responsabilidad», en *RPJ*, núm. 83, 2006, pp. 197 ss.
- AMAT LLOMBART, Pablo: «Cofianza solidaria; afianzamiento de préstamo a sociedad mercantil asumido por tres socios de aquélla y por una sociedad de garantía recíproca; pago de toda la deuda por cofiador solidario previa demanda judicial; ejercicio del derecho de reembolso por el cofiador *solvens*; excepciones oponibles por los demás cofiadores» (Comentario a la STS de 20 de julio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 317 ss.
- ANDERSON, Miriam: «Donación encubierta. La escritura pública de compraventa no satisface los requisitos formales de la donación de inmuebles. Nulidad de la donación disimulada por falta de forma, incluso cuando la donación es remuneratoria» (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 65 ss.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Determinación del objeto del contrato» (Comentario a la STS de 23 de febrero de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1373 ss.
- AZPARREN LUCAS, Agustín: «Intervención judicial en el arbitraje. La apreciación de oficio de cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral (Consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 26 de octubre de 2006)», en *La Ley*, 2007-4, D-205.
- BARRÓN ARNICHEs, Paloma de: «El incumplimiento contractual de la parte vendedora en la compraventa de solares urbanos. ¿Un caso de *efficient breach of contract*?», en *La Ley*, 2007-5, D-268.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia A. y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Derecho a la cultura *versus* comercio internacional de obras de arte», en *RCDI*, núm. 705, 2008, pp. 195 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia A.: «Derecho a la cultura *versus* comercio internacional de obras de arte», en *RCDI*, núm. 705, 2008, pp. 195 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito. A propósito de la reforma operada por la DF 3.^a de la Ley 41/2007», en *La Ley*, 2008-1, D-17.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Resolución de contrato de compraventa de fincas adquiridas en pública subasta por incumplimiento basado en motivos urbanísticos. El incumplimiento imputable, la frustración del fin del negocio, la desaparición sobrevenida de la causa del contrato y los motivos casualizados como posibles causas de la resolución contractual. La congruencia de la sentencia recurrida» (Comentario a la STS de 11 de octubre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1091 ss.
- CASTRO BOBILLO, J. Carlos: «El cumplimiento forzoso de la obligación de reparar las deficiencias de un inmueble», en *EDJ*, núm. 108, 2006, pp. 175 ss.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «Las responsabilidades en la edificación. Aspectos procesales: la interpretación del artículo 17-3 de la Ley 38/1999, a la luz de la LEC», en *EDJ*, núm. 108, 2006, pp. 223 ss.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Consideraciones sobre el contrato de corretaje», en *RCDI*, núm. 704, 2007, pp. 2481 ss.
- CUESTA SÁENZ, José María de la: «De nuevo sobre la contractualización del arbitraje», en *DPC*, núm. 21, 2007, pp. 63 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «División de concesión administrativa de tierras con acceso a la propiedad (legalmente indivisible). Reconocimiento privado de derechos en la concesión: Nulidad parcial: Validez en cuanto a la obligación de indemnizar por el valor económico de la mitad del lote» (Comentario a la STS de 25 de septiembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1091 ss.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La protección del consumidor en la compraventa: la Ley de garantía en la venta de bienes de consumo», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 93 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Cargas urbanísticas afectantes a una parcela. Limitaciones legales del dominio. Acciones contractuales del comprador. Rescisión por cargas o gravámenes ocultos: improcedencia. Deber de información precontractual del vendedor: alcance. Deber de informar sobre la situación urbanística de la finca en la Ley del Suelo: consecuencias del incumplimiento» (Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1221 ss.
- «Daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento», en *La Ley*, 2077-4, D-197.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «La protección del consumidor: una perspectiva global», en *EDJ*, núm. 103, 2006, pp. 279 ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «Los daños derivados de accidentes de trabajo: una gran paradoja», en *RDP*, núm. 19, 2007, pp. 25 ss.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón: «Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación», en *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 655 ss.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «La obligación de usar las viviendas protegidas adjudicadas en régimen de arrendamiento», en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2008, pp. 629 ss.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2007, pp. 2228 ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «Factores de corrección al alza de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes consecuencias de accidentes de circulación (perjuicios económicos, daños morales complementarios, incapacidades permanentes y adecuación del vehículo propio. Tabla IV LRCSCVM). Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la denominada jurisprudencia menor», en *RDP*, núm. 20, 2008, pp. 77 ss.

- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: «Compraventa internacional de mercadería. Sometimiento de las partes al INCOTERM CIF. Momento de transmisión de los riesgos. Pérdida de la mercancía. Seguro de transporte marítimo. Subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado. Falta de legitimación activa» (Comentario a la STS de 7 de marzo de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1445 ss.
- «Competencia judicial internacional. Sumisión a tribunales norteamericanos contenida en un contrato de arrendamiento. Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Demandada domiciliada en Estados Unidos y hecho litigioso ocurrido en el aeropuerto de Nueva York» (Comentario a la STS de 31 de octubre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 473 ss.
- FERRER TAPIA, Belén: «Culpa extracontractual, accidente aéreo: concurrencia de causa fortuita en la producción del accidente, debido a una tormenta que produjo una turbulencia que sorprendió al piloto: ausencia de dolo o la culpa grave del transportista o de sus dependientes» (Comentario a la STS de 26 de mayo de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 131 ss.
- FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina: «Repercusión por el promotor de la condena impuesta sobre el constructor y demás profesionales a los que encargó el proyecto y dirección de la construcción de las viviendas» (Comentario a la STS de 13 de marzo de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1459 ss.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: «Responsabilidad médica. Contenido de la información en las distintas modalidades de medicina. Identificación del daño y nexos causal en los supuestos de omisión o deficiencia de la información facilitada al paciente» (Comentario a la STS de 29 de junio de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1445 ss.
- «Responsabilidad médica. Acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Omisión de información sobre la conveniencia de someterse a la prueba del *triple screening* a gestante que no presentaba factores de riesgo relevantes. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Daño y nexos causal» (Comentario a la STS de 6 de julio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 279 ss.
- GARCÍA DEL RÍO, Luis y LARRAÑAGA YSASI-YASMENDI, Almudena: «La mutación de nuestro derecho de contratos. El abandono del Código Civil», en *DN*, núm. 205, 2007, pp. 21 ss.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Rescisión contractual al amparo del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992: venta de finca rústica con vivienda-chalé, finca calificada como suelo no urbanizable. Imposibilidad de obtener dotaciones y servicios básicos. Pretensión de ineficacia contractual fundada en la unidad causal de un segundo contrato de compraventa; consecuencias en tal caso de la rescisión pronunciada sobre el primer contrato de compraventa» (Comentario a la STS de 13 de febrero de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 49 ss.
- «Excepción de nulidad del objeto del contrato, relativo a la cesión del aprovechamiento de una concesión administrativa de emisora de radiodifusión para el que no se solicitó la oportuna autorización administrativa,

introducida por el demandado frente a una pretensión de resolución contractual por incumplimiento» (Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 359 ss.

GARCÍA RUBIO, María Paz: «Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *DPC*, núm. 21, 2007, pp. 131 ss.

GARCÍA VARELA, Román: «La responsabilidad por hecho ajeno», en *La Ley*, 2008-1, D-27.

— «Las acciones colectivas como medio de protección de los intereses de los consumidores», en *La Ley*, 2008-1, D-1.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles», en *RJNot.*, núm. 64, 2007, pp. 59 ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La unificación del derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II)», en *La Ley*, 2007-5, D-232.

GARNICA MARTÍN, Juan F.: «La acción de cesación», en *EDJ*, núm. 103, 2006, pp. 67 ss.

Análisis de algunas cuestiones relativas a la venta de bienes fuera de establecimiento mercantil, en concreto, la protección procesal de los consumidores y usuarios con especial atención a la acción de cesación en este tipo de contratos.

— «Fuerza mayor y rotura del nexo de causalidad», en *RPJ*, núm. 82, 2006, pp. 101 ss.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R.: «La cuantificación de daños. Un debate inconcluso», en *RGLJ*, núm. 4, 2007, pp. 577 ss.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Subrogación *mortis causa* en arrendamiento de local de negocio. Expropiación de la finca acordada en vida del *de cuius* arrendatario. Integración del justiprecio en la herencia del arrendatario. Alcance del acuerdo sobre la titularidad del arrendamiento. Actos propios» (Comentario a la STS de 17 de julio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 299 ss.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Subrogación *mortis causa* en arrendamiento de local de negocio. Expropiación de la finca acordada en vida del *de cuius* arrendatario. Integración del justiprecio en la herencia del arrendatario. Alcance del acuerdo sobre la titularidad del arrendamiento. Actos propios» (Comentario a la STS de 17 de julio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 299 ss.

GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada C.: «La seguridad del turista en la ejecución del contrato de hospedaje: breves consideraciones», en *DN*, núm. 208, 2008, pp. 19 ss.

GONZÁLEZ NAVARRO, «Agente, distribuidor o franquiciado y competencia desleal», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 319 ss.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar: «Novedades legislativas en materia de arbitraje», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 209 ss.

- IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Donación modal. Revocación por incumplimiento de carga consistente en la enajenación del bien donado con un destino preciso» (Comentario a la STS de 20 de julio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 343 ss.
- «Elementos estructurales y régimen de ineficacia del contrato de renta vitalicia», en *RDP*., enero-febrero 2008, pp. 43 ss.
- INFANTE RUIZ, Francisco J.: «Aval a primer requerimiento. Concepto de garantía independiente. Reclamación abusiva o fraudulenta» (Comentario a la STS de 1 de octubre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 415 ss.
- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: «Novedades de la acción ejecutiva de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Sobre la reforma efectuada por la Ley 21/2007, de 11 de julio)», en *La Ley*, 2007-5, D-275.
- JUAN Y MATEU, Fernando: «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», en *ADC*, núm. 13, 2007, pp. 115 ss.
- LABASTIDA AZEMAR, Francisco: «Código técnico de la edificación (CTE)», en *EDJ*, núm. 108, 2006, pp. 175 ss.
- LARRAÑAGA YSASI-YASMENDI, Almudena y GARCÍA DEL RÍO, Luis: «La mutación de nuestro derecho de contratos. El abandono del Código Civil», en *DN*, núm. 205, 2007, pp. 21 ss.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio: «Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria: su contribución a la teoría general del contrato (o viceversa)», en *RJC*, núm. 2, 2008, pp. 397 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «La venta de viviendas sobre plano: riesgos del comprador y tutela jurídica», en *RDU*, núm. 236, 2007, pp. 143 ss.
- LÓPEZ LIBREROS, José Manuel: «Las normas de origen para las mercancías: conceptos básicos y armonización», en *DN*, núm. 212, 2008, pp. 5 ss.
Las normas de origen son indispensables para ejecutar los sistemas comerciales internacionales. A través de ellas, se fija el régimen jurídico aplicable a las mercancías. Debido a su inherente complejidad técnica, a su impacto económico y al matiz político que las caracteriza, así como a la proliferación de regímenes de origen, se generan toda una serie de conflictos jurídicos que repercuten en la seguridad, estabilidad y agilidad de los intercambios, tanto en el comercio regional como en el global.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael: «La contratación electrónica de servicios bancarios destinados a consumidores», en *EDJ*, núm. 103, 2006, pp. 413 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos», en *AFDUAM*, núm. 11, 2007, pp. 123 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «Conceptos indemnizables por la contaminación acústica, lumínica, eflúvica, olorígena, pulvígena, visual y paisajística», en *La Ley*, 2007-5, D-220.
- «Ley de responsabilidad medioambiental: *quien contamina paga. Pero quien la sufre, no cobra*», en *La Ley*, 2007-5, D-258.
- «La responsabilidad civil del abogado a resultados de la Ley de Sociedades Profesionales», en *La Ley*, 2008-1, D-36.

- MARTÍN CASALS, Miquel: «Responsabilidad civil de los padres por la agresión sexual de su hijo menor a otro menor de edad. Responsabilidad directa y cuasi objetiva o por riesgo: presunción de culpa de los padres por omisión de las medidas exigidas por el deber de vigilancia que les incumbe; insuficiencia de las gestiones realizadas ante las instituciones públicas para el tratamiento de los trastornos de conducta del agresor, de personalidad inadaptadas y socialmente peligrosa» (Comentario a la STS de 10 de noviembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1195 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», en *ADC*, núm. 13, 2007, pp. 57 ss.
- MARTORELL ZULUETA, Purificación: «Cláusulas abusivas», en *EDJ*, núm. 103, 2006, pp. 133 ss.
Análisis de algunas cuestiones relativas a la venta de bienes fuera de establecimiento mercantil, en concreto, de los supuestos de cláusulas abusivas insertas en este tipo de compraventas.
- MÁS BADÍA, María Dolores: «*Datio pro soluto* y *datio pro solvendo*. Concepto, diferencias y efectos. Cesión de bienes en convenio de suspensión de pagos aprobado por auto judicial. Calificación como *datio pro solvendo*. Tercería de dominio interpuesta por el subadquirente de uno de los bienes frente al embargo trabado por la Hacienda Pública por deudas del suspenso. Desestimación de la tercería por falta de justificación de la titularidad dominical anterior al embargo por parte del tercerista» (Comentario a la STS de 28 de marzo de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1485 ss.
- MATEO Y VILLA, Iñigo: «De la fiducia gestión», en *RCDI*, núm. 704, 2007, pp. 2585 ss.
- MIGUEL PERALES, Carlos de: «La nueva Ley de responsabilidad mediamiental: quedan cuestiones aún por resolver», en *La Ley*, 2007-5, D-279.
- MORALES MUÑOZ, Emilia: «Arbitraje. Concepto. Naturaleza. Fundamento. Clases. Arbitrajes especiales», en *Actualidad Civil*, núm. 17, 2007, pp. 1985 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Particularidades del desistimiento en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y Derecho administrativo», en *La Ley*, 2007-5, D-235.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: «Responsabilidad civil. Suicidio por ingestión de cianuro potásico de un joven con problemas mentales. Inexistencia de causalidad jurídica conforme a los criterios de imputación objetiva entre la muerte y la venta de cianuro. Ausencia de responsabilidad del empresario por la actuación de sus dependientes. Culpa exclusiva de la víctima» (Comentario a la STS de 16 de octubre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 441 ss.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro», en *RDM*, números 204 y 205, 2007, pp. 619 ss.

- NÚÑEZ NÚÑEZ, María: «Puntualizaciones a la capacidad contractual. Delimitación de los conceptos de incapacitación, incapacidad y discapacidad», en *RGLJ*, núm. 3, 2007, pp. 453 ss.
- OLABARRÍA TÉLLEZ, Ángel: «El arbitraje de Derecho privado», en *AAMT*, tomo XXXIX (2008), pp. 253 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales», en *RDP*, núm. 19, 2007, pp. 45 ss.
- ORELLANA CANO, Nuria A.: «El desistimiento unilateral en los contratos de consumo», en *EDJ*, núm. 103, 2006, pp. 359 ss.
- ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco: «Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general», en *RCDI*, núm. 705, 2008, pp. 221 ss.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Nulidad de la donación de inmuebles oculta bajo escritura pública de compraventa simulada» (Comentario a la STS de 11 de enero de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1293 ss.
- PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel: «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», en *DN*, núm. 209, 2008, pp. 5 ss.
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José: «La nueva Ley sobre comercialización de servicios financieros destinados a consumidores», en *La Ley*, 2007-5, D-265.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión», en *RJC*, núm. 4, 2007, pp. 1045 ss.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: «La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro», en *La Ley*, 2008-1, D-65.
- PICATOSTE BOBILLO, Victoria: «Derecho de información y a un presupuesto previo en el Decreto gallego de prestación de servicios de talleres de reparación de equipos y componentes», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2008, pp. 3 ss.
- PRESENCIA CRESPO, Fernando: «La compraventa fuera del establecimiento mercantil», en *EDJ*, núm. 103, 2006, pp. 339 ss.
- PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica de: «Los gastos extrajudiciales del pago», en *RDP*, noviembre-diciembre 2007, pp. 63 ss.
- PUCHOL AIGUABELLA, Marta: «Novedades de la acción ejecutiva de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Sobre la reforma efectuada por la Ley 21/2007, de 11 de julio)», en *La Ley*, 2007-5, D-275.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «Enajenaciones en fraude de acreedores: su mecánica y su presencia en la economía familiar (STS Sala 1.ª de 12 de marzo de 2007)», en *RDP*, enero-febrero 2008, pp. 99 ss.

- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando: «Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurado de responsabilidad civil (Notas a la sentencia del TSJCE de 13 de diciembre de 2007)», en *La Ley*, 2008-1, D-64.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado», en *RDP*, noviembre-diciembre 2007, pp. 29 ss.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: «El reconocimiento de deuda y sus efectos», en *RDP*, núm. 20, 2008, pp. 103 ss.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Responsabilidad civil por inmisiones. Daño medioambiental. Contaminación visual o estética. Protección jurídica del paisaje. Inmisiones negativas. Ruidos. Daño moral. Doctrina de la prioridad del uso de la finca o pre-ocupación» (Comentario a la STS de 31 de mayo de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 153 ss.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y de los que con él contratan», en *RDP*, enero-febrero 2007, pp. 33 ss.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a Belén: «El desistimiento *ad nutum* en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2008, pp. 861 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Relevación de fianza» (Comentario a la STS de 13 de julio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 291 ss.
- SEIJAS QUINTANA, José Antonio: «Aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y Jurisprudencia», en *EDJ*, núm. 108, 2006, pp. 15 ss.
- SEOANE PRADO, Javier: «El código técnico de la edificación. Un nuevo paso en la nueva normativa sobre edificación», en *EDJ*, núm. 108, 2006, pp. 185 ss.
- SERRATO MARTÍNEZ, Luis: «La responsabilidad del farmacéutico por error de dispensación», en *La Ley*, 2007-5, D-257.
- SOLÉ FELIÚ, Joseph: «Pluralidad de causantes del daño y solidaridad», en *RDP*, enero-febrero 2008, pp. 3 ss.
- SOLER PASCUAL, Luis Antonio: «Los contratos vinculados», en *EDJ*, núm. 103, 2006, pp. 279 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Daños dolosamente causados con vehículo de motor. Negación de cobertura del seguro obligatorio», en *La Ley*, 2007-4, D-178.
- «Nuevas resoluciones del TS sobre daños causados con vehículo de motor», en *La Ley*, 2007-4, D-204.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Contrato bancario de préstamo con garantía hipotecaria. Retroacción de la quiebra de la entidad prestataria: alcanza a la hipoteca, mas no al contrato de préstamo. Ineficacia de la hipoteca constituida a favor de la entidad bancaria sobrevenida en virtud de la retroacción, en cuanto puede suponer una forma de privilegiar su crédito respec-

to de los demás acreedores alterando la *par conditio*. Interpretación de los contratos y canon de la totalidad» (Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 371 ss.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de: «La responsabilidad médica por el resultado: el caso de los odontólogos», en *La Ley*, 2008-1, D-39.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Sobre la garantía legal en las ventas de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2008, pp. 499 ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Responsabilidad derivada de dolo *in contrahendo*. Autonomía de la acción de responsabilidad civil respecto de la acción de anulación por dolo. Posibilidad de pedir el resarcimiento, sin necesidad de demandar la anulación del contrato» (Comentario a la STS de 18 de enero de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1319 ss.

VICENTE DOMINGO, Elena: «Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Daños corporales al manipular petardos en finca agrícola. Responsabilidad objetiva. Carga de la prueba del defecto, del daño y del nexo causal» (Comentario a la STS de 28 de septiembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1111 ss.

VICO CARRANCHO HERRERA, María Teresa: «Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses de sus asociados, además de la de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Consideración como abusiva de la cláusula incluida en contrato de suministro de gas en la que se establece el pago, en concepto de derechos de alta, de una cantidad que corresponde a los costes generales por gastos administrativos derivados de la contratación y a los de revisión de las instalaciones interiores previa a la conexión del servicio» (Comentario a la STS de 3 de noviembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1167 ss.

VILATA MENADAS, Salvador: «Tutela judicial de intereses supraindividuales», en *EDJ*, núm. 103, 2006, pp. 13 ss.
Análisis de algunas cuestiones relativas a la venta de bienes fuera de establecimiento mercantil, en concreto, de la legitimación activa de sujetos individuales y asociaciones de consumidores.

VIRGÓS SORIANO, Miguel: «Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional», en *AFDUAM*, núm. 11, 2007, pp. 79 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ADAME MARTÍNEZ, Miguel Ángel: «Transmisión de finca embargada a tercero. Ejercicio de la tercería. Preferencia del embargo por haber sido anotado antes de la presentación de la escritura pública de venta, aunque la venta en documento privado fuese anterior» (Comentario a la STS de 14 de junio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 199 ss.

AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo: «La presentación telemática», en *RDNT*, núm. 16, 2007, pp. 19 ss.

El autor aborda en este estudio todas las cuestiones y problemas derivados de la puesta en marcha del sistema de presentación telemática en todos los Registros públicos, como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 24/2005 en relación con la Ley 24/2001. Asimismo, realiza un análisis estadístico de la evolución que tal sistema está experimentando en España.

— «Aspectos registrales y fiscales de la presentación telemática», en *RDNT*, núm. 16, 2007, pp. 39 ss.

ALBALADEJO PÉREZ, Conrado: «El formalismo como medida de protección al adquirente en la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno», en *RCDI*, núm. 702, 2007, pp. 1535 ss.

ALMAGRO NOSETE, José: «Nuevas reglas procesales en materia de propiedad intelectual», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2008, pp. 147 ss.

ANGUITA RIOS, Rosa M.^a: Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en *La Ley*, 2008-1, D-28.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia: «Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba en materia de propiedad intelectual e industrial», en *La Ley*, 2007-5, D-242.

ARRIETA SEVILLA, Luis Javier y FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Fe pública registral en invasión tabular parcial de finca no inmatriculada», en *RCDI*, núm. 702, 2007, pp. 1569 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad intelectual. Comunicación pública en las habitaciones de hotel» (Comentario a la STS de 16 de abril de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1497 ss.

— «Propiedad intelectual: Programas de ordenador. Relación laboral del creador del programa. Atribución de la obra. Atribución de derechos sobre la obra» (Comentario a la STS de 21 de junio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 237 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y MARÍN LÓPEZ, Juan José: «El límite de copia privada y las redes de intercambio *peer to peer*», en *CDJ*, núm. III, 2007, pp. 147 ss.

Los autores examinan las siguientes cuestiones: 1) El tratamiento, en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 5 de mayo (sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003), sobre las copias realizadas en los sistemas de intercambio P2P; 2) Los derechos de propiedad intelectual afectados por el intercambio de obras o prestaciones protegidas a través de los sistemas P2P; 3) La configuración legal del límite de copia privada atendiendo a la nueva redacción del artículo 31.2 LPI, reformado por la Ley 23/2006, de 7 de julio; 4) El tratamiento penal de las reproducciones realizados en los sistemas de intercambio P2P.

BLANQUER UBEROS, Roberto: «El derecho de superficie», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 169 ss.

BONDÍA ROMÁN, Fernando: «Fundamentos, evolución y globalización de los derechos de autor», en *RDPPr*, noviembre-diciembre 2007, pp. 3 ss.

- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «El dret de tanteig i retracte en el Codi Civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 1, 2008, pp. 91 ss.
- BUSTILLO SAIZ, María del Mar: «Hacia la patentabilidad de los programas de ordenador: un diálogo particular entre el Derecho y la Economía (I)», en *RDNT*, núm. 15, 2007, pp. 15 ss.
- «Hacia la patentabilidad de los programas de ordenador: un diálogo particular entre el Derecho y la Economía (II)», en *RDNT*, núm. 16, 2007, pp. 95 ss.
- CAPOTE PÉREZ, Luis Javier: «Patrimonio histórico y Registro de la Propiedad», en *RDP*, septiembre-octubre 2007, pp. 59 ss.
- CANALS BRAGE, Fernando: «El Registro de la Propiedad telemático», en *RDNT*, núm. 16, 2007, pp. 83 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito. A propósito de la reforma operada por la DF 3.^a de la Ley 41/2007», en *La Ley*, 2008-1, D-17.
- CASADO CASADO, Belén y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Aspectos civiles de la nueva Ley del Suelo», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2167 ss.
- CASTRO VÍTORES, Germán de: «Interés particular y poder comunitario en la propiedad horizontal: el criterio de la máxima utilidad del inmueble», en *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 579 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica)», en *RDP*, núm. 20, 2008, pp. 147 ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Indemnización por clientela en contratos de distribución en exclusiva» (Comentario a la STS de 22 de junio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 253 ss.
- CORES, Carlos de: «El problema actual de las garantías reales mobiliarias: una perspectiva latinoamericana», en *RGLJ*, núm. 3, 2007, pp. 359 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «División de concesión administrativa de tierras con acceso a la propiedad (legalmente indivisible). Reconocimiento privado de derechos en la concesión: nulidad parcial: validez en cuanto a la obligación de indemnizar por el valor económico de la mitad del lote» (Comentario a la STS de 25 de septiembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1091 ss.
- DELGADO RAMOS, Joaquín: «El Registro de la Propiedad como eficaz instrumento de protección del medio ambiente», en *La Ley*, 2077-4, D-158.
- «Efectos jurídicos de la delimitación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», en *La Ley*, 2008-1, D-11.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «El tratamiento registral de la obra nueva en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo», en *La Ley*, 2007-5, D-250.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Cargas urbanísticas afectantes a una parcela. Limitaciones legales del dominio. Acciones contractuales del comprador. Res-

cisión por cargas o gravámenes ocultos: improcedencia. Deber de información precontractual del vendedor: alcance: Deber de informar sobre la situación urbanística de la finca en la Ley del Suelo: consecuencias del incumplimiento» (Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1221 ss.

DIE LAMANA, José Manuel: «Naturaleza y efectos de las copias de escrituras públicas, tanto en soporte papel como electrónico, y de las certificaciones registrales. Consecuencias del traslado a formato papel de documentos electrónicos», en *RCDI*, núm. 705, 2008, pp. 271 ss.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Tercero hipotecario. Anotación preventiva de embargo. Tercería de dominio. Tercero que adquiere por compra el bien objeto de ejecución tras haber sido embargado. Anotación preventiva de embargo anterior a la adquisición, que se inscribe tras la anotación: inexistencia de la condición de tercero hipotecario» (Comentario a la STS de 21 de junio de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 215 ss.

ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, Santiago: «*Taking* y propiedad», en *AAMT*, tomo XXXIX (2008), pp. 39 ss.

Como señala el autor, la *taking*, en el sistema judicial norteamericano, es la acción que actúa como guardián de la propiedad privada, señalando los perjuicios que sufra el propietario, cualquiera que sea la causa que los produzca.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier y ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «Fe pública registral en invasión tabular parcial de finca no inmatriculada», en *RCDI*, núm. 702, 2007, pp. 1569 ss.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «El acto de administración en la propiedad horizontal», en *RJNot.*, núm. 63, 2007, pp. 109 ss.

FRAMIÑÁN SANTAS, Javier: «Derecho de marcas: infracción del derecho de marca. Relaciones entre el titular de un derecho de marca registrada prioritario y el titular de una marca registrada posterior cuando entre ambas existe riesgo de confusión. Aportación a un proceso en el que se dilucida la infracción de una marca de una resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) que ha sido dictada con posterioridad a la presentación de la demanda y en la que se concede al infractor una marca que ampara su conducta» (Comentario a la STS de 28 de septiembre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 403 ss.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles», en *RJNot.*, núm. 64, 2007, pp. 59 ss.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RCDI*, núm. 702, 2007, pp. 1659 ss.

GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Fe pública registral: protección de la adquisición a *debitore non domino* en procedimiento de apremio. Fijación de la doctrina jurisprudencial al respecto» (Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1413 ss.

GUERRERO ZAPLANA, Julio: «Los delitos contra la propiedad intelectual», en *CDJ*, núm. III, 2007, pp. 17 ss.

- HERRERA CAMPOS, Ramón: «La propiedad rústica: análisis de la nueva legislación y la nueva LAR», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 131 ss.
- HURTADO YELO, Juan José: «El deber de salvar el voto en la junta de propietarios. Análisis de un requisito formal previo a la impugnación de la junta de propietarios», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2008, pp. 997 ss.
- JIMÉNEZ PARIS, Teresa: «Nuevos aspectos del monismo hipotecario», en *La Ley*, 2007-5, D-260.
- «Buena fe hasta la inscripción», en *RJNot.*, núm. 63, 2007, pp. 167 ss.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel I.: «Propiedad horizontal. Fijación de las cuotas de participación: imperatividad de los parámetros legales. Estatutos de la comunidad de propietarios: impugnación y plazo para la misma. Doctrina de los actos propios» (Comentario a la STS de 29 de enero de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1329 ss.
- LLEDÓ MELÉNDEZ, Luis Carlos: «Conservación de los edificios. La inspección técnica de edificaciones y responsabilidades que de ella dimanar», en *EDJ*, núm. 108, 2006, pp. 43 ss.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: «El deber de contribuir a los gastos en la Propiedad Horizontal», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2017 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María: «Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero», en *La Ley*, 2008-1, D-14.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «La modernización de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, entre la tradición, la administrativización y la fragmentación», en *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 725 ss.
- MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos: marca. Marca mixta gráfico-denominativa no registrada posteriormente registrada de mala fe por persona distinta del titular extrarregistral, habiendo mediado entre ambos relaciones jurídicas y económicas. Carácter notorio de la marca anterior no registrada: existencia: cuestión de hecho ajena al recurso de casación, salvo error de derecho en la valoración de la prueba o arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Aplicación indistinta de la notoriedad a las marcas de productos y de servicios. Mala fe surgida *ex re ipsa* de las circunstancias del supuesto de hecho: existencia: cuestión de hecho que, sin embargo, supone también una valoración jurídica, pero que requiere para poder ser objeto del recurso de casación acreditar igualmente error de derecho en la valoración de la prueba o arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Consecuente nulidad del posterior registro de la marca notoria anterior: existencia. Imprescriptibilidad de la acción para instar dicha nulidad en razón de la mala fe en el posterior registro de la marca notoria anterior: existencia» (Comentario a la STS de 1 de febrero de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1351 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «El límite de copia privada y las redes de intercambio *peer to peer*», en *CDJ*, núm. III, 2007, pp. 147 ss.

Los autores examinan las siguientes cuestiones: 1) El tratamiento, en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 5 de mayo (sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003), sobre las copias realizadas en los sistemas de intercambio P2P; 2) Los derechos de propiedad intelectual afectados por el intercambio de obras o prestaciones protegidas a través de los sistemas P2P; 3) La configuración legal del límite de copia privada atendiendo a la nueva redacción del artículo 31-2 LPI, reformado por la Ley 23/2006, de 7 de julio; 4) El tratamiento penal de las reproducciones realizados en los sistemas de intercambio P2P.

MARTÍN BERNAL, José Manuel: «Tratamiento jurídico de las urbanizaciones privadas a la vista de la L.P.H. Primera parte: Antes del artículo 24 L.P.H.», *RDU*, núm. 240, 2009, pp. 11 ss.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2059 ss.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», en *AAMT*, tomo XXXIX (2008), pp. 297 ss.

MONTÉS, Vicent Ll.: «Apunts sobre la propietat i les accions protectores del domini en el Codi civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 2, 2008, pp. 335 ss.

MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen: «Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero», en *La Ley*, 2008-1, D-14.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen: «Los derechos del titular en la comunidad especial por turnos contemplada en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales», en *RJC*, núm. 2, 2008, pp. 383 ss.

OLIVERA SERRANO, José Luis: «La persecución de los delitos contra la propiedad intelectual cometidos mediante internet», en *CDJ*, núm. III, 2007, pp. 119 ss.

PARDO NÚÑEZ, Celestino: «Las Resoluciones de la Dirección General y el deber de obediencia de los Registradores», en *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 767 ss.

PUENTE DE PINEDO, Luis: «Los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico ante la propuesta Directiva Europea de 7 de junio de 2007», en *La Ley*, 2007-5, D-261.

REBOLLEDO VARELA, Ángel: «Montes vecinales en mano común. Acción reivindicatoria. Prueba de la existencia del título de dominio: valor del acuerdo clasificatorio del Jurado Provincial de Montes. Identificación de la finca» (Comentario a la STS de 17 de octubre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1155 ss.

REINA TARTIERE, Gabriel: «La igualdad de rango hipotecario», en *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 597 ss.

- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: «Las adquisiciones *a non domino* de bienes muebles en los proyectos unificadores del derecho privado», en *RDP*, núm. 20, 2008, pp. 119 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y CASADO CASADO, Belén: «Aspectos civiles de la nueva Ley del Suelo», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2167 ss.
- SOLER PASCUAL, Luis Antonio: «La marca anterior como causa de oposición al registro de una marca comunitaria. Y un caso del Tribunal Comunitario español», en *RPJ*, núm. 84, 2006, pp. 121 ss.
- SOULIÉ, Christian: «La protección de la obra audiovisual: el caso “*Que choisir*” y la cuestión de la copia privada», en *CDJ*, núm. III, 2007, pp. 49 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Contrato bancario de préstamo con garantía hipotecaria. Retroacción de la quiebra de la entidad prestataria: alcanza a la hipoteca, mas no al contrato de préstamo. Ineficacia de la hipoteca constituida a favor de la entidad bancaria sobrevenida en virtud de la retroacción, en cuanto puede suponer una forma de privilegiar su crédito respecto de los demás acreedores alterando la *par conditio*. Interpretación de los contratos y canon de la totalidad» (Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 371 ss.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿Cuál es su trascendencia práctica?», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2189 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ALISTE SANTOS, Tomás J.: «Argumentos acerca de la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio», en *La Ley*, 2007-5, D-267.
- ALONSO CRESPO, Evelia: «La Disposición Adicional Séptima del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la ¿posible? Competencia actual del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para constituir la adopción», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2007, pp. 2097 ss.
- «Indicaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para intentar la regulación óptima del procedimiento de constitución de la adopción», en *La Ley*, 2077-4, D-206.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2007, pp. 2597 ss.
- ANDRÉS JOVEN, Joaquín María: «Proyecto para la implantación en España de la mediación familiar intrajudicial tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005», en *EDJ*, núm. 111, 2006, pp. 193 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Vivienda familiar. Infracción de los arts. 3-1, 1354, 1357-2, 1406-4 y 1407 CC y de la STS de 7 de junio de 1996, en relación a la calificación como vivienda familiar de un inmueble adqui-

ruido en estado de soltero por el cónyuge de la recurrente» (Comentario a la STS de 16 de marzo de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 85 ss.

— «Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos», en *DPC*, núm. 21, 2007, pp. 9 ss.

CARBONELL CRESPI, José Antonio: «La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes», en *RJNot.*, núm. 63, 2007, pp. 87 ss.

CARRIÓN OLMOS, Salvador: «Algunas consideraciones sobre el consentimiento matrimonial y los denominados *matrimonios de complacencia*. En torno a la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», en *La Ley*, 2007-5, D-225.

CASADO CASADO, Belén: «La idoneidad de los posibles adoptantes en el procedimiento de adopción de un menor de edad», en *La Ley*, 2007-4, D-184.

FERRANTE, Alfredo: «La empresa familiar creada por los cónyuges en régimen de sociedad de gananciales en el Derecho español», en *RCDI*, núm. 704, 2007, pp. 2559 ss.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN: «Carácter ganancial o privativo de un plazo de un plan de pensiones de empresa. Momento de extinción de la sociedad de gananciales en un proceso de separación. Valoración del deterioro de los bienes privativos» (Comentario a la STS de 27 de febrero de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1393 ss.

GARRIGA GORINA, Margarita: «El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *DPC*, núm. 21, 2007, pp. 167 ss.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores», en *La Ley*, 2008-1, D-49.

HEVAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar: «¿Hacia la *contractualización* de la protección de menores en el nuevo modelo jurídico francés? El contrato de responsabilidad parental», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2008, pp. 991 ss.

IBOLEÓN SALMERÓN, Belén: «Arbitraje y divorcio», en *La Ley*, 2007-4, D-189.

IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Adopción. Extinción de los derechos sucesorios respecto de la familia por naturaleza» (Comentario a la STS de 18 de septiembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1091 ss.

JUSDADO RUIZ-CAPILLA, Miguel Ángel: «Raíces del matrimonio occidental y discusión del modelo», en *RDP*, noviembre-diciembre 2007, pp. 97 ss.

LEÓN-CASTRO ALONSO: «El régimen de participación en las ganancias: perspectivas de pasado y expectativas de futuro», en *AAMN*, tomo XXXIX (2008), pp. 231 ss.

LÓPEZ MARCO, Pilar: «Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio», en *RDF*, núm. 37, 2007, pp. 5 ss.

- MARTÍN GARCÍA, M.^a del Lirio: «Vicisitudes en torno al procedimiento para adoptar a un menor en el extranjero: la obtención del certificado de idoneidad», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 2007, pp. 2469 ss.
- NIGRO Alessandro: «La insolvencia de las familias en Derecho italiano», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 235 ss.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Análisis global del cambio en el Derecho de familia», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 15 ss.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: «Justificación de la puesta en marcha por el CGPJ del proyecto piloto de mediación familiar en los Juzgados de familia de España en el año 2006», en *EDJ*, núm. 111, 2006, pp. 593 ss.
- PEÑA YÁÑEZ, M.^a Ángeles: «El equipo de mediación como elemento auxiliar del Juez de familia», en *EDJ*, núm. 111, 2006, pp. 481 ss.
- PÉREZ MILLA, Javier: «*Matching* y función pública autonómica en la adopción internacional: los casos Berta», en *RDF*, núm. 36, 2007, pp. 65 ss.
- POLO SORIANO, Alfonso: «Derecho de familia y derecho fiscal: prestaciones económicas establecidas en los convenios y en la liquidación de ganancias», en *RDF*, núm. 36, 2007, pp. 23.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «Enajenaciones en fraude de acreedores: su mecánica y su presencia en la economía familiar (STS Sala 1.^a de 12 de marzo de 2007)», en *RDP*, enero-febrero 2008, pp. 99 ss.
- RIVERA SABATÉS, Vidal: «Acerca del contenido del deber de fidelidad conyugal», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2008, pp. 273 ss.
- RIVES SEVA, José María: Los procesos de filiación en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2007-5, D-234.
- SANTANA, Emelina y SENENT, Santiago: «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 165 ss.
- SENENT, Santiago y SANTANA, Emelina: «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 165 ss.
- SERRANO CASTRO: «La mediación familiar intrajudicial», en *EDJ*, núm. 111, 2006, pp. 233 ss.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio: «Análisis crítico de la nueva separación y divorcio y referencia de la Ley de las técnicas de reproducción asistida», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 39 ss.
- TORRE OLID, Francisco de la: «Notas para una Ley de Mediación Familiar de la Región de Murcia», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2008, pp. 247 ss.
- «El contrato de mediación familiar: Aspectos relevantes desde su positividad por la Ley Balear 18/2006», en *La Ley*, 2007-4, D-180.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «¿Es necesaria una regulación especial del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2007, pp. 2209 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Denegación de custodia a una madre por su condición homosexual», en *La Ley*, 2007-5, D-239.

DERECHO DE SUCESIONES

- ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor: «Testamento ológrafo epistolar revocatorio de previo testamento notarial» (Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1279 ss.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique: «Régimen transitorio de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer, en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios», en *La Ley*, 2077-4, D-156.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, núm. 705, 2008, pp. 11 ss.
- «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 517 ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles», en *AAMT*, tomo XXXIX (2008), pp. 99 ss.
- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «El *trust* en el Derecho sucesorio español», en *RCDI*, núm. 704, 2007, pp. 2429 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Una primera aproximación a la nueva regulación de la partición realizada por el testador en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, núm. 705, 2008, pp. 119 ss.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka: «Significado de la colación de donaciones. Distinción conceptual respecto del principio de intangibilidad de las legítimas y la reducción por inoficiosidad» (Comentario a la STS de 18 de octubre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 459 ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «La filiación y los derechos sobre la herencia del causante», en *La Ley*, 2007-5, D-224.
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, María: «La Carta ADELPHA y el caso Microsoft: la protección de *software* en un entorno de competencia», en *RDM*, números 204 y 205, 2007, pp. 665 ss.
- HAYDEÉ RIZO PÉREZ, Epg. Nilda: «Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la representación sucesoria», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2007, pp. 2329 ss.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Adopción. Extinción de los derechos sucesorios respecto de la familia por naturaleza» (Comentario a la STS de 18 de septiembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1091 ss.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «Vocación o delación (Un apunte terminológico respecto al tránsito sucesorio)», en *RJNot.*, núm. 63, 2007, pp. 141 ss.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: «Sobre una supuesta discriminación *post mortem* de los hijos extramatrimoniales», en *La Ley*, 2008-1, D-3.
- POU AMPUERO, Felipe: «La sucesión legal en Navarra», en *RJNot.*, núm. 64, 2007, pp. 321 ss.
- PUIG FERRIOL, Lluís: «Present i futur dels pactes successoris catalans», en *RJC*, núm. 2, 2008, pp. 459 ss.

- RIBERA SABATÉS, Vidal: «En caso de epidemia: sentido y alcance la peculiar locución del artículo 701 CC», en *RDPr.*, septiembre-octubre 2007, pp. 81 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Capacidad de testar e hipoacusia del testador», en *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 785 ss.
- «Desheredación de hijos y otros descendientes por maltrato de obra: problemática jurídica», en *RJNot.*, núm. 63, 2007, pp. 26723 ss.
- ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo: «Funcionalidad de la sustitución ejemplar en el Derecho sucesorio común. Propuesta de reforma», en *RCDI*, núm. 705, 2008, pp. 153 ss.
- SIERRA PÉREZ, Isabel: «La fiducia sucesoria en Derecho común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RDP*, núm. 19, 2007, pp. 89 ss.
- VÁZQUEZ PENA, Manuel José: «La regulación de la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco», en *RDM*, números 204 y 205, 2007, pp. 445 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ALCÁNTARA GONZÁLEZ, José María: «El Proyecto de Ley General de Navegación Marítima. Alicia a través del espejo», en *La Ley*, 2077-4, D-183.
- ALLENDE SALÁZAR CORCHO, Rafael y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, Paloma: «Las conductas prohibidas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 47 ss.
- ALONSO SOTO, Ricardo: «Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 161 ss.
- ÁNGEL, Ricardo de: «En torno al polémico artículo 878 del Código de Comercio», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 7 ss.
El autor examina el artículo 878 del Código de Comercio, conforme al cual: «Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos.
- ARRIBAS HERNÁNDEZ, Alberto: «La experiencia judicial en la defensa de la competencia. Aplicación por los tribunales españoles del reglamento CE 1/2003», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 201 ss.
- BACHES OPI, Sergio: «La nueva Ley española de Defensa de la Competencia», en *La Ley*, 2007-5, D-236.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «Un paseo de medio siglo con el Derecho mercantil», en *DN*, núm. 211, 2008, pp. 5 ss.

- BERENGUER FUSTER, Luis: «La estructura institucional de la autoridad de competencia en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 11 ss.
- BOET SERRA, Elena: «Los contratos de distribución comercial y el derecho de la marca», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 267 ss.
- BROKELMANN, Helmut: «La reforma del régimen de control de concentraciones en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 79 ss.
- COSTAS COMESAÑA, Julio: «El procedimiento sancionador. Las multas», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 79 ss.
Análisis del sistema sancionador mediante multas previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio: «Interconexiones de redes y derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones», en *GJ*, núm. 250, 2007, pp. 15 ss.
- FERRANTE, Alfredo: «La empresa familiar creada por los cónyuges en régimen de sociedad de gananciales en el Derecho español», en *RCDI*, núm. 704, 2007, pp. 2559 ss.
- FRAGA MANDIAN, Antonio: «Aspectos civiles del abordaje. Especial referencia al Proyecto de Ley General de Navegación Marítima», en *La Ley*, 2008-1, D-2.
- FRAMIÑÁN SANTAS, Javier: «Derecho de marcas: infracción del derecho de marca. Relaciones entre el titular de un derecho de marca registrada prioritario y el titular de una marca registrada posterior cuando entre ambas existe riesgo de confusión. Aportación a un proceso en el que se dilucida la infracción de una marca de una resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) que ha sido dictada con posterioridad a la presentación de la demanda y en la que se concede al infractor una marca que ampara su conducta» (Comentario a la STS de 28 de septiembre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 403 ss.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, María Jesús: «El proceso de reforma del sistema español de Defensa de la Competencia: del libro blanco a la nueva ley», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 29 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, «Agente, distribuidor o franquiciado y competencia desleal», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 319 ss.
- IZQUIERDO PERIS, José J.: «La nulidad de los diseños comunitarios registrados: primeras resoluciones de la OAMI», en *GJ*, núm. 250, 2007, pp. 39 ss.
La Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) es competente para declarar, a instancia de parte, la nulidad de los registros de diseños comunitarios que efectúa. La praxis administrativa de esta institución, iniciada en 2004, ha sido consolidada por resoluciones, de la Tercera Sala de recurso, en lo relativo a nociones como la «novedad», o el «carácter singular» de los diseños, lo que permite a los operadores jurídicos comenzar a desvelar hasta dónde alcanzan las normas del Reglamento CE 6/2002, sobre diseños comunitarios.

MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos: marca. Marca mixta gráfico-denominativa no registrada posteriormente registrada de mala fe por persona distinta del titular extrarregistral, habiendo mediado entre ambos relaciones jurídicas y económicas. Carácter notorio de la marca anterior no registrada: existencia: cuestión de hecho ajena al recurso de casación, salvo error de derecho en la valoración de la prueba o arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Aplicación indistinta de la notoriedad a las marcas de productos y de servicios. Mala fe surgida *ex re ipsa* de las circunstancias del supuesto de hecho: existencia: cuestión de hecho que, sin embargo, supone también una valoración jurídica, pero que requiere para poder ser objeto del recurso de casación acreditar igualmente error de derecho en la valoración de la prueba o arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Consecuente nulidad del posterior registro de la marca notoria anterior: existencia. Imprescriptibilidad de la acción para instar dicha nulidad en razón de la mala fe en el posterior registro de la marca notoria anterior: existencia» (Comentario a la STS de 1 de febrero de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1351 ss.

MAROÑO GARGALLO, María del Mar: «Derecho represor de la competencia desleal: inducción a la infracción de deberes contractuales básicos e inducción a la terminación regular de un contrato; aplicación de la cláusula general de la Ley de competencia desleal» (Comentario a la STS de 23 de mayo de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 111 ss.

MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, Paloma y ALLENDESALÁZAR CORCHO, Rafael: «Las conductas prohibidas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 47 ss.

PASCUAL PONS, Carlos: «Nueva Ley de Defensa de la Competencia: la Dirección de Investigación», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 21 ss.

REQUEJO, Alejandro: «La autoevaluación de las conductas: ¿misión imposible?», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 59 ss.

Estudio de la «autoevaluación de las conductas» prevista en la Ley 5/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SALINAS LA CASTA, Eduardo: «Una norma de contenido *antitrust* administrada por reguladores sectoriales: el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 y los sectores energéticos», en *GJ*, núm. 249, 2007, pp. 71 ss.

Examen del régimen jurídico previsto en el citado artículo y su aplicación en el contexto de los sectores energéticos, teniendo en cuenta su singularidad en cuanto comporta la atribución a organismos reguladores sectoriales de funciones ejecutivas en esta materia. Atendiendo a la finalidad de defensa de la competencia que persigue la norma analizada, y su naturaleza de medida estructural de fomento de la competencia, el autor expone primero un breve resumen de la teoría económica relativa al daño anticompetitivo derivado de las participaciones minoritarias entre competidores (en cuanto situación asimilada o equivalente a las del ámbito de aplicación del artículo 34 RDL 6/2000), continuando con un examen del tratamiento en derecho de la competencia de las referidas participaciones minoritarias entre competidores, para realizar después un examen más concreto del referido precepto, en materia de ámbito de aplicación, alcance de las limitaciones previstas, obligaciones y procedimiento de aplica-

ción en los sectores energéticos por parte de la Comisión Nacional de Energía.

TRILLO TORRES, Ramón: «Revisión judicial de los actos administrativos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 89 ss.

VALLINA, Roberto: «¿*De minimis lex non curat* o *de minimis praetor non curat?*», en *GJ*, núm. 2, 2008, pp. 47 ss.

El autor analiza la regla «de minimis» en los ordenamientos español y comunitario, con el fin de demostrar que dicha regla es un criterio de legalidad de la conducta y no una simple política de la Administración para perseguir o no asuntos de escasa importancia. Se examina el origen y evolución histórica de la regla en el ordenamiento comunitario, para describir posteriormente su situación actual según la Comunicación de la Comisión Europea de 2001 y dar cuenta de los supuestos en los que en principio cabe invocar la regla fuera de la Comunicación «de minimis». La segunda parte del trabajo realiza un recorrido similar por la historia de la referida regla en el ordenamiento jurídico español, para llegar al momento actual, tras la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

VEGARA FIGUERAS, David: «La nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 7 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía y SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: «Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y de los grupos cooperativos», en *RDM*, núm. 206, 2007, pp. 1051 ss.

ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana: «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», en *RDS*, núm. 29, 2007, pp. 19 ss.

ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, Víctor y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «La administración de la sociedad anónima europea», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 213 ss.

ARGUDO PÉREZ, José Luis: «Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Concepto de orden público: doctrina jurisprudencial» (Comentario a la STS de 26 de septiembre de 2006), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 33 ss.

CALVO VIDAL, Isodoro Antonio: «Disolución, liquidación y extinción de la sociedad anónima europea. Las situaciones de insolvencia», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 307 ss.

CARBAJO CASCÓN, Fernando: «Sociedades: segregación o escisión parcial impropia del patrimonio afecto a una rama de actividad (relativa al petróleo y la petroquímica) de una sociedad anónima para su aportación a otra sociedad anónima de nueva constitución a cambio de acciones de esta última que ingresan en el patrimonio de la primera; diferencias entre

escisión en sentido estricto y escisión impropia o segregación; no aplicación del régimen de la fusión; aportación no dineraria a sociedad. Fraude de Ley: cesión que no incluye todo el pasivo relativo a esa rama de actividad; responsabilidad de la nueva sociedad por la deuda de la sociedad segregada o escindida, al acordarse la operación de segregación de rama de actividad (escisión parcial impropia) para obtener beneficios fiscales al amparo de normativa tributaria que asimilaba la segregación a la escisión parcial en sentido estricto; aplicación de la doctrina de los actos propios. Suspensión de pagos: acreedor que no solicita al juez de la suspensión de pagos la inclusión de su crédito en la lista de acreedores y no puede ejercitar después su pretensión en juicio declarativo; condición no invocable por quien no es la entidad suspenso, aunque pudiera resultar responsable de sus deudas como consecuencia de transmisión de rama de actividad. Incongruencia *extra petita*: no cabe la condena solidaria de un codemandado cuando en el escrito de demanda sólo se pide la declaración de responsable solidaria de la deuda» (Comentario a la STS de 5 de julio de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1037 ss.

DÍAZ GRIDILLA, Pablo: «Un supuesto de fusión transfronteriza: aproximación práctica a la fusión entre sociedades de nacionalidad española y estadounidense», en *RDS*, núm. 29, 2007, pp. 233 ss.

EMBED IRUJO, José Miguel: «Los grupos de sociedades como problema jurídico», en *AAMT*, tomo XXXIX (2008), pp. 183 ss.

— «Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas», en *CDC*, núm. 46, 2006, pp. 9 ss.

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «El presidente de la Junta general de accionistas: designación, funciones y responsabilidad», en *RDM*, núm. 206, 2007, pp. 941 ss.

ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «Los acreedores sociales en la amortización de acciones rescatables», en *RDBB*, núm. 109, 2008, pp. 221 ss.

— «El derecho de separación del accionista en los supuestos de traslado del domicilio social, con particular referencia a la Sociedad Anónima Europea», en *RDM*, núm. 206, 2007, pp. 1037 ss.

FELIÚ REY, Jorge y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa: «La adopción de acuerdos por escrito y sin Junta», en *DN*, núm. 205, 2007, pp. 5 ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El *enforcement* societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado», en *RDS*, núm. 29, 2007, pp. 139 ss.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, Alejandro: «Los mecanismos contractuales de facilitación y garantía en las operaciones de cesión del control de la sociedad cotizada», en *RDS*, núm. 29, 2007, pp. 91 ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La emisión de obligaciones convertibles bajo una ley extranjera: despejando dudas», en *RDS*, núm. 29, 2007, pp. 185 ss.

LÓPEZ DE MEDRANO, Félix: «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», en *ADC*, núm. 12, 2007, pp. 33 ss.

- LÓPEZ DÍAZ, Elvira: «Las nuevas tecnologías y la constitución de sociedades de responsabilidad limitada», en *La Ley*, 2008-1, D-44.
- «Cuatro años de Sociedad Limitada Nueva Empresa», en *RJNot.*, núm. 64, 2007, pp. 113 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «Instrumentos de oposición frente a OPAs hostiles. Especialidades en materia de sectores regulados», en *RJNot.*, núm. 64, 2007, pp. 147 ss.
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel: «La constitución de la SE *holding*, filial y por transformación», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 143 ss.
- MACHADO PLAZAS, José y TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco: «La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales. (A propósito de la aplicación judicial de los artículos 262-5 LSA y 105-5 LLSRL y las reformas legales recientes)», en *RPJ*, núm. 84, 2006, pp. 95 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa: «La Directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en la Junta general de las sociedades cotizadas y su impacto sobre el Derecho español», en *RDS*, núm. 29, 2007, pp. 39 ss.
- MUÑOZ ÁLVAREZ, Guadalupe: «La responsabilidad civil y penal de los administradores societarios y auditores», en *La Ley*, 2007-5, D-246.
- NAVARRO MATAMOROS, Linda: «El juego de la autonomía de la voluntad en la determinación de las cláusulas estatutarias de una sociedad de responsabilidad limitada de ámbito familiar (Comentario a la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *RDM*, números 204 y 205, 2007, pp. 599 ss.
- ORTEGA REINOSO, Gloria: «Constitución de una sociedad profesional de abogados a la vista de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales: ¿formalidades constitutivas?», en *CDC*, núm. 46, 2006, pp. 95 ss.
- «Un comentario a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales», en *RDBB*, núm. 109, 2008, pp. 135 ss.
- «Modificación de la composición de una sociedad profesional de abogados a la vista de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales», en *RJNot.*, núm. 63, 2007, pp. 223 ss.
- PÉREZ HEREZA, Juan: «El domicilio social de la SE. Traslado de domicilio social», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 43 ss.
- PÉREZ MILLÁN, David: «La transmisión de acciones representadas mediante títulos-valores», en *RDM*, números 204 y 205, 2007, pp. 413 ss.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «Las competencias del Registro Mercantil respecto a la sociedad europea», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 71 ss.
- «Constitución de la sociedad anónima europea. Aspectos generales», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 85 ss.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio y ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, Víctor: «La administración de la sociedad anónima europea», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 213 ss.

- PULGAR EZQUERRA, Juana y ALONSO UREBA, Alberto: «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», en *RDS*, núm. 29, 2007, pp. 19 ss.
- REGLERO CARAMANZANA, Eva María: «Modificación de los estatutos de la sociedad anónima europea y mutaciones estructurales», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 267 ss.
- RIPOLL SOLER, Antonio: «La constitución de la sociedad anónima europea mediante fusión», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 99 ss.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «La subordinación de los créditos de los socios en las sociedades de capital», en *ADC*, núm. 12, 2007, pp. 75 ss.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa y FELIÚ REY, Jorge: «La adopción de acuerdos por escrito y sin Junta», en *DN*, núm. 205, 2007, pp. 5 ss.
- ROJO, Ángel: «La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 7 ss.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Jorge: «La junta general de la sociedad anónima europea», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 185 ss.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes y ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y de los grupos cooperativos», en *RDM*, núm. 206, 2007, pp. 1051 ss.
- SÁNCHEZ-ARJONA BONILLA, Fernando: «La sociedad europea. Aspectos generales», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 9 ss.
- SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique: «El concepto de orden público en la impugnación de los acuerdos sociales», en *La Ley*, 2007-5, D-276.
- «Estatuto jurídico de los socios en las sociedades profesionales», en *La Ley*, 2008-1, D-16.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «La prohibición de revelar información privilegiada: su delimitación y alcance para los miembros del órgano de administración o de control elegidos por los trabajadores», en *RDBB*, núm. 109, 2008, pp. 31 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Alcance de la impugnación de los acuerdos sociales contrarios a la Ley de Sociedades Anónimas» (Comentario a la STS de 27 de noviembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1293 ss.
- TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco y MACHADO PLAZAS, José: «La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales. (A propósito de la aplicación judicial de los artículos 262-5 LSA y 105-5 LLSRL y las reformas legales recientes)», en *RPJ*, núm. 84, 2006, pp. 95 ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «La legitimación para el ejercicio de los derechos derivados de las acciones anotadas en cuenta», en *CDC*, núm. 46, 2006, pp. 49 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales (ante la Directiva 2005/56/CE, sobre fusión transfronteriza y el Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales

de las sociedades mercantiles de 14 de junio de 2007)», en *RD Pat.*, núm. 20, 2008, pp. 25 ss.

— «La publicidad del protocolo familiar (RD 171/2007, de 9 febrero)», en *RJC*, núm. 1, 2008, pp. 51 ss.

VIGUERA REVUELTA, Rodrigo: «Derecho de información del accionista. El interés social como límite para poder ejercitarlo» (Comentario a la STS de 1 de septiembre de 2006, en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 17 ss.

VIÑUELAS SANZ, Margarita: «La modificación del ámbito objetivo de las responsabilidades de los administradores por las deudas sociales», en *RDM*, núm. 206, 2007, pp. 995 ss.

YANES YANES, Pedro M.: «Bases metodológicas y operativas para la adaptación de las sociedades profesionales», en *La Ley*, 2008-1, D-60.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

BERENGUER FUSTER, Luis: «La estructura institucional de la autoridad de competencia en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 11 ss.

IZQUIERDO PERIS, José J.: «La nulidad de los diseños comunitarios registrados: primeras resoluciones de la OAMI», en *GJ*, núm. 250, 2007, pp. 39 ss.

La Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) es competente para declarar, a instancia de parte, la nulidad de los registros de diseños comunitarios que efectúa. La praxis administrativa de esta institución, iniciada en 2004, ha sido consolidada por resoluciones, de la Tercera Sala de recurso, en lo relativo a nociones como la «novedad», o el «carácter singular» de los diseños, lo que permite a los operadores jurídicos comenzar a desvelar hasta dónde alcanzan las normas del Reglamento CE 6/2002, sobre diseños comunitarios.

PASCUAL PONS, Carlos: «Nueva Ley de Defensa de la Competencia: la Dirección de Investigación», en *GJ*, núm. 1, 2008, pp. 21 ss.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «Las competencias del Registro Mercantil respecto a la sociedad europea», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 71 ss.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: «Incumplimiento contractual, penalización e infracción administrativa en la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA)», en *RDNT*, núm. 15, 2007, pp. 31 ss.

Tras la liberalización de las telecomunicaciones, la entrada de operadores alternativos en el ámbito de la conexión a Internet de banda ancha desde redes fijas mediante ADSL, se veía impedida por el denominado «bucle de abonado», es decir, el tramo de línea propiedad de Telefónica que conecta la central local con la terminación de red del abonado. Se trata de un circuito difícilmente duplicable y sin el cual los operadores alternativos no pueden prestar ese servicio. Para superar este problema, la CMT ha impuesto a Telefónica una oferta (OBA: oferta de acceso al bucle de abonado), que le obliga a ceder el uso del bucle a cambio de una contraprestación económica. Aceptada la OBA por el operador alternativo, surge un contrato privado, cuyo incumplimiento puede dar lugar a sanciones

administrativas, penas convencionales e indemnización de daños y perjuicios. El autor examina en este trabajo los diversos aspectos jurídicos relativos a este tipo de contratos.

SALINAS LA CASTA, Eduardo: «Una norma de contenido *antitrust* administrada por reguladores sectoriales: el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 y los sectores energéticos», en *GJ*, núm. 249, 2007, pp. 71 ss.

Examen del régimen jurídico previsto en el citado artículo y su aplicación en el contexto de los sectores energéticos, teniendo en cuenta su singularidad en cuanto comporta la atribución a organismos reguladores sectoriales de funciones ejecutivas en esta materia. Atendiendo a la finalidad de defensa de la competencia que persigue la norma analizada, y su naturaleza de medida estructura de fomento de la competencia, el autor expone primero un breve resumen de la teoría económica relativa al daño anticompetitivo derivado de las participaciones minoritarias entre competidores (en cuanto situación asimilada o equivalente a las del ámbito de aplicación del artículo 34 RDL 6/2000), continuando con un examen del tratamiento en derecho de la competencia de las referidas participaciones minoritarias entre competidores, para realizar después un examen más concreto del referido precepto, en materia de ámbito de aplicación, alcance de las limitaciones previstas, obligaciones y procedimiento de aplicación en los sectores energéticos por parte de la Comisión Nacional de Energía.

CONTRATOS MERCANTILES

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel: «Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico (segunda parte)», en *RDM*, números 204 y 205, 2007, pp. 489 ss.

ALONSO SOTO, Ricardo: «Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 161 ss.

BOET SERRA, Elena: «Los contratos de distribución comercial y el derecho de la marca», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 267 ss.

CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Consideraciones sobre el contrato de corretaje», en *RCDI*, núm. 704, 2007, pp. 2481 ss.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: «Compraventa internacional de mercadería. Sometimiento de las partes al INCOTERM CIF. Momento de transmisión de los riesgos. Pérdida de la mercancía. Seguro de transporte marítimo. Subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado. Falta de legitimación activa» (Comentario a la STS de 7 de marzo de 2007), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1445 ss.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «*Contratos mestizos*. Problemática de los contratos vinculados al de agencia, distribución y franquicia (Los contratos de suministro, contrato de comisión, contrato de transporte, reflejos laborales de este tipo de contratos). Contratos atípicos, vinculados y complejos», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 375.

- GARCÍA DEL RÍO, Luis y LARRAÑAGA YSASI-YASMENDI, Almudena: «La mutación de nuestro derecho de contratos. El abandono del Código Civil», en *DN*, núm. 205, 2007, pp. 21 ss.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada C.: «La seguridad del turista en la ejecución del contrato de hospedaje: breves consideraciones», en *DN*, núm. 19, 2008, pp. 19 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, «Agente, distribuidor o franquiciado y competencia desleal», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 319 ss.
- JUAN Y MATEU, Fernando: «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 115 ss.
- LARRAÑAGA YSASI-YASMENDI, Almudena y GARCÍA DEL RÍO, Luis: «La mutación de nuestro derecho de contratos. El abandono del Código Civil», en *DN*, núm. 205, 2007, pp. 21 ss.
- LARRUMBE LARA, Carlos: «Problemas prácticos en la aplicación de la Ley sobre contrato de agencia», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 83 ss.
- LÓPEZ LIBREROS, José Manuel: «Las normas de origen para las mercancías: conceptos básicos y armonización», en *DN*, núm. 212, 2008, pp. 5 ss.
Las normas de origen son indispensables para ejecutar los sistemas comerciales internacionales. A través de ellas, se fija el régimen jurídico aplicable a las mercancías. Debido a su inherente complejidad técnica, a su impacto económico y al matiz político que las caracteriza, así como a la proliferación de regímenes de origen, se generan toda una serie de conflictos jurídicos que repercuten en la seguridad, estabilidad y agilidad de los intercambios, tanto en el comercio regional como en el global.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael: «La contratación electrónica de servicios bancarios destinados a consumidores», en *EDJ*, núm. 103, 2006, pp. 413 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos», en *AFDUAM*, núm. 11, 2007, pp. 123 ss.
- MARTÍ MIREAVALLS, Jaime: «El deber de transparencia en la introducción de una red de franquicia en Italia», en *RDM*, números 204 y 205, 2007, pp. 647 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 57 ss.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro», en *RDM*, núms. 204 y 205, 2007, pp. 619 ss.
- PELÁEZ SANZ, Francisco José: «Los problemas procesales en los contratos de agencia, distribución y franquicia. En especial, la técnica probatoria», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 53 ss.
- PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel: «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», en *DN*, núm. 209, 2008, pp. 5 ss.

PULIDO BEGINES, Juan Luis: «El concepto de porteador y la dualidad porteador contractual-porteador sustituto en las CIM-1999», en *RDM*, núms. 204 y 205, 2007, pp. 533 ss.

RAMOS IBÓS, Teresa María: «El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: agencia, distribución y franquicia», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 15 ss.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo: «Aspectos generales del contrato de distribución y de distribución en exclusiva», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 123 ss.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: «Incumplimiento contractual, penalización e infracción administrativa en la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA)», en *RDNT*, núm. 15, 2007, pp. 31 ss.

Tras la liberalización de las telecomunicaciones, la entrada de operadores alternativos en el ámbito de la conexión a Internet de banda ancha desde redes fijas mediante ADSL, se veía impedida por el denominado «bucle de abonado», es decir, el tramo de línea propiedad de Telefónica que conecta la central local con la terminación de red del abonado. Se trata de un circuito difícilmente duplicable y sin el cual los operadores alternativos no pueden prestar ese servicio. Para superar este problema, la CMT ha impuesto a Telefónica una oferta (OBA: oferta de acceso al bucle de abonado), que le obliga a ceder el uso del bucle a cambio de una contraprestación económica. Aceptada la OBA por el operador alternativo, surge un contrato privado, cuyo incumplimiento puede dar lugar a sanciones administrativas, penas convencionales e indemnización de daños y perjuicios. El autor examina en este trabajo los diversos aspectos jurídicos relativos a este tipo de contratos.

VÁZQUEZ PENA, Manuel José: «La regulación de la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco», en *RDM*, núms. 204 y 205, 2007, pp. 445 ss.

VICO CARRANCHO HERRERA, María Teresa: «Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses de sus asociados, además de la de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Consideración como abusiva de la cláusula incluida en contrato de suministro de gas en la que se establece el pago, en concepto de derechos de alta, de una cantidad que corresponde a los costes generales por gastos administrativos derivados de la contratación y a los de revisión de las instalaciones interiores previa a la conexión del servicio» (Comentario a la STS de 3 de noviembre de 2006), en *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1167 ss.

VIRGÓS SORIANO, Miguel: «Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional», en *AFDUAM*, núm. 11, 2007, pp. 79 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «Pago de cheque falso o falsificado. Falta de diligencia del librador (Comentario a la STS de 22 de septiembre de 2005)» en ccjc, núm. 74, 2007, pp. 595 ss.

PÉREZ MILLÁN, David: «La transmisión de acciones representadas mediante títulos-valores», en *RDM*, núms. 204 y 205, 2007, pp. 413 ss.

DERECHO CONCURSAL

ALCOVER GARAU, Guillermo: «La calificación concursal y los supuestos de complicidad», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 133 ss.

ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana: «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», en *RDS*, núm. 29, 2007, pp. 19 ss.

ÁNGEL, Ricardo de: «En torno al polémico artículo 878 del Código de Comercio», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 7 ss.

El autor examina el artículo 878 del Código de Comercio, conforme al cual, declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos.

BONFATTI, Sido: «Reforma concursal italiana *versus* reforma española», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 57 ss.

CARBALLO, Laura: «*Vis attractiva concursus* y Reglamento Europeo de Insolvencia», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 185 ss.

DÍAZ MORENO, Alberto: «El convenio en los dos años y medio de vigencia de la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 139 ss.

DÍAZ PITA, María Paula: «Aspectos procesales de la fase común del proceso concursal: los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor», en *La Ley*, 2077-4, D-198.

FABIANI, Máximo: «La iniciativa del juez del concurso (comparación entre la Ley Concursal y la *Legge fallimentare*)», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 225 ss.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Soluciones al concurso: tendencias internacionales y demandas de los operadores económicos», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 207 ss.

FLETCHER, Ian F.: «Cuatro décadas de reforma del Derecho de la insolvencia: la experiencia inglesa», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 41 ss.

GARCÍA GARCÍA, Enrique e IBORRA, Carmen: «Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 177 ss.

- GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «La clasificación de los créditos en los que un tercero disfrute de fianza prestada por una *persona especialmente relacionada con el concursado*», en *RDBB*, núm. 109, 2008, pp. 7 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «Las preferencias de créditos en las ejecuciones singulares y su relación, actual y proyectada, con la Ley concursal», en *La Ley*, 2077-4, D-211.
- HERRERA CUEVAS, Edorta E.: «Aspectos laborales del concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 175 ss.
- HERRERO, Juan F.: «La impugnación del auto de declaración del concurso voluntario», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 155 ss.
- IBORRA, Carmen y GARCÍA GARCÍA, Enrique: «Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 177 ss.
- IÑÍGUEZ ORTEGA, Pilar: «Aspectos sustantivos de los privilegios en el concurso: análisis del ordinal cuarto del artículo 91 de la Ley Concursal», en *RGLJ*, núm. 3, 2007, pp. 407 ss.
- JUAN Y MATEU, Fernando: «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 115 ss.
- KARSTEN SCHEMIDT, H.C.: «La relación entre el órgano de gestión de la insolvencia y el órgano de dirección social en el Derecho alemán», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 29 ss.
- LAWLESS, Robert: «La Ley Concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 99 ss.
- LINARES GIL, Maximino: «Jurisdicción del Juez del concurso y autotutela administrativa», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 163 ss.
- LÓPEZ APARCERO, Antonio: «La apelación diferida de resoluciones concursales», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 189 ss.
- LÓPEZ DE MEDRANO, Félix: «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 33 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María: «Cómputo del plazo para comunicación de créditos por parte del acreedor en el procedimiento concursal abreviado», en *La Ley*, 2007-5, D-238.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 57 ss.
- MUÑOZ, Luis: «Los gastos del incidente concursal», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 137 ss.
- MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen: «Cómputo del plazo para comunicación de créditos por parte del acreedor en el procedimiento concursal abreviado», en *La Ley*, 2007-5, D-238.
- NIGRO, Alessandro: «La insolvencia de las familias en Derecho italiano», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 235 ss.

- NÚÑEZ LAGOS, Alberto: «Dos cuestiones prácticas en la reestructuración: la superación de los límites al contenido del convenio y la sucesión de empresa en sede de liquidación», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 189 ss.
- PALAO HERRERO, Juan: «La experiencia del Derecho: La Quita de Solón», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 302 ss.
- PÉREZ DEL BLANCO, Gilberto: «Cómputo del plazo para impugnar el informe de la administración concursal: interpretaciones posibles de un texto legal confuso», en *La Ley*, 2077-4, D-192.
- PEROCHON, François: «El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauvegarde*) de las empresas», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 79 ss.
- PIÑEL LÓPEZ, Enrique: «La reintegración concursal y las operaciones financieras», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 153 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa», en *RDM*, núm. 206, 2007, pp. 889 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana y ALONSO UREBA, Alberto: «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», en *RDS*, núm. 29, 2007, pp. 19 ss.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «La subordinación de los créditos de los socios en las sociedades de capital», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 75 ss.
- ROJO, Ángel: «La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 7 ss.
- SANTANA, Emelina y SENENT, Santiago: «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 165 ss.
- SENENT MARTÍNEZ, Santiago: «Problemas que plantea la intervención de las asociaciones de consumidores en los grandes concursos», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 169 ss.
- SENENT, Santiago y SANTANA, Emilina: «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», en *ADCon*, núm. 12, 2007, pp. 165 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Contrato bancario de préstamo con garantía hipotecaria. Retroacción de la quiebra de la entidad prestataria: alcanza a la hipoteca, mas no al contrato de préstamo. Ineficacia de la hipoteca constituida a favor de la entidad bancaria sobrevenida en virtud de la retroacción, en cuanto puede suponer una forma de privilegiar su crédito respecto de los demás acreedores alterando la *par conditio*. Interpretación de los contratos y canon de la totalidad» (Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2007), en *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 371 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «Prendas y fiducias financieras», en *La Ley*, 2008-1, D-62.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Tres años de Ley Concursal: temas de reforma», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 113 ss.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «¿Es necesaria una regulación especial del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2007, pp. 2209 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

BLANQUER UBEROS, Roberto: «El derecho de superficie», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 169 ss.

CASADO CASADO, Belén: «Demolición de edificios por razones urbanísticas y sujetos responsables», en *La Ley*, 2077-4, D-208.

CASADO CASADO, Belén y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Aspectos civiles de la nueva Ley del Suelo», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2167 ss.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «Los patrimonios públicos de suelo en la Ley 8/2007, de Suelo», *RDU*, núm. 237, 2007, pp. 135 ss.

— «Proyecto básico *versus* proyecto de ejecución en el procedimiento de otorgamiento de licencias de edificación», *RDU*, núm. 238, 2007, pp. 87 ss.

DELGADO PIQUERAS, Francisco: «Novedades del régimen básico de los patrimonios públicos de suelo», *RDU*, núm. 240, 2009, pp. 33 ss.

DÍAZ LEMA, José Manuel: «La aplicación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y los títulos competenciales del Estado», *RDU*, núm. 237, 2007, pp. 411 ss.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica: «Las normas urbanísticas de aplicación directa en ausencia o defecto de previsiones en el planeamiento: aplicación de jurisprudencia», *RDU*, núm. 238, 2007, pp. 57 ss.

DOMINGO ZABALLOS, Manuel J.: «El deber de edificar y las consecuencias de su incumplimiento en la Ley de Suelo 2007. Incidencia sobre la legislación urbanística valenciana», *RDU*, núm. 240, 2009, pp. 163 ss.

ESTEBAN, Elisabeth y ESTEBAN, Felipe: «El régimen jurídico de las construcciones existentes e ilegales en el Derecho urbanístico francés», *RDU*, núm. 239, 2009, pp. 35 ss.

FALCÓN PÉREZ, Esther y SERRANO MORACHO, Francisco: «La cesión de terrenos en el proceso urbanístico: repercusiones patrimoniales», *RDU*, núm. 239, 2009, pp. 11 ss.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «El estatuto jurídico de la propiedad del suelo en la Ley 8/2007, de 28 mayo», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 23 ss.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 183 ss.

— «Expropiaciones urbanísticas y venta o sustitución forzosa», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 147 ss.

- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio: «La política ambiental y sobre desarrollo sostenible en la Unión Europea: de sus orígenes a la estrategia de desarrollo y al Tratado de Lisboa», en *RDA*, núm. 13, 2008, pp. 15 ss.
- GARCÍA ERVITI, Federico: «La práctica de las valoraciones en la Ley 8/2007, de Suelo», *RDU*, núm. 237, 2007, pp. 119 ss.
- GÓMEZ MANRESA, M.^a Fuensanta: «Las tecnologías de la información y de la comunicación y el urbanismo. En especial, la necesaria aplicación al ámbito urbanístico de la normativa ambiental», en *RDA*, núm. 13, 2008, pp. 157 ss.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo: «La Ley de Suelo de 2007, su habilitación competencial y su incidencia sobre la legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía», *RDU*, núm. 241, 2009, pp. 103 ss.
- HUMERO MARTÍN, Antonio E.: «Criterio general de valoraciones en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 113 ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Los derechos y deberes de los ciudadanos respecto del suelo», *RDU*, núm. 237, 2007, pp. 831 ss.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Principios generales y urbanismo sostenible en la Ley de Suelo de 2007», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 15 ss.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Francisco Manuel: «La situación legal de ruina de los edificios en la legislación andaluza», en *RDU*, núm. 236, 2007, pp. 91 ss.
- «Los deberes urbanísticos de conservación y rehabilitación en la legislación andaluza», *RDU*, núm. 240, 2009, pp. 81 ss.
- LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, Jesús: «La nueva línea jurisprudencial del control jurisdiccional sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento», *RDU*, núm. 241, 2009, pp. 25 ss.
- MENÉNDEZ REXACHS, Ángel: «La incidencia de la tipología suelo urbano-suelo rústico de la Ley 8/2007 sobre la clasificación de suelo establecida por las leyes autonómicas. Incidencia sobre el régimen jurídico del suelo urbano, urbanizable y no urbanizable», *RDU*, núm. 237, 2007, pp. 63 ss.
- MORA RUIZ, Manuela: «El nuevo modelo de prevención y control integrado de la contaminación de la Comunidad Autónoma de Andalucía: La Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de calidad Ambiental», en *RDA*, núm. 13, 2008, pp. 85 ss.
- NIETO MORENO, Juan Emilio: «La importancia de la fase de iniciación de la evaluación ambiental de planes y programas: alfa y a veces omega de la consideración de sus efectos sobre el medio», en *RDA*, núm. 13, 2008, pp. 99 ss.
- ORO-PULIDO Y LÓPEZ, Mariano: «Los patrimonios públicos de suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 133 ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «El nuevo marco general que para la ordenación territorial y urbanística define la Ley 8/2007», *RDU*, núm. 237, 2007, pp. 11 ss.

- PECES MORATE, Jesús Ernesto: «La transformación urbanística del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo: sujetos, procedimientos y garantías», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 69 ss.
- PERALES MADUEÑO, Francisco: «Ejecución del planeamiento. Especial atención a la figura del agente urbanizador», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 57 ss.
- PORTO REY, Enrique: «Afección práctica de la nueva Ley del Suelo a los instrumentos urbanísticos», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 31 ss.
- PRIEUR, Michel: «El medio ambiente entra en la Constitución francesa», en *RDA*, núm. 12, 2007, pp. 11 ss.
- PUCHALT RUIZ, Marcos: «La gestión directa de las actuaciones integradas en la Ley urbanística valenciana bajo el prisma de la legislación estatal y comunitaria», en *RDU*, núm. 236, 2007, pp. 37 ss.
- PULVIRENTI, Orlando Daniel: «De la ciudad pública a la urbanización privada: el derecho en la encrucijada», en *RDU*, núm. 236, 2007, pp. 11 ss.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás A.: «Cesión de terrenos en suelo urbanizado en la Ley 8/2007, del Suelo», en *La Ley*, 2077-4, D-203.
- RENAU FAUBELL, Fernando: «La regulación urbanística de las vías pecuarias, en particular en la Comunidad Valenciana», *RDU*, núm. 239, 2009, pp. 99 ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «El registro de los derechos de emisión de dióxido de carbono», en *RDA*, núm. 12, 2007, pp. 121 ss.
- RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel: «La función notarial en el urbanismo. Su futuro», en *AAMT*, tomo XXXIX (2008), pp. 67 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Demolición de edificios por razones urbanísticas y sujetos responsables», en *La Ley*, 2077-4, D-208.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y CASADO CASADO, Belén: «Aspectos civiles de la nueva Ley del Suelo», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2167 ss.
- SALAZAR ORTUÑO, Eduardo y SANCHÍS MORENO, Fe: «El acceso a la justicia ambiental a partir del «Convenio de Aarhus», en *RDA*, núm. 12, 2007, pp. 75 ss.
- SALAZAR MARTÍNEZ-CONDE, Laura: «Principales novedades de la Ley del Suelo (Ley 8/2008, de 28 de mayo)», en *La Ley*, 2077-4, D-194.
- SÁMANO BUENO, Pablo: «La ejecución de sentencias en materia de urbanismo: repaso al estado de las cosas y alguna propuesta», *RDU*, núm. 238, 2007, pp. 149 ss.
- SÁNCHEZ JORDÁN, Elena: «Protección de la vivienda en España (Especial referencia a la protección civil de legalidad urbanística)», *RDU*, núm. 241, 2009, pp. 65 ss.
- SANCHÍS MORENO, Fe y SALAZAR ORTUÑO, Eduardo, Fe: «El acceso a la justicia ambiental a partir del «Convenio de Aarhus», en *RDA*, núm. 12, 2007, pp. 75 ss.

- SANZ RUBIALES, Íñigo: «Notas sobre el régimen jurídico de la evaluación estratégica de planes en la Ley 9/2006», en *RDA*, núm. 12, 2007, pp. 47 ss.
- SARAZA JIMENA, Rafael: «Primacía del Derecho comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (Comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, caso Cordero Alonso)», en *RPJ*, núm. 82, 2006, pp. 101 ss.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: «Las valoraciones en la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo. Una inducción a la arbitrariedad», en *RUE*, núm. 16, 2007, pp. 95 ss.
- SERRANO PAREDES, Olga: «Una distinción con importantes consecuencias jurídicas: residuo, subproducto y materia prima secundaria», *RDU*, núm. 239, 2009, pp. 145 ss.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: «Notas sobre disciplina urbanística (Un estudio de la reciente jurisprudencia)», *RDU*, núm. 238, 2007, pp. 11 ss.
- YÁÑEZ VELASCO, Igor: «El pensamiento urbanístico único. La zonificación», *RDU*, núm. 241, 2009, pp. 11 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)», en *RDCE*, núm. 29, 2008, pp. 7 ss.
- ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, Víctor y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «La administración de la sociedad anónima europea», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 213 ss.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica: «La demarcación hidrográfica como nuevo ámbito de gestión en la futura Ley de Aguas», en *RDA*, núm. 12, 2007, pp. 95 ss.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel y CASTÁN PÉREZ, M.^a Jesús: «Análisis crítico del proceso monitorio europeo regulado en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006», en *RPJ*, núm. 83, 2006, pp. 11 ss.
- BELLO Y VILARINO, José Miguel: «El proceso de comunitarización normativa del Derecho Internacional Privado europeo: de Ámsterdam a Lisboa», en *GJ*, núm. 3, 2008, pp. 53 ss.
- CALVO VIDAL, Isodoro Antonio: «Disolución, liquidación y extinción de la sociedad anónima europea. Las situaciones de insolvencia», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 307 ss.
- CARBALLO, Laura: «*Vis attractiva concursus* y Reglamento Europeo de Insolvencia», en *ADCon*, núm. 13, 2007, pp. 185 ss.
- CASTÁN PÉREZ, M.^a Jesús y ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Análisis crítico del proceso monitorio europeo regulado en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006», en *RPJ*, núm. 83, 2006, pp. 11 ss.

- CUBERO MARCOS, José Ignacio: «Interconexiones de redes y derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones», en *GJ*, núm. 250, 2007, pp. 15 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La unificación del derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II)», en *La Ley*, 2007-5, D-232.
- GARNICA MARTÍN, Juan F.: «Competencia de los juzgados mercantiles y conflictos con la de los civiles», en *RJC*, núm. 4, 2007, pp. 1009 ss.
- IZQUIERDO PERIS, José J.: «La nulidad de los diseños comunitarios registrados: primeras resoluciones de la OAMI», en *GJ*, núm. 250, 2007, pp. 39 ss.
La Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) es competente para declarar, a instancia de parte, la nulidad de los registros de diseños comunitarios que efectúa. La praxis administrativa de esta institución, iniciada en 2004, ha sido consolidada por resoluciones, de la Tercera Sala de recurso, en lo relativo a nociones como la «novedad», o el «carácter singular» de los diseños, lo que permite a los operadores jurídicos comenzar a desvelar hasta dónde alcanzan las normas del Reglamento CE 6/2002, sobre diseños comunitarios.
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel: «La constitución de la SE *holding*, filial y por transformación», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 143 ss.
- PÉREZ HERESA, Juan: «El domicilio social de la SE. Traslado de domicilio social», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 43 ss.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «Las competencias del Registro Mercantil respecto a la sociedad europea», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 71 ss.
- «Constitución de la sociedad anónima europea. Aspectos generales», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 85 ss.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio y ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, Víctor: «La administración de la sociedad anónima europea», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 213 ss.
- PI LLORENS, Montserrat: «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿avance u oportunidad perdida?», en *RDCE*, núm. 27, 2007, pp. 575 ss.
- RAMOS IBÓS, Teresa María: «El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: agencia, distribución y franquicia», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 15 ss.
- REGLERO CARAMANZANA, Eva María: «Modificación de los estatutos de la sociedad anónima europea y mutaciones estructurales», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 267 ss.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: «*Transnational Human Rights Claims* y acceso a la jurisdicción civil en Europa», en *RDCE*, núm. 27, 2007, pp. 511 ss.
- RIPOLL SOLER, Antonio: «La constitución de la sociedad anónima europea mediante fusión», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 99 ss.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: «Una reforma urgente para el Tribunal de Justicia Europeo», *REDE*, núm. 24, 2007, pp. 473 ss.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Jorge: «La junta general de la sociedad anónima europea», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 185 ss.

- SÁNCHEZ-ARJONA BONILLA, Fernando: «La sociedad europea. Aspectos generales», en *CDC*, núm. 47, 2007, pp. 9 ss.
- SARRIÓN ESTEVE, Joaquín: «La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y sistema de fuentes», en *RGLJ*, núm. 4, 2007, pp. 631 ss.
- SOLER PASCUAL, Luis Antonio: «La marca anterior como causa de oposición al registro de una marca comunitaria. Y un caso del Tribunal Comunitario español», en *RPJ*, núm. 84, 2006, pp. 121 ss.
- VALLINA, Roberto: «*De minimis lex non curat* o *de minimis praetor non curat?*», en *GJ*, núm. 2, 2008, pp. 47 ss.
- El autor analiza la regla «de minimis» en los ordenamientos español y comunitario, con el fin de demostrar que dicha regla es un criterio de legalidad de la conducta y no una simple política de la Administración para perseguir o no asuntos de escasa importancia. Se examina el origen y evolución histórica de la regla en el ordenamiento comunitario, para describir posteriormente su situación actual según la Comunicación de la Comisión Europea de 2001 y dar cuenta de los supuestos en los que en principio cabe invocar la regla fuera de la Comunicación «de minimis». La segunda parte del trabajo realiza un recorrido similar por la historia de la referida regla en el ordenamiento jurídico español, para llegar al momento actual, tras la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales (ante la Directiva 2005/56/CE, sobre fusión transfronteriza y el Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 14 de junio de 2007)», en *RDPat.*, núm. 20, 2008, pp. 25 ss.

DERECHO PROCESAL

- ACHÓN BRUÑÉN, M.^a José: «El arduo problema de la revocación de las sentencias ejecutadas provisionalmente», en *Actualidad Civil*, núm. 6 2008, pp. 523 ss.
- «Lagunas legales en la regulación del juicio monitorio y soluciones prácticas», en *RCDI*, núm. 702, 2007, pp. 1469 ss.
- ALMAGRO NOSETE, José: «Nuevas reglas procesales en materia de propiedad intelectual», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2008, pp. 147 ss.
- «Crítica de la antigua, de la nueva y de la futura casación», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 257 ss.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel y CASTÁN PÉREZ, M.^a Jesús: «Análisis crítico del proceso monitorio europeo regulado en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006», en *RPJ*, núm. 83, 2006, pp. 11 ss.
- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia: «Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba en materia de propiedad intelectual e industrial», en *La Ley*, 2007-5, D-242.
- AZPARREN LUCAS, Agustín: «Intervención judicial en el arbitraje. La apreciación de oficio de cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral (Consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 26 de octubre de 2006)», en *La Ley*, 2007-4, D-205.

- BASSOLS MUNTADA, Nuria: «El recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Análisis de la aplicación práctica de la nueva legislación civil», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 289 ss.
- BONET NAVARRO, José: «Algunas cuestiones candentes en torno al juicio de desahucio por falta de pago», en *RPJ*, núm. 84, 2006, pp. 155 ss.
- CASTÁN PÉREZ, M.^a Jesús y ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Análisis crítico del proceso monitorio europeo regulado en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006», en *RPJ*, núm. 83, 2006, pp. 11 ss.
- CASTILLO RODRÍGUEZ, Luz: «El nuevo incidente de nulidad de actuaciones», en *Actualidad Civil*, núm. 8, 2008, pp. 761 ss.
- FERNÁNDEZ BUJÁN, Antonio: «La Jurisdicción voluntaria en las Cortes Generales», en *La Ley*, 2007-5, D-218.
- GARCIMARTÍN MONTERO, Regina: «La función conciliatoria de la audiencia previa en el juicio ordinario», en *RPJ*, núm. 82, 2006, pp. 151 ss.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 116, 2007, pp. 237 ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «El proceso “con todas las garantías” (art. 24-2 de la Constitución)», en *La Ley*, 2007-5, D-221.
- PELÁEZ SANZ, Francisco José: «Los problemas procesales en los contratos de agencia, distribución y franquicia. En especial, la técnica probatoria», en *CDJ*, núm. XXI, 2006, pp. 53 ss.
- PERARNAU MOYA, Joan: «La base documental del proceso monitorio: necesidad de documentos originales o admisibilidad de las copias», en *La Ley*, 2007-5, D-277.
- SEOANE CACHARRÓN, Jesús: «Examen del procedimiento judicial común en el proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria», en *La Ley*, 2007-4, D-188.

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
<i>RDNT</i>	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDP _r .	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: **Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS.**

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 de los actos propios. Requisitos exigidos por la jurisprudencia.–Se vulnera el principio que impide actuar contra los actos propios cuando, por un lado, la conducta de una aseguradora va dirigida a obtener los beneficios derivados de la denuncia penal por apropiación indebida de las primas cobradas y no pagadas (con lo que reconoce que el denunciado es agente suyo), y, posteriormente, en el proceso civil, dicha compañía niega la existencia del contrato de seguro.

Existe una abundante jurisprudencia (SSTS de 21 de febrero de 1997, 16 de febrero de 1998, 9 y 21 de mayo de 2001, 22 de octubre de 2002 y 13 de

marzo de 2003) que ha establecido los requisitos para la aplicación de este principio, que son: *a)* que el acto que se pretenda combatir haya sido realizado libremente; *b)* que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; y *c)* que el acto sea concluyente e indubitado (es decir, que sea expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho, generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto). Según afirma el Tribunal Supremo, esto significa «que quien crea en una persona la confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real».

Contrato de seguro. Celebración del contrato por el agente aparente de la aseguradora.—El artículo 10.2 de la Ley 9/1992, reguladora de la actividad de Mediación en los Seguros Privados declara que las actuaciones del tomador del seguro con el que actúa como agente de seguros surten los mismos efectos que si se hubiesen realizado directamente con la entidad. Para que resulte de aplicación dicho precepto, es necesario que se cumplan los requisitos previstos en el párrafo primero del artículo mencionado, esto es, que el agente actúe bajo la denominación «agente de seguros» y que conste la denominación social de la entidad aseguradora.

Vinculación del juez civil por los hechos declarados probados en la sentencia penal.—Según declara la STS de 24 de octubre de 1998, «las sentencias firmes resultan definitivas y vinculantes para el orden jurisdiccional civil, no sólo en cuando a los hechos que declaren probados, sino también respecto a las decisiones en materia de responsabilidades civiles derivadas de delito o falta»; y aunque «no corresponde a los tribunales civiles suplir las deficiencias ni rectificar omisiones que hayan podido cometerse en los procesos sometidos a los juzgadores de otro orden», resulta, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, que los hechos declarados probados en la sentencia penal vinculan al juez como tales hechos (SSTS de 26 de septiembre de 1994, 11 de abril de 2000). Esto es así, puesto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la S 62/1984, de 21 de mayo, «repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurídicas en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue» (en el mismo sentido, SSTS de 12 de abril de 2000 y 20 de marzo de 2005). **(STS de 21 de abril de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don J. M. V. M. acordó con don E. S. G., que actuaba públicamente como agente de la compañía *M. A., S. A.*, un contrato de seguro de su motocicleta. A tal efecto, pagó una prima de 43.000 pesetas. Posteriormente, don J. M. V. M. tuvo un accidente con su motocicleta que produjo lesiones a un tercero. En ese momento, se le comunicó que el vehículo no constaba asegurado en ninguna entidad. Don J. M. V. M. puso los hechos en conocimiento de la aseguradora, que decidió iniciar un procedimiento penal contra E. S. G. El demandado fue condenado por un delito de apropiación indebida, y se le condenó a indemnizar a la aseguradora por el importe de la prima. La aseguradora pretendió entregar el importe de la indemnización a don J. M. V. M., que se negó a recibirlo.

Don J. M. V. M. demandó a M. A., S. A., pidiendo que se declarara la existencia del contrato de seguro. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Don J. M. V. M. presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que revocaba la sentencia recurrida y desestimaba íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia recurrida. En su lugar, confirma el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—La sentencia aplica el artículo 10 de la Ley 9/1992, reguladora de la actividad de Mediación en los Seguros Privados. Dicho texto legal ha estado vigente hasta el 19 de junio de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros privados (BOE núm. 170, de 18 de julio de 2006). (L. P. S. M. P.)

2. Principio *pro actione*: alcance de la doctrina constitucional. Subsanación de la falta de poder del procurador.—En la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, y concretamente el relativo a la primera decisión judicial, que es cuando el principio *pro actione* se despliega con mayor intensidad y su máxima eficacia, entendemos, y especialmente si quienes comparecen ante el tribunal son los propios interesados, que debe seguirse la postura más flexible, y ello es así porque el referido principio exige: *a*) evitar interpretaciones y aplicaciones de los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelve en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC 12/2003, de 28 de enero; 59/2003, de 24 de marzo; 168/2003, de 29 de septiembre; 179/2003, de 13 de octubre; 72/2004, de 8 de abril; 134/2005, de 23 de mayo; y, *b*) eludir cualquier interpretación o aplicación de los requisitos procesales que sea rigorista o excesivamente formalista o por cualquier otra razón revele una clara desproporción entre los fines pretendidos por la norma y los intereses que se sacrifican, y que se conviertan en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE (SSTC 58/2002, de 11 de marzo; 12/2003, de 28 de enero; 27/2003, de 10 de febrero; 164/2003, de 29 de septiembre; 177/2003, de 13 de octubre; 182/2003, de 20 de octubre; 182/2004, de 2 de noviembre; 134/2005, de 23 de marzo). Deben, por consiguiente, ponderarse los defectos, y guardarse la proporcionalidad con la consecuencia que acarrea su estimación, de ahí que haya de procurarse la subsanación siempre que sea posible, haciendo factible el proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. Para dicha ponderación, deben tomarse en cuenta: la entidad del defecto, incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero; 12/2003, de 28 de enero; 182/2003, de 20 de octubre). En este caso, no cabe negar la posibilidad de subsanar. Por otro lado, resulta desproporcionada la consideración de que, si se hubiera inadmitido la demanda por falta de poder (cosa que no se hizo), los demandantes habrían podido comparecer por medio de procurador antes de producirse la caducidad, pues la Junta impugnada tuvo lugar el 17 de julio y la demanda se

presentó el 25 de julio, y fue repartida el 28 siguiente, y como el plazo del artículo 16.4.º LPH es de treinta días a contar desde el siguiente al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne, aunque de naturaleza civil y, por consiguiente, a computar por días naturales, sin embargo no terminaba hasta el día 16 de agosto (art. 5.1 CC).

Voto particular: inadmisibilidad por caducidad de la acción. La subsanación formal no alcanza a razones sustanciales inherentes al propio derecho ejercitado en la demanda.—La institución de la caducidad de la acción se rige por lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y el plazo que establece descansa en la necesidad de dar seguridad a las situaciones jurídicas, operando por el mero transcurso del tiempo, con lo cual no admite interrupción (art. 1973 CC), y cabe su estimación de oficio, ya que sólo el propio ejercicio de la acción correspondiente, deduciéndola en juicio adecuado, impide el efecto preclusivo de su inevitable periclitamiento (STS de 12 de febrero de 1996). En este caso, la demanda cuando resultó en realidad admitida a trámite fue por la providencia firme de 16 de octubre de 1997, que así expresamente lo decretó. La subsanación formal llevada a cabo no le alcanza el efecto mantener viva la acción, cuando evidentemente había caducado, y no procede retrotraerse a efectos de convalidar plenamente el escrito inicial de fecha 23 de julio de 1997. Aunque de conformidad con el artículo 11 LOPJ y con el artículo 24 CE, la incomparecencia por medio de Procurador fue subsanada, cuando se otorgó el apoderamiento, el 26 de septiembre de 1997, por ser posterior a la presentación del escrito inicial, no es suficiente para hacer válidos los actos anteriores y, concretamente, actuar como impeditivo de la preclusión del plazo legal para impugnar los acuerdos de la Junta de Propietarios. **(STS de 9 de junio de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández. Voto particular: no ha lugar. Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Varios comuneros ejercitan acción de nulidad contra determinados acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria de propietarios de inmueble en régimen de propiedad horizontal, celebrada el día 17 de julio de 1997. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda. La comunidad demandada formula recurso de apelación, en el que, además de oponerse a la cuestión de fondo, aduce, con carácter previo, la excepción de falta de personalidad del procurador, por insuficiencia de poder así como la caducidad de la acción. La Audiencia Provincial estima la caducidad alegada, fundándose en que la demanda se presentó sin el poder de procurador, y aun cuando por el Juzgado se dictó una providencia para que se subsanara ése y otros defectos (con fecha 19 de septiembre de 1997), sin embargo el poder con el que se pretende la subsanación se otorga el 26 de septiembre, es decir, con posterioridad a dicha providencia y al plazo de caducidad de treinta días del artículo 16 LPH, y se aporta por escrito de 3 de octubre de 1997 por lo que, considera la Audiencia, que el requisito procesal se integró extemporáneamente. Los propietarios demandantes interponen recurso de casación. (S. M. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho al honor de las empresas y prestigio empresarial o profesional: no equiparación.—Los artículos 18.1 CE y 7 LO 1/1982 protegen el honor, concepto que no se identifica con el prestigio empresarial o profesional. Una cosa es que el ataque al prestigio profesional pueda integrar una trasgresión del honor cuando revista cierta intensidad y otra distinta que se pretenda igualarlos y ello menos todavía cuando se hace referencia a una sociedad mercantil, a cuyo respecto el alcance de la protección del honor se diluye notoriamente. (STS de 12 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El asunto tiene relación con las incidencias surgidas en la administración de cuatro comunidades de vecinos. Dichas comunidades se componen de un total de mil ochocientos vecinos y cada una de ellas tiene su Presidente y su autonomía de gobierno y administración. La Comunidad General opera respecto de los elementos comunes a las cuatro comunidades, entre los que se encuentra la piscina. Surgidas importantes desavenencias entre los presidentes de las cuatro comunidades, dos de ellos, los demandados, enviaron a todos los vecinos un Manifiesto en el que figuran las expresiones por las que los actores, una persona física y una persona jurídica, interponen la acción: «desvío irregular de fondos» y «empresa fantasma».

El actor persona física era trabajador de la persona jurídica demandante. Los anteriores Presidentes de las Comunidades llegaron a un acuerdo en virtud del cual aquél se encargaba de obtener préstamos cuyo importe era ingresado en la cuenta de la Comunidad General para que la misma pudiera disponer de liquidez y en concreto permitir la efectividad del contrato de mantenimiento de las instalaciones de las piscinas comunitarias contratadas con la empresa citada. La Comunidad General estaba obligada a hacer frente a los recibos que estaban domiciliados en una cuenta abierta. El desvío irregular de fondos había sido denunciado al Juzgado. En el Manifiesto se reseñaba también que el préstamo había sido gestado y autorizado por los Presidentes anteriores sin la preceptiva e inexcusable autorización de las respectivas Juntas de Condueños. Del mismo modo se ponía en tela de juicio la regularidad fiscal y laboral de la mercantil contratada por el mantenimiento de las instalaciones de la piscina.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda ordenando la publicación de la sentencia y la indemnización de los daños morales a ambos actores. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado desestimando la demanda.

Todos los motivos de casación son desestimados. Las razones, íntimamente conectadas con los hechos, se exponen a continuación: 1) las expresiones que constituyen el objeto del litigio se han producido con ocasión de una situación conflictiva en el seno de una comunidad de vecinos y el Manifiesto no es más que una comunicación de dos miembros de la Junta de la Comunidad General a los vecinos a fin de informarles de la actuación del que fue Presidente

de la misma, por lo que debe ser valorado en tal contexto; 2) Aunque el manifiesto no tiene interés público ni general también lo es que sí tiene interés para el ámbito comunitario para el que se elaboró, al que va dirigido y donde se difundió; 3) El que la comunicación se haya extendido a todos los que viven en el ámbito territorial de la comunidad y por el sistema indiscriminado del buzoneo en lugar del correo ordinario, no supone que se haya hecho una difusión que excede del marco de los interesados, ni que deliberadamente pretenda divulgar el conocimiento de lo que se denuncia en el manifiesto más allá de las personas relacionadas con la Comunidad General; 4) La referencia al desvío irregular de fondos no es más que la forma en la que los denunciados del hecho, en ejercicio de su representación comunitaria, relatan la operación económica a la que aluden. Con independencia de si los hechos se corresponden o no con la realidad, la calificación de desvío irregular no supone, en relación con el contexto, ningún ataque al honor. (B. F. G.)

4. Asociaciones: control judicial de la vida asociativa: límites. Derecho fundamental de asociación. Expulsión de socios. Doctrina jurisprudencial: Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.—De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites del control judicial de las decisiones asociativas (SSTC 218/88, 96/94), pero los Tribunales, como todos los poderes públicos, deben respetar el derecho fundamental de asociación y, en consecuencia, deben respetar el derecho de autoorganización de las asociaciones. Ello supone que las normas aplicables en primer término sean los estatutos, siempre que no fueren contrarios a la Constitución y a la Ley. Cuando los estatutos prevean una determinada causa de expulsión necesitada de una valoración por los órganos asociativos, el control judicial sigue existiendo, pero su alcance no consiste en que el Juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión. El respeto al derecho de asociación exige que la apreciación judicial se limite en este punto a verificar si se han dado las circunstancias que puedan servir de base a la decisión de los socios, como son declaraciones o actividades públicas que trasciendan del interior de la entidad y puedan lesionar su buen nombre, dejando el juicio sobre esas circunstancias a los órganos directivos de la asociación. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ésta ha venido evolucionando hacia una restricción del ámbito del control judicial sobre las decisiones asociativas de expulsión de socios hasta coincidir totalmente con el Tribunal Constitucional en que dicho control debe limitarse, si se han respetado todas las reglas de competencia y forma en el expediente sancionador, a la existencia o no de una «base razonable» para el acuerdo de expulsión (SSTS de 24 de marzo de 1992, 30 de septiembre de 1998, 2 de marzo de 1999, 18 de noviembre de 2000, 9 de junio de 2001, 16 de junio de 2003, 5 de julio de 2004, 31 de marzo de 2005). En el caso, se declaró probado que la demandante expulsada no quiso comparecer ante la junta rectora para responder al pliego de cargos, prefiriendo contestar por escrito, y tampoco quiso hacerlo ante la Asamblea general que acabó desestimando su recurso. Frente a esta actitud resulta que el pliego de cargos especificaba hasta nueve hechos y los calificaba de sendas faltas muy graves, con cita de los correspondientes

preceptos estatutarios, siendo algunas de las imputaciones tan claras como haberse autocontratado laboralmente la expedientada pese a estar prohibido por los estatutos, haberse manifestado públicamente en diversos medios de comunicación en contra de los intereses de la asociación, no tener aprobados los presupuestos y haber efectuado llamadas a cobro revertido desde el extranjero. Dado que el artículo 16 de los estatutos de la asociación tipificaba como faltas muy graves, entre otras, acumular dos o más faltas graves en un período igual o inferior a doce meses, realizar actividades perjudiciales para los intereses materiales o el prestigio social de la asociación y las tipificadas como falta grave cuando por su reiteración y modo de producción o circunstancias denotaran una especial mala fe o una voluntad decididamente reacia al acatamiento de las reglas asociativas, y tipificaba como falta grave, entre otras, no desempeñar diligentemente los cargos sociales; y dado, en fin, que el artículo 48.3 de los estatutos prohibía el percibo de salario alguno por los miembros de la junta rectora, y el artículo 11.g) establecía como deber de los socios el de «no realizar actividades perjudiciales ni contrarias al objeto social de la Asociación, ni colaborar con quien las realiza», debe concluirse que en el caso examinado sí existía una base razonable para imponer la sanción de expulsión y que la sentencia impugnada, al exigir tanto una actividad probatoria sobre hechos evidentes por sí mismos como una motivación más allá de la expresión de los hechos y su incardinación en normas estatutarias, traspasó los límites del control judicial sobre la actividad de la Asociación, como igualmente lo hizo al valorar por su cuenta la trascendencia de las conductas de la demandante que sí consideró acreditadas en virtud de la prueba practicada no en el expediente sancionador pero sí en el propio proceso judicial. **(STS de 23 de junio de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Doña M., quien había sido socia y presidenta de la Junta rectora de una Asociación Universitaria del País Vasco especialmente dedicada a facilitar el transporte de sus asociados entre Vitoria y los centros universitarios de las provincias limítrofes, interpone demanda contra tal asociación (Asociación Universitaria Altube), solicitando la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por su Junta rectora el 17 de abril de 1997, que imponía a la demandante la sanción de expulsión de la asociación. Y como quiera que al contestar a esta demanda la asociación demandada planteó como cuestión previa que el acuerdo de la Junta rectora estaba pendiente de recurso ante la asamblea general, a dicha demanda se acumuló otra de la misma demandante pidiendo también la nulidad del acuerdo de la Asamblea general que ratificó el de la Junta rectora.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda al advertir falta de concreción en algunas de las imputaciones, inexistencia de actividad probatoria por parte de la asociación y falta de motivación del acuerdo sancionador, el cual quedaría por tanto reducido a «una mera declaración de voluntad de expulsar al socio en base a simples opiniones sobre hechos que se dicen realizados sin que se hayan preocupado de probarlos. Interpuesto recurso de apelación por la asociación demandada, el tribunal de segunda instancia lo desestimó abundando en las razones del juzgador del primer grado.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la asociación demandada. (S. M. S.)

5. Doctrina del levantamiento del velo.—En ocasiones, se producen situaciones que, a pesar de resultar inadmisibles en nuestro sistema jurídico, quedarían amparadas por una concepción hermética de la personalidad de la sociedad. Se trata de un abuso de esta independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, que perjudica los intereses privados o públicos, escondiendo un fraude (art. 6.4 CC). La jurisprudencia reacciona ante dicho ejercicio antisocial de la personalidad penetrando en el sustrato personal de la sociedad.

Cosa juzgada.—Esta institución surge como fruto de la necesidad social de seguridad jurídica y garantiza el ejercicio de la jurisdicción como potestad de pronunciar definitivamente el Derecho y no como manifestación ocasional de un juicio. En definitiva, su finalidad es evitar la repetición de los procesos.

La cosa juzgada material crea una situación de plena estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto sino que trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo que inmoviblemente estatuyeron los organismos jurisdiccionales. Lo anterior se concreta en que no es posible hacer efectivos en procedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados, en que se veda al juez del nuevo proceso toda actividad jurisdiccional sobre el asunto, incluso para dictar una declaración idéntica sobre él. Sólo existe la posibilidad de actividad jurisdiccional posterior relativa a aspectos que afecten a su efectividad. (STS de 19 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los actores demandaron a C. C., S. L.; D. S., S. A.; A. J. L. S. y R. P. M. solicitando la condena de todos ellos al pago de las cantidades que debieron ser abonadas a tenor de las sentencias recaídas en sendos juicios de menor cuantía en los que habían sido condenados únicamente los tres últimos. La demanda actual se fundaba en que, con posterioridad a dichas condenas, se habían transferido bienes propiedad del condenado A. J. L. S., poco antes de que fuesen embargados en aquellos procesos, a C. C., S. A., con finalidad defraudatoria. Los actores entendían que procedía el levantamiento del velo societario.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por C. C., S. A. y la de cosa juzgada formulada por el resto de los demandados.

La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes por entender que no concurrían la excepción de cosa juzgada: las razones avanzadas por el tribunal eran que tanto las partes como la *causa petendi* eran distintas; en cuanto al fondo, la Audiencia declaró que procedía el levantamiento del velo, ya que había existido fraude de acreedores mediante el procedimiento de acudir a una sociedad instrumental para no hacer frente a una deuda previa.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación confirmando la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—Tal y como pone de manifiesto el Tribunal Supremo la estimación del recurso deriva del propio planteamiento de la demanda.

Los institutos jurídicos que confluyen en el presente caso son tres: el levantamiento del velo, la cosa juzgada y la acción rescisoria.

Los actores solicitan la condena directa de la sociedad que había adquirido los bienes del condenado en el primer proceso, solicitando expresamente el levantamiento del velo. Por tanto, considera que la sociedad coincide con el demandado. De modo que el propio actor pone de manifiesto la concurrencia de dos elementos que conducen a la aplicación de la cosa juzgada: la identidad subjetiva y objetiva.

Los actores no hacen uso de la acción pauliana. A nuestro juicio, y siguiendo lo que implícitamente sugiere la lectura de la sentencia, dicha acción habría permitido que los tribunales entraran en el fondo del asunto. (*B. F. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. No puede confundirse la falta de objeto de la escritura de división de una finca con la falta de exactitud en la identificación de la finca dividida.—El objeto del contrato, además de ser lícito, requisito que aquí no se cuestiona, ha de ser determinado o determinable, siempre que no sea necesario un nuevo convenio entre los contratantes, como establece el artículo 1273 CC. La determinabilidad por tanto equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC) ni a un nuevo acuerdo entre ellos (STS de 10 de octubre de 1997).

El requisito de determinación del artículo 1445 CC ha de ser entendido en el sentido del artículo 1273 del mismo, cuya exégesis más autorizada distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la determinación posterior producida a través de los criterios previstos por las partes en el propio contrato, siendo suficiente a efectos del artículo 1273 y, por tanto, del 1445 CC que a la hora de la perfección del convenio, estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos (STS de 9 de enero de 1995).

La invocación jurisprudencial que se hace no tiene otra finalidad que precisar la concepción del concepto de objeto de negocio jurídico, en la medida que aclara la lejanía del precepto invocado con la cuestión nueva sometida al Tribunal, con la pretensión de declaración de nulidad parcial de una escritura de división. Y hay que subrayar una cuestión fundamental, el artículo 1261 CC, por su carácter genérico, es preciso relacionarlo con otros preceptos sustantivos para que pueda plantearse en casación un motivo por infracción del mismo (STS de 23 de octubre de 1995). En igual sentido las SS de 30 de enero de 1996 y 3 de mayo de 1996.

Como se expone en la oposición al motivo, se confunde la falta de exactitud en la identificación de la finca con falta de objeto en la escritura de parcelación; e inexactitud de los datos registrales con impropiedad de la inclusión de las fincas de la escritura. (**STS de 27 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La propietaria de una finca otorgó escritura pública de división de la misma e instó posteriormente una acción en la que solicitaba que se declarase el dominio sobre dos porciones de terreno del demandado, por ser parte integrante de la finca dividida. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando que se declarase la nulidad de la escritura de división. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que se había producido una falta de exactitud en la identificación de la finca y estimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente al desestimar íntegramente la reconvencción. Instado el recurso de casación por la demandada reconviniente, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (L. F. R. S.)

7. El negocio fiduciario no es otra cosa que un tipo de simulación relativa, por lo que se estima la excepción de cosa juzgada.—La parte demandante (y una sociedad que se confunde con él mismo al «levantar el velo») ahora recurrente formuló en un primer proceso (en 1988) demanda en la que ejercitó una acción reivindicatoria sobre tres fincas (respecto a la tercera reclamaba indemnización por haber sido adquirida por tercero de buena fe) partiendo del concepto de simulación; lo cual fue rechazado por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Manacor, de 16 de octubre de 1989, que devino firme. En la presente demanda (en 1997) el mismo demandante ejercita acción reivindicatoria sobre las mismas fincas en los mismos términos, contra los mismos demandados, partiendo del concepto de negocio fiduciario; ambas figuras, simulación y fiducia (que vienen a ser jurídicamente lo mismo, ya que el negocio fiduciario no es otra cosa que un tipo de simulación relativa: S de 15 de junio de 1999 que recoge la jurisprudencia anterior y posteriormente la de 27 de julio de 1997) se refieren al mismo contrato de compraventa de 18 de septiembre de 1978.

Se da perfecta identidad entre las partes, demandante y demandada, las cosas objeto de las acciones son las mismas fincas, las acciones son la misma reivindicatoria y la *causa petendi*, por más que se intente disfrazar, es la misma, la declaración de ineficacia traslativa del negocio de adquisición del dominio de dichas fincas, sea por ser negocio jurídico simulado, sea por ser negocio fiduciario. Tal como se dice en la sentencia recurrida, ambas demandas «se fundamentan en los mismos hechos y pretenden la misma finalidad, cual es que se declare que las tres fincas objeto de uno y otro pleito, son propiedad del actor Sr. F., conteniendo ambas demandas un idéntico suplico en la mayor parte de sus extremos y pretendiendo acreditar tal pretensión en base al mismo material probatorio en uno y otro litigio». Por tanto, no se ha producido infracción de la norma definitoria de cosa juzgada contenida en el primer párrafo del artículo 1252 CC.

El principio que prohíbe el enriquecimiento injusto sólo puede hacerse valer cuando el supuesto no se apoya en otra institución.—El motivo debe rechazarse, en primer lugar, porque al apreciar la excepción de cosa juzgada, decae la subsidiaria de enriquecimiento injusto y, en segundo lugar, porque esta institución concebida en nuestro Derecho como principio general y, como tal informador de las normas legales (especialmente, el cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos) se aplica directamente a un caso concreto subsidiariamente; es decir, si el supuesto se apoya en otra institu-

ción, no puede alegarse este principio: aquella tendrá sus respectivas acciones, ésta la tiene a falta de acciones específicas. (STS de 8 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La demandante ejercitó una acción en la que solicitaba que se declarase que existía un negocio fiduciario entre ella y la demandada y que, en consecuencia, se condenase a la demandada a restituir al demandante dos fincas y a indemnizar por el valor de una tercera finca, enajenada a un tercero de buena fe; subsidiariamente se ejercitaba una acción de enriquecimiento injusto para obtener una indemnización por el valor de los tres inmuebles. La demandada se opuso alegando la excepción de cosa juzgada y formuló reconvencción ejercitando una acción declarativa de dominio sobre una finca. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y la reconvencción. Interpuestos los recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el interpuesto por la demandante y estimó el interpuesto por la demandada en el sentido de estimar la excepción de cosa juzgada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L F. R. S.)

8. El requisito de la excusabilidad del error como vicio del consentimiento.—En virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el error, para que éste constituya un vicio del consentimiento relevante a los efectos de motivar la nulidad de un negocio jurídico, es preciso que recaiga no sólo sobre la sustancia de la cosa objeto del mismo, sino que también ha de ser excusable (entre otras, SSTS de 14 de junio de 1943, 11 de marzo de 1964, 8 de junio de 1968, 7 de abril de 1976 y 4 de enero de 1982). El Tribunal Supremo considera susceptible de calificarse como excusable el error que una entidad de crédito sufre cuando acepta como pago la atribución de la titularidad de unos bienes hipotecados con la consiguiente cancelación de las garantías hipotecarias constituidas sobre ellos, y lo hace ignorando que se ha producido el embargo de dichos bienes para atender a una responsabilidad distinta, siempre que el mandamiento de ese embargo, a pesar de haber sido presentado en el Registro de la Propiedad en el momento del consentimiento de la entidad, no se haya anotado en las hojas registrales. Según el Tribunal, el principio de confianza y el de responsabilidad negocial tienen una relevancia esencial en el tráfico jurídico e imponen al enajenante el deber de informar (entre otras, SSTS de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994, 12 de julio de 2002 y 12 de noviembre de 2004). Por ello, en virtud del citado principio de confianza y de la ausencia de perjuicio para los embargantes en estos casos, ya que tienen constancia de la existencia previa de una hipoteca en garantía de crédito sobre dichos bienes, es posible declarar la nulidad por error sustancial y excusable de la escritura de adjudicación en pago de deuda otorgada en esas circunstancias. (STS de 22 de mayo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una entidad crediticia concede un préstamo con garantía hipotecaria a la mercantil R., S. A. Al no resultarle posible a esta última la devolución de préstamo, se acordó la adjudicación en pago de las fincas hipotecadas que se encontraban libres de cargas, dándose por cancelada la hipoteca mediante otorgamiento de

escritura de 18 de abril de 1990. Antes de ese otorgamiento, el 31 de marzo de 1990, se había presentado en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo por otra entidad crediticia sobre todas las fincas citadas, si bien el embargo no se anotó en el Registro hasta el 9 de mayo de 1990. Por su parte, la escritura de dación en pago se inscribió el 5 de julio de ese mismo año. La entidad de crédito demanda a la mercantil *R., S. A.*, solicitando la declaración de nulidad de la escritura de adjudicación en pago de deuda, puesto que ella había prestado su consentimiento sufriendo un error y solicita que la hipoteca cancelada devenga de nuevo eficaz y vigente. La entidad mercantil permaneció en rebeldía.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial, desestiman la demanda porque, si bien consideran que se produjo un error sustancial en la parte actora al cancelar la garantía hipotecaria en virtud de la dación en pago, afirman que este error no es excusable, ya que podía haberse desvanecido aplicando la diligencia debida. En virtud de las circunstancias del caso, estos tribunales estiman que no es suficiente con pedir las notas simples informativas al Registro de la Propiedad, ya que éstas ofrecen una publicidad sin las necesarias garantías. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima y declara la nulidad de la escritura de adjudicación en pago por haber sufrido la parte actora un error sustancial y excusable, lo que motiva que de nuevo sea eficaz y vigente la garantía hipotecaria cancelada y la supresión de todas las inscripciones registrales posteriores. (*S. E. M.*)

9. Inexistencia de error invalidante.—La sentencia de apelación incurre en una infracción del artículo 1266 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta al haber equiparado un mero error de cálculo del demandado a un error invalidante o esencial e inexcusable, como si la operación de compra de acciones asociada al crédito para adquirirlas estuviera totalmente exenta de riesgos. Si el valor de las acciones hubiera subido, nunca se habría opuesto la nulidad por error. Si ya entre 1989 y 1993 había mediado un considerable período temporal, durante el cual incluso llegó a subir la cotización de las acciones, mayor aún fue el transcurrido entre 1989 y 1995, este último ya con el Banco en fase de saneamiento, de suerte que el juicio presuntivo del tribunal sentenciador se desvirtúa por sí solo y sus consideraciones subsiguientes en orden al error del demandado resultan inaceptables si, como resulta de su breve argumentación, dan por sentado que cualquier operación bursátil en la que el comprador desconozca la verdadera situación de la sociedad emisora de las acciones adolece de una nulidad tan absoluta que no queda sometida a plazo alguno para hacerla valer ante los tribunales.

Inexistencia de causa ilícita.—Infracción del artículo 1275 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta por haberse apreciado una causa ilícita en la operación. Para el demandado la operación tenía una causa verdadera y lícita, cual era la adquisición de acciones del propio Banco que le concedía el crédito sin tener que realizar desembolso alguno. Operación que, frente a lo argumentado por el tribunal sentenciador, fue la que efectivamente se realizó, como resulta de la titularidad de las acciones a favor de los demandados, del ejercicio por éstos de sus derechos como accionistas y del posterior canje de las acciones del Banco demandante por las de otro Banco. En definitiva, lo

que el tribunal sentenciador aprecia, en contra de lo que ha venido decidiendo esta Sala, es una inexistencia o ilicitud retroactiva de la causa negocial por no haberse colmado de las expectativas del comprador de las acciones en orden a la evolución de su cotización. (**STS de 5 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Banesto presentó demanda contra don J. R. Q. y su cónyuge doña M. C. B. A. ante el Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Cáceres, solicitando se dictara sentencia por la que se condenara a la parte demandada al pago de ocho millones cuatrocientas noventa y una mil trescientas cuarenta y tres pesetas (8.491.343 pesetas) en concepto de principal, más intereses pactados en la póliza de préstamo, y con expresa imposición de costas procesales. El litigio traía causa del crédito concedido al demandado para aplicar su importe a adquirir acciones del propio Banco y al compromiso de aquél de no vender las acciones antes de una determinada fecha y de suscribir nuevas y futuras ampliaciones de capital. Se pactó un tipo de interés inferior al normal, y que los intereses se irían pagando con los dividendos y el capital se amortizaría con la venta de las acciones después de esa fecha determinada. El valor de las acciones se desplomó tras la intervención del Banco en el año 1993 y muchos de sus clientes afectados por tales operaciones se negaron a pagar las cantidades debidas en aquellos conceptos de préstamo o crédito. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por Banesto. Por contra, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*E. C. V.*)

10. Aplicación de la doctrina del error en operaciones financieras de riesgo.—El error «es difícilmente admisible en una operación de riesgo y fluctuante como es una inversión de esta índole».

Caducidad de la acción de anulabilidad.—No habiéndose apreciado la concurrencia de vicio del consentimiento, mal puede hablarse de la caducidad o no de la acción que da derecho a reclamar la anulabilidad del contrato en que tal vicio concurre. El contrato era válido y, por ello, no puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 1301 CC.

Cláusula *rebus sic stantibus*.—En el caso objeto del recurso de casación no ha intervenido ninguna de las condiciones exigidas para que, de forma excepcional, se pueda tener en cuenta esta forma de resolución de las obligaciones recíprocas, puesto que los contratos ya se habían cumplido tal y como las partes habían previsto y sólo quedaba vigente la obligación del prestatario de devolver el crédito obtenido para la compra de las acciones de Banesto. Por ello no puede aplicarse la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. (**STS de 5 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Banesto concedió un crédito a don F. B. D. que iba destinado a la compra de acciones del propio Banco. En documentación adjunta, el Sr. B. se comprometía a no vender tales acciones hasta una fecha determinada y, a partir de aquel momento, a vender sólo las

que fueran necesarias para la amortización del crédito con sus intereses. El Sr. B. fue demandado por Banesto, requiriéndole la devolución del préstamo. Si bien el demandado no contestó esta demanda, a su vez había demandado a Banesto pidiendo la nulidad de la operación de crédito que se le había concedido en las condiciones descritas y a su petición. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda presentada por Banesto. Esta sentencia fue revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, condenando al demandante, Sr. B., al pago de la cantidad prestada por Banesto, con los correspondientes intereses. Contra esta sentencia se formula recurso de casación con fundamento en la infracción de los artículos 1281, 1282 y 1288 CC; infracción de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC, relativos al dolo; infracción de los artículos 1265 y 1266 CC en relación al artículo 1300 CC que es finalmente estimado. (E. C. V.)

11. Precontrato y tratos preliminares. Relación jurídica que unió a las partes en relación a un posterior contrato de «arrendamiento de servicios» referido a la impartición de un cursillo de formación sobre corredurías de seguro a agentes de la actora.—En los hechos probados de la sentencia de instancia, que recogen minuciosamente los «pasos» seguidos por las partes, se deduce indefectiblemente que se dio el «precontrato», a falta sólo para constituirse en contrato definitivo de su formalización posterior, pues no sólo se señalan, como datos esenciales, el tiempo de su duración, el objeto del mismo y el precio, sino también las condiciones accesorias, entre ellas, la causa de la resolución contractual, sino que, además, se hace el referido pago adelantado de parte del precio convenido, que es claramente ratificador de la relación jurídica acordada.

Excepción artículo 1124 CC: no procede.—De acuerdo con el tenor del último «borrador» de contrato presentado, se reconoce como única causa resolutoria del contrato, por ambas partes, que el demandado, por voluntad propia y unilateral, resolviese, por su parte, su contrato con el Banco Guipuzcoano, como director general de su aseguradora o correduría. Y esta condición no se dio, pues la ruptura de esa relación laboral lo fue por decisión de tal empresa, mediante despido del actor, que se declaró improcedente en la vía jurisdiccional laboral.

Enriquecimiento injusto: no procede.—No ha lugar su aplicación, pues supondría deshacer toda la argumentación establecida sobre la existencia del contrato preliminar.

Intereses moratorios del artículo 1108 CC. Diferencia con intereses procesales (art. 921 LEC).—Los del artículo 1108 deben ser impuestos sobre la cantidad definitiva objeto de la condena, desde la reclamación judicial, aunque se conceda menos cantidad que la reclamada. Los del artículo 921 LEC deben imponerse desde la fecha de la sentencia de primera instancia, porque dentro de lo concedido por ella está comprendida la cantidad definitiva otorgada. (STS de 15 de junio de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La Compañía Mercantil *Gan-España, Seguros Generales y Vida, S. A.*, demandante, estima conveniente la contratación de los servicios de don C. A., demandado, para impartir cursos de formación a los agentes de la actora, precisamente a conse-

cuencia de que don C. A. trabajaba como máximo responsable de la Correduría de Seguros del *Banco Guipuzcoano, S. A.*, con quien la actora mantenía una estrecha relación. El 30 de noviembre de 1994, el demandado se presenta en las oficinas de la actora y, aun cuando no existía un contrato suscrito, porque todavía seguía habiendo discrepancias sobre el contenido, solicita un pago a cuenta, a modo de adelanto de sus futuros honorarios profesionales, haciendo entrega la actora de un cheque de 5.000.000 de pesetas. El día 1 de diciembre de 1994, todavía se estaba tratando de negociar aspectos esenciales del contrato, cuando la actora desistió de intentar la celebración, puesto que el demandado dejó de prestar sus servicios en *Banco Guipuzcoano, S. A.*, y su condición de Gerente de la Correduría de Seguros del banco era esencial para la perfección del contrato. La compañía *Gan-España, Seguros Generales y Vida, S. A.*, demanda a don C. A. por enriquecimiento injusto en la cantidad de los 5.000.000 de pesetas, entregadas sin causa alguna, ya que no se había perfeccionado contrato ni tan siquiera un precontrato, sino que existían únicamente unos tratos preliminares contractuales. El demandado, en reconvenición, alega la existencia de un verdadero precontrato, del que la actora se desvinculó unilateralmente y solicita la suma de 25.000.000 de pesetas, importe restante del precio del cursillo de formación, más el IVA correspondiente. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por *Gan-España, Seguros Generales y Vida, S. A.*, y estima parcialmente la demanda reconvenicional, y condena a la actora al abono de 25.000.000 de pesetas en concepto de lucro cesante y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia. El fallo es recurrido en apelación y la Audiencia Provincial estima parcialmente las pretensiones de la demandante, rebajando la cantidad en concepto de lucro cesante a cuatro millones, más el interés legal del dinero. Ambas partes recurren la sentencia en casación. (S. M. S.)

12. Orden o prioridad entre las reglas de interpretación de los contratos.—El Tribunal Supremo ha declarado en numerosas sentencias (v. gr., SSTs de 24 de julio de 1999, 11 de julio de 2000, 13 de diciembre de 2001, 18 de julio de 2002 y 23 de enero de 2003) que las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí. Entre ellas, la regla del primer párrafo del artículo 1281 CC tiene un rango preferencial y prioritario. Por tanto, si la claridad de los términos de un contrato no deja lugar a dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las reglas de los demás artículos, ya que éstas sólo tienen un carácter subsidiario a la regla que dispone la interpretación literal.

Interpretación de los contratos. Facultad de los Tribunales de instancia.—Es doctrina jurisprudencial consolidada (entre otras, SSTs de 22 de noviembre de 1982, 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985 y 28 de febrero de 1986) que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio ha de prevalecer, a menos que se demuestre que es ilógica o absurda, o a menos que se impugne por la vía adecuada el error sufrido (actualmente, por error de derecho, con cita de la

norma que se considere infringida). No se trata, pues, de sustituir la interpretación realizada por el órgano jurisdiccional por el criterio del recurrente.

Doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo. Presupuestos.— Declara el Tribunal Supremo (v. gr., STS de 30 de octubre de 1999) que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo requiere necesariamente, por un lado, la actuación negocial de una o varias personas físicas bajo la apariencia o cobertura formal de una sociedad (de la que son o suelen ser socios únicos dichas personas físicas). Por otro lado, han de aparecer confundidos los patrimonios y la personalidad de todos ellos (la persona o personas físicas actuantes y la persona jurídica), lo que permite responsabilizar también a dichas personas del pago de las deudas sociales contraídas en esa actuación negocial, aunque formalmente aparezca como deudora la persona jurídica. En todo caso, según el Tribunal Supremo (STS de 23 de diciembre de 1997), esta doctrina es de uso restrictivo, por lo que ha de reservarse para los casos en que sea evidente que la confusión de personalidades y patrimonios entre personas físicas y jurídicas se ha utilizado con fines fraudulentos.

Responsabilidad solidaria. Ejercicio del derecho de repetición frente a los codeudores.— Cuando uno de los deudores solidarios paga el total de lo adeudado, no se produce una subrogación por éste en el crédito, sino que se extingue el mismo, y, para evitar que haya enriquecimiento indebido, el párrafo segundo del artículo 1145 CC le concede al deudor que paga un derecho de repetición que le permite reclamar a cada uno de los codeudores la parte que le corresponda y los intereses del anticipo. Para ejercitar este derecho, según el Tribunal Supremo (SSTS de 4 de enero de 1999 y 11 de marzo de 2002), aunque el nuevo acreedor puede acumular sus acciones y proceder contra todos en un solo procedimiento, nada le obliga a ello. De hecho, puede también ejercitar un procedimiento contra cada deudor, quien, a su vez, podrá oponerle las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación y las personales, sin que perjudique lo actuado frente a los demás. (STS de 18 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.— Por contrato celebrado el 6 de agosto de 1992, la entidad *AYG, S. A.*, don J. R. S. M. A. y su esposa pactaron una cofianza en garantía de las obligaciones de la sociedad *RJ, S. L.*, de la que don J. R. S. M. A. era administrador. En el contrato se establecía, literalmente, que, a efectos internos —entre cofiadores—, la proporción a que se refiere el artículo 1844 CC se determinaría por el porcentaje de participación de los otorgantes en el capital social afianzado, computado en el momento en que se contraía la fianza. Posteriormente, en diversos momentos del año 1996, la entidad *AYG, S. A.*, procedió a pagar varias deudas que había contraído la sociedad *RJ, S. L.*, frente a una serie de bancos y entidades financieras. Por aquél entonces, la entidad *AYG, S. A.*, era titular de un 33 por 100 del capital social de *RJ, S. L.*, y don J. R. S. M. A. y su esposa eran titulares de un 5,26 por 100 del capital social.

AYG, S. A., ejercitó tras ello la llamada acción de reintegro de cofiadores, mediante la acumulación de cuatro demandas dirigidas contra don J. R. S. M. A. y su esposa, en reclamación de las cantidades pagadas, por entender que cada uno de los cofiadores debía reintegrarle la parte correspondiente. Los demandados se opusieron a la demanda, alegando, entre otros fundamentos, que su responsa-

bilidad derivada de la fianza debía determinarse en cada momento en proporción al porcentaje de su propiedad en las participaciones sociales de la deudora principal, no según la participación que tenían en la sociedad en el momento en que acordaron la fianza.

El Juzgado de Primera Instancia estimó todas las demandas acumuladas. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Don J. R. S. M. A. y su esposa interpusieron entonces recurso de casación, respecto del que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (A. M. M.)

13. Infracción del artículo 1091 CC.—El motivo se desestima porque es doctrina reiteradísima de esta Sala la de que los preceptos de carácter general, como es el citado como infringido, no sirven para fundamentar sobre ellos solos un motivo casacional.

Infracción del artículo 1196 CC.—El motivo se estima porque es cierto que la sentencia recurrida ha cometido el error de dar por hecho una consignación que dependía de que la sentencia fuese estimatoria de la demanda, y que en consecuencia se reconociese a los actores el derecho a percibir los daños y perjuicios que exigían a los demandados. En otras palabras, frente a una deuda cierta (la parte del préstamo que efectivamente habían recibido los actores), oponían éstos en compensación otra hipotética y condicional. No hay deudas vencidas, líquidas y exigibles, como requiere el artículo 1196 CC, y por lo tanto no procede entender que se ha consignado la cantidad anteriormente reseñada. Dado que los actores no han cumplido con la obligación que les impuso la sentencia, no podían ejercitar ninguna acción de nulidad del procedimiento hipotecario. (STS de 10 de mayo de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Mercedes R. M. y otros, demandaron en juicio declarativo de menor cuantía a don José Luis B. C. y a su esposa, a don Manuel E. R. y esposa; y también a la sociedad *Blasco Campos, S. A.* Los actores suplicaban que se ratificase la declaración de nulidad de una escritura, así como de las cédulas que se instrumentan en la misma, y que fueron objeto del proceso hipotecario judicial sumario autos 950/88; que se declarase la nulidad del negocio jurídico de adquisición y adjudicación por venta judicial en subasta que tuvo lugar en aquel proceso judicial sumario; que se condenase, en todo caso, a don Jose Luis B. C. y a la entidad *Blasco Campos, S. A.*, y a la esposa de aquél a los efectos de ejecución sobre bienes que ostentaren en común, a abonar solidariamente una serie de cantidades a los actores, en concepto de daño emergente, y de daños y perjuicios por lucro cesante hasta la entrega efectiva de la finca en ejecución de sentencia; que se declarase el derecho de los actores a compensar y deducir de los daños que en todo caso se declarasen en la sentencia, la suma de 44.461.035 pesetas, que por motivo de las cédulas y escrituras relacionadas en el hecho cuarto de la demanda, tenían que devolver a don José Luis B. C., quien había reivindicado dicha suma en el proceso penal anterior por delito de usura interpuesto contra el mismo y contra don Manuel E. R., cuya sentencia declaró penalmente usurario el préstamo, condicionando la nulidad del mismo a que los demandantes (doña Merce-

des R. M. y otros) devolvieran la suma de 44.461.035 pesetas que realmente habían recibido. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la escritura pública, de las cédulas y del proceso judicial sumario. La Audiencia ratificó la sentencia de primera instancia. Los demandados interpusieron recurso de casación que es estimado parcialmente, con fundamento en la infracción del artículo 1091 CC; y del artículo 1196 CC. (E. C. V.)

14. Contratos: interpretación; revisión en casación.—La interpretación de los contratos es competencia de los Tribunales *a quo*, siendo únicamente revisable en casación cuando sea contraria a las reglas de la lógica o bien cuando se contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado (STS de 24 de enero de 2006 y las allí citadas).

Cláusula penal prevista para caso de falta de pago del precio aplazado. Incumplimiento parcial de la obligación de entrega de precio: no aplicación de la facultad moderadora del juez.—Es doctrina constante del Tribunal Supremo que, cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 CC si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. La moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina, «la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis», porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes. Resulta evidente que las cláusulas resolutoria y penal se pactaron en previsión de la falta de pago de una parte del precio que se aplazaba, pero, al ser éste una fracción del que se había pactado, su impago lleva a un incumplimiento parcial de la obligación asumida. Si la cláusula penal se prevé para el impago parcial del precio, no puede aplicarse la facultad moderadora del juzgador, ya que la autonomía de la voluntad consagra el principio básico de que los pactos deben ser cumplidos por las partes contratantes, respetando lo pactado, en este caso, la cláusula penal prevista para el incumplimiento parcial (STS de 5 de diciembre de 2003). Y es claro que la cláusula penal se impusiera sobre esta parte, dado que la mayor parte del precio había sido recibido ya por los vendedores. (STS de 14 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Álvaro y la sociedad Vartshire Ltd vendieron a la sociedad *Cartera Audiovisual, S. A.*, unas acciones de *Lee Panavision España, S. A.*, de las que eran titulares. El precio pactado en la escritura de compraventa fue de ochocientos millones de pesetas (4.808.096,84 euros), que se pagaron de la siguiente forma: los vendedores confesaban haber recibido 671.703.071 pesetas (4.037.016,76 euros) y las restantes 128.296.929 pesetas (771.080,07 euros) que restaban, debían hacerse efectivas en cinco plazos, sin devengo de interés, empezando a pagarse el 31 de julio de 1993.

En el contrato de compraventa de las acciones figuraba la siguiente cláusula: «Pactan expresamente los comparecientes, según intervienen, que en caso de impago de uno cualquiera de los pagos previstos en la estipulación anterior, quedará resuelta la presente compraventa quedando a favor de los vendedores las cantidades entregadas hasta el momento de la resolución».

El primer plazo se hizo efectivo y ante el impago de las restantes 105.122.987 pesetas (631.801,88 euros), se renegoció la forma y plazos de pago, emitiéndose dos pagarés, que también resultaron impagados.

El 9 de febrero de 1994 los vendedores se dirigieron a la compradora mediante acta notarial de requerimiento; en dicha acta figuraba lo siguiente: «por medio del presente dan por resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa de las acciones reseñadas [...] resolución contractual con trascendencia real», readquiriendo don Álvaro y la entidad *Vartshire Ltd* «la propiedad y pleno dominio de las referidas acciones, como si la venta no hubiese tenido lugar, con todas las consecuencias de hecho y de derecho implícitas en la cláusula penal estipulada en sustitución de daños y perjuicios». Don Álvaro y la sociedad *Vartshire Ltd* demandaron a *Cartera Audiovisual, S. A.*, pidiendo «que se declare resuelto el contrato de compraventa» y que «se declare que la cantidad entregada queda propiedad de los demandantes». La demandada se allanó a la petición relativa a la resolución del contrato, pero discutió la procedencia de la cláusula penal, porque había pagado 697.466.873 pesetas (4.191.860,33 euros) y debía solamente 105.122.987 pesetas (631.801,88 euros), por lo que consideraba exagerada la cláusula penal y, en consecuencia, pidió que se le devolvieran 300.000.000 de pesetas (1.803.036,31 euros).

El Juzgado de Primera Instancia declaró resuelto el contrato por la vía extrajudicial y analizando los daños producidos en los demandantes por el impago, estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación contra esta sentencia, se estima por la Audiencia Provincial, que moderando la cláusula penal en virtud del artículo 1154 CC, acordó la restitución pedida por los demandados. Esta sentencia ha sido recurrida en casación. (*S. M. S.*)

15. Rescisión de contratos: fraude de acreedores. Presencia de los elementos para que prospere la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 CC).—Existencia del crédito, celebración de contrato con tercero que implica beneficio o ventaja, *consilium fraudis*, que la jurisprudencia y la doctrina han ido centrando en la conciencia del perjuicio o *scientia fraudis*, y el llamado *eventum damni*, que considera presentes en el caso, poniendo énfasis en que una liquidación ordenada del patrimonio hubiera posibilitado el cobro.

Existencia de *consilium fraudis*.—La hipoteca comprende prácticamente la totalidad de los bienes de la entidad deudora, cuya situación ha de conocer el Banco acreedor por razón de los especiales vínculos que le unían a la empresa (el Secretario del Consejo fue nombrado a propuesta de la Corporación Industrial en la que era mayoritario el Banco, y la propia Corporación participaba en el capital de la entidad deudora con un 23 por 100). La consti-

tución de la garantía para seguridad de un crédito preexistente, sea o no un negocio gratuito, implica la evidente e indebida modificación de la *par condicio creditorum*, y se lleva a cabo cuando ya se habían celebrado reuniones para el aplazamiento del crédito de la actora y en un momento económico crítico, sin que pueda estimarse la alegación de que en el momento de acordarse el aplazamiento (30 de julio de 1993), pues se ha de subsanar la escritura de constitución (7 de mayo de 1993) en 17 de septiembre y llega al Registro en 27 de septiembre. Por lo que concluye el Juzgador que hubo un evidente ánimo de garantizar la posición del Banco frente a los demás acreedores y es suficiente la existencia de *scientia fraudis*, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, para la viabilidad de la acción.

Responsabilidad del administrador.—Ha de prosperar por cuanto se dan los requisitos que exige el artículo 135 LSA, pues su conducta ha sido determinante de la producción del daño, ya que, de forma simultánea, negocia el aplazamiento del pago del crédito de la actora y la constitución de la hipoteca. Además, hallándose la sociedad en pérdidas que dejan reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social (260.4 LSA), ya desde los meses de abril, mayo y junio de 1993, debió haber promovido la disolución, mediante la convocatoria de la Junta o mediante la solicitud judicial (art. 262.5 LSA). (**STS de 5 de junio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. don Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—El 17 de diciembre de 1992 se realiza una operación de préstamo, entre *Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S. A.*, y *Banco Español de Crédito, S. A.*, del que nace un crédito personal a favor del Banco. El 7 de mayo de 1993 se garantiza el buen fin de ese crédito con hipoteca, mediante escritura que ha de ser subsanada en 17 de septiembre de 1993 y llega al Registro en 27 de septiembre. La hipoteca comprende prácticamente la totalidad de los bienes de la entidad deudora. Mientras tanto, en 30 de julio de 1993, se ha llegado a un acuerdo entre *Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S. A.*, y *Virgilio Díez Monedero, S. A.*, calificado como el primero o más importante de sus acreedores, para aplazamiento de la deuda, que se refleja en un documento de reconocimiento de la deuda, y se libran letras de cambio con vencimientos entre 15 de octubre de 1993 y 15 de junio de 1995. *Virgilio Díez Monedero, S. A.*, emprende, acumuladamente, acciones contra *Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S. A.*, *Banco Español de Crédito, S. A.*, y don José Miguel. Contra *Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S. A.*, acción declarativa ordinaria con fundamento en el suministro de cereales (entre octubre de 1992 y mayo de 1993) cuyo precio quedó impagado, y la cambiaria declarativa con fundamento en las letras que se libraron, para su pago, con los intereses del artículo 58 LCCh. Contra la misma entidad y *Banco Español de Crédito, S. A.*, una acción de indemnización de daños y perjuicios por constitución de hipoteca en fraude de acreedores, ya que se trató de una hipoteca constituida a título gratuito, para garantizar un préstamo preexistente a punto de vencer. Y, además, la condena solidaria de don José Miguel con *Emeterio Guerra*, ya que había sido Administrador, incumpliendo sus obligaciones, cuando la entidad estaba ya en insolvencia, dando lugar a las ventas y constitu-

yendo en fraude de acreedores la hipoteca (arts. 133 y 135, 262.5 y 260.4 LSA). El Tribunal de Primera Instancia estima los pedimentos del actor. La Audiencia Provincial, confirma la sentencia apelada. Es recurrida en casación por los demandados. (S. M. S.)

16. Necesidad del carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores.—La acción rescisoria —dice la S de 22 de abril de 2004— viene a consistir en un remedio de carácter subsidiario, conforme al artículo 1294 CC, habiendo declarado reiteradamente esta Sala (SS de 12 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y 27 de mayo de 1992) que dicho Cuerpo legal la establece a favor de los acreedores para proteger y lograr la efectividad de sus créditos en bienes del deudor demandado. Exige, a modo de preferente fáctico legal necesario, que se cumplan las previsiones del artículo 1111 CC, es decir, que a los acreedores no les resulte por otro medio posible obtener el reintegro de la deuda, lo que supone la realidad de la existencia del crédito y la celebración por el deudor con posterioridad de actos de disposición patrimonial que atenten directa y frontalmente a dicho crédito, al que de este modo se le vacía de todo contenido en cuanto a su real percepción, en un actuar defraudatorio concebido y ejecutado con el indudable propósito de causar perjuicios y daños constatados al acreedor, debiendo también darse la concurrencia de que los bienes no hayan pasado a manos de terceros de buena fe (SS de 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989, 27 de febrero, 27 de mayo y 26 de noviembre de 1992). (**STS de 24 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El *Banco Central Hispano Americano, S. A.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia contra don Pedro N. M. y su esposa doña Josefa G. M. y contra don Félix G. V. y doña María del Carmen T. G. solicitando que se declarase nula una escritura de cesión y transmisión de una finca por fraude de acreedores y, subsidiariamente, se condenase a los demandados, con carácter solidario, a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Sin embargo, apelada la sentencia, la Audiencia de Murcia acogió el recurso del banco demandante y declaró la nulidad por fraude de acreedores de la correspondiente escritura pública. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

17. Contrato de compraventa de bien inmueble. Diferencia entre la imposibilidad inicial de cumplimiento y la imposibilidad sobrevenida.—Cuando se produce una imposibilidad de cumplimiento de la prestación hay que distinguir si tal imposibilidad existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato) en cuyo caso el efecto jurídico que procede es el de la nulidad contractual de conformidad con el artículo 1272 en relación con el artículo 1261.2, ambos del Código civil, o si se trata de una imposibilidad sobrevenida —con posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora— en cuyo caso (art. 1184 CC) se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual). En tal sentido, por todas, SS de 10 de abril 1956 y 30 de abril 2002).

No existe imposibilidad de cumplimiento.—La sentencia de primera instancia (asumida por la de apelación) entiende que la actora no podía por sí sola subsanar la discrepancia, y señala «que como le comunicó el *Palmeral de Obras, S. L.*, que era quien había efectuado la declaración de obra nueva y división horizontal [y quien transmitió la finca a la aquí vendedora y recurrente Grupo Ferrovial], había otorgado una escritura de subsanación de fecha 30 de enero de 1989 que estaba en trámite de inscripción registral, lo cierto es que sigue sin inscribirse todavía, entre otras circunstancias por los litigios que existen entre los propietarios de la primera fase de la urbanización y el *Palmeral de Obras, S. L.*, y también con los de la segunda fase, que han hecho que hasta la fecha se nieguen a dar su consentimiento algunos de ellos para modificación y rectificación de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal».

De lo expuesto no cabe deducir una situación de imposibilidad jurídica, ni siquiera en su versión de dificultad que pudiera ser valorada como de imposibilidad, en los términos a que se refiere la doctrina de la Sala antes expuesta. La declaración del Juzgado es simplemente apodfctica, y no hay razonamiento alguno que explique porqué (*sic*) no puede efectuarse una rectificación de la cabida de la finca (art. 298 RH) con base catastral, o máxime existiendo ya una escritura pública de subsanación, con independencia de las restantes fincas.

En la compraventa de cuerpo cierto resulta irrelevante la diferencia de cabida.—El comprador (demandado recurrente) Sr. M. P. conocía perfectamente las condiciones de la finca al tiempo de perfeccionar el contrato de compraventa y prestó el consentimiento plenamente consciente de sus características, incluida la cabida, por lo que nos hallamos ante un supuesto de compraventa de «cuerpo cierto» regulada en el artículo 1471 CC, en cuyo párrafo primero se establece que «en la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato» y a la cual se refiere una profusa doctrina jurisprudencial (SS, entre las más recientes, de 18 y 25 de febrero y 24 de abril de 1997, 25 de julio de 1998, 18 de junio de 1999, 21 de julio y 5 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001). Por consiguiente, la diferencia de cabida del objeto comprado resulta irrelevante, por lo que ninguna trascendencia económica derivado de ello puede tener para el vendedor en el presente proceso.

Mala fe en la conducta observada por el comprador.—La conducta del Sr. M., ocupando el apartamento, manteniéndose en el mismo con excusas como la expuesta, o con las totalmente carentes de fundamento probatorio, e incluso en contradicción con su propia confesión, como las relativas a la cédula de habitabilidad y a los boletines de luz y agua, y ello habiendo abonado solamente doscientas mil pesetas de los diecisiete millones quinientas mil pesetas a que asciende el precio total de la compraventa, supone una actuación abusiva y de absoluta mala fe, que conculca la normativa contractual (art. 1258 CC) y el comportamiento exigible en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 y 2 CC). (**STS de 21 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Habiéndose apreciado que la cabida de una vivienda familiar era superior a la que constaba en el Registro de la Propiedad, el vendedor demandó al comprador pidiendo que se decla-

rase alternativamente el cumplimiento del contrato y elevación del mismo a escritura pública con entrega de la parte de precio no satisfecha o la resolución del mismo por imposibilidad de cumplimiento; subsidiariamente se solicitaba que se cumpliera el pacto de arras, dejando sin efecto el contrato y allanándose el vendedor a devolverlas duplicadas. El comprador se opuso a la demanda y formuló reconvención solicitando el cumplimiento del contrato y que en la escritura pública de compraventa se hiciera constar la realidad física de la finca comprada. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda dando por resuelto el contrato y desestimó la reconvención. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado reconviniente. Con un pronunciamiento sorprendente, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el comprador pero, en lugar de desestimar la demanda y estimar la reconvención, estimó la demanda en lo que se refiere a la otra pretensión alternativa del demandante, es decir, declarando la vigencia del contrato y condenando al demandado a otorgar la escritura pública de compraventa en los términos solicitados por el demandante. (M. C. B.)

18. Ejercicio del derecho de opción de compra.—«Como recuerda la S de 6 de julio de 2001, la jurisprudencia de esta Sala ha ido perfilando los caracteres y requisitos de la opción de compra. Como ejemplo puede tomarse, por los precedentes que a su vez cita, la S de 14 de febrero de 1997, a cuyo tenor la opción de compra consiste en conceder al optante mediante cláusula inserta en el contrato de arrendamiento urbano, la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente se extingue y queda consumada y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada, en casos como el debatido, para frustrar su efectividad, pues basta para la perfección de la compraventa con el optante, como en el caso discutido se ha probado, que le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción (SSTS entre otras, de 13 de noviembre y 22 de diciembre de 1992). Dentro de los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitada el contrato de compraventa, éste queda sometido a su propia regulación (arts. 1445 ss. CC), en la que figura el 1450 CC, que mantiene desde luego la perfección del contrato, aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado, como así lo corrobora en caso de opción la doctrina de esta Sala (SS entre otras, de 3 de febrero 1992) al poner de relieve que si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma, la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada. Y esta misma sentencia al examinar en concreto el requisito del pago o consignación del precio, se remite a la de 2 de febrero de 1992 para declarar que se trata de una condición no exigida «salvo que ésa sea la intención contractual de las partes, manifestada en una cláusula clara y terminante», doctrina que igualmente se expresó en las SS de 17 de mayo y 24 de junio de 1993. Y es evidente que si bien se exigía que el precio se hiciera efectivo en el momento de ejercitarse la opción, este precio debía haber sido objeto de una previa determinación, que no necesitaba de un nuevo acuerdo

entre las partes, pero que exigía la colaboración de quien debía recibirlo, de conformidad con lo establecido en el mismo contrato, siendo esto a la postre lo que interesó el optante». (STS 3 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El día 23 de enero de 1989, *Grupo Unigro, S. A.*, constituyó un derecho de opción de compra, a ejercer dentro del plazo de cinco años, a favor de M. M. G. El día 29 de octubre de 1993 M. M. G comunicó formalmente al concedente su intención de ejercitar el derecho de opción de compra y le requirió que le indicara el importe que debía pagar, ya que de acuerdo con lo estipulado su determinación la había de efectuar el concedente. Ante la falta de comunicación por el concedente del precio a pagar M. M. G interpuso demanda contra *Grupo Unigro, S. A.*, solicitando que se declarara ejercida debidamente la opción de compra. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y declaró que el actor había ejercido debidamente la opción de compra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. T. B.)

19. Contratos: interpretación.—Las consideraciones del tribunal de instancia deben considerarse inmunes al control casacional, salvo en los casos extremos en que la manifiesta ilogicidad del resultado interpretatorio o la arbitrariedad del juicio de hecho, o las consecuencias a que se llegue en la interpretación, reveladoras de infracción de una norma jurídica, conduzcan a una situación contraria a Derecho, que reclame la revisión en sede casacional (el Tribunal cita la STS de 23 de diciembre de 2003). La interpretación contractual practicada por la Sala se encuentra sometida a las reglas de la lógica, tanto por lo que se refiere a la pretendida minoración del precio del arriendo como para lo referido a los gastos de construcción y puesta en funcionamiento del negocio. En cuanto a la minoración por superficie inferior en cincuenta metros cuadrados sobre cuatrocientos cincuenta metros de superficie de la cosa arrendada, en el contrato la superficie se señaló como aproximada porque no era posible fijarla con exactitud, y ello antes de otorgarse por el Promotor la escritura de división horizontal, habiéndose fijado el precio del arriendo de manera fija y no en función de los metros cuadrados de superficie, con recepción de la cosa arrendada, realización de obras posteriores a la misma y pago de la renta por la arrendataria demandante durante años, sin manifestación contraria, hechos que entiende la Audiencia hacen suponer un conocimiento exacto de los metros de superficie y la aceptación del objeto del contrato. En cuanto a si el objeto del contrato era una finca edificada o sin edificar, la interpretación de la Audiencia de que se trataba de superficie sin edificar también entra en las reglas de la lógica, no es absurda ni arbitraria, pues tiene en cuenta las especiales naturaleza y características del negocio que se iba a instalar, de autolavado, que es distinto al de un tradicional local comercial, y concretamente diferente a los demás locales comerciales del complejo comercial que efectivamente el promotor entregaba construidos y a los que se refieren las condiciones generales cuando hablan de previa construcción, locales que estaban en el interior del Complejo, y no en el exterior, como el destinado a lavado de coches, siendo la propia conducta del arrendatario la de recibir el objeto de arriendo sin reserva alguna y empezar a

construir el autolavado en 1990, y a realizar la oportuna tramitación administrativa, sin hacer requerimiento de pago por estos conceptos hasta 1994.

Opción de compra: efectos con relación a terceros. Inoponibilidad de opción no inscrita a terceros adquirentes de buena fe del inmueble. Tercero hipotecario: buena fe: presunción.—La parte recurrente cita sentencias de esta Sala que, como la de 13 de febrero de 1997, otorga eficacia a un contrato de opción de compra no inscrito, vigente, y conocido por la parte. También se cita la STS de 24 de octubre de 1990, en la que se parte de la mala fe del tercer adquirente. Sin embargo, en el presente supuesto, la mala fe del tercer adquirente no es declarada en la sentencia de apelación, pues no se ha declarado probado que la entidad *Rodamco, S. L.* (tampoco respecto de las anteriores adquirentes), que es de la que se demanda el otorgamiento de la escritura, tuviera conocimiento de la existencia de la cláusula de opción de compra otorgada entre la entidad actora y *TACSA*, y no inscrita en el Registro de la Propiedad, después de que varias entidades adquirieran sucesivamente la titularidad de la finca arrendada, estando amparada por el principio de exactitud registral, y la presunción de buena fe que en el artículo 34 LH se establece a favor del tercero que adquiere amparado en el Registro, buena fe que cabe desvirtuar mediante prueba en contrario cuya carga incumbe a quien invoca su ausencia. (**STS de 5 de junio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La *Compañía Española de Lavados y Servicios, S. A.*, demanda a *Técnicas de Acondicionamientos Comerciales, S. A.*, *Parques Urbanos, S. A.*, *Hércules Hispano Inmobiliaria, S. A.*, y *Rodamco Inversiones, S. L.*, exigiendo cantidad a determinar, en ejecución de sentencia, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, en relación, por un lado, con la minoración del precio del arrendamiento de finca (para establecimiento de negocio de autolavado) que se ha venido abonando, por el hecho de ser el local arrendado de menor superficie edificable a la pactada, y, por otro lado, con el resarcimiento de los gastos y desembolsos que ha tenido que hacer la actora para la construcción y puesta en funcionamiento de su negocio, al entender que se pactó la entrega del local construido y sólo se verificó respecto de la superficie destinada a la construcción. Además, la actora pretende obtener la efectividad del pacto de opción de compra (elevación a público contrato de compraventa), complementario y posterior al contrato de arrendamiento de finca. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando (sólo) a *Técnicas de Acondicionamientos Comerciales, S. A.*, a que indemnice al actor en los daños y perjuicios que le ha causado el incumplimiento del pacto de opción de compra, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia. Los actores interponen recurso de apelación, que es desestimado, y posteriormente recurso de casación. (*S. M. S.*)

20. Naturaleza civil del contrato de suministro de agua. Aplicación del plazo de prescripción previsto en el artículo 1967.4 CC.—El primer motivo se formula por estimar la recurrente infringidos tanto el artículo 1964 CC, como el artículo 1967.4 del mismo cuerpo legal, ya que el primer precepto hace referencia concreta a la prescripción de quince años para las acciones personales que no tengan señalado un término especial; lo que implica necesari-

riamente decidir si los contratos de suministro de agua tienen naturaleza civil o mercantil; ya que de calificarse el negocio o contrato de mercantil sería de aplicación el artículo 1964 CC, por la supletoriedad de éste ante la laguna que existe en el ordenamiento mercantil y por la referencia que al mismo orden civil efectúa el artículo 943 CCO. La recurrente estima que los contratos celebrados entre las partes tienen naturaleza mercantil. En virtud de estas consideraciones la recurrente impugna la estimación de la excepción alegada en la contestación a la demanda sobre prescripción, al considerar tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de apelación la aplicación al caso de la prescripción de tres años del artículo 1967.4 CC. La sociedad demandante tiene por objeto social el suministro de aguas mediante precio. La sociedad demandada tiene la actividad propia de un club deportivo, entre las que se cuenta el uso de piscina con agua suministrada por la demandante; por lo que, como expresa la sentencia apelada el agua se dedica a atender y cubrir las necesidades propios de su objeto social, con lo que, en cuanto a compraventa civil, el plazo prescriptivo aplicable no puede ser otro que el tomado en cuenta por el Juzgado de Primera Instancia. (STS de 12 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—En fechas comprendidas entre enero y junio de 1970, la entidad mercantil Suministradora de *Aguas Lomas Bosque, S. A.*, suscribió varios contratos para suministro de agua con la entidad *Club de Tenis Las Lomas, S. A.* Ésta, desde enero de 1987, dejó de abonar los recibos que se le remitían. Por ello, la entidad suministradora de agua interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid en reclamación de más de dieciséis millones de pesetas, importe de los recibos no satisfechos. El Juzgado estimó sólo parcialmente la demanda al considerar que el contrato de suministro celebrado tenía carácter civil y, en consecuencia, le era de aplicación el plazo de prescripción de tres años previsto en el artículo 1967.4 CC. De esta forma, el Juzgado desestimó la pretensión de la compañía suministradora de considerar el contrato como mercantil y aplicarle, ante la laguna existente en el ordenamiento mercantil, el plazo de prescripción de quince años contemplado en el artículo 1964 CC. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

21. Arrendamiento de terrenos en los que no existe construcción alguna. Aplicación de las normas del Código Civil.—El carácter imperativo de la legislación especial arrendaticia no indica, ni con mucho una preferencia sobre las normas de un Derecho común o general. Y así lo reconoce jurisprudencia de esta Sala, que declara que si alguna duda surgiera en cuanto a la aplicación de la legislación común o especial, habrá de ser resuelta otorgando preferencia a aquélla por su carácter general y atrayente —S de 21 de abril de 1951—. Además en los supuestos en que exista duda acerca de si la normativa aplicable a un contrato de arrendamiento es la general del Código Civil o la especial, representada por la Ley de Arrendamientos Urbanos, es obvio que debe incluirse la aplicabilidad de la legislación general dictada para la mayoría de los casos en lugar de seguir el criterio de la especialidad (S de 10 de febrero de 1986).

Es más, si en todo caso el arrendamiento en cuestión fuere un arrendamiento *ad aedificandum* el mismo sería un arrendamiento complejo, excluido, en principio, de la legislación especial. (STS de 10 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—En 1988, los litigantes firmaron un contrato de arrendamiento de terrenos en los que no había construcción alguna, previéndose una posible edificación, en cuyo caso esa eventualidad condicionaría el precio del arrendamiento. Habiendo desistido unilateralmente el arrendatario, el arrendador instó un procedimiento judicial reclamándole la indemnización a que hace referencia el artículo 56 LAU de 1964. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, aunque fijando como indemnización una cantidad inferior a la reclamada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el arrendatario, con desestimación íntegra de la demanda, por estimar que se trataba de un arrendamiento regulado por el Código Civil, en el que no se prevé la indemnización que reclamaba el arrendador. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el arrendador. (L. F. R. S.)

22. Arrendamiento de nave industrial. Extinción por pérdida de la cosa debido a un incendio. La indemnización no se extiende a las rentas correspondientes al período posterior al incendio ni a la pérdida de la calificación del suelo.—La relación arrendaticia se ha extinguido por pérdida de la cosa y no es procedente integrar las rentas de fechas posteriores al incendio en el concepto indemnizatorio; y tampoco cabe el abono de la cantidad solicitada por pérdida de la calificación del suelo, pues la situación ha sido determinada por los órganos administrativos correspondientes y el recurrente tuvo a su alcance los cauces oportunos de oposición.

Contrato de seguro de responsabilidad civil. La indemnización a cargo de la compañía aseguradora no comprende los intereses de demora por haber existido discusión justificada sobre la procedencia de la cobertura del siniestro.—La determinación de la causa de la obligación de pago de la aseguradora hubo de efectuarse por el órgano judicial, al haber existido discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización, sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro, inclusive con dos sentencias opuestas en las instancias, y la doctrina jurisprudencial exige que la falta de satisfacción de la indemnización obedezca a una causa injustificada o imputable a la aseguradora (entre otras, SSTS de 3 de noviembre de 2001, 7 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 2003, 7 y 9 de junio y 22 de octubre de 2004), lo cual, al no ocurrir en el supuesto debatido, produce la liberación del pago de los intereses moratorios determinados en el citado precepto. (STS de 25 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—El demandante había arrendado una nave industrial, en la que se había instalado una industria de carpintería explotada por una sociedad. El arrendatario y la sociedad habían concertado un seguro de responsabilidad civil hasta la cantidad de siete millones de pesetas. Habiéndose destruido la nave por un incendio, el

arrendador demandó al arrendatario, a la sociedad titular del negocio de carpintería y a la aseguradora reclamando cantidades en diversos conceptos. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto el recurso de apelación, fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, que condenó al arrendatario y a la sociedad titular de la industria a indemnizar al demandante por valor de 13.537.776 pesetas, de las que la compañía aseguradora debía satisfacer 7.000.000 de pesetas a cuenta del seguro. Interpuesto recurso de casación por parte del demandante y de la aseguradora, el Tribunal Supremo declaró lo haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

23. Contrato de arrendamiento de local de negocio. Irregularidades en los elementos comunes del edificio donde se encuentra el local.—El Tribunal Supremo acoge en esta sentencia la interpretación jurisprudencial de los artículos 1554 CC y 107 LAU de 1964, que defiende que no cabe confundir las reparaciones relativas a la vivienda o local como finca individual, con las que corresponden a la Comunidad de Propietarios del inmueble, ya que las irregularidades en los elementos comunes no pueden ser imputadas a la arrendadora del local, como tampoco las posibles innovaciones para prevenir nuevos daños, cuando dichos daños provienen de los elementos comunes y no de las instalaciones y componentes propios del local arrendado (STS de 7 de diciembre de 1984).

Improcedencia de indemnización por los bienes dañados. Falta de acreditación de que el material dañado existente en el local arrendado pertenecía exclusivamente al arrendatario.—No procede indemnizar al arrendatario por los daños producidos en los bienes existentes en el local arrendado cuando el arrendatario reconoce expresamente que dichos bienes pertenecen exclusivamente a dos entidades mercantiles (que no son las arrendatarias) y, además, no acredita la existencia de bienes de su exclusiva propiedad que hayan resultado perjudicados. (**STS de 18 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Doña M. A. E. A. presenta una demanda contra don F. B. O. solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de un local de negocio, por falta de pago de la renta, y el abono de las rentas impagadas, más los intereses correspondientes. Don F. B. O. presenta una demanda reconventional en la que insta la resolución del contrato de arrendamiento y solicita una indemnización de daños por los desperfectos sufridos en determinados bienes de su propiedad, así como en concepto de daños comerciales y de negocio. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconvencción, de tal forma que declara la resolución del contrato y condena al arrendatario a pagar las rentas impagadas más los intereses. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación presentado por el arrendatario y fija una determinada cantidad de dinero en concepto de rentas adeudadas hasta la presentación de la demanda. Frente a esta sentencia, el arrendatario presenta un recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo. Admitida por ambas partes la resolución del contrato de arrendamiento, la cuestión litigiosa queda centrada en el

hecho de si la arrendadora debió realizar o no ciertas obras de reparación en el local por filtraciones de agua provenientes de elementos comunes y si correspondía o no al arrendatario una indemnización por los daños sufridos en determinados bienes. (L. P. S. M. P.)

24. Subarriendo de finca y no cesión del contrato de arrendamiento.—El contrato de 18 de febrero de 1994 se presenta como relación compleja, pero de ninguna manera corresponde a lo que ha de entenderse por cesión del contrato; conforme a la doctrina de esta Sala de Casación Civil, pues para que tenga lugar la misma es preciso acuerdo de voluntades mediante el cual el cedente transmite al cesionario la titularidad de un determinado contrato, debiendo concurrir el consentimiento del contratante cedido (originario), con lo que se ocasiona una necesaria conjunción de tres voluntades, produciendo el efecto de que la primitiva relación contractual, que se mantiene, se amplía a un tercero que se incorpora a la misma por la cesión llevada a cabo y el cedente queda desligado del precio y de las obligaciones contraídas, que asume el cesionario, que pasa a relacionarse con el contratante cedido, que conserva siempre su posición originaria (SS de 6 de febrero de 1993, 5 de abril de 1994, 9 de diciembre de 1997, 19 de septiembre de 1998, 9 de diciembre de 1999, 30 de agosto de 2001 y 7 de octubre de 2002), viniendo a operar la cesión con carácter unitario, es decir que la integra toda la comprendida en el contrato y constituye un objeto y propio contenido negocial (S de 24 de noviembre de 2003), salvo pacto expreso.

La literalidad de los contratos no se impone de manera absoluta cuando los términos de la relación no se presentan con la suficiente precisión y claridad, y resultan disconformes con la voluntad de los contratantes, no dependiendo la naturaleza de los negocios jurídicos de la denominación que les hayan atribuido las partes, y es el contenido real del contrato el que determina su calificación, en correlación a las declaraciones de voluntad que lo conforman.

Los hechos probados son manifiestos al acreditar básicamente que la pretendida cedente *Pebosa, S. A.*, no se apartó por completo de la relación de arrendamiento con la Comunidad recurrente, atendiendo al contrato vigente como a los que le precedieron, pues mantiene la posesión, disfrute y explotación de la mayor parte del monte, por lo que no ha tenido lugar cesión total de todo el terreno que había arrendado, con la excepción de la porción cedida por contrato de 18 de febrero de 1994 a *Cupiga, S. A.*, y conserva dicho arrendatario su posición locativa originaria, pues *Pebosa, S. A.*, es la única que paga la renta, si bien *Cupiga, S. A.*, asumió el abono del 50 por 100 como pacto interno, pero ninguna relación directa mantiene ésta con la Comunidad propietaria del monte. (**STS de 6 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—La comunidad de vecinos titular del Monte Vecinos en Mano Común de Pacios de la Sierra demandó a dos entidades mercantiles. La primera era arrendataria de una finca perteneciente a la comunidad demandante y la segunda era cesionaria de los derechos de explotación de una parte de la finca arrendada. La demandante solicitaba la resolución del arrendamiento por haber cedido el contrato la arrendataria a la otra demandada; además, se solicitaba la demolición de la nave industrial construida en la finca arrendada,

así como levantar y retirar la línea de transporte de energía eléctrica y equipos industriales dejando las cosas tal como se hallaban inmediatamente antes de ser realizadas las obras. Habiéndose opuesto las demandadas a las pretensiones de la demandante, el Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, absolviéndolas de la demanda por tratarse de un subarriendo parcial y no de una cesión de contrato. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación instado por la demandante. (L. F. R. S.)

25. Aplicación retroactiva de la LAU de 1994.—«Como dice la S de 16 de abril de 1998, “las normas legales son irretroactivas, salvo que expresamente dispongan lo contrario (art. 2.3 CC) y los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior al Código, y que sean válidos con arreglo a la misma, surtirán sus efectos según la misma”, lo que es aplicable a cualquier otro cambio legislativo. Y la S de 15 de febrero de 1990 destaca que “el derecho transitorio, lejos de la distinción entre normas dispositivas y de derecho estricto o excepcional, tiene como único objeto combinar el derecho y situación anterior a la promulgación de la nueva Ley con ésta, sin atenerse a criterios fijos, sentando normas que eviten la irregularidad jurídica que podría causarse de no establecerse normas transitorias, y estas normas han de ser interpretadas conforme a los principios de literalidad y lógica de los textos”. De acuerdo con ese principio de irretroactividad de las Leyes, la Ley 29/1994 no ha establecido una aplicación retroactiva de sus preceptos, en bloque, a los contratos vigentes a su entrada en vigor, ya sean celebrados antes o después del 9 de mayo de 1985. Las disposiciones transitorias de la Ley 29/1994, tienen todas ellas un objeto concreto y determinado, como se pone de manifiesto en su Preámbulo, que no es otro que eliminar los efectos perjudiciales que ha tenido la prolongada vigencia de la prórroga forzosa obligatoriamente impuesta por la Ley de 1964, y a tal efecto las disposiciones transitorias actúan sobre la renta, la posibilidad de subrogación *inter vivos* y la prórroga obligatoria aplicándose, en consecuencia, el régimen legal vigente al tiempo de la celebración del contrato a aquellas otras cuestiones, como es la del ejercicio del retracto, que no guarden relación con las específicamente tratadas en las distintas disposiciones transitorias de la Ley 29/1994. Es decir, la consideración del contrato existente entre las partes de “arrendamiento para uso distinto del de vivienda” (art. 3.2 de la Ley 29/1994), a los efectos establecidos en la disposición transitoria tercera de esta Ley, no supone una ampliación al mismo de la normativa de esta Ley 29/1994, ni la de las normas de la Ley de 1964 reguladoras del contrato de arrendamiento del local de negocio».

Aplicación analógica del derecho de retracto establecido en el artículo 47.3 LAU de 1964.—«Señala la S de esta Sala de 13 de junio de 2003 como “la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 que aprobó el Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, refiriéndose a la analogía dice que ‘no presupone la falta absoluta de una norma, sino la previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto’; se condiciona así la aplicación del método

analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado debiendo acudirse para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (S de 20 de febrero de 1998); para su aplicación es condición necesaria que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad hasta el punto de permitir esa aplicación (S de 7 de enero y 3 de abril de 1981). Como dice la STC de 14 de julio de 1988, se trata de una operación jurídica delicada que exige medida, ponderado, meditado y cuidado uso". La excepción a la procedencia del derecho de retracto reconocido por la Ley especial arrendaticia al arrendatario, no puede ser extendida por vía de analogía, a otros supuestos que contribuirían a reducir el ámbito de ese derecho. Tampoco se da esa razón de analogía que se pretende en el motivo; la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del retracto que exige, inexcusablemente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago; en la adjudicación a los cónyuges de bienes en pago de su mitad en la sociedad de gananciales por disolución de ésta, no supone transmisión alguna del dominio, ya que los bienes adjudicados eran ya propiedad del cónyuge adjudicatario, si bien bajo el sistema de comunidad propio de la sociedad de gananciales». (STS 26 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.]

HECHOS.—F. L. V. arrendó un piso que formaba parte de un edificio no dividido en propiedad horizontal. Posteriormente L. P. R. se convirtió en propietario del edificio. Éste adquirió una parte por compra de la mitad de la cosa, y otra por compra de los derechos hereditarios a los herederos. A la muerte de L.P.R. se adjudicó en pleno dominio el 34 por 100 de la finca a su esposa, C. B. B. Al disolverse la comunidad constituida sobre el edificio se adjudicó a C. B. B. el piso arrendado a F. L. V. El arrendatario formuló demanda de juicio de retracto contra C. B. B. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación de la actora y reconoció el derecho de retracto de la actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes. (R. T. B.)

26. Responsabilidad profesional del abogado: cumplimiento defectuoso del encargo recibido: intervención ante la Jurisdicción laboral.—La relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos, un contrato de prestación de servicios que define el artículo 1544 CC como relación personal *intuitu personae* que incluye el deber de cumplirlos, además de un deber de fidelidad derivado del artículo 1258 CC, imponiendo al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (STS de 28 de enero de 1998), y que da lugar a la obli-

gación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa. En el presente caso, el abogado había asumido, dentro de sus obligaciones profesionales, la de representar a sus clientes en el procedimiento a seguir ante la jurisdicción de lo social y a tal efecto designó su domicilio para oír notificaciones de acuerdo con los artículos 18.1 y 19.1 de la Ley de Procedimiento Laboral; debió de actuar, por tanto, con la diligencia necesaria para obtener los poderes notariales que acreditasen la representación asumida, en tiempo hábil procesalmente. Fue esa falta de diligencia lo que dio lugar al archivo declarado por el Juzgado de lo Social; con su comportamiento negligente, como dice la STS de 14 diciembre 2005, privó a los actores de la oportunidad de someter a la consideración judicial una determinada pretensión y si bien nadie puede prever lo que hubiera ocurrido de haberlo formulado, con su conducta no sólo impidió sus clientes la posibilidad de conseguirlo, sino que vulneró su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, pues el derecho de acceso a la jurisdicción forma parte del patrimonio jurídico de los actores; no consta acreditado que el recurrente recabase con tiempo suficiente a sus clientes la entrega de los poderes necesarios, por lo cual no cabe atribuir la resolución de archivo dictada por el juzgado a culpa de éstos.

El recurrente en casación carece de legitimación para pedir condena del codemandado absuelto.—Es doctrina reiterada de la Sala Primera la de que carece de legitimación para recurrir en casación quien pretende la condena de un codemandado absuelto, en particular la Compañía de seguros (SSTS de 13 de mayo y 11 de diciembre de 2003, 27 de septiembre y 20 de diciembre de 2004 y 10 de mayo de 2005). (STS de 23 de mayo de 2005; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.] (G. G. C.)

27. La carga de la prueba.—La regla integrada en el artículo 1214 CC podrá y deberá ser aplicada cuando se trate de un hecho no acreditado y cuya falta de prueba haya de recaer sobre aquel que, estando obligado a probar, no lo hizo. En relación con el artículo 1225 CC, procede manifestar que la falta de adveración en el proceso de un documento privado no le despoja en absoluto de valor y puede ser tomado en consideración ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del caso.

Extinción del contrato de arrendamiento de servicios.—Si bien el contrato verbal de arrendamiento de servicios pactado entre los litigantes, era, en principio, de duración indefinida, que no quiere decir «por toda la vida», tras el nuevo Reglamento de Régimen Interior de ASISA, ha pasado a tener una duración determinada, que se extiende desde el 1 de enero al 31 de diciembre de cada año, con derecho a prórroga salvo denuncia expresa de alguna de las partes. De manera que, así como quienes deseen causar baja en las listas sanitarias han de comunicarlo antes de finalizar el año natural, ya que, en caso contrario, se les puede exigir daños y perjuicios; asimismo, cabe que la entidad resuelva unilateralmente la relación de arrendamiento mediante el preaviso indicado en el Reglamento. (STS de 21 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Farmacéuticos-analistas con laboratorios abiertos en Cáceres concertaron de forma verbal con la entidad *Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S. A.*, contratos de prestación de servicios de análisis clínicos a realizar en los laboratorios de que eran titulares, a favor de las personas que tenían cobertura en ASISA. Los mismos figuraban en las diversas listas anuales de facultativos,

bajo el epígrafe de análisis clínicos, que la entidad confeccionaba para información de sus asegurados. En noviembre de 1997, *ASISA* remitió una carta a cada uno de los farmacéuticos referidos para comunicarles que, se había instalado en Cáceres un Laboratorio Central de Análisis Clínicos, desde el día 1 de enero de 1998. En ejecución de la resolución unilateral de estos contratos de arrendamiento de servicios, *ASISA* dejó de incluir a los demandantes en la lista de facultativos de la guía de asistencia sanitaria, y a partir de los primeros días de dicho año, los análisis clínicos eran realizados por su Laboratorio Central, si bien en otras localidades de la provincia de Cáceres se mantuvieron otros farmacéuticos-analistas. Los farmacéuticos-analistas afectados interpusieron demanda de juicio de menor cuantía sobre resolución de contrato de arrendamiento de servicios e indemnización de daños y perjuicios ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cáceres, que estimó sus pretensiones. La Audiencia Provincial de Cáceres revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de segunda instancia y desestima sus pretensiones. (E. C. V.)

28. Arrendamiento de obra: subcontrato de obra y arrendamiento de maquinaria. Trabajos adicionales para el contratista principal: reclamación separada de su precio: improcedencia. Inclusión en los pagos realizados: valor probatorio de los documentos privados (art. 1225 CC). Valoración conjunta de la prueba.—Se trata de «desgajar», dentro de los trabajos, con aportación de maquinaria, realizados por el actor-subcontratista, para el demandado-contratista, del contrato de ejecución de obra, aportado con la contestación a la demanda y firmado por las dos partes, de fecha 17 de mayo de 1998, en el que se preveía la aportación de maquinaria, como así se hizo (al tratarse de desmontes y movimientos de tierra), una petición hecha por medio de dos faxes, y conformada por sus respuestas, de 27 de mayo y de 2 de junio del mismo año, sobre aportación de más maquinaria en un momento determinado, y de cobrar, aparte del precio de aquel contrato, esta última aportación. La valoración de la prueba hecha por el Tribunal *a quo* es conjunta, es decir, de toda ella, no aisladamente, y además particularizada respecto a cada una de las pruebas aportadas (documentos privados, testificales), y aparece como razonable y equilibrada, estudiando los documentos presentados, con su reforzamiento por las pruebas testificales con el ponderado valor de los deponentes más relacionados con la obra de que se trata. Los «vales» conformados, en que se basa la demanda, y de los que el recurrente deduce la cantidad que reclama en ella, como objeto del pretendido contrato «desgajado» del principal, no pueden dar lugar a esa reclamación, dadas las fechas de los trabajos a los que se refieren, anteriores a este segundo pretendido contrato, y por el contrario relacionadas con el principal. Y, por su parte, el proceso seguido para la emisión de los «certificados de obra», cobrables, a partir de dichos «vales», con los «documentos de conversión» de los «perfiles» de las obras trabajadas o metros cuadrados evaluables, su correspondencia con los albaranes internos y con las facturas, es racional, y hay que entenderlo como el realizado, dado que las siete «certificaciones de obra» emitidas, comprensivas de todo ello, han sido abonadas (mediante «pagarés» emitidos al efecto) sin rechazo; y según todas las pruebas, en ellas se incluye la partida que en

demanda se reclama. (STS de 30 de junio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La actora ejercita una acción personal de reclamación de la contraprestación que le corresponde, al haberle arrendado a la entidad demandada el uso de una serie de maquinaria, a fin de que ésta la utilizase en unas obras o trabajos a desarrollar por la arrendataria en la localidad de Palma del Río, por un precio cierto, que consta aceptado por fax de 27 de mayo de 1998, y su reiteración, el 2 de junio. Alquiler de la maquinaria que, entiende la demandante, reflejan los vales emitidos por la misma, conformados por el Encargado de obra de la demandada. Por su parte, la demandada, si bien no niega la realidad del mentado contrato de arrendamiento o alquiler de maquinaria, que fue verbal, y que el mismo se limitó a una petición concreta, de fecha 25 de mayo, para maquinaria, que no estaba contratada en obra, o para unos trabajos concretos de dicho día, sosteniendo que, para la realización de los trabajos que indica la actora, suscribió un contrato de obra con ella, estableciéndose en el mismo las unidades de obra contratadas por mediciones sobre perfiles, siendo cierta la emisión de los vales de obra, más que la emisión de los mismos se debió al mentado contrato de obra, siendo dichos vales necesarios para la valoración de los trabajos conforme a contrato, mediante la conversión de horas trabajadas a m³. Tras la conformidad de la conversión efectuada por el jefe de obra entre los vales de trabajo y los que se recogía en los albaranes internos, puede observarse cómo existe una partida medida sobre perfiles, a la que se suma otra de horas de maquinaria: esto daba un total que se transformaba en precios según las unidades contratadas, por lo que están incluidas las cantidades reclamadas en la demanda como horas «de administración», que en realidad se trata de la totalidad de los trabajos ejecutados en la obra y pagados por la demandada. La cuestión litigiosa se circunscribe a si los trabajos «por administración», no incluidos en el contrato de 17 de marzo de 1998, se encuentran incluidos en las certificaciones emitidas por la entidad actora tras la conformidad de la conversión efectuada por el jefe de obra entre los vales trabajados y los que se recogían en los albaranes internos, de manera que el importe de las horas de máquina reclamadas están incluidas en las facturas abonadas por la ejecución de la obra correspondiente al contrato (de obra) celebrado por escrito entre las partes. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial también desestima el recurso de apelación interpuesto. La demandante formaliza recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (S. M. S.)

29. Contrato de obra. El contratista no tiene que demandar a la esposa del comitente, aunque sea ganancial el terreno sobre el que se ejecutó la obra.—Una cosa es la cotitularidad del referido terreno, e incluso el interés mostrado por la referida esposa en cuanto a la realización de una obra precisa para el establecimiento de un negocio, también familiar, y otra que, tanto el encargo del estudio y proyecto técnico de la obra, como el contrato de arrendamiento de obra, realizado por el constructor, fueron actuados

sólo por el marido denunciado, en su propio nombre, y es él, en definitiva, el único que firma el documento del que se extrae el llamado «reconocimiento de deuda», del que deriva la presente reclamación, principalmente.

El reconocimiento de deuda debe interpretarse en el sentido de aceptar la cantidad que resulte de la medición a realizar.—En el presente caso, el documento de autos es claramente interpretativo de la existencia de la deuda, en orden a la obra realizada, que se reconoce, dado el tiempo transcurrido desde su terminación y la data del documento, sin que se ponga en cuestión el precio pactado por unidad de obra. Falta en él la consignación del precio total a pagar o el dato de la medida final de la obra, por lo que tiene el valor documental de una confesión extrajudicial, con un fuerte alcance interpretativo de aceptación de lo que resulte de la medición a realizar, partiendo de que debía saberse al menos, por su importante aumento sobre el previsto en el Proyecto técnico, en cuanto a este extremo concreto, que existe realmente un exceso. (**STS de 5 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de obra por el que el contratista se obligaba a la excavación y desmonte del terreno sobre el que el dueño de la obra pretendía instalar una estación de servicio. El comitente estuvo presente durante la realización de los trabajos y fue diciendo a los encargados de los mismos cómo debían realizarlos y la tierra a extraer, resultando que, en lugar de los 2.168 metros cúbicos previstos, se extrajeron más de 8.000 metros cúbicos. Después de haber finalizado la obra, el comitente reconoció la deuda contraída con el contratista, aunque no se hacía alusión a la cantidad adeudada ni a los metros cúbicos extraídos. Habiendo impagado la deuda, el acreedor reclamó judicialmente y el deudor alegó, en primer lugar, que sólo adeudaba la cantidad resultante de los metros cúbicos contratados y, en segundo lugar, alegó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, pues consideraba que también debía haber sido demandada su esposa, ya que el terreno tenía carácter ganancial. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a pagar por los trabajos efectivamente realizados. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado en el único extremo de revocar la condena en costas. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*L. F. R. S.*)

30. Responsabilidad de la empresa promotora y constructora por vicios de la construcción.—La responsabilidad del promotor viene determinada en cuanto a que su actuación por lo general se proyecta a la comercialización de las viviendas edificadas, las que debe entregar a los adquirentes con las condiciones de habitabilidad suficientes, seguras y sobre todo útiles (SS de 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo de 1999, 27 de enero y 13 de octubre de 1999), y por tanto se hace responsable de los defectos y vicios que pudieran surgir por consecuencia de un proceso edificativo irregular, y, a su vez, es quien elige y contrata a los técnicos y constructores y no puede quedar liberado alegando la responsabilidad por completo de terceros relacionados con él mediante oportunos contratos; responsabilidad que le alcanza aunque no

asuma funciones de propio constructor (SS de 21 de febrero de 2000, 8 de octubre de 2001 y 13 de mayo de 2002). Lo mismo sucede con la constructora demandada, pues también resulta responsable y no planteó su exclusión concreta de la cuestión de la instalación de calefacción y agua corriente, corriendo de su cuenta todas las actuaciones materiales del proceso constructivo considerado como unitario y en todo caso le alcanza la doctrina jurisprudencial de la solidaridad establecida en la interpretación del artículo 1591 CC.

Principio de solidaridad ex artículo 1591 CC.—Concentrando el objeto del motivo, en cuanto pretende derivar las responsabilidades por las deficientes instalaciones de los servicios de calefacción y agua caliente sanitaria, a personas ajenas al pleito, esta Sala de Casación Civil ha declarado que no opera la institución de litisconsorcio pasivo necesario en las responsabilidades derivadas de la construcción de edificios a que se refiere el artículo 1591 CC, por lo que no se hace preciso la llamada al pleito de todos los intervinientes en el hacer edificativo, dado el principio de solidaridad. En este caso no se ha concretado ni depurado las diversas conductas concausas concurrentes en el resultado final de que el edificio adolece de graves vicios ruínógenos que no se concilian con una adecuada y normal habitabilidad, ya que no se ha practicado prueba precisa al respecto, es decir sobre las pretendidas y sólo alegadas responsabilidades de otras personas, por lo que ante estas situaciones los perjudicados pueden dirigirse contra todos o algunos responsables civiles —en concreto los más significativos e identificados—, sobre todo cuando no se ha demostrado que los no llamados al pleito hubieran actuado con plena autonomía y ellos sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relaciones internas, se puedan utilizar las acciones de repetición que procedan en su caso (SS de 15 de octubre de 1996, 22 de marzo de 1997, 23 de diciembre de 1999 y 6 de mayo de 2004). (**STS de 8 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Las comunidades de propietarios del edificio R. de Vigo interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Vigo contra las entidades mercantiles *Urbanismo Vigo, S. A.*, y *Castro Galicia, S. A.*, así como contra los técnicos don Luis S. O., don Carlos J. V. y don José Luis C. L. En la demanda se solicitaba que las personas demandadas fuesen condenadas, conjunta y solidariamente o, en su defecto, de forma subsidiaria, como responsables de los daños y perjuicios y vicios de la construcción que se describían en la demanda. El Juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó solidariamente a las partes demandadas a abonar al actor la cantidad de diecinueve millones de pesetas, tanto en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados como del importe de las obras de reparación. Apelada la sentencia por los demandados, la Audiencia de Pontevedra estimó parcialmente el recurso, pero sólo en el sentido de redistribuir los distintos vicios de la construcción entre las distintas partes demandadas. Interpuesto recurso de casación por *Urbanismo Vigo, S. A.*, y *Castro Galicia S. A.*, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

31. Contrato de obra. El aparejador no es responsable de los vicios ruínógenos apreciados en el sótano, que se deben a omisiones del proyecto o de sus complementos.—4.º Por lo tanto, la planta de sótano se proyectó

por el arquitecto superior, que llevó a cabo la alta dirección de la obra, y dicho elemento constructivo se ejecutó por el constructor, debiendo aquél haber previsto todos los aspectos constructivos que impidieran la entrada de aguas y humedades en el sótano, aunque dicho arquitecto no realizara el Proyecto de la urbanización colindante, no obstante lo cual debió diseñar la forma en que se construyera un sistema de evacuación de las aguas pluviales, así como prever la cota de construcción de la rampa en relación con la del terreno de la urbanización y la de la calle, e igualmente el nivel freático de las aguas respecto a esos elementos y la previsión de la impermeabilización y realización de aceras exteriores para que el agua no entrara al interior, así como la forma de dirigir las aguas interiores, procedentes de cubierta, y lo relativo, en aquel sentido, a los muros, así como el drenaje; o haberlo adicionado, todo ello, durante la obra, en el libro de órdenes, en cuanto que éste, en esos aspectos, complementa las omisiones o incluye las modificaciones al Proyecto, si éste es incompleto.

5.º Por lo tanto, y ya que, dentro de las responsabilidades atribuibles al aparejador, están las de que debe el mismo cumplir las órdenes recibidas, ejecutar materialmente el proyecto, calcular la adecuación de los materiales en su aplicación a la obra, inspeccionar ésta, y en lo demás, cumplir con las «buenas prácticas de la construcción», esas omisiones del Proyecto o de sus complementos, no le corresponde salvarlas al aparejador o arquitecto técnico.

6.º De ahí deriva el hecho de no deber alcanzar tales omisiones al núcleo de las responsabilidades exigibles al aparejador, aspecto al que se refiere el motivo 2.º, y en cuanto, como en él se dice, son derivadas del artículo 1591 CC, en relación a los 1101 (sobre la culpa en el cumplimiento de las obligaciones) y 1137 (respecto a las obligaciones solidarias, en su caso), también del mismo Código, siendo por ello acertado el criterio al respecto del perito, Sr. M., si bien no aceptado en la sentencia, y relativo, en concreto, en este caso, a que el técnico de la obra, aquí el aparejador, no responde tampoco de los daños (inundaciones) procedentes de la urbanización, por no ser esta de su incumbencia (motivo 3.º).

La falta de mantenimiento de la cubierta del edificio por parte de la comunidad de propietarios no compensa el vicio ruínógeno apreciado.—La prueba pericial, aquí acogida, aclara que, tanto el exterior (urbanización, jardinería), como las zonas comunes (escaleras), estaban en perfectas condiciones de mantenimiento, del que carecía sólo la cubierta, pero que faltaba la concreta relación de causalidad entre ese defectuoso mantenimiento y los vicios ruínógenos de que se trata, y que aunque se apreciara la «concurencia de culpas», sería de tal magnitud la de los profesionales, como responsables de esos defectos de la cubierta, que la posible falta de mantenimiento (que se concretaba en la defectuosa instalación de aparatos de aire acondicionado y en el deficiente estado de la puerta de acceso) quedaría absorbida en aquélla. (STS de 6 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a la constructora del mismo, al arquitecto y al aparejador en solicitud de que se declarase la existencia de vicios ruínógenos en el edificio y que se condenase a los demandados a que respondieran solidariamente de los daños y perjuicios originados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos de obra y de servicios. El Juez de Primera Instancia estimó íntegra-

mente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y declaró que de los vicios consistentes en grietas y fisuras que se aprecian en algunas viviendas sólo era responsable el arquitecto y que de los vicios apreciados en las terrazas de los áticos sólo eran responsables la constructora y el aparejador. Presentado el recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, en el sentido de excluir al aparejador de la responsabilidad por los vicios ruinógenos apreciados en los semi-sótanos y en el garaje. (*M. C. B.*)

32. Vicios de la construcción. Cómputo del plazo decenal previsto en el artículo 1591 CC.—El primer motivo, como se acaba de indicar, vuelve a proponer, con el mismo planteamiento con que lo ha hecho, y repetido, en la instancia, el tema del transcurso del plazo decenal de garantía establecido en el primer apartado del artículo 1591 CC para que, dentro de él, nazca la acción de responsabilidad por «ruina» contra técnicos y constructores intervinientes en ella. Se basan, como vienen repitiendo los demandados, hoy recurrentes, en que la obra se terminó en una determinada fecha, y en que más de diez años después de ella, se expide, para su aportación a la demanda, por un técnico en la materia, la certificación de que la misma adolece de los vicios ruinógenos correspondientes a la acción al efecto ejercitada en la demanda. Ya se ha dicho, acertadamente, en la sentencia recurrida (y en su antecedente, de primera instancia), que la referida certificación no hace más que constatar la situación patológica del edificio, pero no que dicha enfermedad (ruina técnica) se haya producido entonces, pues existe numerosa prueba, apreciada por los juzgadores de instancia (que esta Sala no puede obviar sin su denuncia formal exigible), de que los vicios se dieron, por ser constatados, nada más, o al poco tiempo, de entregarse las viviendas a los compradores, y los defectos afectantes al suelo de las mismas incluso fueron arreglados, entonces, en parte. Por ello, la ruina existe, o se dio, dentro del plazo de garantía exigible, y la acción, a efectos de su posible prescripción extintiva, no empieza a contarse sino desde que la ruina se produjo, y este plazo (15 años), no consta que se haya cumplido, o al menos, no ha sido atacado en sí mismo.

Responsabilidad de los arquitectos. La dirección de la obra comprende la inspección superior de la misma.—Se ataca, por otro lado, que de los vicios de dirección apuntados deban ser responsabilizados a los arquitectos, pues los recurrentes entienden, de acuerdo con las definiciones sobre «dirección de obra», de los Decretos de 19 de febrero de 1971 y 23 de enero de 1985, por un lado, y de las atribuciones exigibles a los arquitectos técnicos o aparejadores, en el artículo 1.ºa) del Decreto primeramente citado, que la vigilancia, para que la construcción se adecue al Proyecto técnico y a las «buenas normas» de la construcción, así como en lo relativo a la utilización de materiales, realización de mezclas de productos, etc., que todo ello corresponde a estos últimos y no a aquéllos; pero yerran los recurrentes en su conclusión, dado que, y aunque correspondan al aparejador, en su concreción constante en la obra, y en sentido general, tales funciones, no pueden omitirse las de alta dirección de los arquitectos, que no es mediata, como se pretende, y a través de los anteriores, pues, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, la inspección superior de todo ello forma parte de la dirección de la obra, atribuida a los técnicos superiores, que deben cuidar de que no se pro-

duzcan defectos de magnitud, que afecten globalmente a un elemento estructural o a varios, como aquí ha ocurrido. (STS de 19 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajales.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio X interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Cistierna contra el Obispado de León promotor-vendedor del edificio X, y contra los arquitectos don Mariano D. S. y don Ángel S. M. por vicios de la construcción. La comunidad demandante solicitó la condena solidaria de los demandados a realizar a su costa las obras de reparación necesarias para la habitabilidad del edificio en cuestión. Las partes demandadas alegaron prescripción de la acción, puesto que la construcción del edificio se tuvo por terminada en fecha 20 de noviembre de 1984, cuando fue expedido el certificado de fin de obra y la demanda no se presentó sino a finales de 1995. Asimismo, los arquitectos superiores alegaron que la ruina del edificio provenía de vicios de la construcción y no de vicios de dirección, siendo de esta manera responsable de ella los arquitectos técnicos. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

33. Responsabilidad del arquitecto.—La responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en una obra, en cuanto le corresponde la ideación de la misma, su planificación y superior inspección, que exige una diligencia desplegada con todo el rigor técnico. Así, corresponde al arquitecto, por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están obligados a su estricto cumplimiento. No basta con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales.

De esta manera, responde de los vicios de la dirección, es decir, cuando no se vigila que lo construido sea traducción fáctica de lo proyectado. Responde por culpa *in vigilando* de las deficiencias fácilmente perceptibles (SSTS de 3 de abril de 2000, 27 de junio de 1994, 19 de noviembre de 1996, 29 de diciembre de 1998, entre otras). (STS de 24 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios del Edificio E. demandó a las entidades E., S. A., E., S. L., y a los arquitectos don J. M. B. C., don J. J. M. B y don A. R. R., y el aparejador don F. S. B. La cuestión litigiosa se centra en determinar si los arquitectos participantes en la edificación del inmueble son o no responsables de los vicios constructivos detectados en el mismo. Dichos vicios consistían en la inadecuada colocación de las piezas de mármol que recubren la fachada del edificio. Se pide su reposi-

ción como exige la normativa legalmente aplicable y según las buenas prácticas de la construcción.

El Juzgado acogió en parte la demanda y condenó solidariamente a *E., S. A., E., S. L.*, y don F. S. B. a la reparación de los defectos de construcción existentes en el edificio, realizando las obras de corrección necesarias en las partes dañadas y perjudicadas, de manera que el inmueble quede en condiciones de solidez y seguridad debidas para su entrega y uso correcto, y absolvió a los demás demandados. Su sentencia fue revocada parcialmente en la Audiencia, en el sentido de estimar sustancialmente la demanda, con la condena a todos los demandados a reparar los defectos de construcción. Don J. M. B. C., don J. J. M. B. y don A. R. R. han interpuesto recurso de casación, alegando la infracción del artículo 1104, en relación con el artículo 1591 CC. Hay que decir que las piezas incorporadas no llevaban ningún tipo de anclaje, según estaba previsto en el proyecto redactado por los arquitectos, el cual preveía que el aplacado del muro se realizaba mediante «gafas», y simplemente van adheridas a la fachada con mortero de agarre no adecuado, lo que ha provocado que varias se hayan caído, con la posibilidad de que las que aún permanecen se desprenden paulatinamente por su defectuosa colocación. Todo ello, señala el Tribunal Supremo, genera la responsabilidad de los arquitectos, quienes no observaron su obligado deber de vigilancia para comprobar si la ejecución de esta parte de la obra se ajustaba al proyecto. De ahí que declare no haber lugar al recurso. (*S. L. M.*)

34. Contrato de servicios de aparejador. Corresponde a este profesional la ejecución del proyecto de obra y de las órdenes que lo modifiquen durante la obra.—El motivo debe de fracasar, por lo siguiente: *a)* la relación de «hechos probados» de la sentencia de instancia, incluye, como causa de exculpación de la responsabilidad exigida al arquitecto, la bondad de su proyecto técnico, la no adecuación de la construcción al mismo, y sus advertencias sobre las faltas de ésta en el Libro de Órdenes, las que van dirigidas, a su través, no sólo al constructor (o al que dirige y ensambla a los gremios especializados que intervienen en la obra), sino también al aparejador, el que no comparte con el arquitecto la alta dirección técnica de la obra, que corresponde a éste, sino la ejecución del proyecto y de las órdenes que, durante la obra, lo modifiquen y complementen, no bastándole con transcribir sus quejas, pues, no siendo obedecido, debe abandonar su función, con las advertencias que correspondan, lo que sí efectuó el Arquitecto; *b)* la sentencia dictada sostiene que tales reparos o advertencias obedecen, y hechas por él, a la dirección del arquitecto, pero que no ocurre lo mismo con respecto al aparejador, el que dice haberlas realizado también (puede entenderse que, éste, mientras continúe en su función en la obra, es siempre responsable de su ejecución adecuada —al proyecto, inicial o modificado por las órdenes dadas—, por ser directa), y a esa relación fáctica debemos de atenernos en esta casación.

La constructora y el aparejador responden solidariamente porque no se pueden deslindar sus responsabilidades.—La infracción, en este caso, de las responsabilidades profesionales de ambos codemandados, dentro de sus correspondientes campos de actuación, no aparece como deslindable en

las forma en que se pide, y se han reservado, correctamente, en las sentencias de instancia, al mismo, las acciones que, como responsable solidario, una vez realizado el resarcimiento ya declarado, le correspondan para su ejercicio posterior en vía judicial, en la que pueda demostrar esa diferencia de responsabilidad, ya que aquí, en beneficio del mayor bien protegible, el del perjudicado (o perjudicado definitivos, en su caso), está bien aplicada la solidaridad de las responsabilidades, dada la exigible, y en lo posible, pronta y eficaz respuesta a sus derechos. **(STS de 5 de abril de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La promotora de un edificio demandó a la constructora del mismo, al arquitecto y al aparejador en solicitud de que se declarase la existencia de vicios ruínógenos en el edificio y que se condenase a los demandados a que respondieran solidariamente de los daños y perjuicios originados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos de obra y de servicios. El arquitecto y al aparejador contestaron a la demanda, pero la constructora fue declarada en rebeldía. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando solidariamente a la constructora y al aparejador a efectuar las reparaciones necesarias para dejar en perfecto estado las viviendas y abonar al demandante la cantidad a que ascienden las reparaciones ya efectuadas. Igualmente, desestimó la demanda contra el arquitecto al considerar que los vicios ruínógenos no procedían del defecto del proyecto de obra, que el arquitecto había cumplido con su función de dirección de la obra, constando en el Libro de Órdenes una serie de instrucciones mantenidas ante los defectos que se iban apreciando en el desarrollo de la ejecución, instrucciones que no fueron tenidos en cuenta por los demandados condenados. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo declararon no haber lugar a los recursos de apelación y casación planteados. (L. F. R. S.)

35. Acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra: no abarca al crédito cedido por el contratista a un tercero con anterioridad.—C) No puede en este proceso, dado el objeto del debate, una vez configurado ya por la demanda y la contestación a ella, decidirse sobre la nulidad, por fraude y mala fe, del contrato sobre la cesión del crédito y del pago de la letra, aun reconociendo la dificultad del actor para perseguir las deudas del comitente frente al contratista, a fin de hacerlas efectivas en su favor, y sobre el ocultamiento, que se dice malicioso de dicho demandado, de esa cesión hasta el escrito de conclusiones, tras ser localizado ese crédito a través del informe pericial de contabilidad de libros del negocio del demandado, una vez el mismo practicado. Tampoco puede suscitarse una posible comparación de créditos, a efectos de la preferencia del que tiene rasgos de refaccionario, por no formar ello parte del debate.

D) Planteado así el problema en el punto único en que puede ser resuelto, deben ser rechazados los dos primeros motivos objeto del planteamiento recurrente, pues el primero, por sí solo, no dice nada, ya que el artículo 1597 CC sería aplicable si existiera un crédito frente al dueño de la obra que fuera realizable, y en cuanto al segundo, a esta Sala no le corresponde juzgar, ante la respuesta tan drástica del Tribunal *a quo* de que la cesión del

crédito discutida es lícita y no adolece, conforme a la prueba practicada, de señales de fraudulencia o de abusividad del derecho, ya que tales hechos sólo pudieron ser atacados alegando error de Derecho en la valoración de la prueba, citando los preceptos que lleven a la misma, o mediante la petición de que se aprecie que la misma conduce a entender que existe «error patente» en el juicio emitido, porque el mismo sea irracional, ilógico o arbitrario, lo que aquí tampoco se ha hecho. (STS de 28 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El subcontratista de una obra reclamó el crédito que ostentaba frente al contratista ejercitando al mismo tiempo la acción directa prevista en el artículo 1597 CC frente al dueño de la obra. Este último demandado había alegado en su día haber pagado al contratista la totalidad de la deuda. Unos días antes del requerimiento notarial de pago efectuado por el subcontratista al dueño de la obra, el contratista había cedido a un tercero un crédito que ostentaba frente al dueño de la obra. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente al considerar que sólo podía condenar al dueño de la obra a pagar lo que debía al contratista, pero no el crédito que éste había cedido a un tercero. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

36. Reponsabilidad profesional: designación de oficio de abogado y procurador: ausencia de instrucciones: doctrina general.—La responsabilidad civil del abogado y procurador respecto de su cliente deriva de la respectiva relación contractual que los une, la cual, en el caso del abogado, es ordinariamente la propia de un arrendamiento de servicios, y comporta el deber de dirigir la defensa del asunto encomendado ante los Tribunales, mientras que en el caso del procurador, entran en consideración las obligaciones derivadas del mandato, que imponen al mandatario, bajo su responsabilidad, la función de actuar ante los Tribunales en representación de su poderdante haciendo todo lo que a éste convenga, según sus instrucciones (art. 1718 CC), en este caso, bajo la dirección del abogado. El procurador, según el artículo 5.º LEC 1881, aplicable al caso, y que sanciona el Estatuto de la Procuraduría (art. 14.2 RD de 1982, vigente a la sazón), está obligado a no abandonar su representación en tanto no concurra alguna de las causas de extinción del mandato previstas en la ley procesal y a hacer aquello que convenga a su cliente según la índole del asunto en el caso de que carezca de instrucciones claras. En aplicación de estos principios, la omisión por parte del procurador, cuando conlleva una interrupción o abandono del curso procesal o de algún trámite que causa perjuicios a su poderdante, integra un incumplimiento contractual, salvo en aquellos supuestos en los cuales actúa con instrucciones del cliente o de su abogado o, incluso, cuando, no siendo las instrucciones claras y precisas, puede inferirse racionalmente de la conducta de aquéllos que una determinada actuación procesal no resulta necesaria o debe suspenderse (como declaró la STS de 26 de septiembre de 2005). En aquellos casos en los cuales no existan instrucciones por parte del abogado, y no pueda inferirse de las circunstancias concurrentes la voluntad por parte de éste o de su cliente de abandonar el asunto, la instancia, o el trámite

procesal de que se trate, el procurador está obligado a proseguir en su representación instando lo pertinente para *seguir el juicio* en tanto no concurra una causa de extinción de su mandato.

Falta de personación del procurador en segunda instancia, sin instrucciones.—La obligación por parte del procurador que ejerce la representación de oficio de personarse en la segunda instancia o de procurar lo necesario para que no se perjudique la acción una vez entablado el recurso de apelación, tiene carácter inequívoco y no puede entenderse que la ausencia de instrucciones precisas por parte de los abogados origine incertidumbre alguna sobre la absoluta necesidad de mantener la apelación; bajo la Ley procesal derogada debía entenderse que el abandono de la apelación por el defensor de oficio únicamente era posible mediante el seguimiento del trámite establecido para el reconocimiento del carácter insostenible de la pretensión, como hoy expresa con toda claridad el artículo 7.1 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la cual impone expresamente al representante procesal y al abogado la obligación de continuar en sus funciones cuando la segunda instancia se ventila en la misma localidad en que discurrió la primera, como así acaece en el caso debatido (arts. 7.2 y 7.3 de aquella).

Ausencia de incertidumbre.—No concurre, en el caso enjuiciado, situación de incertidumbre alguna acerca de la obligación por parte del procurador de cumplir con el deber de personación que le impone la ley, particularmente tajante como consecuencia de la representación de oficio que desempeñaba en virtud del ingenio establecido por el Estado para salvaguardar la tutela judicial de los ciudadanos carentes de medios económicos para litigar, en cumplimiento del mandato constitucional que así lo impone. En consecuencia, no cabe duda de que el deber de personación del procurador no requería en este caso instrucción alguna por parte de los abogados para su existencia y exigibilidad.

No procede que el abogado vigile la actuación del procurador.—El abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores (STS de 27 de febrero de 2006), los cuales deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades y de cómo las particularidades de la representación de oficio les imponen especiales deberes de vigilancia para garantizar la continuidad de las acciones procesales cuando la posible sustitución de unos profesionales por otros, permitida por la ley, puede redundar en perjuicio de quienes han obtenido la declaración de justicia gratuita. En el caso aquí enjuiciado, la prevalente obligación del procurador de conocer el deber de personación que le incumbía y el deber de diligencia que imponía la representación otorgada de oficio para evitar el perjuicio de la acción, comporta que la conducta por parte de los abogados carezca de relevancia alguna desde el punto de vista del nacimiento de una responsabilidad contractual por los perjuicios producidos, pudiendo entenderse que se da ausencia de nexo de causalidad entre la conducta de aquéllos y los perjuicios ocasionados o falta de elementos de culpabilidad necesarios (STS de 11 de mayo de 2005; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia pedagógica, de singular interés por afectar a los deberes de abogados y procuradores designados de oficio. La sentencia de apelación había condenado solidariamente a la indemnización de un millón de pesetas tanto a los tres abogados como al procurador designados de oficio. Es de aprobar la argumentación

que mantiene la condena de este último, pese a que la ley obligue a una nueva designación de procurador de oficio en la segunda instancia. No parece tan clara, a mi parecer, la exoneración de los abogados en el mismo caso, por no interesarse de alguna manera sobre la tramitación de la apelación, aunque se declara probado que éstos ignoraron que se había dictado la providencia de emplazamiento ante la Audiencia Provincial. ¿No recaía, acaso, sobre ellos, alguna mayor diligencia que en los supuestos normales por estar designados de oficio? (G. G. C.)

37. Encargo a agente de aduanas de tramitar el cobro de las comisiones europeas por exportación de productos agrícolas a países terceros: incumplimiento negligente: prueba: cuestión nueva.—La argumentación sobre la base de un documento emitido por el organismo del Ministerio de Agricultura encargado de las ayudas comunitarias del que el recurrente deduce que tales ayudas fueron ya percibidas, es cuestión nueva, pues el debate procesal se centró en si hubo, o no, encargo al agente de aduanas de tramitar tales ayudas; por otra parte el Tribunal *a quo* da por probado tal encargo hecho por el actor, así como la actuación negligente, tanto del agente de aduanas, como de la aduana misma, al admitir la exportación sin exigir la certificación requerida por la normativa comunitaria aplicable, todo lo cual impidió el cobro de las comisiones europeas y el consiguiente perjuicio del actor.

Actuación del abogado del estado en representación de la Aduana: fuero privilegiado: alegación tardía: subsanación de defectos.—Pese a la confusión legal existente, se considera vigente el fuero competencial privilegiado del Estado establecido por el artículo 57 de la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 1882, que determina que en los negocios civiles que interesen al Estado, a la Administración o a los establecimientos públicos de instrucción y beneficencia, serán únicamente competentes los Juzgados de Primera Instancia de las poblaciones en donde existan Audiencias. Pero en el presente caso se ha producido la gran distancia temporal de cuatro años y medio entre el emplazamiento legal del representante público y la petición de nulidad de actuaciones, tras su personación judicial y en la relación interna entre la abogacía y el organismo autónomo era exigible la comunicación de los datos procesales recibidos, de donde no deriva indefensión alguna para el Estado; pero son accesorios los aspectos sobre notificaciones, emplazamientos y citaciones en el despacho del abogado del Estado, como pretende éste. La subsanación del defecto inicial (fuero competencial incumplido), no es exigible en fase de casación, dado que los demás órganos judiciales intervinientes después del Juzgado de Primera Instancia, con su actuación válida en el proceso, subsanan tal falta. (STS de 20 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

NOTA.—Se había realizado una exportación de conserva de tomate a Canadá, a través de la aduana de Imarcoán (Navarra) y el actor reclamaba al agente de aduanas y al propio organismo autónomo una suma algo superior a dieciocho millones de pesetas correspondientes a las subvenciones europeas a que tenía derecho según los Reglamentos comunitarios. La aduana representada por el abogado del Estado, fue declarada en rebeldía aunque se personó

más tarde en los autos. La demanda se interpone ante el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz (Navarra). En primera instancia la demanda se desestima; en apelación se estima parcialmente remitiéndose a ejecución de sentencia para calcular las restituciones correspondientes a las treinta y dos facturas de exportación justificadas. En casación, se debaten dos cuestiones básicas: una de carácter principalmente fáctico, a saber, si hubo o no encargo al agente de aduanas para tramitar las subvenciones comunitarias a la exportación, y otra de cierta novedad sobre las consecuencias de la declaración de rebeldía del abogado del Estado por inobservancia de su fuero privilegiado (se le demandó ante un Juzgado de Primera Instancia de pueblo, y debió de serlo ante uno de Pamplona). La primera resulta clara en los autos, mientras que no deja de sorprender la solución dada a la rebeldía del Estado por inobservancia de un privilegio estatal poco acorde —ciertamente—, con las ideas de igualdad vigentes en nuestra sociedad. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: caída de marino por golpe de mar: competencia civil.—La más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo resuelve de manera constante la cuestión acerca de la jurisdicción competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil contra las empresas por daños producidos como consecuencia de accidentes laborales, que sigue siendo la de naturaleza civil; así lo declara la STS de 3 de abril de 2006, reproduciendo la doctrina sentada por la STS de 19 de julio de 2005, confirmada explícita o implícitamente por las posteriores de 27 y 28 de octubre, 9, 14, 15, 28 y 29 de noviembre y 14 de diciembre de 2005, 25 y 30 de enero de 2006; recuerda que si bien esta Sala se apartó en tres ocasiones de su doctrina tradicional, que declaraba la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de estas cuestiones, señala «que pronto retornó la Sala a aquella misma doctrina tradicional, reafirmando del competencia del orden civil siempre que la demanda se fundara en los artículos 1902 y 1903 CC». En tal sentido cabe citar las SS de 13 de julio, 13 de octubre, 24 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 7 de julio y 8 de octubre de 2001 —con un examen pormenorizado del cambio de criterio y del retorno al tradicional—. «Por lo tanto, debe quedar claro que en cuanto a las consecuencias civiles derivadas de un accidente laboral, puede instarse una reclamación complementaria en el orden civil, y que ésta debe basarse inexorablemente para su amparo en normas meramente civiles, excluidas, por tanto, las laborales, y concretamente en los artículos 1902 y 1903 CC».

Culpabilidad.—Se declara probado que las circunstancias en que se estaba realizando la faena de pesca eran claramente inadecuadas y peligrosas, con notable riesgo para los dos marineros que en ese momento faenaban; la fuerte mar gruesa aconsejaba, sin duda, «capear el temporal», navegando directamente hacia las olas a la velocidad adecuada para mitigar la fuerza de éstas, tratando de evitar cualquier movimiento paralelo a las mismas y la presencia de cualquier miembro de la tripulación en la cubierta por el mani-fiesto y previsible peligro de un golpe de mar, y mucho más haciéndolo en la zona desprotegida de arriba, al lado del aparejo, sin ninguna medida de seguridad añadida, con el simple apoyo de otro compañero en la faena, y, por último, en horas nocturnas, en las que la posibilidad de ayuda se ve fuerte-

mente limitada por la falta de visibilidad. Por ello, el informe pericial dice que «un hombre en las condiciones expresadas corre un grave peligro de ser arrastrado por un golpe de mar» y que las posibilidades de supervivencia en mar de quien cayese al mismo en estas circunstancias son muy remotas y escasas. aun cuando se llevase a cabo la maniobra de salvamento más indicada.

Responsabilidad por hechos de otro: culpa in eligendo o in vigilando del empresario.—La responsabilidad del empresario se sustenta en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado; una actuación culposa del dependiente o empleado, y un resultado lesivo producido en el curso de la actividad del empresario, extremos los tres concurrentes en el caso de autos. (STS de 18 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—El primero de los Fundamentos de Derecho comienza así: «La noche del día 5 de marzo de 1995, don J. R. F., marinero de profesión, falleció cuando faenaba en una determinada zona del Gran Sol, próxima a Irlanda, barrido por una ola, desde la cubierta de popa del pesquero V, propiedad de la S. A. demandada, y en el que actuaba el patrón, el también demandado don M. N. M., cuando estaba colocando los aparatos de arrastre, sólo con el apoyo en la faena de otro compañero situado en otro lugar, unas dos horas antes del amanecer y con un peligroso estado de mar gruesa, entre las medidas 7-8 según la escala de Beaufort. Deja viuda y dos hijos de quince y diez años, respectivamente. El Juzgado de Primera Instancia se inhibe a favor de la jurisdicción social, pero la Audiencia Provincial estima la demanda, si bien reduciendo considerablemente las indemnizaciones solicitadas. La pregunta surge siempre en casos similares: ¿qué valor indemnizatorio supone recibir una suma modesta (4 millones de pesetas cada perjudicado) al cabo de once años del evento? (G. G. C.)

39. Accidente laboral debido a incumplimiento de las condiciones legales de trabajo: requerimiento atendido de inhibición de la jurisdicción social.—Debe entenderse que el daño causado en un accidente de trabajo cuando concurre omisión por parte del empresario de las medidas de seguridad legalmente establecidas, se deriva de un incumplimiento de las obligaciones que constituyen contenido esencial del contrato de trabajo, pues los deberes y derechos que los constituyen no sólo nacen del concierto de voluntades producido entre las partes, puesto que el artículo 3 ET enuncia las fuentes de la relación laboral, y establece en su ap. 1.º que tales derechos y obligaciones se regulan por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por la voluntad de las partes y por los usos y costumbres. Desde este enfoque, constituye obligación del empresario adoptar las correspondientes medidas de seguridad e higiene en el trabajo, bajo el llamado deber de protección que le corresponde y que se garantiza en el artículo 40.2 CE, teniendo derecho el trabajador a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene según los artículos 4.2.d) y 19.1 ET. Para la efectividad de este derecho, el empresario debe cumplir las prescripciones legales sobre esta materia que vienen impuestas por el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales asumido por el Estado español, el Convenio de la OIT

de 22 de junio de 1981, la Directiva de la CEE de 24 de julio de 1982, sobre riesgo de accidentes graves y el artículo 118.A, añadido al Tratado constituido por el Acta única de 1986, en desarrollo del cual se aprobó la Directiva Marco 1989/391 que versa sobre la obligación empresarial de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos laborales y la adopción de las medidas preventivas necesarias para evitar o reducir los posibles riesgos de accidentes laborales. Las prescripciones de estas normas forman parte esencial del contenido del contrato de trabajo y su observancia viene dispuesta por los preceptos antes mencionados, en relación con el artículo 1090 CC sobre las obligaciones derivadas de la ley, al mismo tiempo que por su incorporación al contrato de trabajo, de tal manera que su incumplimiento se encuadra en los artículos 1101 ss. CC lo que impone entender que esta reclamación está comprendida dentro de la rama social del derecho, y de acuerdo con el artículo 9.5 LOPJ, la competencia para su conocimiento se debe atribuir al Juzgado de lo Social (**STS de 4 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—Es de lamentar que en la sentencia de casación no se transcriban literalmente las de instancia para valorar adecuadamente el suplico de la demanda. Lo que se dice en los «Antecedentes de hecho» es que la actora promueve una acción de reclamación de dieciséis millones de pesetas contra una Cooperativa Agraria en concepto de responsabilidad extracontractual por el siniestro descrito (pero no transcrito en los autos). Sucede que después de la contestación de la demanda —en la que se solicitó la absolución— un Juzgado de lo Social de Lérida requiere de inhibición al Juzgado de Primera Instancia que tramitaba la demanda y que aceptó el requerimiento. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y, por su parte, la sentencia extractada viene a ratificar la competencia de los Juzgados de lo Social. ¿Un nuevo giro de la Sala Primera en esta materia? ¿Será, eventualmente, esta sentencia la *cuarta* discordante? No hay datos para afirmarlo tajantemente, aunque tampoco los hay para sostener que la reclamación se basara exclusivamente en incumplimiento de las condiciones de trabajo. Lo evidente es que parecen invocarse exclusivamente normas civiles, y que la propia Sala Primera admite que de unos mismos hechos puedan surgir dualidad de efectos, uno de los cuales puede tramitarse, con autonomía, ante la jurisdicción civil. Véase en este fascículo del ADC, la S de 18 de mayo de 2006 (muerte de mariner por golpe de mar), reiterando lo que parecía ya doctrina *consolidada* en la materia. (G. G. C.)

40. Accidente minero: muerte por incendio de galería: compatibilidad de indemnizaciones laborales y civiles: doctrina general.—Es manifiestamente competente la jurisdicción civil para conocer las demandas en que se ejerciten acciones de responsabilidad extracontractual, cuya naturaleza no queda alterada por razón de que el hecho dañoso se haya producido durante el tiempo de desarrollo de la prestación laboral o en una determinada conexión con la relación laboral misma, pues es doctrina ampliamente compartida en las decisiones de esta Sala la que señala el carácter extracontractual de la responsabilidad civil derivada de hechos que acontezcan entre personas ligadas por una determinada relación contractual siempre que no se

produzcan dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial; sin perjuicio de considerar que cabe examinar supuestos en que el mismo hecho dañoso pueda configurar tanto un supuesto normativo de culpa contractual cuanto uno de culpa extracontractual, lo que determina «un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum* indemnizatorio» (STS de 18 de febrero de 1997), no habiendo en tales casos incongruencia si el Tribunal funda la decisión en normas de responsabilidad distinta de las invocadas, en base al concepto de *unidad de culpa*. Aunque, en general, el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada, respetando la relación jurídica procesal establecida por las partes.

Acciones acumuladas dirigidas contra HUNOSA con base en los artículos 1902 y 1902 CC.—En este caso, se ejercita la acción civil por culpa extracontractual imputando a la empresa demandada un incumplimiento de deberes generales y no vinculados estrictamente al desarrollo de la relación laboral establecida con algunos de los actores, toda vez que se trataba de la realización de una galería subterránea y no de la normal actividad extractiva propia de la explotación minera, resultando altamente significativo que tres de las cinco víctimas del accidente no eran empleadas de HUNOSA, sino de otra empresa dedicada a excavaciones y perforaciones.

Imprudencia de invocar la excepción de litis consorcio pasivo necesario.—La omisión negligente en las medidas de seguridad, determinante de responsabilidad, es atribuible exclusivamente a HUNOSA, sin que haya participado la otra empresa en el evento dañoso.

Moderación del *quantum* indemnizatorio.—No cabe tener en cuenta la moderación de la indemnización a la que se alude sin presentar un motivo razonado, citando las normas o la jurisprudencia que se consideren infringidas, pues la fijación de la cuantía del resarcimiento es competencia de la Sala de apelación, dentro de los límites de la razonabilidad y de la interdicción de la arbitrariedad.

Efecto positivo de la jurisdicción: acumulación de autos: efectos de la sentencia de apelación respecto de actores no recurrentes.—En este caso los actores se encuentran en una relación que cabría considerar como una comunidad jurídica de objetivos, que trasciende lo que sería una mera casual identidad de fines o prestaciones (SSTS de 2 de marzo de 1981, 15 de marzo de 1982, 19 de junio de 1984, 11 de octubre de 1999, 26 julio de 2000 y 23 de junio de 2003). La Sala de Apelación revocó la sentencia de primera instancia, que había declarado la incompetencia de la jurisdicción civil en beneficio de los Tribunales del orden social, y declaró por su parte la competencia de la jurisdicción civil; al realizar tal declaración asumió la instancia, dejó sin efecto la sentencia de primera instancia y se hubo de situar en el momento y en el lugar de la decisión que ocupó el Juzgador de Primera Instancia respecto de todos los actores, pues jurisdicción y competencia son indivisibles y además se trata de un tema de orden público. Se ha producido, de este modo, el *efecto positivo de jurisdicción* que determina que los pronunciamientos de la sentencia se hayan de producir respecto de todos los actores, incluso de aquellos respecto de los cuales se había declarado desierto el recurso de apelación. De otro modo se hubiera producido una absoluta denegación de la tutela judicial efectiva, cuanto el principio *pro actione*, obliga a aplicar e interpretar las leyes (en especial, procesales) en el sentido más favorable para la iniciación y para la prosecución del proceso, pues los afectados no hubiera podido acudir ni a los Tribunales de orden civil ni a los de orden social. Esta

Sala en SS de 26 de marzo de 1991, y 2 de julio de 2001, entre otras, ha visto, en punto a la casación, que cuando no cabe remitir a las partes a otro orden jurisdiccional por razón de un defecto de jurisdicción, es necesario resolver; y lo mismo, *mutatis mutandis*, ha de hacer la Sala de Apelación, como correctamente ha hecho. (STS de 18 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar, especialmente en el punto relativo al llamado efecto positivo de la jurisdicción, doctrina que permite atajar el perjuicio irreparable que podría causarse a alguno de los actores no apelantes. Propiamente no se trataba de la de los particulares que concurren a la producción del daño en la mina. Sólo resulta sensible que la sentencia firme haya tenido que esperar casi diecisiete años desde que se produjo el accidente. (G. G. C.)

41. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a la Ley 30/1992; demanda dirigida contra particulares y solidariamente contra las Administraciones públicas.—El Tribunal Supremo ha venido manteniendo el criterio de que la atribución de la competencia al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo en tales casos de reclamación conjunta fundada en la responsabilidad extracontractual de la Administración y la de los particulares que concurren a la producción del daño no se produjo hasta la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, un párrafo segundo con un inciso según el cual «si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional [Contencioso-Administrativo]» (SSTS, entre otras, de 7 de marzo de 2000, 26 de marzo de 2001, 21 de octubre de 2002, 30 de abril de 2003 y 24 de noviembre 2005).

Determinación de legislación aplicable: fecha de producción de los hechos; fecha de presentación de la demanda. En el caso, conducen al mismo resultado.—Tanto si se parte de la fecha de producción de los hechos, como hace el Juzgado de Primera Instancia, como si, con mejor criterio, se atiende a la fecha de presentación de la demanda (21 de diciembre de 1995), que es la que determina, en el orden procesal, el orden jurisdiccional competente, la competencia corresponde igualmente al órgano judicial civil.

No ejercicio de las acciones penales contra las Administraciones públicas: no comporta la imposibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad extracontractual contra los expresados entes.—La reserva de acciones civiles en el proceso penal constituye un requisito para el posterior ejercicio de la acción civil, pero el ejercicio de la acción penal no constituye presupuesto previo para el ejercicio de una acción de responsabilidad civil por hechos que pudieran ser delictivos. Esta conclusión no resulta alterada por el hecho de que se haya ejercitado la acción penal contra los particulares que pudieran ser solidariamente responsables, puesto que, teniendo en cuenta la reserva de acciones civiles que se hizo en el proceso penal, la concurrencia entre los responsables civiles en relación con un mismo hecho dañoso no resulta alterada por el hecho de que las conductas de unos y otros puedan merecer distinta calificación desde el punto de vista penal.

Único origen de las responsabilidades.—Las acciones dirigidas contra particulares y contra las Administraciones públicas, en este caso, se funda-

mentan en los mismos hechos dañosos y en la concurrencia causal de una actividad negligente por parte de los particulares y de un funcionamiento anormal de los servicios públicos a cargo de las Administraciones públicas implicadas. No se admite separación entre la responsabilidad contractual de la empresa que concurre como particular y la acción por responsabilidad extracontractual de la Administración. (STS de 8 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Diversos perjudicados entablan demanda de responsabilidad civil contra el Ayuntamiento de Zaragoza y la Diputación General de Aragón, junto con ciudadanos particulares, por fallecimientos de parientes y otros daños personales causados en el incendio de una discoteca. El Juzgado de Primera Instancia dicta auto desestimando la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción formulada por los demandados y declara competente el orden jurisdiccional civil; fundándose, esencialmente, en que, habiendo acaecido los hechos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (L 30/1992) había de primar la *vis atractiva* del orden jurisdiccional civil establecida por la jurisprudencia con anterioridad a aquélla. La Audiencia Provincial revocó la expresada resolución y declaró la falta de competencia del orden jurisdiccional civil fundándose en la concurrencia de circunstancias especiales: que seis particulares afectados por el mismo siniestro habían formulado demanda ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa frente al Ayuntamiento de Zaragoza y la Diputación General de Aragón; que dos de los actores habían ejercitado en el procedimiento penal la correspondiente acción civil frente a los demandados particulares; que el conocimiento por el orden jurisdiccional civil de la pretensión ejercitada contra dichos entes administrativos no produce efectos de economía procesal y no evita la posibilidad de fallos contradictorios; y, por último, que la Ley Orgánica 6/1998, que dio nueva redacción al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, abre una nueva vía para la reclamación ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo frente a los sujetos privados que concurran a la producción del daño. (S. M. S.)

42. Criterio de imputación.—Los codemandados absueltos (acreedores de la herencia yacente) no tenían obligación alguna de conservar o administrar la finca, ya que dichas facultades y obligaciones correspondían a su propietaria (herencia yacente de doña Rosario A.), y no a los acreedores de la suspensión de pagos de la misma. No se aporta dato ni razonamiento alguno que determine en que consiste y donde se produce la infracción denunciada por parte de los codemandados. No se puede fundamentar un criterio de imputación diciendo que «aunque como acreedores no son propietarios, sí que deben tener interés en mantener la finca en buen estado, no obstante, aunque no tiene la obligación de llevar a buen fin dicho interés, deben adoptar las medidas necesarias para evitar el abandono».

Quantum indemnizatorio fijado en la sentencia.—Los juzgadores de instancia hacen uso de la facultad moderadora que otorga el artículo 1103 CC

con algunas excepciones de no aplicación o de desproporción notoria, por tratarse de una auténtica facultad discrecional del juzgador de instancia. Nada hay que objetar a la moderación que establece la sentencia recurrida, que se impugna por simple criterio discrepante, dada la gravedad de las lesiones y su carácter irreversible, pues es la oportuna y adecuada, e incluso favorable a la víctima, teniendo en cuenta el comportamiento de quien las sufre.

Inimputabilidad de la menor y concurrencia de culpas.—El hecho de que la víctima sea una menor de edad, y como tal inimputable, no impide tomar en consideración su contribución a la producción del daño mediante un comportamiento negligente. (**STS de 4 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Accidente ocurrido en febrero de 1983 cuando cedió el tejado del edificio en el que se encontraba Silvia, de catorce años de edad, y con motivo del cual sufrió graves lesiones y secuelas. El representante legal de la víctima don José A. C. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía en la que solicitaba ser indemnizado, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badalona contra la herencia yacente de doña Rosario A. V. y contra los acreedores de la suspensión de pagos de la citada doña Rosario A.V.: *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A.*, y *Banco Santander Centralhispano S. A.*, entre otros. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente las pretensiones de la demandada, condenó a la herencia yacente y absolvió a los codemandados (acreedores de la misma), negando que los mismos tuvieran obligación alguna de conservar o administrar la finca ya que dichas facultades y obligaciones correspondían a su propietaria (la herencia yacente de doña Rosario A.V.), a la que se condena, y no a los acreedores de la suspensión de pagos de la misma. Posteriormente el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona interpuesto por la parte demandante fue desestimado. El demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, fundado en un único motivo: infracción del artículo 1902 CC, en cuanto a las personas responsables del siniestro, al *quantum* indemnizatorio y a la concurrencia de culpas. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*E. C. V.*)

43. Culpa extracontractual: negligencia del profesional: responsabilidad civil del Registrador de la Propiedad (arts. 296 ss. LH): requisitos: existencia de daño.—La existencia de un daño es uno de los requisitos para que pueda prosperar una acción de responsabilidad contra un Registrador de la Propiedad debiendo tenerse en cuenta: *a)* que la existencia y realidad del daño es una *quaestio facti* y, por lo tanto, corresponde apreciarla a los tribunales de instancia con exclusión de la revisión casacional, salvo mediante el mecanismo excepcional del error en la valoración probatoria; *b)* que el tribunal *a quo* declara la existencia de un daño o perjuicio actual consistente en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación y, en consecuencia, un debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho; *c)* que la apreciación del perjuicio actual es coherente con la realidad fáctica de que la entidad ejecutada vendió una de

las fincas respecto de las que se había producido la cancelación indebida del embargo por el Registrador, en tanto que respecto de la otra se produjeron posteriores embargos y anotaciones; y *d*) que no se trata de un perjuicio eventual, o de mera posibilidad real futura, sino actual y cierto.

Relación de causalidad.—Es el nexo que une a la acción u omisión del agente y el resultado y que permite atribuir el daño en la cuenta del autor; responde a la pregunta del cómo y el por qué del perjuicio, y su fijación se produce en virtud de apreciaciones fácticas y criterios normativos. En el caso la existencia del nexo causal se manifiesta con meridiana claridad; el embargo respondía a la finalidad de realizar el valor de las fincas para la satisfacción del crédito ejecutado, y la anotación preventiva creaba la publicidad necesaria para evitar que se sustrajeran los bienes al apremio; canceladas indebidamente las anotaciones se creó una apariencia de libertad de las fincas respecto de terceros lo que permitió se efectuara la venta de una de ellas como libre de cargas, y que accedieran al Registro posteriores embargos y anotaciones respecto de la otra con la preferencia consiguiente; el daño ha quedado ya concretado y pone en cuestión la propia eficacia del sistema registral, y la situación tiene como causa la cancelación indebida de los asientos imputable al Registrador, todo ello con el reproche subjetivo de la negligencia, más bien del profesional que propiamente profesional.

Aplicación analógica del artículo 300 LH: no es norma excepcional, ni sancionadora.—La norma del artículo 300 LH no contempla un norma excepcional, en el sentido de que, respecto de unos hechos concretos se establezcan unas consecuencias contrarias a las exigencias de los principios generales del Derecho, que es en lo que consiste el *ius singulare* sino que recoge una norma de derecho normal o regular para reparar del modo más idóneo, en atención a las especiales circunstancias del resultado producido por el ilícito civil, las consecuencias perjudiciales de él derivadas para el afectado; y tampoco contienen una norma sancionadora, pues no tienen carácter de sanción civil las diversas posibilidades resarcitorias del daño, sean pecuniarias o en especie, ni las cautelas para su operatividad o eficacia. Finalmente, la fórmula adoptada para reparar el perjuicio es ponderada y equitativa, en cuanto permite dar la respuesta adecuada a las circunstancias del caso, e, incluso, es beneficiosa para el demandado, por lo que, hallándose dentro de los límites de lo pedido, forma parte del criterio discrecional del juzgador en orden a procurar el restablecimiento del equilibrio económico que resultó afectado por la conducta negligente del demandado; en tal sentido resultaba innecesaria la aplicación analógica del párrafo 2.º del artículo 300 LH, aunque la intensa similitud fáctica y jurídica de los supuestos, justifica, tanto la aplicación analógica, como la mera consideración de la normativa de la Ley Hipotecaria como «un criterio de referencia». (STS de 18 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

NOTA.—Quedó probada de modo concluyente que el Registrador recurrente había cancelado indebidamente las anotaciones preventivas de embargo, con producción sucesiva de daños reales al acreedor beneficiado de tales embargos (enajenación como «libre» de finca embargada, embargos sucesivos cuyos créditos se antepusieron a los perjudicados). Ejercitada la acción de responsabilidad civil contra el Registrador, con base en el artículo 296 LH y en el artículo 1902 CC, fue estimada en primera instancia remitiéndose

a la liquidación en ejecución de sentencia de acuerdo a las bases fijadas en la sentencia; en apelación se sustituye la indemnización por la alternativa del artículo 300 LH, aplicado por analogía, consistente en que el Registrador proporcione al actor una garantía equivalente a las anotaciones indebidamente canceladas, o al depósito de la cantidad que tales medidas cautelares garantizaban. La desestimación del recurso de casación interpuesto por aquél da pie a una *sentencia docta*, plenamente de aprobar, que rectifica de algún modo los argumentos empleados por la Audiencia Provincial. Pese a reconocer las evidentes diferencias entre la hipoteca y la anotación preventiva de embargo, se insiste en las similitudes fáctica y jurídica que se producen para el perjudicado como consecuencia de la negligencia del Registrador. Por ello, propiamente no se da aplicación analógica del artículo 300 LH y la solución para el Registrador le resulta, incluso, más beneficiosa que la fijada en primera instancia. (G. G. C.)

44. Falta de diligencia: no se aprecia en la conducta de la policía municipal. Carencia de nexa causal.—Resulta desproporcionado y desorbitado el comportamiento que se pretende debió haber observado la Policía Municipal, y ello tanto más si se tiene en cuenta, como indica el juzgador de instancia, que resulta más que discutible que la vigilancia de la vía corresponda a la Policía Municipal. No resulta razonable, ni siquiera comprensible, tratar de poner a cargo de dicha policía, y por consiguiente del Ayuntamiento, una contribución causal al accidente por no haber hecho comprobaciones que pudieran, a juicio de la parte recurrente, haber advertido la posible existencia de otro animal, cuando la única circunstancia que había exigido su intervención era el aviso recibido sobre la presencia de un caballo suelto, el que localizaron después del rastreo por una amplia zona, retuvieron y procedieron a inmovilizar, transportar y depositar en un almacén municipal hasta su entrega a su dueño. Por consiguiente, no hay reproche culposo, pues ningún tipo de negligencia o desatención cabe imputar; es más ni siquiera existe nexa causal, en cuanto que no hay omisión de un comportamiento exigido por las circunstancias concurrentes en orden a evitar el evento.

Solidaridad: artículo 1137 CC.—Es numerosa la jurisprudencia que, en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual en los que no sea perfectamente delimitable el grado de imprudencia imputable a cada uno de los agentes responsables del hecho culposo, es la figura de la solidaridad la que debe aplicarse, es decir, que todos los agentes del hecho imprudente responden por la totalidad de los perjuicios causados al perjudicado, quien puede dirigir su acción frente a uno o varios, o frente a todos, y ello, claro está, sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieran tener lugar entre los deudores solidarios. Esto es distinto de solicitar en casación la condena de quien ha resultado absuelto.

Jurisprudencia: insuficiencia de la invocación de una única sentencia del Tribunal Supremo.—Es insuficiente —salvo casos especiales que aquí no concurren— para fundamentar la infracción de doctrina jurisprudencial, según tiene reiterado esta Sala (SS, entre las más recientes, 21 y 27 de junio, 4 de julio y 29 de diciembre de 2005, 26 de enero, 15 de febrero y 8 de marzo de 2006).

Intereses por demora: artículo 20 LCS y DA 3.^a de la Ley 3/1989, de actualización del Código Penal.—No procede, teniendo en cuenta la existencia de una razonable incertidumbre acerca de si la única causa del accidente fue la irrupción del caballo en la calzada o si concurrió también la conducta del piloto. La aseguradora no tiene que adelantar cantidad ninguna.

Intereses moratorios: artículos 1100 y 1108 CC. Intereses procesales: artículo 921 LEC.—Tratándose de deuda de valor no procede la condena al pago de intereses moratorios, sino desde que la suma reclamada resulta determinada; y en cuanto a los intereses denominados procesales porque su aplicación tiene lugar de oficio, sin que en el caso obste que se haga referencia solamente a interés legal, porque obviamente aquéllos tienen tal naturaleza, y su importe viene determinado por la Ley y opera, como se dijo, *ope legis*, aparte de que se pudo haber obtenido la precisión mediante aclaración. (STS de 9 de junio de 2006; no ha lugar.) [Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El 17 de noviembre de 1993, el vehículo Renault-5 XU—...-X, que conducía su propietario don José y en el que iban como ocupantes don César y don Alberto, impactó con un caballo que había invadido su carril de circulación. Como consecuencia del evento falleció el conductor y el usuario don César y sufrió lesiones graves el ocupante don Alberto.

Por don Alberto y por doña Juana, ésta en su nombre propio y como representante legal de sus hijos menores de edad Luis Pedro, Lorenzo y Patricia, se dedujo demanda contra la entidad *Mapfre, S. A.*, compañía aseguradora del vehículo, y contra el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz), dentro de cuyo término municipal se produjo el accidente, solicitando la condena solidaria al abono de 3.800.000 pesetas a don Alberto y 40.000.000 de pesetas a doña Juana, para sí y sus hijos menores, con los intereses legales; y alternativamente se condene a dichas entidades a indemnizar a los citados perjudicados en aquellas cantidades que se estimen adecuadas para reparar el daño causado. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a *Mapfre* al abono de cantidades inferiores a las solicitadas, en concepto de daños y perjuicios. La sentencia de la Audiencia Provincial desestima los recursos interpuestos por doña Juana y por *Mapfre* y confirma el fallo de la primera instancia. Doña Juana recurre en casación la resolución de la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

45. Doctrina jurisprudencial acerca de la causalidad adecuada.—

Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada que, según dice la STS de 31 de enero de 1992, «exige la determinación de si la conducta del autor del acto, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la

causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre el antecedente (causa) y una consecuencia (efecto), también es de aplicar que tales doctrina y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como ésta no sea generante de una causa independiente deberá valorarse, en cada caso concreto, si el acto es antecedente del que se presenta como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo». Examinado el supuesto del debate, ha de rechazarse la tesis de la recurrente, por cuanto que la relación de causalidad quedó demostrada por la presencia de unos daños producidos en el inmueble de los demandantes a causa de las obras de derribo de la finca colindante y vaciado de solar. Los daños sufridos en la vivienda de los actores han sido progresivos y derivados todos ellos de las obras indicadas, que llevaron a la ruina funcional de la misma. La argumentación de la sentencia recurrida sobre el rechazo de la pretensión de la recurrente acerca de la atribución de responsabilidad a los iniciadores del juicio por falta de reparación de su vivienda, es aceptada por esta Sala, donde se considera que no era imputable a estos litigantes la inmediata realización de obras de dicha naturaleza en el inmueble hasta la percepción de la indemnización a que se condenó a los demandados, con lo cual no se ha interrumpido el nexo causal. (STS de 5 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—A raíz de las obras de derribo de una finca asegurada por la *Compañía de Seguros Bilbao, S. A.*, se causaron unos daños a la finca colindante propiedad de doña Agustina D. F. y don Jesús V. D. éstos interpusieron demanda en reclamación de daños y perjuicios que se estimó. Sin embargo, los actores no realizaron las obras necesarias, puesto que la compañía aseguradora no procedió al pago de la indemnización hasta que el daño fue irremediable, de tal manera que el Ayuntamiento tuvo que declarar la ruina funcional del inmueble. Ante ello, doña Agustina y don Jesús interpusieron nueva demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Guadalajara contra la compañía de seguros en reclamación de los daños y perjuicios causados por la ruina del inmueble. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, esta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

46. Artículo 1214 CC: valor y eficacia.—Para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 LEC y 1.7 CC, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria, que es lo que, en la ciencia del Derecho, se denomina «regla de juicio», y que, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 CC, de modo que lo determinante para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de la duda después de que se haya desarrollado, al menos, una mínima labor probatoria en el litigio,

sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, que no impedirán su utilización en los supuestos de hecho incierto, ni tienen resortes para modificar su estructura y sentido, hasta el punto de que este Sala, en SS, entre otras, de 19 de febrero y 18 de marzo de 1988 y 11 de diciembre de 1997, ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 CC cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla. En este supuesto, en aras a la doctrina jurisprudencial relativa a que el artículo 1214 CC podrá y deberá ser aplicado cuando se trate de un hecho no acreditado y cuya falta de prueba haya de recaer en sus consecuencias sobre aquel que, sin embargo de estar obligado a probar, no lo hizo (entre otras, SSTs de 5 de junio de 1987 y 19 de noviembre de 1998), no entraba en juego el precepto citado al estar suficientemente acreditado el hecho que nos ocupa, a través de los datos obrantes en las actuaciones. Por no haber prueba alguna en contrario, debe llegarse a la conclusión de que en autos está acreditado suficientemente el importe de los daños sufridos por la mercancía, daños respecto a los que ninguna actividad probatoria ha realizado la demandada para desvirtuarlos o, al menos, para impugnar su importe con prueba de otro distinto, y por lo cual procede estimar acreditado el otro importe de la responsabilidad extracontractual.

Responsabilidad extracontractual: se estima. Quedan acreditados la realidad del daño y el nexo causal.—Ha sido demostrada la presencia de una acción u omisión negligente por la propia confesión judicial de don Inocencio, consistente en fugas de agua en la vivienda de los demandados; igualmente, el daño producido por las filtraciones en el almacén de la codemandante; y, por último, la relación de causalidad una y otro; cuyas conclusiones de la sentencia de instancia son aceptadas por esta Sala. **(STS de 15 de junio de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela].

HECHOS.—Entre los días 21 y 24 de junio de 1996 se producen daños en un almacén perteneciente a *Artidami, S. L.*, por filtraciones de agua provenientes del inmueble del piso superior, del que son titulares don Inocencio y doña Adoración. Tanto *Artidami, S. L.*, como su aseguradora *Previsión Española*, subrogada en los derechos de la perjudicada, en la parte de los daños cubiertos por el seguro, demandan a los titulares del piso del que provienen las filtraciones el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por su actuación negligente (responsabilidad extracontractual). El Juzgado rechaza la demanda. Su sentencia es revocada en apelación. Don Inocencio y doña Adoración interponen recurso de casación. (S. M. S.)

47. Culpa extracontractual: muerte en accidente minero: compatibilidad de indemnizaciones de naturaleza laboral y civil.—Aunque esta cuestión no parece haberse planteado en apelación, debe quedar claro, en cuanto a las consecuencias civiles derivadas de un accidente laboral, cuyas indemnizaciones y prestaciones de esta clase hayan sido satisfechos por las normas del trabajo, que pueda instarse una reclamación complementaria en el orden civil, la cual debe basarse inexorablemente para su amparo por normas meramente civiles, y en el derecho común de los artículos 1902 y 1903 CC, existiendo ya una jurisprudencia constante sobre el tema de la

Sala Primera, pese al cambio de criterio protagonizado por tres sentencias, que ha sido abandonado (últimamente, SSTS de 19 de julio, 27 y 28 de octubre, 9, 14, 15, 18 y 29 de noviembre, y 14 de diciembre de 2005, 25, y 30 de enero, y 1 de febrero de 2006).

Negligencia de la empresa minera.—La valoración de los hechos efectuada por la sentencia de instancia comporta la descripción de la conducta de falta de diligencia por parte de la empresa, la cual, atendidas las circunstancias especiales en que se desenvuelve el trabajo en la mina, permite la imputación del resultado dañoso producido a la misma, dado que fue la modificación realizada por ella en las condiciones de sostenimiento y fortificación del avance de la galería siniestrada la causante del desprendimiento y derrumbe de unos 17 metros de la galería, que podría haberse evitado (cuando menos en una gran parte) si se hubiera aumentado la densidad del posteo de los cuadros, que era de 1,40 metros y debía ser de 1,20, así como si se hubieran utilizado tres tresillos con 4 ganchos de fijación por cada uno de ellos, con el consiguiente embastonado y revestimiento; de lo cual se infiere que la falta de diligencia que supone esta conducta es suficiente para atribuirle con un grado de certeza o alta probabilidad suficiente, el resultado producido, que nadie mejor que ella estaba en condiciones de evitar o prevenir eficazmente, razón por la cual el principio de imputación objetiva del daño causado impide reconocer la existencia de un margen de fatalidad en la producción del resultado dañoso imputable a caso fortuito suficiente para reducir su responsabilidad.

Relación de causalidad: imputación objetiva.—El hecho de que quizá pueda afirmarse que no se han conocido las causas exactas que desde el punto de vista técnico produjeron el derrumbe, no impide, partiendo de la existencia de una relación de causalidad física con la deficiente entibación efectuada por la empresa, llegar a una consecuencia de imputación objetiva a la misma de los daños producidos, toda vez que la Audiencia Provincial en la valoración probatoria no impugnada llega a la conclusión de que, dada la previsibilidad del resultado producido, no ha existido caso fortuito.

Quantum indemnizatorio: deuda de valor: la fijación de intereses como índice corrector de la depreciación monetaria.—El Tribunal dispone de facultades para calcular la cuantía de la indemnización incluyendo la actualización de la cantidad concedida mediante un procedimiento adecuado, que puede consistir, entre otros, en el reconocimiento del interés legal desde el momento de la producción del siniestro, los cuales operan en tal caso como índice de corrección legal de la depreciación monetaria en el sistema nominalista. (STS de 3 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Rius.]

NOTA.—La doctrina jurisprudencial sobre la utilización de la fijación judicial del pago de los intereses legales como modo de corregir la devaluación monetaria se establece en sentencia de la misma fecha, incluida en este fascículo del ADC, con Ponente idéntico y en asunto referido a accidente laboral en la construcción. Pero en esta sentencia extractada no se transcriben las sentencias de instancia, como ocurre en la de referencia. (G. G. C.)

48. Responsabilidad extracontractual. Culpa exclusiva de la víctima. Causalidad material no es suficiente para atribuir responsabilidad. Hay causalidad física o material, por cuanto el fallecimiento y las demás con-

secuencias lesivas ocurren como consecuencia de impactar el automóvil contra una barrera provisional portátil colocada en las obras que se estaban realizando en la autopista por la que circulaba. Mas esta causa y este efecto no es suficiente para atribuir el resultado a persona distinta del conductor, poniendo a cargo de los demandados una errónea e inexplicable valoración de la víctima que nunca debió producirse, pues las obras no conllevaban en sí misma la creación de un riesgo en la autopista, ni era previsible el resultado de la colisión a partir del control y conocimiento que tenía de la carretera y de sus indicaciones, y de una percepción absolutamente equivocada de la situación del tráfico, dada la señalización existente y la forma de desarrollarse la conducción; circunstancias todas ellas que ponen en evidencia que en ningún momento se descuidaron las debidas condiciones de seguridad en punto a procurar y conseguir el paso por la carretera con el menor peligro para los usuarios que pagaban el peaje, siendo la conducta descuidada de la víctima la que generó la causa eficiente y exclusiva del resultado, y la que, en definitiva, viene a romper el nexo causal que debe existir para hacer efectivo el derecho a reparar o a indemnizar a que dan lugar las acciones por culpa contractual o aquiliana, conforme a los artículos 1101, 1104 y 1902 CC.

Solidaridad: efectos de la actuación procesal de los condenados alcanzan a los coobligados solidariamente.—La fuerza expansiva que la solidaridad comporta hace de toda lógica que, la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios, por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que con él fueron condenados; doctrina aplicable al caso presente en que la estimación del recurso interpuesto se funda, no en causas subjetivas afectantes a la recurrente, sino en la culpa exclusiva de la víctima y, consecuentemente, en la falta de obligación de reparar los daños producidos como resultado de la colisión origen de las actuaciones (SSTS de 13 de febrero de 1993 y 24 de noviembre de 2005). (**STS de 15 de junio de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El 28 de febrero de 1993, el vehículo conducido por don Luis Pablo y en el que viajaba como usuaria su esposa, doña Trinidad, se sale de la calzada y choca contra una barrera provisional portátil. A resultas de la colisión, fallece el conductor y resulta lesionada su esposa. Las obras se realizan por *OCP Construcciones, S. A.*, en virtud del correspondiente contrato de adjudicación concluido con la entidad *Autopistas Concesionarias Española, S. A. (ACESA)*. Doña Trinidad y sus hijos presentan demanda de responsabilidad civil contra *ACESA* y *OCP*, exigiendo la indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por apreciar culpa exclusiva de la víctima. Recurrido el fallo en apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente la petición de los demandantes. Tanto éstos como la demandada *ACESA* formulan recurso de casación contra la sentencia. (*S. M. S.*)

49. Responsabilidad civil extracontractual. Participación de la propia víctima. Culpa exclusiva del perjudicado.—Siguiendo la STS de 1 de octubre de 1998, si se trata de dilucidar el elemento de responsabilidad con base a la culpabilidad o no de la parte demandada, en la producción del acci-

dente, es claro que para ello habrá también de calibrarse la conducta participativa de la propia víctima, sobre todo, para valorar si la misma interfiere el proceso causal o determina la implicación de ese proceder como otro presupuesto causal del que se produjeron los graves efectos finales, y, en el supuesto debatido, el resultado de la prueba evidencia la conducta imprudente del bañista, ya que, se lanzó de cabeza al agua en la zona de la rampa de la piscina y no en la de más profundidad, y el accidente fue debido exclusivamente a su conducta imprudente, al no observar las normas de comportamiento adecuadas, ni la diligencia que le era exigible según las circunstancias personales y de lugar, pese a que, como antes se indicó, conocía la piscina e, incluso, el día del accidente había efectuado en ella otros saltos en postura semejante a la que ocasionó el suceso debatido. En definitiva, existió culpa exclusiva de la víctima, en este caso.

Teoría de la causalidad adecuada.—Constituye doctrina jurisprudencial la de que, para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la jurisprudencia viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una causa natural, adecuada y suficiente de la determinación de voluntad; debiendo entenderse, por consecuencia natural, aquélla propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las meras conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC, pues «el como y el porque se produjo el accidente», constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (STS de 31 de julio de 1999 y las allí citadas). **(STS de 19 de junio de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Don Jesús María promueve demanda, contra *Textil Damse, S. A.*, don Manuel, don Salvador, don Carlos Manuel, el Excmo. Ayuntamiento de Valdepeñas y la compañía de seguros *Cervantes, S. A.*, sobre reclamación de cantidad, en concepto de indemnización de daños y perjuicios padecidos por el actor a consecuencia del accidente ocurrido el día 28 de julio de 1992, cuando se lanzó de cabeza al agua de la piscina abierta al público y se golpeó la cabeza contra el fondo, cuando, al intentar apoyarse en las manos e impulsarse, en el mismo fondo, hacia arriba, se le resbaló. La zona en la que don Jesús María se lanzó estaba señalizada con un cartel que decía «Peligro Rampa», y, después de una línea en rojo, se avisaba con la indicación de «2 metros», coincidente con el lugar exacto en donde la profundidad alcanzaba esa altura. Don Jesús María contaba dieciséis años al momento del suceso, sabía

nadar y con frecuencia se tiraba así al agua e, incluso, el día del evento, lo había efectuado antes en varias ocasiones, por lo que conocía la situación de la piscina A consecuencia de dicho accidente, sufrió una gravísima lesión medular, causante de tetraplejía espástica permanente. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación contra el fallo, la Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada en instancia. El demandante interpone recurso de casación contra la resolución de la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

50. Culpa extracontractual: muerte por derrumbe de zanja: concurrencia de culpas.—En la configuración del hecho dañoso el control de la situación correspondía a ambas partes, puesto que ambas realizaban simultáneamente los trabajos, y es evidente que los demandados desconocieron, de un lado, el estado de la tierra mojada por efecto de la lluvia, y no adoptaron, de otro las medidas de precaución propias de quienes conocen su trabajo, consistentes en entibar y proteger las paredes de la zanja, retirando la tierra que se apilaba en sus márgenes, sabiendo que la víctima se introducía en su interior. Ello justifica un juicio de imputación perfectamente lógico y coherente, consistente en haber continuado los trabajos mientras la víctima se encontraba en el fondo de la zanja, provocando el movimiento de las tierras y el posterior derrumbe y, en definitiva, el luctuoso suceso. (STS de 10 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Supuesto singular que no puede calificarse de laboral, pues no media, al parecer, contrato alguno de trabajo, sino colaboración voluntaria y benévola, en cuya calificación jurídica no entra el Tribunal Supremo. La víctima es el dueño del terreno en que se cava la zanja y comitente de la obra. En un marco rural el dueño de la obra «echa una mano» a la empresa a la que ha encargado el trabajo. Mientras el Juzgado de Primera Instancia declaró que el accidente se produce por culpa exclusiva de la víctima, la Audiencia reparte la culpabilidad y condena a los demandados a abonar a la viuda la suma de once millones de pesetas. Con carácter *obiter* el 3.º FD expone con amplitud la doctrina de la responsabilidad por riesgo, que no considera aplicable al caso, ratificando así la doctrina de la Audiencia Provincial que imputó una conducta culpable a los demandados al no prevenir y evitar el peligro creado por el propio fallecido al descender a la zanja. (G. G. C.)

51. Culpa extracontractual. Accidente de trabajo. Responsabilidad por riesgo: concurre. Exigente en línea cuasi-objetiva, lo que supone una actuación imputable, tanto activa como omisiva, y se impone adoptar las precauciones que se presentan evidentes con agotamiento de los medios a fin de eludir cualquier circunstancia o incidencia que transforme en daño efectivo lo que consta como potencial y peligro cierto.—Los productos químicos que utilizaba la codemandada *Autograbado Fina, S. A.*, en el ejercicio de su actividad, exigen la prestación de una extrema diligencia en su conservación y custodia a fin de evitar que una incorrecta utilización o manipulación por sus operarios hiciese real el peligro potencial que aquéllos conllevan. La

doctrina jurisprudencial más moderna considera la responsabilidad por riesgo responde a las exigencias de los tiempos actuales y no puede decirse en muchos casos que se dé ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata en el hecho productor del daño (STS de 15 de noviembre de 2004 y las allí citadas), ya que quien vea un riesgo, conforme reiterada correspondencia, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia (STS de 9 de julio de 1994). En el caso, es evidente que la codemandada no adoptó todas las precauciones necesarias en la conservación de los restos de ácido crómico en mal estado al que tuvieron acceso los operarios siniestrados sin que, por el aspecto exterior del envase ni por el estado de su contenido, pudiesen apreciar de qué se trataba, ni los peligros de su manipulación, lo que elimina, por otra parte, que pueda imputárseles a su negligencia o falta de cuidado la causación del daño producido. (SSTS de 5 de febrero de 1991, 8 de abril de 1992, 10 de marzo de 1994 y 8 de octubre de 1996). (STS de 19 de junio de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El hijo de doña Ana fallece en accidente ocurrido en la empresa *Huecograbado Fina, S. A.*, en la que prestaba sus servicios como oficial de primera. El accidente se produjo cuando el hijo de doña Ana y otros operarios reciben del encargado, por orden del director, instrucciones de limpiar determinadas dependencias en que se almacenaban, desde hacía mucho tiempo, distintos materiales, entre ellos un bidón de «Disvil», sin advertencia de peligro, y otro con restos de ácido crómico, cerrado y con una cantidad de restos de producto pequeña (entre 10 ó 15 litros, aproximadamente). En cumplimiento de la tarea de limpieza que les encomiendan, mezclan ambos productos, lo que produce la muerte del hijo de la actora. Doña Ana interpone acción de responsabilidad civil contra la entidad *Huecograbado Fina, S. A.*, y contra *Comercial Unión, Compañía de Seguros*, solicitando la declaración de la obligación solidaria de ambos de indemnizarle daños y perjuicios, tanto morales como materiales, por la muerte de su hijo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial la estima parcialmente, basando su pronunciamiento en la doctrina de la responsabilidad por riesgo. Las demandadas interponen recurso de casación. (S. M. S.)

52. Culpa extracontractual: accidente laboral: responsabilidad por hecho de otro: doctrina general.—La responsabilidad por hecho de otro a que se refiere el artículo 1903.4.º CC requiere, según reiterada jurisprudencia, la existencia de una relación jerárquica de dependencia entre el causante del daño y la empresa demandada, ya que dicha responsabilidad se funda en la existencia de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, la cual, según la más moderna doctrina, es una responsabilidad directa que tiene como presupuesto la culpa *in operando* por parte del causante del daño. En los casos en que la realización de la obra se encarga a un contratista, la jurisprudencia entiende que la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista (SSTS de 4 de enero de 1982 y 8 de mayo de 1999); este concepto de dependencia no es de

carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal, ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requieren una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. No se considera contratista independiente a quien actúe formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control del demandado o se encuentra incardinado en su organización. Cabe, pues, incorporar al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestra la existencia de *culpa in eligendo* (que la más moderna doctrina y jurisprudencia consideran como una responsabilidad derivada del art. 1902 CC, por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista: así la STS de 18 de julio de 2005), o en el caso de que el contratista no actúe con carácter autónomo, sino sometido a la vigilancia, dirección e intervención en su actividad por parte de la empresa promotora, caso en el que concurrirá *culpa in vigilando* si se omiten las debidas medidas de seguridad. En estos casos se aprecia por la jurisprudencia que entre el contratista (o subcontratista) y su comitente ha existido dependencia, de forma que aquél no es autónomo. Normalmente la jurisprudencia entiende que resulta excluida la relación de dependencia, y por ello la responsabilidad por hecho de otro, cuando en el contrato entre comitente y contratista se contiene una cláusula en virtud de la cual este último se hace cargo de la responsabilidad que puede dimanar de la causación del evento dañoso (así en SSTs de 12 de marzo de 2001 y 18 de julio de 2005). Sin embargo, la inclusión de una cláusula de exención de esta naturaleza no es por sí suficiente para eliminar la relación de dependencia en los casos en los cuales la prueba practicada es suficiente para demostrar que, independientemente de lo pactado, dicha relación de dependencia ha existido *de facto* por haberse reservado el dueño de la obra funciones de suficiente relevancia de vigilancia o participación en los trabajos, especialmente si tienen relación con la adopción y cumplimiento de las medidas de seguridad. En tal caso la responsabilidad por hecho de otro deriva de la existencia de una relación material de dependencia entre el dueño de la obra y el contratista según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903 CC, y ésta no puede ser enervada por la existencia de un pacto en contrario entre los responsables, que no puede producir efectos en perjuicio de terceros ajenos al ámbito contractual, en virtud el principio de relatividad del contrato.

Caída por hueco de ascensor en casa en construcción: responsabilidad de la empresa comitente.—Aplicando la doctrina que antecede a los hechos probados resulta evidente que la promotora ejercía *de facto* el poder de control y dirección de la obra que se ejecutaba, reconociendo su representante que se personaba con frecuencia en la edificación (hasta tres veces por semana) para verificar que se construía conforme a proyecto y se daba cumplimiento al plan de seguridad; además, la misma contrató por separado, con empresas distintas, los diversos gremios intervinientes en el proceso constructivo y a los técnicos que debían dirigirlo, ateniéndose a las instrucciones recibidas de aquélla, la cual asumía la coordinación de todos los trabajos que se realizaban. El pacto de asunción de responsabilidades entre la promotora y el contratista no es suficiente para eliminar la dirección *de facto* ejercida por aquélla, ni para enervar la relación de dependencia determinante de la responsabilidad conforme al artículo 1903 CC.

Determinación del *quantum* indemnizatorio.—El Tribunal dispone de facultades para calcular la cuantía de la indemnización incluyendo la actualización de la cantidad concedida mediante un procedimiento adecuado, que

puede consistir, entre otros, en el reconocimiento del interés legal desde el momento de la producción del siniestro. (STS de 3 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La nueva metodología que, poco a poco, se va introduciendo en la redacción de las sentencias de la Sala Primera —al precio de alargar la extensión del fallo—, permite un conocimiento más completo de los supuestos fácticos y jurídicos de los fallos de instancia, ya que éstos suelen transcribirse literalmente. El obrero fallecido estaba legalmente separado de su esposa y ésta actúa en el proceso exclusivamente en representación de sus dos hijos menores de edad. Parece que de los hechos no hay testigos directos. La obra en construcción tenía una defensa para evitar caídas por el hueco del ascensor, que, en instancia, se reputa insuficiente. El accidente ocurre, al parecer, cuando el obrero trasladaba una pila de ladrillos que arrastraba mirando hacia atrás, de modo que probablemente por un cálculo equivocado de distancias, tropieza y derriba la barreira que protegía el hueco del ascensor, y se precipita desde el tercer piso, encontrando la muerte. Se especula sobre un hipotético propósito de poner fin a su vida (depresión anímica por la reciente separación conyugal), hipótesis que se desestima en la instancia, aunque se declara concurrencia de culpas, pues se advierte negligencia en la actuación del accidentado (la petición de veinte millones pesetas se reduce a quince millones, cifra esta que el Tribunal Supremo mantiene). La sentencia de casación efectúa una meritoria síntesis de la doctrina de la responsabilidad por otro, especialmente cuando se da una situación de *dependencia fáctica* que, en el caso, no ofrece duda, si bien su aplicación a otros supuestos puede engendrar incertidumbre. (G. G. C.)

53. Responsabilidad extracontractual: responsabilidad de la empresa por actos de sus empleados.—Con arreglo a la moderna doctrina científica, la responsabilidad del empresario se configura como «responsabilidad vicaria» de la empresa empleadora, que incluso abarca la responsabilidad por negligencia profesional del personal de la misma, cuya actividad no puede ser controlada de forma directa por la patronal en la que aquél presta sus servicios. Se regula en el párrafo cuarto del artículo 1903 CC; se basa en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado, además de que el acto antijurídico y lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable, siempre con posibilidad de acción directa contra el titular de la empresa; y ya se funde la intervención de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por infracción del deber de cuidado reprochable al segundo en la selección de dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada, bien se prescinda de tales presunciones y se acuda a la responsabilidad por riesgo, siguiendo el criterio mayoritario, ciertamente será indispensable una actuación culposa del dependiente o empleado, como se desprende del fundamento mismo de tal responsabilidad y del párrafo primero del propio artículo 1903 (SSTS, entre otras, de 24 de junio de 2000, 18 de junio de 1979, 4 de enero de 1982, 28 de febrero de 1983, 26 de junio de 1984, 4 de enero de 1982, 3 de julio de 1984, 9 de julio de 1984 y 7 de noviembre de 1985). Se trata de una responsabilidad

directa, y no subsidiaria, al derivarse del incumplimiento de los deberes impuestos por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (STS de 8 de mayo de 1999). (STS de 21 de junio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El día 25 de enero de 1994, Filomena, que había suscrito con la entidad mercantil *Cajasalud de Seguros y Reaseguros, S. A.*, —parte antes demandada y ahora recurrente en casación— un contrato de seguro de asistencia sanitaria, dio a luz, mediante cesárea, en la clínica de la Virgen del Consuelo de Valencia, a un niño, que nació sano y sin defectos físicos apreciables. El referido niño recibió de Carolina, que estaba incluida en el cuadro facultativo de dicha entidad como comadrona y que asistió a la ginecóloga durante el parto, una inyección intramuscular en la nalga derecha de un miligramo de vitamina k que vino a afectar a su nervio ciático. Dicha inyección se administró en la región glútea del recién nacido, pese a que el área segura para ello es muy reducida en esa región; y además hay que tener en cuenta que se podía haber administrado aquélla, sin ningún riesgo, en varias otras áreas corporales como el muslo o el antebrazo. Como consecuencia de esta práctica, el menor sufrió una lesión que hizo precisa intervención quirúrgica al menor, así como de una rehabilitación y electroestimulación de la musculatura parética. Todo ello no le impide andar, aunque tiene tendencia a volver hacia dentro el pie derecho el cual mide un centímetro menos que el izquierdo. Doña Filomena interpone demanda sobre reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios, contra doña Carolina y la entidad *Cajasalud de Seguros y Reaseguros, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta contra doña Carolina, pero absuelve a la entidad mercantil. Doña Carolina y doña Filomena interponen recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial estima el recurso de doña Filomena y revoca la sentencia inicial en cuanto a la absolución de *Cajasalud de Seguros y Reaseguros, S. A.* Esta entidad presenta recurso de casación. (S. M. S.)

54. Culpa médica: nacimiento con síndrome de Down: responsabilidad por el retraso y falta de información sobre alternativas subsiguientes al fracaso de la prueba realizada para detectarlo.—El facultativo que asumió la vigilancia del embarazo de la mujer es responsable por el retraso y falta de información sobre las alternativas consiguientes al fracaso de la prueba realizada para detectar el síndrome de Down.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Esta excepción, basada en que no fueron demandados los laboratorios que hicieron las pruebas, aun siendo invocada por vez primera en el recurso, se analiza habida cuenta su carácter de orden e interés público procesal para desestimarla, pues confunde legitimación, en su lado pasivo, y litisconsorcio, que son instituciones distintas, tratando de involucrar a un laboratorio, que ni ha sido parte en el procedimiento, ni se ha hecho ningún pronunciamiento respecto del mismo; la primera se identifica con el autor o responsable del daño causado, frente al cual el perju-

dicado dirige su acción, haciéndole responder de lo que se reclama; la segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interesa la cuestión sustantiva en litigio, bien sea por disposición legal, bien por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, y es lo cierto que es con esta parte y no con los laboratorios con la que los actores contrataron la realización de la prueba de la amniocentesis, y contra ella ejercitan la acción de responsabilidad por falta de información comprometida en lo relativo a la prueba practicada.

Deber de informar: doctrina general sobre quien recae.—Desde la STS de 16 de octubre de 1998, esta Sala mantiene que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario; en el mismo sentido la STS de 28 de diciembre de 1998, hace recaer la carga sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba, repitiendo tal criterio la STS de 19 de abril de 1999; por último, en SSTS de 7 de marzo de 2000 y 2 de julio de 2002, lo imputan al Servicio Nacional de la Salud, resaltando la STS de 29 de octubre de 2004 la especial intensidad de ese deber en los casos de la medicina no estrictamente necesaria, con cita de las SSTS de 28 de junio de 1997, 27 de abril de 2001 y 22 de julio de 2003. Todo ello al margen de que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega, so pena de poner su cargo una prueba que pudiera calificarse de *perversa*, y como tal contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, y de que la propia jurisprudencia ha ido suavizando los criterios sobre la carga de la prueba en función de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, en la forma que hoy recoge el artículo 217.6 LEC 2000.

Prueba de la amniocentesis en el embarazo: información sobre su resultado.—La información debió ser completa, continuada y veraz por cualquier medio fehaciente, que no dejara lugar a dudas sobre la entrega y recepción de su resultado, siendo obligación del facultativo que vigila el embarazo y solicita la prueba analítica controlar la información facilitada a la embarazada, la fecha y características de la misma, y sobre las posibilidades y plazos de tiempo útil para repetirla; así como los riesgos clínicos derivados en caso de hacerla o no hacerla, dadas las consecuencias que pudieran derivarse de su falta, de tal forma que en la documentación clínica o en la ficha correspondiente quede registrada la entrega del documento clínico informativo, el curso evolutivo y, en su caso, la renuncia o negativa de la gestante a someterse a una segunda y nueva prueba, sin perjuicio de que de otra forma se acredite fehacientemente que ésta se produjo.

Responsabilidad de la sociedad médica.—Existió un vínculo contractual entre los actores y la entidad médica, mediante el cual ésta asumió la obligación de proceder a realizar cuantos actos fuesen necesarios a fin de llevar a cabo la analítica e investigación, con independencia del laboratorio que lo efectuase, y como tal dicha empresa era la principal responsable de comunicar a su cliente el fracaso de la prueba y consiguiente necesidad de obtención de líquido amniótico para efectuar un nuevo cultivo, lo que no hizo con la suficiente antelación.

Irresponsabilidad de la clínica.—Al tratarse de una intervención no cubierta por el seguro de asistencia médica suscrito con la paciente, la entidad propietaria de la clínica es ajena a la responsabilidad declarada. La prueba se convino a indicación del médico asistente del embarazo, limitándose la clínica a permitir la utilización de sus instalaciones para realizar la

punción y extracción del líquido amniótico, por lo que no surge para ella la obligación de responder por las acciones u omisiones culposas o negligentes de un contrato en el que no fue parte, como tampoco por el hecho de haber asumido obligaciones que pudieran vincularla solidariamente al resultado, a partir de la creación de una especie de comunidad jurídica de objetivos en beneficio exclusivo de la gestante, como es la resultante del seguimiento del cultivo del líquido amniótico extraído en su clínica y de la consiguiente falta de información sobre el resultado de la prueba que resultó omitida y de la que derivó el daño que fundamenta la responsabilidad objeto de reclamación en la demanda.

Incongruencia: fijación de condena al pago de renta vitalicia.—Con reiteración ha declarado esta Sala que no adolece de incongruencia la sentencia que fija el importe de la condena, incluso si en la demanda se hubiera aplazado su concreción al período de ejecución (SSTS de 24 de septiembre de 1999, 17 de julio de 2000 y 14 de diciembre de 2005), pues viene a cumplir lo dispuesto en el artículo 360 LEC 1881 que establece como remedio y reserva última su determinación en ejecución de sentencia. El señalamiento de una renta vitalicia no puede impugnarse con base en el artículo 359 LEC, pues se basa en el principio de la reparación íntegra del daño. (**STS de 18 de mayo de 2006**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—La demanda ejercitada por los padres de un niño nacido con síndrome de Down cuando se incumple defectuosamente el derecho a la información continuada, completa y veraz de la madre gestante, fue estimada en ambas instancias y también en casación, si bien difirieron las circunstancias y contenido de la sentencia. En primera instancia, se condena a reparar los daños materiales y morales, presentes y futuros, que se deriven de la concreta situación que les afecta por consecuencia de un hijo con el síndrome de Down. En apelación, se concretó la suma indemnizatoria en los términos siguientes: 1) Treinta millones de pesetas a favor de los padres; 2) Cinco millones de pesetas a favor de una hermana menor; 3) Al menor afectado, la suma resultante de multiplicar por 150.000 pesetas el número de meses que transcurran desde su nacimiento hasta el pago efectivo; y 4) Una pensión vitalicia al mismo menor cifrada en 150.000 pesetas mensuales, con cláusula de revalorización según el IPC. El Tribunal Supremo absuelve a la clínica propietaria del local en que se practicó la prueba de la amniocentesis. Se trata de un ejemplo evidente de lo que se ha denominado *línea dura* de exigencia del derecho a la información; por otro lado, se relaciona con los supuestos de *wrongfull life* [cfr. Elena Vicente Domingo, en el *Tratado de responsabilidad civil*, de Reglero Campos (Cizur Menor, 2002), pp. 252 ss.] en el que aparecen implicados graves cuestiones éticas y jurídicas. Por lo demás, la sentencia se mueve dentro de los plazos legales para interrumpir el embarazo. (*G. G. C.*)

55. Responsabilidad del centro sanitario: doctrina general sobre deficiencias asistenciales: responsabilidad del Insalud.—Esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 1987, ha mantenido el criterio de las posibles deficiencias asistenciales, lo que exime al paciente de la prueba de la

fase del desarrollo de la atención médica donde se ha producido la anomalía. La mentada sentencia declaró que: «En materia de responsabilidad y muy especialmente cuando su causa originadora se encuentra en esos complejísimo establecimientos asistenciales dirigidos a la atención sanitaria de cada vez más amplios grupos de población, para inquirir cual pueda ser la de alguno o varios de sus miembros, se hace preciso acudir a una interpretación no sólo lógica, sino también sociológica de los preceptos reguladores de dicha institución, sin olvidar el soporte de la *aequitas* aquí siempre conveniente; y, en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, con objeto de lograr que en estos casos la aplicación del derecho constituya el medio más idóneo para el restablecimiento del orden perturbado; y también que: para proyectar la responsabilidad sobre la conducta de las personas y más cuando como aquí acontece se trata de profesionales con larga experiencia, debe atenderse al conjunto de circunstancias, no sólo personales, sino también del lugar en que se desenvuelven sus actividades y del sector del tráfico social en que la conducta imputada se produce; *para concluir que*: todo ese conjunto de posibles deficiencias asistenciales, no descartables en esos complejos centros sanitarios en los que la prestación de las atenciones de ese tipo se opera por diversos profesionales, no sólo de la Medicina, sino incluso de distinta categoría sanitaria, han conducido a la condena de Insalud y de X como responsables directos del funcionamiento, en este caso anormal y reprobable, de sus actividades sanitarias». Esta posición jurisprudencial reseñada ha sido seguida, entre otras, por las SSTS de 24 de febrero, 29 de octubre y 4 de noviembre de 1992, 3 de septiembre de 1996, 7 de mayo, 12 de junio y 26 de septiembre de 1997, y 29 de septiembre de 1998.

Enfermo ingresado en urgencias que permanece sin atención durante veinticuatro horas: muerte por peritonitis.—En el presente caso ha habido una desatención por parte del personal facultativo del centro hospitalario, cuya actitud ha sido negativa respecto al enfermo, el cual, al no haber sido ingresado en la UCI —donde, mediante una permanente observación de la situación física del paciente y de las oscilaciones de la enfermedad, deben facilitarse cuidados precisos y continuos—, requería el frecuente seguimiento de médicos para observar su estado y, según las vicisitudes del mismo, proceder a la inmediata adopción de las medidas oportunas, habida cuenta del peligro que entrañaba la grave afección que le había sido diagnosticada de obstrucción intestinal originada por bridas o adherencias derivadas de una antigua intervención quirúrgica en el estómago, sin que, desde su presentación en el Servicio de Urgencias, donde se le verificaron pruebas y se decidió su internamiento para observación en el hospital por el médico cirujano de guardia, ello en la madrugada del día 19 de noviembre de 1994, se le inspeccionara después, regular y personalmente, por ningún integrante del equipo médico del hospital, sin que la vigilancia consentida a las enfermeras del servicio donde se encontraba, que no tienen entre sus funciones esta misión, ni están cualificadas para efectuarla, disculpara o eximiera la omisión de los facultativos, hasta que a las 6:30 horas del día siguiente, tras previo aviso de la hija del enfermo a una de las asistentes sanitarias, cuando aquél sufría un episodio de taquicardia y fiebre de más de 40°, acudió enseguida el médico cirujano, que ordenó la intervención quirúrgica por peritonitis, con resultado fatal. En definitiva, aparece un defectuoso funcionamiento del centro hospitalario, al no haber adoptado los medios de que disponía para el tratamiento adecuado del enfermo, que propiciaron la carencia de las convenientes medidas de vigilancia y segui-

miento durante su hospitalización, abstracción hecha del personal médico individualizado a quien correspondiera su adopción, y que ha de ser atribuida, por vía de omisión, al Hospital NS de S., y, por consiguiente a Insalud por culpa *in vigilando*. La parte actora ha desistido de las acciones dirigidas contra facultativos y entidades aseguradoras. (STS de 19 de mayo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

NOTA.—Sorprende que siendo tan claros los hechos declarados probados la demanda fuera rechazada en ambas instancias (salvo en apelación, en lo relativo a las costas, que no se imponen en ninguna de aquéllas), y asimismo que la parte actora desistiera de las acciones ejercitadas conjuntamente contra el personal facultativo y las entidades aseguradoras. Parece que los usuarios de los servicios sanitarios, con su actitud procesal en este caso, demuestran confiar plenamente en la solvencia del Insalud. (G. G. C.)

56. Culpa médica: secuelas de intervención quirúrgica: falta de información.—La sentencia de instancia no atribuye consecuencias a la falta de información al no ser posible optar por otra alternativa distinta al tratamiento efectuado, pero tal circunstancia no enerva la obligación de hacerlo y de obtener el consentimiento informado previo a la intervención, pues la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud, y como tal no es quien le informa sino es él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan consentimiento informado, como dijo la STS de 9 de septiembre de 2003. Al estimar el recurso, aun admitiendo que según STS de 27 de septiembre de 2001, la falta de información no es, *per se*, una causa de resarcimiento pecuniario, en el presente caso se reconoce que se produjo el daño que fundamenta la responsabilidad de quienes, debiendo informar, no lo hicieron, teniendo en cuenta que el riesgo se materializó, aunque se excluya la conducta negligente por parte de quien llevó a cabo la intervención quirúrgica, que era necesaria y era la única alternativa posible para obtener la curación del paciente; por ello, a la hora de cuantificar el perjuicio, se deben ponderar todos estos factores y establecer en su vista la suma indemnizatoria tomando en consideración, no sólo el carácter de la intervención, sino el hecho de que el riesgo que se afrontaba, aun previsible y posible, no era una consecuencia necesaria de la misma y pudo concluirse de forma satisfactoria; ello hacía que era necesario cumplimentar la obligación legal de informar, facilitando que fueran otros, o, incluso, el mismo facultativo, tras las explicaciones pertinentes, quienes la llevaran a cabo, puesto que una cosa es que fuera necesaria y otra distinta que debiera hacerse con tal urgencia que impidiera cumplimentarlo con tiempo suficiente. Ello fundamenta una indemnización de cinco millones de pesetas, derivada de la pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño, en función de las secuelas que le quedó al paciente.

Irresponsabilidad de la clínica: responsabilidad del Instituto Catalán de la Salud.—La clínica carecía de todo tipo de relación laboral o contractual con el cirujano, limitándose a permitir que en sus instalaciones se llevara a cabo la intervención quirúrgica en virtud del concierto con el Instituto, suministrando los medios técnicos e instrumentos necesarios para lle-

varla a cabo, así como a la ejecución de los llamados actos paramédicos necesarios. En cambio, el cumplimiento del deber de informar incumbía por igual al médico y al Instituto Catalán de la Salud (así SSTS de 16 de octubre de 1998, 7 de marzo de 2000 y 27 de abril de 2001), aparte de que en cualquier caso esta entidad resultaría responsable por *culpa in vigilando* (STS de 2 de julio de 1992).

Depósito para recurrir en casación constituido fuera de plazo.—Se trata de un defecto subsanable, que fue subsanado dentro de plazo. Conforme al artículo 1710.1.1.º LEC 1881, que la doctrina de esta Sala ha hecho extensible, tanto a los supuestos de falta de acreditación del depósito necesario como a los de su falta de constitución. (STS de 10 de mayo de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

57. Caracteres de la comunidad de bienes.—La comunidad de bienes, regulada en los artículos 392 y siguientes CC, se caracteriza por la existencia de una pluralidad de titulares de un único derecho de propiedad sobre una cosa. La jurisprudencia ha aplicado, para explicar la naturaleza de la comunidad, la doctrina de la «propiedad plurima total», que se sintetiza en el reconocimiento a cada cotitular de un derecho de propiedad plena sobre la cosa, limitado por los derechos iguales de los demás. Sin embargo, es claro que nos hallamos ante una comunidad que responde al tipo organizativo romano u ordinario, en la que cada titular lo es de una cuota proporcional respecto del todo, sin que pueda referirse o asignarse partes concretas, y sin que quepa en nuestro ordenamiento la comunidad solidaria en la que cada uno de los cotitulares pueda operar sobre la cosa común como si fuera dueño exclusivo.

Respecto de edificios, es perfectamente posible la concurrencia de una cotitularidad de una cuota-parte del edificio con la titularidad de un derecho de disfrute o uso privativo sobre alguna (o la totalidad) de sus partes (dependencias), cuando este derecho está fundado en un título válido e idóneo al efecto. Por ello, la adquisición de la mitad indivisa del edificio no supone la extinción del contrato de arrendamiento que se pueda hacer de una planta del mismo.

Distinción entre confusión y consolidación.—La extinción de un derecho de crédito por concurrir en la misma persona las dos cualidades de acreedor y deudor se denomina confusión, la cual se reserva para el campo de los derechos de crédito. En tanto que cuando la coincidencia de cualidades se produce en el campo de los derechos reales se habla de consolidación, la cual opera en virtud de la extinción de un derecho real sobre cosa ajena, produciéndose la recuperación por el propietario de la facultad del dominio, hasta entonces desgajada, en virtud de la nota de la elasticidad que caracteriza a la propiedad. Entre ambas figuras jurídicas hay una diferencia estructural importante, porque mientras en la confusión se extingue el único derecho existente, en cambio en la consolidación subsiste uno de los derechos: el de propiedad.

Cuando se trata de un arrendamiento de cosa, surge la duda de si debe hablarse de confusión, pues el arrendatario es titular de un derecho personal, o de consolidación, pues el fenómeno jurídico que se produce se aproxima al

de los derechos reales (concretamente al usufructo). No en vano, el arrendamiento priva al propietario de la facultad de uso y disfrute, de modo que, al extinguirse el vínculo arrendaticio, dicha facultad se recupera por el dueño de la cosa. (**STS de 19 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Mediante escritura pública de 27 de diciembre de 1978 los demandados adquirieron la mitad indivisa de una finca, constando en la propia escritura que está arrendada a diversos inquilinos e inscribiéndose la adquisición en el Registro de la Propiedad el 24 de febrero de 1983. Mediante escritura pública de 2 de marzo de 1982 los demandantes adquirieron la otra mitad indivisa de la misma finca, en la que consta que está arrendada a varias personas, inscribiéndose la adquisición en el Registro de la Propiedad el 28 de octubre de 1982. Antes de su adquisición el 27 de diciembre de 1978, los demandados eran arrendatarios de varios pisos y locales, uno de los cuales correspondía a un restaurante, explotado por los arrendatarios hoy demandados. Uno de los pisos ha venido siendo ocupado en arrendamiento por el hoy demandante don A. P. G., mientras que don F. S. M. ha venido ocupando otros tantos pisos. Declarado el inmueble en estado de ruina, fue desalojado por los demandados en fecha de 30 de junio de 1993, y por los demandantes tres días más tarde, sin que conste con precisión la fecha.

Don A. P. G. y don F. S. M. interpusieron demanda contra don F. G. V. y don M. J. A., y sus respectivas esposas, ejercitando acciones de enriquecimiento sin causa, división horizontal, división de cosa común y desalojo de cosa común. Solicitan que se declare: 1) que don F. L. V. y don M. J. A. carecen de título alguno que les permita ocupar los locales del edificio, y que dicha ocupación perjudica el interés y derecho de los demandantes, los cuales se ven imposibilitados de utilizarlos; 2) que en virtud de dicha ocupación como base física del restaurante, los demandados obtienen unos beneficios sin causa. Se solicita que se condenen a los demandados a desalojar y dejar libres los locales, a indemnizar a los demandantes y a abonar una suma mensual mientras sigan ocupando dichos locales.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a los demandados a abonar solidariamente a los demandantes una cantidad de dinero más el interés legal desde la fecha de la sentencia, con absolución del resto de las pretensiones formuladas en su contra. La Audiencia desestima el recurso de apelación de los actores y confirma la resolución. Don A. P. G. y don F. S. M. interponen recurso de casación. Efectivamente, los demandados recurridos adquirieron de doña O. S. F. por contrato de compraventa otorgado en escritura pública de 27 de diciembre de 1978 la mitad indivisa de la finca; y debe señalarse que adquirieron la mitad indivisa de dicho edificio, y no las dependencias que ocupaban en arrendamiento. La vendedora transmitió lo único que podía transmitir, que era la mitad indivisa de todo el edificio, que constituía su cuota representativa de la pro indivisión. Lo mismo ocurrió posteriormente con don A. P. G. y don F. S. M., que adquirieron la

otra mitad indivisa del mismo edificio el 2 de marzo de 1982 de doña C. A. V., y no pisos o plantas concretas de la finca. Por consiguiente, entre los respectivos adquirentes continuó la copropiedad. No se ha producido consolidación alguna porque los arrendatarios, después de la compra de la mitad indivisa, lo siguen siendo de la comunidad, y ello con independencia de que, como propietarios, posteriormente deban recibir la parte correspondiente a los beneficios obtenidos por aquélla. Tampoco hay confusión, pues falta el presupuesto básico de la coincidencia en la misma persona de acreedor y deudor. La propietaria-arrendadora (acreedores de la rentas) sigue siendo la comunidad, antes y después de la compraventa, y la arrendataria (obligada a pagar las rentas), los demandados. Así, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*S. L. M.*)

58. La acción de división de cosa común en casos de vivienda familiar.—El Tribunal Supremo ha defendido en muchas ocasiones la posibilidad de ejercer la acción de división en los supuestos de vivienda familiar cuyo uso se adjudica a la esposa en proceso matrimonial, si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes.

La acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. Si en virtud de un derecho de usufructo o de uso está atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa (SSTS de 27 de diciembre de 1999, 6 de junio de 1997, entre otras).

Si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó (SSTS de 16 de diciembre de 1995 y 28 de marzo de 2003, entre otras). (**STS de 8 de mayo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don C. R. S. interpuso demanda en ejercicio de la acción de división de cosa común, que dirigió contra su esposa doña M. J. M. C., suplicando: *a)* que se decretara la división de cosa común en cuanto a la vivienda familiar y a las plazas de aparcamiento; *b)* que se saquen a pública subasta dichos bienes; *c)* que se entregue y pague a la parte actora la mitad del precio que se obtenga en la subasta y la otra mitad a la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y declaró la indivisibilidad de los bienes comunes, ordenando su venta y reparto del precio al cincuenta por ciento entre ambos litigantes, cuya venta habría de efectuarse a través de agente de la propiedad inmobiliaria designado de común acuerdo. Dicha sentencia se recurre en apelación por la parte actora. La Audiencia Provincial estimó el recurso, acordando la cesación de la situación de indivisión de los inmuebles mediante su venta a través de agente, con respeto del derecho de uso que tiene atribuido judicialmente la demandada, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación por la parte demandada, alegando la infracción del artículo 96.4.º CC y la necesidad de que, al constituir la división de la cosa común un verdadero acto de disposición, deba concurrir en todo caso la conformidad del cónyuge que tenga atribuido el uso de la vivienda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, confirmando la sentencia recurrida salvo en lo relativo al pronunciamiento sobre las costas causadas en primera instancia. (S. L. M.)

59. Calificación de patio como elemento comunero.—No es obstáculo para calificar un patio como elemento comunero el hecho de que sólo se tenga acceso al mismo a través de los pisos privativos de algunos vecinos.

Presunción de naturaleza común de los patios de los edificios.—Es jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la que presume *uris tantum* el carácter común de los patios de los edificios.

Realidad jurídica registral y extrarregistral.—El principio de exactitud registral no es un obstáculo para que pueda corregirse el Registro si se acredita en la debida forma que es la realidad extrarregistral la que debe predominar.

Declaración de obra nueva.—La declaración de obra nueva en que consta que el patio es un elemento común del edificio es título suficiente para que la comunidad de propietarios reivindique el patio objeto de la controversia.

Poseción en concepto de dueño y posesión por mera tolerancia.—La posesión en concepto de dueño *no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia* —[...]— *no puede adquirir por prescripción aunque quiera dejar de poseer en un concepto y luego pasar al animus domini.*

Artículo 38.II LH.—Es jurisprudencia del Tribunal Supremo la que declara que no es preciso ejercitar la acción de nulidad de la inscripción registral, si puede pedirse la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia cuando dicha nulidad sea consecuencia necesaria del juicio. (STS de 11 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El litigio tiene su origen en el debate acerca de la naturaleza privativa o común de los patios de un edificio, a los que se tiene acceso a través de elementos privativos. Habiéndose interpuesto sentencia declarativa de la propiedad de los patios que los demandantes vienen usando como pertenecientes a sus viviendas, la comunidad de propietarios demandada contestó formulando demanda reconvenzional en virtud de la cual solicita se desestime

la demanda y se declare que el objeto litigioso es propiedad de la comunidad de vecinos. En ambas instancias se estimó la demanda reconvenional y se declaró que el dominio de los patios pertenecía a la comunidad de vecinos. (C. J. D.)

60. Propiedad horizontal. Legitimación activa de los copropietarios.—Es criterio jurisprudencial uniforme que los copropietarios tienen legitimación para efectuar reclamaciones entre ellos mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, cuando afectan a intereses comunes, y también para hacerlo judicialmente frente a terceros en defensa de los elementos comunes sin requerirse para ello un acuerdo de la Junta de Propietarios, pese a que el artículo 12 confiera al Presidente la representación de la Comunidad en juicio o fuera de él.

En este sentido cabe citar, entre otras, las SSTs de 8 de noviembre de 1995, 17 de abril de 1990 y 22 de octubre de 1993. Esta última ha afirmado que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a todos los cotitulares. Esta defensa puede producirse por propia decisión de los comuneros para suplir la desidia del presidente o de los demás comuneros, e incluso cuando éstos sean contrarios al litigio.

Propiedad horizontal. Modificación de elemento comunitario o privativo.—Cuando ésta afecte a la estructura y configuración del inmueble exige autorización de la comunidad. Es el caso, por ejemplo, de la apertura de puertas y ventanas. (STS de 6 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—El 2 de septiembre de 1988 se celebra una Junta de Propietarios de la comunidad demandante cuyo orden del día era el siguiente: 1) acuerdo sobre la compraventa de la propiedad del pasaje gravado de servidumbre a favor del propietario de la finca dominante (T, S. A.); 2) destinar dicho pasaje como nuevas unidades de la comunidad (núms. 20 y 21). La Junta estuvo conforme con la desafectación del elemento comunitario y con la creación de las nuevas unidades registrales, así como en hacer una oferta a T, S. A., consistente en una opción de compra que el optante debería ejercitar en el plazo de un mes cuyo cómputo comenzaría a contar a partir del día 15 de octubre de 1988.

La optante tuvo conocimiento del derecho de opción establecido en su favor así como de sus condiciones, según se desprende de la notificación del acuerdo que le fue efectuada por conducto notarial. T, S. A., no hizo uso de la opción en el plazo convenido.

El 24 de enero de 1991 el presidente de la comunidad de propietarios demandante celebra un contrato de compraventa sobre el pasaje antes citado, siendo el comprador de la unidad núm. 20 T, S. A. y el de la unidad núm. 21 I. I., S. A.

La comunidad de propietarios, junto con algunos copropietarios, interponen demanda frente a T, S. A., I. I., S. A., y otras personas físicas solicitando, además de la condena en costas, lo siguiente: 1) la declaración de nulidad absoluta de a) el acuerdo relativo a la venta del pasaje, tomado en la Junta de 2 de septiembre de 1988; b) las escrituras de venta otorgadas el 24 de enero de 1991;

c) las inscripciones registrales relativas a las unidades núm. 20 y 21 del inmueble; 2) la declaración de dominio de las unidades registrales núm. 20 y 21 del citado inmueble a favor de la comunidad de propietarios; 3) la condena al cierre de la puerta que comunica la unidad núm. 21 con el rellano de la escalera. Finalmente, se solicitaba la condena a los demandados a hacer y pasar por las anteriores declaraciones.

I. I., S. A., a su vez, interpone demanda frente a la comunidad de propietarios y algunos copropietarios solicitando la declaración de nulidad de la Junta General Extraordinaria celebrada el 13 de junio de 1991, de la que la sentencia analizada no aporta detalle alguno.

Acumuladas las actuaciones de ambos procedimientos, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de la comunidad de propietarios y de algunos copropietarios por falta de legitimación activa y litisconsorcio pasivo necesario y acoge la deducida por *I. I., S. A.*

La Audiencia Provincial revoca en parte la sentencia de primera instancia, estimando las peticiones de declaración de nulidad de la escritura de compraventa citada, de las inscripciones registrales de las unidades núm. 20 y 21, y de declaración de dominio de la comunidad de propietarios sobre dichas unidades.

I. I., S. A., interpone recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestima. (*B. F. G.*)

61. Usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad: caracteres.—El Tribunal Supremo señala que este tipo de usufructo contiene una alteración esencial respecto del usufructo ordinario, previsto en el artículo 467 CC, pues el usufructuario, en casos de necesidad apreciada en conciencia y sin necesidad de justificación, puede disponer, a título oneroso, en todo o en parte de la cosa usufructuada o de cosas contenidas en el patrimonio usufructuado.

Usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad. Legitimación del nudo propietario para impugnar el acto de disposición: la carga de la prueba recae en el nudo propietario.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que el acto de disposición realizado por el usufructuario será declarado nulo cuando el nudo propietario pruebe que el usufructuario actuó con mala fe, con abuso de derecho o con ánimo de perjudicar los intereses del nudo propietario. (**STS de 6 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xabier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Como consecuencia del fallecimiento de don J. R. se abre el testamento otorgado por éste que contiene, entre otras, las siguientes cláusulas: «*Cuarta.*—Instituye heredera en usufructo vitalicio de todos sus bienes a su esposa [...]. Si durante su viudedad se encontrare en difícil situación económica libremente apreciada por ella, queda facultada para, por actos *inter vivos* de carácter oneroso, disponer del pleno dominio de todos o parte de sus bienes, sin tener que justificar los actos ni la inversión que realice. *Quinta.*—Del remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye herederos» a sus sobrinos.

Transcurrido un determinado periodo tiempo, doña A. O. A., viuda de don J. R., enajena mediante escritura pública de compraventa un determinado inmueble a don V. B. M. y a su esposa doña P. D. C.

Los sobrinos del causante (herederos de la nuda propiedad), interponen una demanda contra doña A. O. A., don V. B. M. y su esposa doña P. D. C. y la entidad *Schb, S. A.*, solicitando se dicte sentencia por la que se declaren, entre otras cuestiones, las siguientes: *a)* la nulidad del contrato de compraventa celebrado sobre el inmueble litigioso, por haberse comportado la vendedora (doña A. O. A.) y los compradores (don V. B. M. y su esposa doña P. D. C.), con manifiesto abuso de derecho y fraude de ley; *b)* la nulidad de la hipoteca constituida por los compradores del inmueble a favor de la entidad *Schb, S. A.*; y *c)* subsidiariamente, para el supuesto de que no se estime la petición primera, se declare que el precio recibido por la vendedora pertenece en nuda propiedad a los demandantes y respecto al mismo doña A. O. A. sólo tiene el usufructo vitalicio o, en otro caso alternativamente, se declare que doña A. O. A. tiene que indemnizar a los demandantes con una cantidad de dinero equivalente al precio de mercado del inmueble enajenado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*M. J. P. G.*)

62. Dación en pago y transmisión de la propiedad. Prohibición del pacto comisorio.—La entrega de bienes pactada como garantía del pago de una obligación no se realiza automáticamente desde el impago, sino que requerirá una formalización posterior, siendo en todo caso necesario que exista un acto de entrega de la cosa para que se realice la transmisión del derecho real sobre la misma (art. 1095 CC). Otra cosa supondría una infracción a la prohibición del pacto comisorio (arts. 6.3, 1859 y 1884 CC).

Protección del acreedor hipotecario. Momento en que se valora la buena fe del tercero.—El acreedor a cuyo favor queda constituida una hipoteca en garantía del pago del crédito está protegido en su adquisición toda vez que concurren los requisitos del artículo 34 LH. La buena fe del acreedor hipotecario debe considerarse al tiempo del otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria y de inscribirse la hipoteca: la garantía no puede verse afectada por circunstancias que no constaban en el Registro de la propiedad al tiempo de realizarse tales actos. (El Tribunal Supremo recuerda en su sentencia que esta cuestión de la mala fe del acreedor hipotecario se planteó en casación como cuestión nueva, lo que constituye argumento suficiente para rechazar el motivo). (**STS de 4 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En un contrato de préstamo, el prestatario ofreció en garantía del buen fin de la operación, la entrega de una finca. Al efecto, se hacía constar que el prestatario poseía un poder general de su esposa —propietaria de la finca— que le permitiría realizar negocios en su nombre. Sin embargo, la dueña de la finca aportó el

inmueble a una sociedad anónima de la que era administradora. Llegado el vencimiento del préstamo, no sólo no se pagó la deuda ni se entregaron los bienes sino que la finca fue hipotecada por la sociedad anónima citada.

En relación con dicha finca rústica, el prestamista citado ejerció una acción declarativa del dominio, una acción reivindicatoria, una acción declarativa de la nulidad de pleno derecho del título hipotecario que gravaba la finca y de las operaciones que trajeran causa del mismo, y una acción de elevación a escritura pública del título de propiedad de la parte actora. [Previamente, había obtenido sentencia condenatoria del pago o, en caso de incumplimiento, condenatoria de otorgar escritura pública a favor del actor prestamista, habiendo sido demandados tanto el matrimonio como la citada sociedad anónima]. En ambas instancias se desestimó la demanda. En casación se planteó (cuestión nueva) la mala fe del banco, acreedor hipotecario. (C. J. D.)

63. Procedimiento judicial sumario: artículo 131 LH. Nulidad de actuaciones: improcedencia: observancia de la publicidad requerida.—La cuestión central es si se han publicado o no los edictos en los boletines oficiales que exige la regla 7.^a del artículo 131 LH. Se señalaron las pertinentes subastas para los días 31 de julio la primera, 25 de septiembre la segunda y 20 de octubre la tercera y se publicaron edictos en el tablón de anuncios del Juzgado, en el *Boletín Oficial del Estado* y en el *Boletín Oficial de la provincia*; se cumplió perfectamente aquella regla 7.^a. Cuando se acordó (auto de 31 de julio) suspender la primera, se mantuvieron las fechas y quedó señalada la primera donde estaba antes la segunda, el 25 de septiembre y la segunda el 20 de octubre donde estaba antes la tercera y la tercera quedó sin señalar, a resultas de petición de parte; siempre de 1995. Por tanto, estas subastas, entre las que se cuenta la que efectivamente se celebró y se remató la finca hipotecada, el 26 de septiembre, sí habían sido correctamente publicadas por edictos. El que se hubieran publicado para una previsión distinta y para distinto orden, en nada afectan al procedimiento y en absoluto pueden dar lugar a nulidad. (STS de 23 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En el transcurso de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, después de múltiples dilaciones y avatares en dicho procedimiento del artículo 131 LH, se dicta providencia de 18 de abril de 1995, señalando día para la subasta, la primera el 31 de julio, la segunda el 26 de septiembre y la tercera el 20 de octubre; se publican correctamente todos los edictos. Días antes de la primera subasta, las sociedades ejecutadas (actuales demandantes en la instancia y parte recurrida en casación) presentaron escrito alegando que no se cumplía correctamente la regla 8.^a de aquella norma hipotecaria. Se dicta auto de 31 de julio en el que, «a prevención de evitar riesgos innecesarios» suspende la subasta señalada para el mismo día y señala nuevas subastas: la primera, el 26 de septiembre, la segunda el 20 de octubre y «dejando un posible tercer señalamiento a la disposición rogatoria de la parte actora». Se advierte la coincidencia no causal de fechas de estas primera y segunda subasta con la segunda y

tercera del señalamiento anterior. No se publican edictos de este segundo señalamiento sino que se dice en la parte dispositiva de aquel auto: «para la debida publicidad de la suspensión, tipo aplicable y posposición de los señalamientos de la primera y segunda subasta, fíjese edicto en el tablón de anuncios de este Juzgado, sirviendo de anuncios generales los edictos publicados en los periódicos oficiales con las modificaciones y adiciones acordadas por esta resolución».

La demanda formulada por las sociedades que habían garantizado un préstamo, con la hipoteca que, al no ser pagado aquél, se ejecutó, ejercita acción de nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, fundada en la infracción de la regla 7.^a del artículo 131 LH y de la nulidad de la inscripción registral producida en virtud del auto de adjudicación, acción que el artículo 132 de la misma Ley faculta para ventilar en juicio declarativo ordinario las reclamaciones formuladas sobre nulidad de aquel procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto y revoca el fallo de primera instancia. Los ejecutantes, demandados en la instancia, formulan recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

DERECHO DE FAMILIA

64. Régimen económico matrimonial. Régimen de separación de bienes. Noción de cargas de matrimonio a que se refiere el artículo 1438 CC. Debe identificarse con la noción de sostenimiento de la familia; no incluye gastos generados por ciertos bienes, que, incluso siendo comunes no son bienes del matrimonio, porque se acordó régimen de separación de bienes.—La cuestión cardinal, sobre la que en realidad versa el recurso, radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio, a que se refiere el artículo 1438 CC, para establecer la forma de su sostenimiento, cuando rige el régimen de separación de bienes, comprende los conceptos que se discuten en este proceso referidos a gastos producidos por bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. La respuesta ha de ser negativa ya que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103-3.^a CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la solución adoptada por la Audiencia al considerar que la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en con-

creto el artículo 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, no supone la existencia de las infracciones legales que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso.

Proposiciones de convenio regulador realizadas por el demandante que no fueron aceptadas por la demandada ahora recurrente: valoración probatoria (arts. 1225 y 1228 CC).—No suponen la existencia de una obligación reconocida, cuando los términos de dicha oferta no fueron aceptados por quien hoy recurre. La propuesta sólo podía vincular si era aceptada y aprobada por el órgano judicial correspondiente. (STS de 31 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don José Miguel interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra su anterior esposa doña Virginia en reclamación de la cantidad de 15.516.672 pesetas, más intereses y costas, correspondiente a la mitad de los pagos efectuados por el actor por diversos conceptos referidos a gastos, impuestos y créditos sobre tres viviendas que ambos habían adquirido en copropiedad durante el matrimonio, en el que regía el régimen de separación de bienes, desde la fecha en que había cesado la situación de convivencia, hecho ocurrido durante el mes de julio de 1994.

Se opuso a dicha pretensión la demandada que, a su vez, formuló reconvencción, interesando que se le absolviera de la demanda y, por el contrario, se condenara al actor a satisfacerle la cantidad de 8.606.333 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia admite parcialmente la demanda y la reconvencción. Ambas partes recurren en apelación y la Audiencia Provincial dicta nueva sentencia por la que estima parcialmente los recursos, con revocación de la sentencia de primera instancia. En concreto estimó que en la liquidación habrían de incluirse, para su satisfacción por mitad, solamente las cantidades que se deriven de impuestos, pago de hipoteca y gastos comunitarios no suntuarios sobre los inmuebles de que se trata y además, respecto de uno de ellos (casa de Tamariu) los consumos ordinarios de teléfono, gas y luz siempre que se acredite que ambos disfrutaban de la citada vivienda. Por último, en cuanto a los derivados del inmueble de la calle Benítez habrán de incluirse los gastos que haya satisfecho la demandada con las precisiones que la misma sentencia establece. Respecto de otras deudas, objeto de recíprocas reclamaciones entre las partes, estimó la Audiencia que había mediado un pacto de liquidación implícito por lo que no habían de ser consideradas ahora.

Frente a esta última resolución se ha interpuesto el presente recurso de casación por la demandada doña Virginia. (S. M. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

65. Preterición: se ha producido.—Consiste en la omisión del legítimo en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima. En el caso, al hijo extramatrimonial del causante no se le menciona en el testamento (fue concebido y nació después de otorgado éste), ni nada recibió imputable a la legítima. **Preterición: tipología.**—Según el

artículo 814 CC, la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia.

La preterición viene referida al tiempo de otorgar testamento.—Se advierte que estos conceptos vienen referidos al testamento, no a la muerte. Es decir, que la preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, éste haya sabido o no de la existencia de aquél. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento. Si en el testamento se produce preterición porque el hijo legitimario nace después, la preterición es errónea.

Efectos de la preterición errónea.—Anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. En el caso, se anulan los dos legados. (STS de 22 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don Marcelino otorga testamento el 17 de octubre de 1983. En él, reconoce como hija extramatrimonial a la niña Ariadna, de unos dos años y medio de edad, y la instituye heredera en 2/3 de la herencia, en pleno dominio; lega, en pleno dominio, a su ahijada Asunción, los derechos sobre determinado inmueble; y el remanente de sus bienes lo otorga, en pleno dominio y en concepto de legado, a la Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos desamparados. Antes de otorgar testamento, don Marcelino convivía con doña Mercedes, demandante en instancia y recurrente en casación, con la que, el 23 de abril de 1991, tuvo un hijo, Marcelino, reconocido como hijo extramatrimonial por ambos progenitores. Don Marcelino fallece el 15 de octubre de 1991. Doña Mercedes, en nombre de su hijo, menor de edad, ejercita la acción de nulidad del testamento otorgado por don Marcelino, por preterición no intencional de su hijo, único heredero universal de aquél. La sentencia de primera instancia estima la demanda. Es recurrida en casación por doña Asunción y la Audiencia estima que procede el recurso y la revocación de la sentencia de instancia. La demandante en instancia interpone recurso de casación. (S. M. S.)

66. Preterición en la partición del legatario de parte alícuota: efectos y régimen. Similitudes con el heredero.—Si bien el artículo 660 CC distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia. Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota —que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes— es distinto del legado de cosa específica, por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes —aunque sea por diferente título— que

obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro. Al respecto, la STS de 22 de enero de 1963 ya señaló que, «dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada». En consecuencia, la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1080 CC para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente –conociendo su existencia– ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada.

Interpretación del testamento: voluntad del testador. Legado de parte alícuota a favor de sobrinos y legado de cosa específica a favor de los hijos herederos imputando el remanente de los bienes en que se instituyeron a los tercios de legítima y mejora.—El testador dispuso, en primer lugar, un legado para sus cuatro hijos, cuyo objeto era el pleno dominio de cuantos derechos le pertenecían en un chalé. A continuación, estableció que «sin perjuicio del legado anterior, lega el tercio de libre disposición en pleno dominio a sus sobrinos carnales», y señala que «en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, es decir, en los tercios de legítima y mejora, instituye únicos y universales herederos, por partes iguales, a sus citados hijos, nombrando sustitutos vulgares de los mismos a sus respectivos descendientes». De ello se desprende que el legado de parte alícuota a favor de sus sobrinos se otorga sin perjuicio del legado de cosa específica atribuido a sus hijos y que en los tercios de legítima y mejora considera que debe integrarse el remanente de todos sus bienes, lo que implica la voluntad de sustraer el bien integrante del legado dejado a los hijos de dichas porciones. De ello se desprende que el legado de parte alícuota a favor de sus sobrinos se otorga sin perjuicio del legado de cosa específica atribuido a sus hijos y que en los tercios de legítima y mejora considera que debe integrarse el remanente de todos sus bienes, lo que implica la voluntad de sustraer el bien integrante del legado dejado a los hijos de dichas porciones. Si éste no cupiere en la parte libre, no parece que fuera voluntad del testador que se procediera a su reducción luego entraría en juego el artículo 828 CC según el cual «la manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre». (STS de 12 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Santiago, doña Bárbara y don César, doña Celestina, y doña Begoña y don Jesús Miguel, todos ellos sobrinos del causante don Juan Miguel, interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía que dirigieron contra los hijos de éste don Juan Enrique, don Lázaro, doña Amelia y don Pedro Miguel, interesando que se dictara sentencia por la que se declarara: a) Que queda rescindida la partición de la herencia causada por don Juan Miguel y practicada ante el notario de Córdoba don Juan José Pedraza Ramírez el día 6 de mayo de 1998, por causarles lesión como legatarios no llamados a dicha partición. b) Que

deben realizarse nuevamente las operaciones particionales entregando a los actores en pago de su legado y en pleno dominio el tercio de libre disposición de la herencia del causante. *c)* Que el legado ordenado por el testador para los herederos, sus hijos demandados, les será satisfecho con cargo a los tercios de legítima estricta y mejora, y sólo en lo que exceda será con cargo al tercio de libre disposición. *d)* Que procede incluir en el inventario de la herencia las joyas, bienes de uso personal, vehículo, mobiliario y ajuar doméstico propiedad del causante a que se refiere el hecho cuarto de la demanda. *e)* Que se condene en costas a los demandados. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, y declara rescindidas por lesión a los demandantes las operaciones particionales realizadas por los herederos demandados y ordena que se lleve a cabo de nuevo la partición con intervención de los demandantes como legatarios de parte alícuota, debiéndose imputar el legado establecido a favor de los demandados en la cláusula tercera del testamento de 18 de agosto de 1997, en primer lugar, a los 2/3 de legítima, y, en lo no cubierto, al tercio de libre disposición, que corresponde íntegramente a los demandantes. Los demandados interponen recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial. Frente a este último fallo, ellos mismos formulan recurso de casación. (S. M. S.)

67. La acción de división de herencia: la legitimación *ad causam* y el litisconsorcio pasivo necesario.—Por un lado, el Tribunal Supremo destaca que no hay que confundir la legitimación *ad causam* con la obligación de demandar conjuntamente en los casos en los que los derechos reclamados sólo pueden ejercitarse por quienes están presentes en un proceso. Según jurisprudencia reiterada (SSTS de 11 de mayo y 5 de diciembre de 2000, 11 de abril de 2003 y 3 de noviembre de 2005), se rechaza que sea necesario un litisconsorcio activo, puesto que nadie puede ser obligado a demandar. La denominada falta de litisconsorcio activo necesario es en realidad un defecto de legitimación activa *ad causam* o una legitimación incompleta.

Por otro lado, respecto del litisconsorcio pasivo necesario, el Tribunal reitera su doctrina, según la cual esta figura sólo entra en juego y produce efectos para aquellas personas que hubieran tenido intervención en la relación contractual objeto de litigio. En la acción de división de herencia y de los bienes gananciales, sólo los herederos y el cónyuge están legitimados para intervenir como demandantes y demandados, porque sólo a ellos les interesan las operaciones particionales (entre otras, SSTS de 27 de junio de 1944 y 8 de marzo de 2006). Los acreedores de la herencia tienen una legitimación muy limitada y no la tienen quienes han adquirido un bien de la herencia. La validez de los contratos otorgados por un heredero en situación de indivisión no es el objeto de una acción de división de herencia. (STS de 18 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Doña E. H. y doña C. R. H. demandan a doña C. R. H. solicitando que se declare que doña C. y doña C. eran las únicas herederas de don F. R. y que se proceda a la división de los bienes hereditarios por partes iguales, teniendo en cuenta que todos ellos

eran bienes gananciales, por lo que la mitad pertenecían a la madre, doña E. Antes de la división hereditaria, doña E. y doña C. vendieron las cuotas indivisas que les correspondían sobre unos terrenos a don J. C. y doña A. G. en documento privado con el compromiso de cesar la indivisión, para lo que iniciaron el procedimiento voluntario de testamentaría. Este procedimiento se archivó por falta de acuerdo y los compradores demandaron a las demandantes por incumplimiento del pacto, desestimándose la demanda interpuesta. La demandada en el proceso de división de herencia contestó a la demanda solicitando que con carácter previo a la formación del inventario, se declarase la nulidad de todos los actos y contratos realizados sobre los mismos por las demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Se interpone recurso de apelación y la demandada promueve, a su vez, un incidente de nulidad de actuaciones por incumplimiento de las normas procesales relativas a las demandas reconventionales. La Audiencia Provincial desestima la demanda incidental y el recurso de apelación y confirma la sentencia apelada. Se interpone recurso de casación sobre cuestiones, exclusivamente, de forma y el Tribunal Supremo declara no ha lugar el recurso y confirma la sentencia recurrida en todos sus extremos. (*S. E. M.*)

68. Albacea testamentario. Plazo legal para la realización de la partición: vinculación del albacea contador-partidor al plazo determinado por el causante o, en su defecto, al legal; cómputo y *dies a quo*.—Es claro el artículo 904 CC, cuando preceptúa que el mismo debe desempeñar su función en el plazo de un año, cuando el testador no señaló otro (como en el caso litigioso), y que aquel plazo se cuenta desde la aceptación, o desde la terminación de los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o algunas de sus disposiciones, y estas circunstancias no equivalen a la finalización de las operaciones fiscales a que da lugar el fallecimiento del testador, ni impiden las mismas que los bienes relictos sean objeto de valoración mientras la Administración Tributaria no la fije. Incluso si existiera un acuerdo posterior con los herederos, modificativo en este sentido, no le exime al albacea de su deber de hacer la partición en el plazo marcado por la Ley, al no haber sido determinado por los testadores y, de cumplir, en su caso, con los preceptos legales sobre la prórroga del albaceazgo; los interesados en la partición no pueden desplazar por su voluntad aquellos preceptos.

Partición privada entre los herederos: en nada vincula al contador partidor.—El hecho de que se hubiese hecho una partición privada entre los herederos nada significa para el incumplimiento de los plazos por el albacea con facultad de contar y partir, dado el carácter unilateral de su cargo, que le debió llevar a cumplir la Ley con independencia de lo que dijeran o acordaran los herederos; no lo nombraron los testadores para que actuara de acuerdo con ellos o en su defecto. (**STS de 19 de junio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Don Juan Francisco falleció el 30 de diciembre de 1989, habiendo otorgado testamento notarial abierto el 23 de enero de 1987, en el que nombraba albacea contador-partidor de su herencia, con prórroga del plazo por un año para el desempeño

de su cometido, a don Arturo. Doña María Consuelo, esposa de don Emilio, falleció el 22 de noviembre de 1990, habiendo otorgado testamento notarial abierto el 23 de enero de 1987, en el que también nombraba albacea contador-partidor de su herencia, con prórroga del plazo por un año, a don Arturo. El citado albacea realizó la partición de ambas herencias en documento privado de 30 de diciembre de 1996, que fue protocolizado notarialmente el 18 de enero de 1997 por don Emilio, don Luis Manuel y don Iván; y por doña Estefanía, que actuó por sí y en representación legal de su hijo menor Ignacio, y don Carlos Jesús y don César. Todos los nombrados ratificaron las operaciones particionales del contador-partidor. Doña Luisa demandó por los trámites del juicio de menor cuantía a don Emilio, don Luis Manuel y don Iván, doña Estefanía, don Carlos Jesús, y don Arturo, solicitando que se declarase nula la partición realizada por el albacea contador-partidor, en base a la realización de la partición fuera del plazo legal. El Juzgado de Primera Instancia acoge su petición. Y recurrido el fallo en apelación por don Arturo ante la Audiencia Provincial, ésta confirma la sentencia de primera Instancia. Don Arturo interpone recurso de casación. (S. M. S.)

DERECHO MERCANTIL

69. Denominación social y nombre comercial.—Cada una de ellas tienen un régimen jurídico distinto y también funciones diversas. La denominación social es un signo de identidad personal que identifica a una sociedad. Constituye el nombre mediante el cual la sociedad opera en el tráfico jurídico como sujeto de derechos y obligaciones. Por su parte, el nombre comercial es un signo de identidad empresarial. Es un signo distintivo con aptitud para diferenciar la actividad empresarial de la sociedad de otras iguales o similares.

Situaciones de concurrencia entre la denominación social y el nombre comercial utilizado por una sociedad.—El problema surge cuando existe riesgo de confusión entre ambas. En ocasiones, se ha planteado la posibilidad de exigir el cambio o modificación de la denominación social cuando ésta es posterior a una marca o nombre comercial con el cual existe riesgo de confusión.

Ni la normativa societaria ni tampoco la derogada Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas han llegado a establecer un criterio para dar solución al problema planteado. En este sentido, la DA 14.^a de la vigente Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, ha supuesto un avance significativo a la hora de resolver los problemas de colisión entre denominaciones sociales y nombres comerciales. Sin embargo, la aplicación de esta norma está limitada a nombres comerciales notorios o renombrados.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria sostiene que el titular de una marca o nombre comercial puede solicitar la modificación de cualquier denominación social posterior, cuando existe entre ambas el suficiente grado de similitud o semejanza como para generar en los consumidores un riesgo de confusión sobre los productos o su procedencia empresarial. Así se ha reconocido en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS de 27 de

diciembre de 1954, STS de 7 de julio de 1980, STS de 16 de julio y 12 de septiembre de 1985, STS de 24 de enero de 1986, STS de 24 de julio de 1992, STS de 26 de junio de 1995, STS de 31 de diciembre de 1996, STS de 11 de marzo de 1997, STS de 14 de febrero y 10 de julio de 2000, STS de 27 de mayo de 2004 y STS de 20 de febrero de 2006, entre otras. **(STS de 18 de mayo de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La mercantil *F, S. A.*, interpuso demanda frente a la entidad *M. F., S. L.*, solicitando que se declarara la carencia del derecho de la sociedad demandada a incluir en su denominación social un vocablo que formaba parte de la denominación social de la actora. También se solicitaba en la demanda que se condenara a la demandada a modificar su denominación social en el sentido de eliminar el mencionado vocablo y, subsidiariamente, en caso de no producirse tal modificación, que se ejecutara a su costa librándose el oportuno mandamiento al Registro Mercantil de la provincia. Finalmente, se solicitaba en la demanda: (i) la declaración de los daños y perjuicios que el uso de la denominación social de la entidad demandada había ocasionado a la actora, (ii) la condena a la demandada al pago de una indemnización para la reparación de esos daños y perjuicios, y (iii) la publicación de la sentencia que había de dictarse a costa de la demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la vigente Ley de Marcas.

Por su parte, la demandada reconvino solicitando que se declarara la caducidad del vocablo de referencia por falta de uso de la actora durante cinco años consecutivos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda principal declarando que la entidad *M. F., S. L.* no tenía derecho a incluir en su denominación social el vocablo mencionado y condenando a la demandada a la modificación de su denominación social en este sentido. La demanda reconvencional fue desestimada.

Interpuesto por ambas partes recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, esta revocó parcialmente la sentencia de instancia desestimando todos los pedimentos de la demanda principal. El Tribunal estimó la demanda reconvencional declarando la caducidad del vocablo.

La actora recurrió en casación ante el Tribunal Supremo que declaró haber lugar al recurso, estimando los *petita* de la demanda. (*J. D. S. C.*)

70. Para que prospere la acción causal derivada del impago de un cheque bancario, lo relevante es que exista provisión de fondos.—Resulta incuestionable que hay provisión de fondos, pues el Banco emisor percibió el importe del título librado mas la comisión correspondiente. Y deviene intrascendente que el cheque no se haya presentado al cobro dentro del plazo de quince días (art. 135, p. segundo, LCCh); como igualmente carece de interés que, como consecuencia de tal falta de presentación la entidad librada esté legalmente facultada para no hacerlo efectivo (art. 138, párrafo segundo, LCCh), porque la acción ejercitada se dirige contra el librador y es la de naturaleza causal. Centrado así el núcleo litigioso procede señalar que resulta

carente totalmente de fundamento la apreciación que realiza la sentencia recurrida y que constituye la *ratio decidendi* de su fallo absolutorio, pues lo relevante para la prosperabilidad de la acción causal es la existencia de la provisión de fondos, y no que haya una relación negocial entre el titular del cheque y la entidad demandada. Por consiguiente, la acción causal derivada del cheque bancario al portador no tenía que dirigirse contra la entidad *Productos Brooks, S. L.*, que transmitió al demandante el título en pago de parte del precio de un piso, sino por el tenedor, como legítimo titular, contra la libradora que emitió el cheque, tiene los fondos suficientes y asumió la obligación de pago.

La acción causal puede ejercitarse aunque el demandante haya sido declarado en quiebra.—La segunda excepción igualmente se desestima porque, con independencia de si el cheque es o no ajeno a la quiebra y la perplejidad que produce que en su caso el importe no se halle a disposición de la masa, de cualquier forma la retención judicial (que se dice acordada) se refiere únicamente a hacerlo efectivo, y ello puede afectar a la ejecución, pero, en modo alguno, enerva la acción de declaración. (STS de 7 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El demandante ejercitó una acción causal derivada del impago de un cheque bancario al portador contra una entidad de crédito, que era el librador y el librado del cheque, que se había negado a pagar por no haberse presentado al cobro dentro del plazo de quince días. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de casación y desestimó la demanda al considerar que la acción cambiaria de regreso no puede prosperar por haberse extinguido por prescripción extintiva, y, en cuanto a la acción causal, tampoco puede prosperar porque no existe relación de tal carácter entre el demandante y la demandada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, al considerar que existía provisión de fondos, que es el requisito esencial para que triunfe la acción causal. (M. C. B.)

71. Acciones ejercitables ante el impago de una letra de cambio.—Ante un eventual impago de la letra de cambio, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LCCh) permite al tenedor de la misma ejercitar acción directa (sin necesidad de protesto) contra el aceptante y sus avalistas, o acción de regreso contra cualquier obligado.

Excepciones cambiarias y extracambiarias.—El deudor cambiario puede oponer frente al tenedor demandante del pago dos tipos de excepciones: cambiarias y extracambiarias. Las primeras son aquellas que se refieren al propio título, mientras que las extracambiarias se fundan en las relaciones personales que pueden mediar entre deudor y tenedor de la letra, o entre deudor y librado o tenedores anteriores.

Excepción de falta de provisión de fondos.—La figura de la falta de provisión de fondos fue introducida por la doctrina jurisprudencial y constituye una causa de nulidad de la letra de cambio. Su aplicación está limitada a aquellos supuestos en los que la relación jurídico-procesal se mantiene entre librador y librado, con exclusión de aquellos en los que la acción era ejercitada por un tercero tenedor de la letra, salvo que dicho tercero fuera de mala fe.

En el primer caso (relación entre librador y librado), el librador carecía de acción contra el aceptante si no acreditaba que éste era deudor suyo en base a un negocio jurídico concreto. En el segundo caso, esto es, cuando la acción es ejercitada por el tenedor de la letra, ésta se independiza de la causa del contrato y mantiene su carácter abstracto (SSTS de 17 de noviembre de 1960 y 4 de octubre de 1968, entre otras).

Carga de la prueba de la excepción extracambiaria.—Las excepciones personales o extracambiarias deben ser probadas por quien se opone al ejercicio de la acción cambiaria.

La prueba de la inexistencia de causa respecto de la emisión del pagaré o la desaparición de la misma, así como la prueba de la falta de provisión de fondos de una letra de cambio corresponde a quien opone su excepción. En el caso de una acción cambiaria fundada en un pagaré no puede oponerse la excepción de la falta de provisión de fondos, aunque podría alegarse la inexistencia o desaparición de la causa del título. (STS de 17 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña M. T. L. G. otorgó escritura pública de compraventa de una serie de acciones de C. R. y U., S. A., que fueron adquiridas por la propia entidad para proceder a su amortización. Una parte del precio de la compraventa de acciones se entregó en el momento de otorgar la escritura pública y el resto debía pagarse mediante cuarenta y ocho (48) pagarés con distintos vencimientos.

Los pagarés no fueron pagados tras su vencimiento. Por ello, doña M. T. L. G. demandó a una serie de sociedades y a una Agrupación de Interés Económico, firmantes de los pagarés.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que los pagarés no se correspondían con los que constaban en la escritura pública de compraventa de acciones y, por tanto, aquellos carecían de causa. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

Interpuesto recurso de casación por la actora, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y casó la sentencia de la Audiencia Provincial. (J. D. S. C.)

72. Contrato de concesión en exclusiva. Indemnización derivada de la denuncia unilateral sin justa causa instada por el concedente. No cabe condenar a una sociedad que no fue parte del contrato y que se constituyó después de la extinción del mismo.—*Irmscher Iberia, S. A.*, ni siquiera existía como persona jurídica en el año 1986 en que se celebró el contrato origen de este litigio por lo que mal podía venir obligado, ni solidariamente ni de ninguna otra forma a cumplir las obligaciones en él establecidas ni, en consecuencia, podía exigírsele su cumplimiento. Además, en la demanda lo que se está reclamando es una indemnización de daños y perjuicios nacida de un incumplimiento contractual, pretensión que sólo puede dirigirse frente a aquel de los contratantes que incumplió, no contra terceras personas que no son parte en el contrato y que, por ello, no pudieron incumplirlo.

La prueba de la causación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento no puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia.—No puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia, como pretende la recurrente, la prueba de la causación de daños y perjuicios derivados del incum-

plimiento contractual; sólo cabe remitir a la fase de ejecución de sentencia, conforme al artículo 360 LEC de 1881, la determinación cuantitativa de los daños que resulten probados en la fase declarativa del pleito, como tiene declarado reiterada y conocida jurisprudencia. En consecuencia, debe desestimarse esta parte del motivo, al declarar la Sala de instancia que no han resultado probados los perjuicios alegados por la actora en su escrito inicial.

Denegación de la indemnización por clientela.—De ahí que hayan de tenerse en cuenta dos circunstancias fundamentales; de un lado, como señala la S de 12 de junio de 1999, cuando se trata de la venta de vehículos automóviles de marcas muy conocidas en el mercado, de las que los clientes cuentan con suficientes noticias e información, así como del tipo y modelo que tienen la intención de adquirir, las mismas actúan por sí como reclamo decidido para la compra del vehículo, es la atracción comercial de la marca prestigiada, que opera en la captación de usuarios, ya que estos suelen atender más a la publicidad general del fabricante que a la limitada que puede desplegar el concesionario, que en todo caso se aprovecha de aquélla, pues no suele intervenir en la confección de catálogos generales e impresos publicitarios y su actividad se concreta en la mayoría de los casos a su distribución y anuncios mediante rótulos en la fachada de sus establecimientos y correspondencia general; lo que es aplicable, *mutatis mutandis*, al supuesto en cuestión, a lo que ha de añadirse que, respecto a la adquisición por el comprador del vehículo marca Opel de los complementos de la marca Irmscher será el concesionario de Opel quien le induzca o, al menos, a través del cual, se realice la de esos equipamientos, digamos extraordinarios, sin que la actividad del concesionario del Irmschar, carente de local abierto al público, tenga trascendencia en orden a la creación de una clientela fidelizada a la marca cuyos productos distribuye. No se dan, por tanto, los supuestos que permitan afirmar razonablemente un aprovechamiento por el concedente de una actividad creadora de clientela por el concesionario demandante. **(STS de 5 de mayo de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Una sociedad mercantil demandó otras dos sociedades solicitando que se las condenase solidariamente al pago de indemnización por clientela y por otros daños y perjuicios, causados a consecuencia de la ruptura unilateral de un contrato de distribución de suplementos de vehículos de la marca Opel. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos menos uno, consistente en la obligación de la demandada concedente de retirar los productos facturados a la concesionaria demandante durante los dos últimos años anteriores a la ruptura unilateral que no hubieran podido ser vendidos, abonado su importe. Instado el recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

73. Naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros. Derogación tácita de la normativa que las conceptúa como benéfico-sociales.—El artículo 59 del Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929 y el artículo 29 del Decreto de 14 de marzo de 1933, referidos a las Cajas Generales de Ahorro Popular, y que establecen la gratuidad de la administración que realizan estas enti-

dades de crédito, fundándose en que son entidades benéfico sociales por la finalidad que persiguen, no son aplicables. Por una parte, existe legislación posterior (Ley 6 de febrero de 1943 y Decreto de 17 de octubre de 1947) que las califica como entidades de crédito e instituye que su obra benéfico-social sólo es complementaria. El Tribunal Constitucional viene manteniendo (STC 10/2005 y las allí citadas) que «es patente, pues, que desde la inicial configuración de las Cajas de Ahorros como entidades benéfico-sociales se ha dado un paso –en virtud del propio crecimiento y de la importancia actual de su actividad crediticia– a su consideración como entidades de crédito dentro del sistema financiero»; la STC 49/1988, dice que los fines que hoy persiguen estas entidades no son los puramente benéficos o asistenciales, «sino los propios de una entidad de crédito», consecuencia del cambio cualitativo que han sufrido «al haberse transformado su inicial actividad crediticia de carácter benéfico (crédito barato a las clases menesterosas) en actividad crediticia sometida a las Leyes del mercado comunes a ellas y a los demás intermediarios financieros». Y ello porque según la citada STC 10/2005, «la justificación histórica del trato dispar a las Cajas de Ahorros (actividad principal benéfico-social sin ánimo de lucro) decae desde el momento en que su naturaleza adquiere un carácter eminentemente mercantil». Otra cosa sería contraria a las normas que regulan el mercado financiero y a los artículos 14 y 38 de la Constitución, por propiciar una desigualdad entre las Cajas respecto al resto de las entidades financieras (STS de 29 de septiembre de 2005).

Derogación tácita.—A todo lo anterior se suma que, de acuerdo con el artículo 2.2 CC, se admite la derogación tácita de las normas precitadas, que se extiende, por definición, «a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior». Por ello hay que considerar incompatibles aquellas normas basadas en la naturaleza histórica de las Cajas de Ahorros, distinta de la que en la actualidad ostentan, básicamente mercantil e insertada claramente en el sistema financiero, según se deduce del Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986, cuyo artículo 1 conceptúa como establecimientos de crédito (STS de 29 de septiembre de 2005).

Derecho de consumidores: cláusulas generales y condiciones particulares; régimen de impugnación.—La cláusula impugnada no es una cláusula general, que pudiera ser contradicha por una asociación en defensa de los consumidores y usuarios de conformidad con las normas aplicables, sino que se trata de una condición particular de cada contrato. Por ello, AUSBANC estaba legitimada para impugnar el contrato que concluyó con CAM, pero no para reclamar la nulidad de las cláusulas del mismo tipo recogidas en otros contratos de la misma clase, todo ello con independencia de su legitimación. (STS de 12 de junio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, (AUSBANC), contrató en 1997 con la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) la apertura de una cuenta de ahorro ordinario; en las condiciones particulares del contrato se estableció lo siguiente: «comisión de mantenimiento: 1.200 pesetas (7,21 euros) para un saldo medio anual inferior a 50.000 pesetas (300,51 euros)». AUSBANC demandó a CAM pidiendo se declarase la nulidad de la referida cláusula y la de las que establezcan el cobro de comisiones de mantenimiento por parte de CAM sobre los imponentes en todos los contratos de cuentas de ahorro suscritos por la mencionada enti-

dad, cualquiera que fuera su importe. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Recurrída la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso. Contra este último fallo se presenta recurso de casación. (S. M. S.)

74. Función probatoria del documento privado.—Para que lo conve-nido en documento privado obligue a las partes que en él intervienen, no resulta necesario que aparezca firmado por cada uno de ellos, máxime cuando el cuestionario fue incorporado a los autos como fundamento de su recla-mación por los ahora recurrentes, lo que implica su aceptación. Toda de esta suerte de datos es lo que permite a la sentencia de instancia establecer como hecho probado que en la solicitud del seguro, y en la declaración sobre el estado de salud, consta que «no tiene actualmente problemas de salud».

Deber de declarar el riesgo.—Tampoco se infringe el artículo 10 de la Ley 50/80. La aseguradora sometió a la tomadora/asegurada, a un cuestiona-rio previo, que debía ser cumplimentado por la misma, sobre las circunstan-cias relativas al riesgo, produciéndose una omisión consciente y voluntaria de circunstancias que, no sólo influían en su valoración sino que, de haberlas conocido la aseguradora, hubieran impedido la celebración del contrato teniendo en cuenta que lo que sanciona la Ley es la omisión voluntaria, en cuanto el conocimiento de la enfermedad pueda trascender a las condiciones contractuales, o la propia concertación de la póliza. El deber de declaración del riesgo se infringe cuando el riesgo declarado y tenido en cuenta al tiempo de la perfección del contrato es diverso al riesgo real que existía en aquel momento. El cumplimiento del deber —o su violación— ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos. Las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que se omiten, para ser relevantes, son aquellas que puedan influir en la determinación o valoración del riesgo. (STS de 27 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Juan G. G. y don Marc G. G. interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Mataró contra *Allianz-Ras Seguros y Reaseguros, S. A.*, con quien había contratado un seguro de vida, suplicando al Juzgado que dictara sentencia por la que condenase a la entidad demandada a indemnizarles por diversos conceptos con fundamento en los siguientes motivos: infracción por inaplicación del artículo 1225 CC, en relación con el artículo 1226 del mismo, así como de la jurisprudencia emanada de este Tribunal en su aplicación, por haber valorado el tribunal sentenciar-dor el contenido de la declaración de salud sin haber sido concre-tada la autenticidad de la firma de la tomadora de seguro, negada por la actora, siendo por ello necesaria la prueba pericial caligráfi-ca; infracción del artículo 10 de la Ley 50/80, por incorrecta apli-cación del mismo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó ínte-gramente la demanda formulada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la resolución de primera instancia. Posteriormente el recurso de casación fue tam-bién desestimado. (E. C. V.)

75. Deber de información del asegurado al contratar una póliza de seguro de enfermedad.—«El artículo 10, en lugar de concebir de una forma general y abstracta los límites del deber del tomador de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, ha acotado este deber limitándolo a la contestación del cuestionario que le someta el asegurador. Aparece así, como ha quedado dicho, no un deber espontáneo o independiente del tomador, sino un deber de responder a un cuestionario que tiene su precedente en el Derecho suizo. A diferencia del artículo 381 CCO, en el que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía sobre el riesgo y también a decir exactamente todo lo que dice, el artículo 10 circunscribe el deber de declaración al cuestionario que el asegurador someta al presunto tomador del seguro. Quiere esto decir que si el asegurador o su agente se limitan a pedir al solicitante que suscriba la solicitud del seguro o bien que acepte la proposición que hacen sin haber presentado ningún cuestionario, tal deber de declaración no existe más allá de los datos que deban figurar en esos documentos. Dicho en otros términos, la configuración del deber de declaración como deber de responder implica que si el asegurador no hace las oportunas preguntas al tomador del seguro éste se encuentra liberado de las consecuencias de ese deber; como se dijo autorizadamente dentro de nuestra doctrina, la declaración del asegurado ha de ajustarse al cuestionario del asegurador, de forma que, facilitado por el agente de la compañía, será el cuestionario el que determine los límites y el contenido de la declaración».

Exención de pago de los intereses moratorios del artículo 20 LCS.—«La jurisprudencia de esta Sala nos ofrece algunos de los supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios: cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la pertenencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas de un siniestro y esto es determinante de la indemnización y su cuantía. Cuando exista discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización, sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro. Cuando junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa, culpable o no, de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad a abonar al asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes». (STS 3 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—E. J. S. y P. J. S. suscribieron un contrato de seguro de asistencia sanitaria con ASISA. El 30 de octubre de 1993 la aseguradora les notificó notarialmente su oposición a una nueva prórroga alegando que cuando las aseguradas firmaron el contrato habían cumplimentado de forma inexacta el cuestionario de salud. Posteriormente, las aseguradas interpusieron demanda contra la aseguradora reclamando una indemnización por los perjuicios económicos y daños corporales y morales que les causó la resolución de la póliza. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a abonar a las actoras 5.378.256 pesetas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación de la actora e incrementó en un millón de pesetas la condena en concepto de indemnización por los daños

morales causados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes. (R. T. B.)

76. Contrato de seguro de ingresos garantizados por incapacidad profesional. Rescisión por ocultación de dolencia grave en la declaración de salud anterior al contrato.—Cuando el asegurado no declara en el cuestionario de salud al que se le somete, todas las circunstancias por él conocidas que pudieran influir en la valoración del riesgo, incurre en reserva o inexactitud, y atendiendo a la objetividad de su conducta, de esta manera viene a frustrar la finalidad del contrato para la contraparte, prescindiendo de su buena o mala fe (SS de 15 de diciembre de 1989, 12 de julio y 25 de noviembre de 1993 y 31 de diciembre de 2001), pues de este modo se infringe un elemental deber por quien pretende asegurarse ante contingencias determinantes de la pérdida de salud, sin que sea imputable cualquier omisión de datos al facultativo que verifica el reconocimiento médico y no puede detectar las anomalías padecidas por el asegurado, pues ese quehacer requiere una mínima colaboración o información del mismo (S de 15 de octubre de 2003), colaboración que en el caso que nos ocupa no se probó hubiera tenido lugar, viniendo a matizar la S de 23 de septiembre de 2005 que el conocimiento de la enfermedad que se silencia ha de considerarse relevante para la adopción por la compañía de una decisión respecto a la aceptación del seguro que se le propone.

La emisión de recibos con posterioridad a la comunicación de la rescisión del seguro no supone confirmación del contrato ya extinguido.—La emisión de los recibos referidos en modo alguno supone subsistencia contractual y que la misma resultase vinculante para la aseguradora, ya que conforme al artículo 1310 CC para que se produzca la confirmación de los contratos, es preciso que reúnen los requisitos del artículo 1261 CC, al representar efectiva ratificación contractual, y es distinto del supuesto de convalidación por referirse a situación de dar como válido posteriormente un contrato que había quedado invalidado, y no afectado de nulidad absoluta. Lo que se deja dicho lleva a declarar que en este caso la doctrina de los actos propios no puede amparar la pretensión del recurrente —pretensión que se presenta como «aprovechada»—, ya que se hace preciso que los mismos tengan carácter trascendental, definitivos, mantenidos, que causen estado determinando inalterable y claramente la posición jurídica de su autor, debiendo de tratarse en todo caso de actos inequívocos en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o establecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica, afectante a su autor (SS de 5 de marzo de 1991, 12 de abril de 1993, 17 de septiembre de 1994 y 8 de febrero de 2005), y no procede su alegación cuando tales actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SS de 30 de septiembre de 1992 y 31 de enero de 1995). (**STS de 8 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—El demandante solicitó que se declarase la vigencia de un contrato de seguro de ingresos garantizados por incapacidad profesional y se condenase a la compañía aseguradora demandada a pagar determinadas indemnizaciones, solicitando subsidiariamente que se le reintegrasen las primas cobradas después de la extinción del contrato. La demandada se opuso alegando que había rescindi-

do el contrato debido a que el demandante asegurado había ocultado la grave dolencia que le afectaba al cumplimentar el cuestionario con carácter previo a la contratación. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación admitiendo la pretensión subsidiaria de reintegro de primas indebidamente cobradas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación instado por el demandante. (*M. C. B.*)

77. Contrato de seguro. Falta de notificación de la agravación del riesgo, lo que produjo una disminución del importe de la indemnización por el siniestro causado.—No se trata de un supuesto de prórroga de contrato, sino de aplicación del artículo 12 de la Ley, que regula los efectos legales de la falta de declaración de las circunstancias que agravan el riesgo. En efecto, como señala la S de esta Sala de 20 de julio de 2000: «El artículo 11 LCS (al que se refieren diversas sentencias de esta Sala, y entre ellas dos de 22 de diciembre de 1992, y las de 30 de diciembre de 1993 y 8 de marzo de 1995) regula el deber de comunicar la agravación del riesgo. En concreto, obliga al tomador del seguro o al asegurado, durante la vida del contrato, a comunicar al asegurador las circunstancias que agravan el riesgo y que sean de tal naturaleza que haya que presumir que, de haberse conocido por éste en el momento de la perfección del contrato, no se hubiera llegado a celebrar o se habría concluido en condiciones obviamente más onerosas. La regulación legal parte de la base de la existencia de un estado de cosas al tiempo del contrato que condiciona su configuración, y que, dado su *tractu* continuado, puede verse alterado por circunstancias de diversa índole, las cuales, cuando implican un aumento de los riesgos, al desequilibrar, en perjuicio del acreedor, la situación inicialmente prevista, generan para el tomador del seguro o el asegurado que las conocen el deber de información expresado, de tal manera que si se incumple y sobreviniere el siniestro, el asegurador queda liberado de su pretación cuando el tomador o el asegurado haya actuado de mala fe, o bien, si no concurre ésta, tiene derecho a que se reduzca proporcionalmente la indemnización a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiere aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, según establece el artículo 12, párrafo segundo, LCS. Este deber de información de la agravación viene atribuido por el artículo 11 al tomador o al asegurado, a diferencia de lo que ocurre con el deber de información, antes de la celebración del contrato, acerca de las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, que corresponde al tomador del seguro (art. 10, pár. primero). Cualquiera de los dos puede cumplir el deber, pero en modo alguno el asegurado se puede excusar en el tomador cuando conoce, y además es singularmente responsable de las circunstancias que determinan la agravación». (**STS de 27 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Las partes contendientes habían suscrito un seguro Multirriesgo Industrial Pyme en 1991, que se prorrogó en 1992. Posteriormente, la empresa del tomador y asegurado quedó cerrada en noviembre de 1992 debido a la apertura de un expediente de suspensión de pagos, que no fue notificado a la aseguradora. En febrero de 1993 se negoció un suplemento de la póliza por el que

se disminuyeron las garantías y el capital asegurado, que se redujeron nuevamente en julio de 1994. En diciembre de 1994 se produjo un robo en la nave de la asegurada y al hacerse un informe de peritación en julio de 1995 se puso de manifiesto para la aseguradora que la empresa estaba cerrada desde noviembre de 1992, por lo que remitió a la asegurada una carta de notificación y finiquito del siniestro de robo, así como la anulación de la póliza a partir del mes siguiente, al no haber declarado la asegurada las circunstancias de agravación del riesgo. En septiembre de 1995 se produjo el incendio de la nave, que fue notificado a la aseguradora, que consideró que la póliza ya estaba anulada. La tomadora y asegurada interpuso una demanda contra la aseguradora reclamando las indemnizaciones por el robo y el incendio en la nave industrial, más la indemnización por mora en el pago, más los intereses legales y costas. La demandada se opuso, alegando que no se había producido una denegación de prórroga del contrato, como sostenía la actora, sino una resolución al amparo de lo previsto en el artículo 12 LCS, que la liberaba del pago de la indemnización del segundo siniestro; además, solicitaba que se redujera la indemnización por el robo en la parte proporcional que correspondiera, por no haber comunicado la asegurada la agravación del riesgo. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación instado por la aseguradora y la condenó a pagar una cantidad sensiblemente inferior a la reclamada, en concepto de indemnización por robo, reducida proporcionalmente por no haber comunicado la agravación del riesgo. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

78. Seguro de responsabilidad civil. Presupuesto.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el seguro de responsabilidad civil presupone el nacimiento de una deuda que grava el patrimonio del asegurado. Cuando el artículo 73 LCS se refiere al nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar, la palabra obligación no se refiere al total vínculo jurídico entre acreedor y deudor, sino a la parte pasiva del vínculo (la deuda) que pesa sobre el sujeto pasivo u obligado. En este sentido, según el Tribunal Supremo, la obligación del asegurador puede derivar o no de un contrato y, por tanto, comprende los supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Dicho de otra forma, el seguro entra en juego cuando se causen efectivos daños y perjuicios por los que deba responder el tomador del seguro, con independencia de su fuente contractual o extracontractual (SSTS de 19 de diciembre de 2003 y 14 de diciembre de 2005).

Diferencia entre el seguro de responsabilidad civil y el seguro de daños.—En el seguro de daños se aseguran daños propios del tomador del seguro, mientras que en el seguro de responsabilidad civil se aseguran los daños causados por el tomador del seguro. (**STS de 25 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don I. G. U. tenía suscrito un seguro de responsabilidad civil con la entidad *ZE, S. A.* En la póliza se acordaba, expresamente, que se garantizaba al asegurado la responsabilidad civil

profesional de economistas asesores fiscales, concretada en el pago de las indemnizaciones pecuniarias de las que pudiera resultar civilmente responsable por los perjuicios patrimoniales que ocasionaran a los clientes o terceros todos los hechos derivados de errores, faltas o negligencias profesionales en que pudiera incurrir en el ejercicio libre de su actividad profesional, y, como consecuencia, se garantizaba por *ZE, S. A.*, la constitución de las fianzas que le fueran exigibles para asegurar estas responsabilidades.

En un momento dado, la Agencia Tributaria inicia un procedimiento administrativo contra uno de los clientes de don I. G. U. para el cobro de las deudas derivadas de las liquidaciones del IVA realizadas por este último en su despacho profesional y en su calidad de asesor fiscal. Como resultado de ese procedimiento, en aplicación del artículo 38 LGT, la Agencia Tributaria reclama a don I. G. U. una serie de cantidades, como responsable civil solidario de su cliente, en su calidad de asesor. Se procede, igualmente, al embargo de bienes de don I. G. U. Este interpone demanda contra *ZE, S. A.*, solicitando que se declare que la póliza que tiene suscrita con esta compañía está vigente y cubre la garantía por responsabilidad civil que le reclama la Agencia Tributaria y, consiguientemente, que se condene a *ZE, S. A.*, a prestar fianza o aval ante la Agencia Tributaria en nombre del asegurado por el importe objeto de embargo.

La demanda es estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por *ZE, S. A.*, la Audiencia Provincial desestima el recurso. Contra esta sentencia interpone *ZE, S. A.*, recurso de casación, alegando, fundamentalmente, la infracción del artículo 73 LCS, en relación con el 1902 CC y el artículo 38 LGT. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*A. M. M.*)

79. Seguro combinado de edificios. Distinción entre el continente a efectos del seguro de daños al inmueble y a efectos del seguro de responsabilidad civil.—La descripción del continente asegurado se efectuó en la póliza a los efectos del seguro de daños al inmueble, pero no a los de la responsabilidad civil ni la defensa, que eran dos de los seguros incluidos en la modalidad combinada que la Comunidad contrató con Caser. Por todo ello, hay que confirmar la sentencia recurrida porque como ella misma afirma, «de estos razonamientos resultan suficientes elementos en apoyo de la pretensión de que el proceso donde se ocasionaron los gastos de defensa aquí reclamados era seguido por hechos cubiertos por la póliza por lo que tanta mayor obligación tendrá la aseguradora de abonarlos».

Cuando la aseguradora tiene intereses en conflicto con los de la asegurada, no puede garantizar la defensa jurídica de ésta pero deberá abonar los gastos judiciales que se ocasionen.—Ciertamente, el conflicto existió, puesto que la aseguradora compareció negando la cobertura y según lo establecido en la póliza éste se produce cuando ésta tenga que sustentar «en el siniestro intereses contrarios a la defensa del asegurado»; la aseguradora en este caso no puede garantizar la defensa jurídica del asegurado, pero deberá abonar los gastos que ocasione hasta el límite de la póliza, tal como dispone el artículo 74.2 LCS y tal como quedó recogido en el clausulado de la póliza. Además, el conflicto de intereses hubiera permitido a la aseguradora

no hacerse cargo de la defensa jurídica del asegurado, pero nunca le permitiría dejar de pagar los gastos ocasionados, según establece la misma póliza. (STS de 9 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a la compañía aseguradora que había suscrito el seguro combinado de edificios para reclamar los gastos de la defensa jurídica derivados de una demanda de responsabilidad extracontractual promovida por un tercero que resultó accidentado al bañarse en la piscina del edificio. La aseguradora había alegado en ese procedimiento que el siniestro no estaba cubierto por la póliza, que no incluía en el continente a la piscina en la que se produjo el accidente. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de casación y condenó a la aseguradora a abonar a la actora el importe de la tasación de costas del primer proceso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

80. Seguro de responsabilidad civil del arquitecto. El recargo del 20 por 100 por demora es aplicable a la acción directa del perjudicado frente al asegurador. No procede el recargo por haber tenido que fijar el juez la cantidad a abonar, que resulta muy inferior a la reclamada por el perjudicado demandante.—Doctrina jurisprudencial consolidada ha terminado por estimar que el artículo 20 LCS, encuadrado en la parte general de la Ley, es de aplicación a la parte especial, donde se regula la acción directa del perjudicado contra la aseguradora prevista en el artículo 76.

En el FD 7.º de la sentencia dictada en primera instancia y en el FD 3.º de la sentencia recurrida, se desestima la pretensión de pago de intereses moratorios del artículo 20 LCS por considerar inaplicable tal precepto a la acción directa ejercida por el perjudicado contra la aseguradora y reduce, por tanto, la aplicación a la acción del asegurado contra el asegurador. En la medida que esta repetida consideración no puede atenderse por las razones expuestas, el motivo tiene que ser estimado, ya que se ha producido una *ratio decidendi* equivocada que no debe ser corroborada en casación.

Pero tal estimación no lleva forzosamente consigo dar lugar a la pretensión de pago ejercitada por el recurrente, ya que se está en el supuesto de la necesidad de la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad a abonar por el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes (S 1224/2004). La cantidad a cuyo pago se condena a la aseguradora demandada es muy inferior a la reclamada; y no se ha producido esta condena en el pleito al que se hace referencia por los demandantes recurrentes, que permita considerar líquida una condena que, por otra parte, en este pleito, como se ha dicho, se rebaja sustancialmente. (STS de 25 de mayo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Los demandantes, que habían obtenido previamente una sentencia favorable por la que se declaraba la responsabilidad de un arquitecto por vicios ruínógenos en la construcción de una vivienda, dirigieron una acción directa contra la aseguradora del arquitecto, que no había sido parte en el primer proceso, recla-

mando la cantidad máxima que cubría el seguro por el siniestro más el recargo del 20 por 100 anual en concepto de interés de demora. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la aseguradora a pagar la parte alícuota que corresponda del reparto entre los perjudicados por el siniestro. La Audiencia Provincial confirmó esta decisión al desestimar el recurso de apelación interpuesto por el demandante. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, pero no acogió la pretensión del demandante de percibir el 20 por 100 de recargo por demora y mantuvo la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia. (M. C. B.)

81. Momento a partir del cual empiezan a devengarse intereses moratorios en un seguro.—Se admite la compatibilidad entre el pago de los intereses que se establecen en los artículos 20 y 38 LCS. El artículo 20 LCS establece un régimen general para toda clase de seguros. Constituye una norma de coerción para que se pague rápidamente las cantidades a indemnizar (art. 20), norma que fija un interés elevado que, sin llegar a constituir exactamente una cláusula penal, supone una indemnización de daños y perjuicios derivados de un no pago de una deuda dineraria, por el retraso imputable a la aseguradora en el pago de la cantidad correspondiente según lo pactado.

Mientras que el artículo 38.9 LCS establece el régimen de los intereses en el caso en que se haya utilizado el procedimiento establecido en ese artículo para la liquidación del daño producido. Para agilizar el cumplimiento de la obligación del asegurador de acuerdo con el seguro, era preciso crear un mecanismo dirigido a proporcionar un procedimiento parajudicial que determinara rápidamente el importe a indemnizar (art. 38). En el párrafo octavo, el artículo 38 LCS admite dos posibilidades: 1) que se impugne el dictamen, en cuyo caso el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el artículo 18; 2) que no se impugne, en cuyo caso abonará el importe de la indemnización señalado por los peritos en el plazo de quince días. Es en este último caso cuando el párrafo 9 impone la obligación de pagar intereses cuando el asegurado se viera obligado a reclamarlo judicialmente, empezando a devengarse dicho intereses desde que la valoración devino inatacable para el asegurador. El convenio del artículo 38 LCS no tiene más alcance que la determinación de la cuantía del daño, pero no se extiende a la procedencia o no de la indemnización ni a la cobertura de la póliza.

Ese mismo artículo 20 LCS impone la obligación del pago de los intereses cuando el pago o la reparación del daño se hubiesen retardado por causa no justificada o que le fuera imputable a la aseguradora. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo como causa justificativa del retraso en el pago de la indemnización pactada en el seguro la pendencia de un procedimiento penal, incluso aunque haya existido previamente un acuerdo sobre la base del artículo 38 LCS (SSTS de 12 de marzo de 2001, y 8 y 9 de marzo de 2006). La aseguradora está en su derecho a intentar determinar las causas del siniestro, porque puede ocurrir que la obligación de cumplir el contrato dando cobertura al siniestro no surja porque se haya producido por causas que no están cubiertas en el propio contrato. Así, cuando, junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judi-

cial para la fijación de la cantidad que debe abonar el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes, se excluye la mora del asegurador. Y ello porque, en definitiva, la razón de la imposición de los intereses de demora exige el incumplimiento de la obligación de pago por una causa imputable al asegurador de la obligación de satisfacer la indemnización, causa que, además, no debe estar justificada. Debe considerarse como causa justificada para la demora el haber seguido el procedimiento penal cuya finalidad es, fundamentalmente, determinar las causas del siniestro, pero eso sí, sólo hasta el momento en que se dictó sentencia absolutoria penal firme. **(STS de 10 de mayo de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La sociedad *M.N., S. L.*, era arrendataria de un local de negocio en el que había instalada una sala de fiestas. La aseguró con la compañía *A., S.A.* El 9 de enero de 1985 se produjo un incendio y para liquidar las consecuencias económicas del mismo, se efectuó el correspondiente peritaje. Las partes propusieron los peritos; el dictamen que emitieron cuantificaba los daños a pagar por parte de la aseguradora, aunque no se determinaban las causas del incendio. La aseguradora no impugnó el peritaje, pero tampoco pagó los daños.

Al mismo tiempo, se habían iniciado de oficio las correspondientes actuaciones penales. El juez estudió cerrarlas sin efectuar ninguna imputación, pero se continuó el procedimiento a consecuencia de un recurso del Ministerio Fiscal y de la propia aseguradora, imputándose en el procedimiento al consejero delegado de la sociedad y a un empleado de la misma. La sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 17 de junio de 1991, absolvió a los imputados y devino firme por no haber admitido a trámite el Tribunal Supremo el recurso interpuesto.

M.N., S. L., demandó a la compañía aseguradora *A., S. A.*, por incumplimiento del contrato de seguro, pidiendo la cantidad determinada en el peritaje, así como el 20 por 100 de intereses desde el momento del mismo. Además, demandó a los arrendadores pidiéndoles una compensación por los daños y perjuicios que le habían causado a su entender. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en la parte correspondiente a la acción dirigida contra la aseguradora *A., S. A.*, y desestimó en relación a los otros demandados. La Audiencia Provincial revocó la sentencia únicamente en lo relativo a los intereses, que ordenó que se computaran a partir de los tres meses del pronunciamiento del auto del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación contra la sentencia penal dictada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo señala que la sentencia apelada ha aplicado correctamente los artículos 20 y 38 LCS, pues no son normas excluyentes. Considera, además, que hubo causa justificada para no hacer efectiva la indemnización mientras estuvo abierto el proceso penal, aunque esta causa cesó a los tres meses de haberse inadmitido el recurso de casación. De ahí que el Alto Tribunal declare que no ha lugar al recurso. *(S. L. M.)*

82. Contrato de seguro. Procedimiento extrajudicial previsto en el artículo 38 LCS.—El mencionado precepto legitima a las partes para acudir a un procedimiento especial, que incluye el nombramiento de peritos, cuyo objeto es resolver rápidamente todo lo relativo a la valoración del daño (STS de 19 de octubre de 2005).

Se trata de un procedimiento opcional para las partes y presupone que están de acuerdo en las cuestiones relativas al fondo del asunto; en caso contrario, la vía judicial está abierta.

La STS de 20 de mayo de 2002 sienta que el mencionado artículo «no es un obstáculo insalvable que impida el acceso a la jurisdicción, sino más bien un procedimiento facilitador, por regla general, de la liquidación del siniestro». (STS de 12 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—El actor interpuso demanda frente a su compañía aseguradora con el fin de que procediera al pago de los desperfectos y de los gastos ocasionados por el temporal que afectó a la navegación asegurada. La cuestión central del litigio estribaba en determinar si dicho siniestro estaba o no cubierto por el contrato de seguro.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda; la Audiencia revoca la sentencia, estimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la compañía aseguradora.

Los motivos aducidos por la recurrente pueden agruparse del siguiente modo.

Por un lado, se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber tenido en cuenta la causa de exclusión de estar alquilada la embarcación cuando acaeció el siniestro. El Tribunal Supremo lo desestima por introducir una cuestión nueva no aducida por las partes en sus escritos alegatorios.

Por otro lado, se aducen una serie de motivos, que el Alto Tribunal examina conjuntamente, relacionados con la utilización en el caso concreto del procedimiento previsto en el artículo 38 LCS. En efecto, antes de acudir a la vía judicial, el actor había iniciado dicho procedimiento extrajudicial. La aseguradora rechazó el siniestro transcurridos tres meses desde la concurrencia del mismo. La parte asegurada designó a su perito; el de la aseguradora examinó la embarcación y cuantificó los daños pero no emitió dictamen alguno por no estar autorizado para ello. La aseguradora fue requerida mediante acto de conciliación para que nombrara un tercer perito que finalmente fue designado mediante insaculación. El dictamen emitido por dicho perito fue notificado a la aseguradora, quien no emitió alegación alguna en el plazo de treinta días señalado en la norma, por lo que el dictamen devino inatacable. El Tribunal Supremo concluye, a partir de los hechos anteriores, que el procedimiento del artículo 38 LCS no fue iniciado con la oposición de la aseguradora, sino con su propia intervención. No es ésta, sin embargo, la razón que conduce al Alto Tribunal a desestimar el recurso de casación. Para el Tribunal Supremo el dato esencial está constituido por la utilización de la vía judicial en la que se acreditó la vigencia del contrato de seguro, la causación del siniestro y su importe. Añade el

Tribunal Supremo que las causas de exclusión alegadas por la recurrente no fueron probadas o fueron aducidas extemporáneamente.

NOTA.—El Tribunal Supremo afirma que el artículo 38 LCS no es de aplicación al supuesto concreto: el precepto parte del acuerdo en la cobertura del siniestro por el seguro, mientras que en el caso debatido existía discrepancia sobre este punto.

El fallo del Tribunal Supremo resulta, a nuestro modo de ver, paradójico por dos razones: primera, porque a pesar de afirmar que desestima el motivo de casación del recurrente, llega a la misma conclusión que el mismo, esto es, que el procedimiento del artículo 38 LCS no fue utilizado correctamente porque no se adecuaba al supuesto de hecho de la norma. La segunda razón es que, a pesar de la conclusión anterior, algunos de los extremos de la estimación de la demanda, confirmada por el Tribunal Supremo, son consecuencia directa de dicho procedimiento: en concreto, la fecha en que devino inatacable la valoración y el pago del tercer perito que intervino en el procedimiento. (*B. F. G.*)

83. El derecho de información de los accionistas: la entrega de la documentación contable.—En virtud del artículo 212.2 LSA cualquier accionista puede obtener información sobre los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta Ordinaria. Tales documentos, que constituyen una unidad comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria (art. 172.1 LSA) y han de estar redactados con claridad y mostrar una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad (art. 172.2 LSA). No obstante, este derecho de información de los accionistas no se ha de convertir en el ejercicio de una auditoría, ni emplearse para entorpecer la actividad de la sociedad. Si bien esto es cierto, también lo es que este deber de información no se cumple si los documentos se entregan a los accionistas de forma incompleta, en distintas versiones sucesivas, con notables diferencias entre unas y otras y con la omisión de la memoria. En ese caso, la infracción del deber de información motiva la nulidad radical de pleno derecho de los acuerdos que descansan, precisamente, en los datos que no han sido aportados o que se han aportado de forma insuficiente. (**STS de 23 de mayo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Ante la convocatoria de la Junta Ordinaria de la sociedad, dos socias, doña M. A. L. y doña M. L., solicitan la documentación oportuna. Antes de la celebración de la Junta se les entregan sucesivos balances abreviados con datos contables distintos, cuentas de explotación abreviada, también sucesivamente con datos diversos y sólo dos días antes de la Junta se les entrega la memoria y el informe de la gestión. Se interpone demanda de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en dicha Junta para que se declare la nulidad de los mismos.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, puesto que afirma que la diversidad de los datos no puede ampararse en la provisionalidad de los mismos. De hecho, la información ofrecida a los socios no les permite el conocimiento necesario para poder votar los acuerdos de la Junta. Se interpone recurso de apela-

ción y la Audiencia Provincial considera que en este caso las demandantes están empleando de forma abusiva el deber de información, utilizándolo como un elemento para obstaculizar y paralizar la actividad de la sociedad. Las actoras interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, censura la arbitrariedad de la apelación a la hora de valorar adecuadamente la prueba, y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. (S. E. M.)

84. Sociedades anónimas. Acción de responsabilidad contra los administradores. No cabe responsabilizar al administrador que no generó o incrementó el daño y renunció a su cargo al poco tiempo de haber sido nombrado.—En el caso que nos ocupa, la demandada y ahora recurrida vivía en otra ciudad. Heredó de su padre unas acciones, adquirió otras de sus hermanos coherederos y se propuso averiguar qué había determinado la pérdida de una cuantiosa fortuna en las empresas que habían sido de su padre. Fue nombrada administradora en 17 de octubre de 1994. Realizó una serie de gestiones y actuaciones para averiguar la real situación económica de la sociedad que, poco después, conducida por el otro administrador, codemandado en rebeldía y condenado por la sentencia, despidió a sus trabajadores y fue sustituida en su actividad por otras empresas (noviembre de 1994). No pudo obtener información satisfactoria, ni una auditoría de cuentas, ni la rendición de cuentas que solicitó. Renunció por escritura pública de 11 de enero de 1995, que se inscribió en 24 de marzo siguiente, pero que la impedía actuar desde la renuncia misma. La Sala de instancia, valorando prudentemente la posición y la actuación de tal administradora, que desconocía la verdadera situación, que no ha tomado ninguna decisión que genere o incremente el daño, y que sólo ha podido actuar respecto de una situación generada con mucha anterioridad y que alcanzaba el grado de «caótica» entre el 17 de octubre y el 11 de enero siguiente (menos de tres meses), decide que no cabe establecer su responsabilidad. Y esa decisión, tanto si se considera la acción entablada en base al artículo 262.5 LSA desde la perspectiva de la responsabilidad civil cuanto desde la idea de «sanción», ha de ser sostenida.

La renuncia del administrador a su cargo pone fin al período que cabría computar para exigir su responsabilidad, aunque dicha renuncia se inscribiera dos meses después en el Registro Mercantil.—Finalmente, se trata de una responsabilidad que sólo ha de ser exigida, por su naturaleza, a los administradores de derecho, no a los de hecho. Lo que suscita la cuestión relativa a la posición de los administradores que presentan la dimisión dentro del período en que deberían realizar la promoción de la liquidación en los términos que la Ley exige, en lo que habría que señalar que si es cierto que la renuncia no exonera por sí misma de la responsabilidad que impone el artículo 262.5 LSA cuando se produce después de haber incurrido la sociedad en causa de disolución, que ha debido ya conocer o que de hecho ha conocido el administrador dimisionario, y sin que se haya realizado por el administrador la actuación que legalmente se le impone. Y en este sentido, la renuncia efectuada por la recurrida, en acta notarial de 11 de enero de 1995, ha de tenerse por eficaz para poner fin al período que cabría computar para exigir su responsabilidad, no obstante haberse inscrito en el Registro Mercantil en 24 de marzo siguiente, pues, aun cuando no quepa oponer el cese a terceros de buena fe, por razón de tratarse de un acto sujeto a inscripción (arts. 21.1

y 22.2 CCO. 4, 9, 94.4 y 147.1 RRM), ni cabe aceptar una exoneración por el mero hecho de la renuncia cuando ya la sociedad se halla incurso en causa de disolución, es claro que la renuncia impide una actuación eficaz desde la fecha en que se produce, que en este caso ha de tenerse por cierta, y que, dadas las específicas circunstancias del caso, ya destacadas, hace irrelevante que el momento de la inscripción se haya dilatado poco más de dos meses. La oponibilidad a terceros de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, por otra parte, se presenta, en punto al cese de los administradores (arts. 21.1 CCO y 9 RRM), como un problema de eficacia respecto de la sociedad de actuaciones o gestiones realizadas por los administradores no inscritos o que permanecen inscritos después de su cese, cuestión distinta de la que aquí se está contemplando sobre todo cuando, como ocurre en el caso, la permanencia de la inscripción registral del administrador que ya ha cesado no ha sido determinante ni influyente en la relación entre la sociedad y el acreedor que reclama.

La responsabilidad de los administradores es subjetiva.—La viabilidad de la acción individual de responsabilidad requiere, pues, una lesión directa en los intereses del acreedor reclamante derivado de un acto o acuerdo (o una mera omisión, aunque más difícilmente), y exige la relación de causalidad entre daño y actuación, suponiendo una culpa, aunque bajo la presunción, que puede destruir el afectado (133.3 LSA). No hay, pues, una responsabilidad que pueda calificarse como «objetiva». Y en el caso que nos ocupa, no hay un daño directo derivado de una actuación (positiva o negativa) de la administradora demandada y de la valoración de la conducta no se deduce un comportamiento lesivo. (STS de 28 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La demandante reclamó a los administradores de una sociedad anónima, ejercitando las acciones de responsabilidad de los administradores por negligencia en el desempeño del cargo y por incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad. Se opuso a la demanda una demandada y el otro demandado fue declarado en rebeldía. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda respecto de la demandada al considerar que no intervino en la gestión de la sociedad. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo declararon no haber lugar a los recursos presentados por la demandante. (L. F. R. S.)

85. Responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones del artículo 262.5 LSA.—«Es cierto que ha venido dándose una lectura del precepto del artículo 262.5 LSA en clave de «responsabilidad cuasi objetiva» (SS de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002, entre otras) o incluso objetiva (S de 14 de noviembre de 2002), o se ha dicho que no se trata exactamente de la reparación de un daño, ni hay que establecer la relación de causalidad entre comportamiento y daño (SS de 20 y 23 de febrero de 2004), pero no es menos cierto que gran número de sentencias han tratado de modular o de templar la responsabilidad de los administradores acudiendo a diversos expedientes, tales como la valoración de la buena fe en el ejercicio de la acción o el conocimiento de la situación (sociedad incurso en causa de disolución) por parte del reclamante en el momento de la operación que da lugar al crédito (SS de 1 de marzo y 20 de

julio de 2001, 12 de febrero y 16 de octubre de 2003, 16 de febrero de 2006), pues, aunque la responsabilidad *ex* artículo 262.5 LSA no requiere una negligencia distinta de la que contemplan los propios preceptos que la establecen (S de 26 de marzo de 2004), se ha de dar un interés digno de protección que justifique la acción y su consecuencia respecto de la responsabilidad, lo que equivale a exigir un daño en sentido amplio, que en este caso sería el impago del crédito, consecuencia de la insolvencia de la sociedad, y una conexión con la actuación (o la omisión) de los administradores».

Responsabilidad individual de los administradores.—«En el caso, la actora acudió fundamentalmente a la acción de responsabilidad individual de los artículos 127, 133 y 135 LSA, y la Sala de instancia entiende que se ha producido una negligencia en el ejercicio del derecho de retención del vehículo que da pie al crédito por lucro cesante que se reclama. Pero el «derecho de retención» o facultad de retener, ejercitado por los administradores en base al artículo 1600 CC, que lo reconoce y ampara, no puede ser valorado como una negligencia, pues *qui suo iure utitur neminem laedit*, a menos que se trate de un ejercicio abusivo, como tantas veces ha dicho esta Sala desde la S de 14 de febrero de 1944. Ni cabe imputar al retenedor la larga duración del litigio planteado sobre la factura que dio pie a la retención, y más cuando no consta que el propietario de vehículo retenido intentara un acuerdo o un aval que, garantizando el pago de la factura pendiente, permitiera la utilización del camión, y, en todo caso, la sentencia definitiva recaída sobre la factura redujo su importe, pero dejó vigente la reclamación por el 60 por 100. Por esta razón, no parece viable la acción de responsabilidad individual». (**STS de 3 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—P.M.V., el 5 de mayo de 1989 llevó a reparar un camión a los talleres de *Scocentro, S. A.* Entre las partes surgieron discrepancias sobre el precio de la reparación, por lo que los administradores de *Scocentro, S. A.*, utilizaron su facultad de retención. Más tarde, P. M. V. interpuso demanda contra la mercantil que terminó en sentencia que reducía la factura a pagar. En ejecución de sentencia se fijaron los perjuicios ocasionados por la retención en 37.149.000 pesetas. La mercantil no pagó la indemnización. Por ello, P. M. V. formuló demanda reclamando la anterior cantidad contra los administradores de *Scocentro, S. A.* La actora fundamentaba su demanda en la responsabilidad individual de los administradores generada por el ejercicio indebido del derecho de retención. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y condenó a los administradores al pago de la cantidad reclamada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (*R. T. B.*)

86. Responsabilidad del administrador por incumplimiento de obligación de convocar la Junta para adoptar el acuerdo de disolución (art. 262.5 LSA).—«Cuando se señala que se trata de una responsabilidad cuasi objetiva o incluso objetiva (SS de 3 de abril de 1998, 20 de abril y 22 de diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002) se dice, en el fondo, que está basada en el

hecho objetivo (la omisión de la convocatoria o de la solicitud, en general de la promoción de la liquidación y –ahora – del concurso) sin atender a la calificación de la conducta culposa o diligente del administrador en el ejercicio del cargo (como, en cambio, requiere el art. 135 LSA en la acción individual, aunque la presume, como se deduce del art. 133.3 LSA). Tal es la razón de que algunas decisiones de esta Sala, no pudiendo establecer la conexión entre el comportamiento y el daño, hayan señalado que se trata de una sanción o pena civil (SS de 30 de octubre y 21 de diciembre de 2000, 12 de febrero de 2002 sobre la carencia de relación de causalidad; 29 de diciembre de 2000, 30 de enero de 2001, 20 de octubre de 2003, 16 de diciembre de 2004, 16 de febrero de 2006). La responsabilidad de que se trata no se basa en la relación de causalidad entre un determinado acto lesivo (como ocurre en la de los arts. 133 y 135 LSA) y el daño, que generalmente consiste en el impago de un crédito, puesto que, al menos en la causa de disolución del artículo 260.1.4.º LSA es la insolvencia de la sociedad, la insuficiencia de su patrimonio, el factor determinante de la frustración del crédito que ahora se reclama. No hay aquí la lesión directa que exige el artículo 135 LSA, pero puede haber un riesgo o peligro de que, en defecto de una liquidación ordenada, los acreedores de la sociedad sufran el agravamiento de su posición o los efectos de un comportamiento desordenado o arbitrario de su deudor, la sociedad, cuyo patrimonio es en principio la única garantía, que por efecto de este precepto se ve reforzada con la de los de los administradores que no hayan promovido la liquidación o el concurso a su debido tiempo». (STS de 28 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—*Coduval, Cooperativa Valenciana* interpuso demanda contra C. J. L., administrador único de la mercantil *Cocesar, S. A.*, solicitando que fuera condenado al pago de 6.771.435 pesetas. La deuda se había generado por el impago de unas letras libradas por *Cocesar, S. A.*, a la actora. La actora ejerció la acción de responsabilidad individual del administrador y acumuló esta acción con la de responsabilidad del administrador por concurrencia de las causas de disolución de la sociedad del artículo 262 LSA. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (R. T. B.)

87. Responsabilidad del administrador por incumplimiento de la obligación de convocar la Junta para adoptar el acuerdo de disolución (art. 262.5 LSA).—«La Sala de Instancia acude a los preceptos de los artículos 262 y DT 3.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y entiende que establecen una responsabilidad solidaria fundada en la mera trasgresión de determinados y específicos deberes legales, que es la aquí ejercitada y que, a diferencia de la que se contempla en los artículos 127, 133 y 135 LSA, no requiere la concurrencia de nexo causal entre tales trasgresiones y el daño que haya podido experimentar el acreedor social por el impago de su crédito. La Sala de Apelación, visto lo que se dispone en los artículos 260.4 y 262.5.º LSA, considera que los administradores han de convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de

disolución, aun cuando la pérdida de más de la mitad del capital social no excluye la posibilidad de adoptar medidas de saneamiento y, en el caso, es cierto que en el mes de junio de 1992 se convocó junta general, ordinaria y extraordinaria, en la que se incluía propuesta de reducción del capital social a cero y su simultánea ampliación en cuarenta millones de pesetas para restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio, disminuido por consecuencia de pérdidas, pero no es menos cierto que la convocatoria no se hizo dentro de los dos meses, ni en ella se contemplaba el acuerdo de disolución, ni cabe alegar desconocimiento de la situación en que se encontraba la sociedad (lo pone de manifiesto la misma propuesta de “operación acordeón”) ni, finalmente, puede excusar el hecho de que la propuesta no pudiera llevarse a efecto por falta de requisitos formales o el que por tal motivo se volviera a convocar casi ocho meses después nueva Junta General Extraordinaria, cuando los administradores deben solicitar la liquidación judicial en el plazo de dos meses cuando el acuerdo social fuere contrario a la disolución o “no pudiese ser logrado”» (art. 262.4 LSA)». (STS de 3 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—*Axis Participaciones Empresariales* tenía un derecho de crédito de 10.000.000 de pesetas contra *Compiber. S. A.*, *Axis Participaciones Empresariales, S. A.*, formuló demanda contra los miembros del Consejo de Administración de dicha compañía solicitando que fueran condenados a pagar solidariamente 10.000.000 de pesetas. La actora fundamentó su pretensión en la falta de convocatoria de la Junta de la sociedad para proceder a su disolución ante la reducción del patrimonio neto de la empresa por debajo de la mitad del capital social. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y condenó a los demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. T. B.)

88. Disolución de la sociedad anónima por la causa del artículo 260.3.º LSA.—El Tribunal Supremo admite la aplicación de la causa de disolución de la sociedad anónima del artículo 260.3.º LSA (imposibilidad manifiesta de realizar el fin social y paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento) a unas circunstancias de abierta hostilidad entre los socios. En tal contexto, no parece que sea posible que la sociedad pueda realizar su fin social; por el contrario, más bien parece que hay una situación de imposibilidad manifiesta. Igualmente, la inactividad y el bloqueo social impiden poder hablar de un normal funcionamiento de la sociedad.

Comunidad de bienes. Apariencia formal de sociedad anónima.—Según el Tribunal Supremo, la realidad jurídica que existe tras una sociedad anónima que cuenta como único patrimonio inmobiliario con una finca y de la que no consta que desarrolle actividad en el tráfico no es propiamente la de la sociedad anónima —cuya vestidura es una mera apariencia—, sino más bien la de la comunidad de bienes. No obstante, en la medida en que esta forma jurídica societaria ha sido la configurada por las partes y tomada en cuenta por éstas como objeto de la controversia, el proceso ha de resolverse desde tal perspectiva.

Conocimiento en casación de la *questio facti*.—Aunque la función de la casación excluye del ámbito de conocimiento del Tribunal Supremo la *questio facti*, existen ciertos supuestos en que se puede hacer uso del mecanismo de integración del *factum* (cuando se ha planteado correctamente la denuncia por error en la valoración de la prueba, cuando exista un error notorio o patente, cuando la motivación fáctica padezca de insuficiencia y sea subsanable por el tribunal que esté conociendo del recurso o cuando la Sala de casación lo considere oportuno). Esta facultad, considerada como excepcional, ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (v. gr., STS de 3 de junio de 2005) respecto de hechos complementarios, no suficientemente explicitados en la resolución recurrida, de constancia necesaria para la decisión judicial y que, por no ser controvertidos, no exigen una nueva valoración probatoria de la Sala de Casación. (STS de 11 de mayo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don J. V. H.-B. P. interpuso demanda solicitando la impugnación de una serie de acuerdos sociales y la disolución de la sociedad mercantil M., S.A., de la que era socio—titular de un 33,33 por 100 del capital social— y administrador solidario, junto con don J. P. M. D., titular del resto del capital social (66,67 por 100). La sociedad tenía como único patrimonio inmobiliario una finca recalificada, y no consta que desarrollara actividad alguna en el tráfico. En un determinado momento, se deterioraron las relaciones entre ambos socios, que llegaron a una situación de absoluta enemistad y a plantear numerosos litigios laborales e incluso penales el uno contra el otro. En ese contexto, el socio mayoritario adoptó un acuerdo por el cual se privaba al socio minoritario de su condición de administrador. Posteriormente, se convocó judicialmente Junta General Extraordinaria para resolver sobre la petición del socio minoritario de disolución y liquidación de la sociedad, petición que fue rechazada por acuerdo de 31 de julio de 1996. La demanda de don J. V. H.-B. P. se dirige a impugnar este acuerdo, solicitándose por el demandante que se proceda a la disolución y liquidación de la sociedad M., S. A., por imposibilidad de funcionamiento de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda. Contra esta sentencia interpusieron recurso de apelación la sociedad M., S. A., y don J. P. M. D. La Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró no haber lugar a declarar la nulidad del acuerdo impugnado, ni la disolución de la sociedad. Don J. V. H.-B. P. interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo. (A. M. M.)

89. Fecha de retroacción de la quiebra. Interpretación del artículo 878.2 CCO.—El Tribunal Supremo pone de relieve que los sistemas de reintegración de la masa activa de la quiebra, como el que contiene el artículo 878.2 CCO —que se sirven de la sanción de nulidad absoluta para aplicarla a todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la fecha a la que se retrotraen los efectos de aquélla—, plantean una serie de inconvenientes para la seguridad jurídica. Cita, concretamente, la dificultad técnica de calificar de nulidad lo que, propiamente, cons-

tituye un supuesto de ineficacia funcional y sobrevenida de un negocio que, en el momento en que se celebró, no adolecía de defecto alguno (en este sentido, STS de 13 de diciembre de 2005), así como el exceso que conlleva esta sanción de nulidad generalizada, desde el punto de vista empírico, pues no todos los actos a los que se refiere el artículo 878.2 CCO han de tener, necesariamente, consecuencias negativas para la integridad del patrimonio del quebrado o la *par conditio creditorum*. Estos inconvenientes han sido ya puestos de relieve por la Ley Concursal, que sustituye el sistema de la sanción de nulidad por otro formado por acciones de reintegración de naturaleza rescisoria (art. 71 LC), así como por otras normas (v. gr., artículo 10 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario). Por ello, el Tribunal Supremo ha optado en numerosas ocasiones por mitigar el rigor resultante de la interpretación literal del artículo 878.2 CCO, exigiendo un perjuicio para la masa activa que justifique la sanción de la ineficacia sobrevenida (sirvan de ejemplo, las SSTS de 12 de marzo de 1993, 20 de junio de 1996, 7 de julio de 1998, 8 de febrero de 2001, 3 de abril de 2002 y 29 de enero de 2004). (STS de 12 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Dentro del procedimiento de quiebra necesaria de la compañía mercantil A, S. A., se planteó demanda solicitando la nulidad del contrato de compraventa de un apartamento celebrado entre la mencionada compañía y un matrimonio. El contrato, otorgado en escritura pública de 12 de junio de 1990, se había celebrado con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra, que se había fijado inicialmente en el día 1 de enero de 1990. La demanda fue estimada en primera instancia, interponiéndose recurso de apelación contra esa sentencia por parte de los cónyuges demandados. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y absolvió a los demandados de todas las pretensiones deducidas contra ellos en la demanda. Interpuesto recurso de casación por los síndicos de la quiebra, se acordó suspender el trámite del recurso por encontrarse pendiente de resolución un incidente de oposición al auto que había fijado la fecha de retroacción. Una vez que se recibió testimonio de la sentencia firme que resolvía el mencionado incidente, en el sentido de modificar la fecha de retroacción de la quiebra al 4 de noviembre de 1992, se admitió a trámite el recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

DERECHO PROCESAL

90. Embargo preventivo de buques extranjeros: legislación aplicable.—En el caso de que el buque sea extranjero, independientemente de que el peticionario tenga o no residencia habitual o establecimiento principal en España, resultarán aplicables las normas del Convenio de 10 de mayo de 1952, para unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, ratificado por España, con las especialidades previstas en la Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques, y, subsidiariamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Falta de jurisdicción para conocer del proceso principal por sumisión a la cláusula de arbitraje: adopción de medidas cautelares.—Como reconoce la STS de 2 de diciembre de 1996, la falta de competencia para conocer del asunto principal no elimina la competencia del tribunal para conocer de las medidas cautelares decretadas *ante causam* (con anterioridad al proceso) y de sus consecuencias, si aquella competencia le es atribuida por la legislación aplicable que, de acuerdo con el mencionado Convenio, al tratarse de aspectos procesales, corresponde a la legislación nacional. Ello es debido a que la concesión de una medida cautelar, al igual que la determinación de sus efectos, no implica entrar a valorar el fondo del asunto, sino la apariencia de buen derecho y, en último término, la procedencia y los efectos de levantar la medida cautelar con subordinación a lo decidido en el laudo.

Competencia para resolver sobre los daños y perjuicios producidos por el embargo preventivo en caso de alzamiento del mismo.—La competencia para la adopción de un embargo preventivo comporta también, de acuerdo con las normas procesales internas a las que el Convenio de 1952 se remite, la competencia para decidir acerca de los daños y perjuicios que puedan resultar del mismo en el momento en que proceda su alzamiento en el caso de haberse solicitado. La decisión sobre la indemnización sólo debe aplicarse de forma objetiva —es decir, por el mero hecho de que el juez acuerde alzar el embargo— cuando el levantamiento responda a los motivos establecidos en el artículo 1400 LEC 1881; en el caso de que el alzamiento se produzca por cualquier otra razón, la afirmación de la responsabilidad requerirá la previa concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad de la conducta del solicitante, apreciada con arreglo a las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el Código civil. (STS de 19 de abril de 2004; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sociedad mercantil *CE, S. A.*, después de haber obtenido el embargo preventivo de un buque, ejercita acción en reclamación de cantidad contra la entidad *RSTI*, con la que había contratado un transporte de maíz a bordo del mencionado buque, propiedad de otra entidad mercantil diferente, alegando haber sufrido perjuicios en la mercancía, debido al retraso, respecto al plazo pactado, en su llegada al puerto. La entidad demandada, por su parte, opone excepción de sumisión a arbitraje internacional, pues la póliza de fletamento suscrita entre ambas entidades preveía el sometimiento a tal procedimiento.

La sentencia de primera instancia estima la excepción opuesta y absuelve a los demandados. Ordena, asimismo, que se proceda al levantamiento de las medidas de orden cautelar que pesen sobre cualquiera de los demandados absueltos. Esta resolución es confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial, que, sin embargo, no se pronuncia sobre la solicitud de daños y perjuicios derivados del embargo y reclamados por la entidad propietaria del buque —que se había adherido al recurso de apelación sostenido por la demandada—, por tratarse de una cuestión que le está vetada debido a la existencia de la citada cláusula. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. C. C. M.*)

91. Error judicial: requisitos para su estimación.—La Sala Primera del Tribunal Supremo señala que para estimar la existencia de error judicial es necesario que éste se haya producido en la actividad procesal estrictamente jurisdiccional y, en concreto, en una resolución judicial de cualquier clase. Asimismo es necesario, conforme al artículo 293.1.f) LOPJ, que se hayan agotado los recursos previstos en el Ordenamiento contra la resolución judicial errónea; esto es, que el error sea definitivo o insalvable por medio de aquéllos.

Error judicial: no siempre da derecho a indemnización.—El Tribunal Supremo recuerda que, conforme a lo dispuesto en el artículo 292.3 LOPJ, la mera revocación o anulación de una resolución judicial errónea no presupone, pero tampoco excluye, el derecho a la indemnización. El error judicial, que puede ser de hecho o de derecho (STS de 26 de noviembre de 1996), ha de tener la entidad que la norma implícitamente exige y la jurisprudencia reclama (STS de 24 de abril de 1996). (**STS de 8 de mayo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La entidad *IB, S. A.*, en su condición de cesionaria de remate y adquirente de una finca subastada en un procedimiento de ejecución hipotecaria y de perjudicada por haberse anulado, mediante sentencia firme, dicho proceso, como consecuencia de la vulneración de lo establecido en las reglas 4.ª y 7.ª del artículo 131 LH, inicia un procedimiento de declaración de error judicial en la tramitación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid, suplicando se dicte sentencia por la que se declare: *a)* que son erróneas las actuaciones seguidas en el mencionado órgano judicial; y *b)* que son indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se deriven de las citadas actuaciones erróneas y que resulten acreditados.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid emitió, conforme a lo dispuesto en el artículo 293.1.d) LOPJ, el preceptivo informe. Por otra parte, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal afirman que procede desestimar la demanda. El Tribunal Supremo estima la demanda y declara el error judicial que existe en las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid, por haber realizado la subasta de la finca hipotecada sin haber practicado requerimiento de pago a la parte deudora ni haber notificado a ésta, en la finca hipotecada, el lugar, día y hora de la subasta.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario 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 ss. y 681 ss. de la vigente LÉC. (*M. J. P. G.*)

92. Doctrina jurisprudencial sobre la incongruencia.—Debe recordarse en este momento qué significado tiene la incongruencia en la doctrina de esa Sala. De acuerdo con la S de 15 de mayo de 1998, «las SS de 18 de

noviembre de 1996, 29 de mayo, 28 de octubre, 5 de noviembre de 1997, 11 de febrero y 17 de febrero de 1998 dicen: es doctrina jurisprudencial reiterada que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio de *iura novit curia*.

Valoración de la prueba pericial en el ámbito del recurso de casación.—La prueba pericial es de libre apreciación por el juzgador, por lo que en principio resulta imposible someter la valoración de la referida prueba a la verificación casacional, excepto cuando concurra error patente, arbitrariedad o irracionalidad, sin que quepa ir más allá, tratando de sustituir el criterio del juzgador por el de la propia parte (SS de 8 y 29 de abril de 2005 y 27 de febrero de 2006). (STS de 24 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Doña Luisa R. B. y don Antonio Miguel R. A. contrajeron matrimonio en 1972 bajo el régimen de gananciales. En 1992 se separaron y, a partir de 1993, iniciaron los trámites para la liquidación del régimen económico matrimonial. Ante las dificultades existentes en la valoración de los bienes, se nombró un tercer contador partidor que otorgó un cuaderno particional dirimente, atribuyendo unos valores a cada uno de los bienes inventariados y efectuando la correspondiente adjudicación de bienes. No obstante, ante la disconformidad de la esposa, esta interpuso demanda solicitando la ineficacia del cuaderno particional y, en caso de no estimarse dicha ineficacia, solicitaba que se procediera a efectuar las modificaciones y exclusiones a que hubiera lugar, especialmente en lo relativo a las reales valoraciones de los bienes objeto de la partición. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo estimó parcialmente la demanda, pero sólo en el sentido de atribuir unos nuevos valores a los bienes inventariados, según las pruebas obrantes en los autos. Apelada la sentencia por la esposa, la Audiencia de Oviedo confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

